

CASO CPA N° 2013-15
EN EL ASUNTO DE
UN ARBITRAJE EN VIRTUD DEL REGLAMENTO DE
LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

SOUTH AMERICAN SILVER LIMITED
DEMANDANTE

C.

EL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA
DEMANDADO

RÉPLICA DEL DEMANDANTE AL MEMORIAL DE CONTESTACIÓN DEL DEMANDADO Y
RESPUESTA A LAS OBJECIONES A LA JURISDICCIÓN Y ADMISIBILIDAD DEL DEMANDADO

30 de noviembre de 2015

KING & SPALDING LLP
Henry G. Burnett
Roberto Aguirre Luzi
Cedric Soule
Fernando Rodríguez-Cortina
Louis-Alexis Bret
Eldy Roché

En representación del Demandante South American Silver Limited

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES DE HECHO.....	7
A. PARTICIPACIÓN DE SOUTH AMERICAN SILVER EN EL SECTOR MINERO BOLIVIANO.....	7
1. La Compañía operó observando las leyes nacionales incluyendo aquellas referidas a la industria minera, al medio ambiente y a las comunidades indígenas.....	9
2. Antes de la expropiación, los negocios de la Compañía estaban bien establecidos Bolivia, eran extensivos y sus perspectivas a largo plazo eran inmejorables.....	11
B. DESDE UN COMIENZO FUERON PRIORITARIOS LOS ESFUERZOS REALIZADOS POR SOUTH AMERICAN SILVER EN SUS RELACIONES CON LA COMUNIDAD.....	14
1. El programa de relaciones con la comunidad de la Compañía fue una iniciativa positiva y exitosa.....	15
2. La Compañía efectuó importantes y significativas contribuciones a las comunidades cercanas.....	24
3. La Compañía extendió el ámbito y el alcance de su programa de relaciones con la comunidad.....	31
4. La extensión del área de influencia se llevó a cabo precisamente para evitar la división de los <i>ayllus</i>	37
5. El marco regulatorio de Bolivia no requiere que la Compañía desarrolle ninguna iniciativa de relaciones comunitarias y el Gobierno aprobó las iniciativas de la Compañía.....	39
C. FALTA DE PROTECCIÓN Y DE APOYO DE BOLIVIA AL PROYECTO.....	41
1. A pesar de que la mayoría de las comunidades apoyaban el proyecto, los líderes de FAOI-NP y CONAMAQ fomentaron la oposición y promovieron la minería ilegal, así como la formación de una cooperativa para expulsar a la Compañía.....	45
2. Líderes de seis <i>ayllus</i> formaron la COTOA-6A para comunicar al gobierno que apoyaban el proyecto.....	51

3.	Bolivia eligió impulsar sus intereses económicos y políticos expropiando las concesiones mineras	53
4.	En vez de servir como verdadero mediador el Gobierno exacerbó la oposición al proyecto	56
D.	LAS ACUSACIONES DE BOLIVIA RESPECTO A ACTOS ILÍCITOS POR PARTE DE LA COMPAÑÍA SON IMPRUDENTES Y MANIFIESTAMENTE FALSAS	62
1.	Las alegaciones de Bolivia están basadas solamente en las resoluciones de los opositores al proyecto.....	62
2.		67
3.	Las acusaciones respecto al medio ambiente de Bolivia carecen totalmente de fundamento, ya que los planes medioambientales de la Compañía fueron presentados y aprobados por el Gobierno	68
4.	La Compañía no promovió ni instigó la violencia.....	69
5.	Las acciones criminales iniciados por CMMK para proteger a sus empleados y sus activos fueron realizadas de buena fe	70
6.	CMMK no tuvo ninguna influencia en la acción criminal presentado contra Cancio Rojas por los miembros de la comunidad.....	71
7.	Tanto la reunión del 28 de mayo de 2012 en La Paz como el Gran Cabildo del 8 de junio de 2012 en Malku Khota demostraron un abrumador apoyo al Proyecto	72
8.	Los secuestros de Agustín Cáceres y Fernando Fernández fueron ilegales y el Gobierno otorgó inmunidad a los secuestradores	73
E.	LA VERDAD INCONTROVERTIDA: BOLIVIA EXPROPIÓ EL PROYECTO CONTRAVINIENDO SUS OBLIGACIONES CONFORME AL TRATADO	73
1.	Bolivia no disputa que jamás compensó a South American Silver	74
2.	Nuevos hechos demuestran que Bolivia utilizó alegaciones falsas para sugerir que la nacionalización era necesaria.....	75
III.	EL TRIBUNAL TIENE JURISDICCIÓN SOBRE LAS RECLAMACIONES DEL DEMANDANTE	77
A.	ARTÍCULO 8(1) DEL TRATADO APLICA A LOS PROPIETARIOS INDIRECTOS DE LAS INVERSIONES QUE CALIFICAN.....	78

1.	Bolivia aplica de forma incorrecta los principios de interpretación de la Convención de Viena	79
B.	EL TRATADO PROTEGE A LOS PROPIETARIOS INDIRECTOS DE INVERSIONES QUE CALIFICAN AUN CUANDO NO SON LOS PROPIETARIOS FINALES DE DICHAS INVERSIONES	92
C.	LOS ARGUMENTOS DE “ <i>CLEAN HANDS</i> ” DE BOLIVIA SON FUNDAMENTALMENTE DEFECTUOSOS Y DEBEN SER SUMARIAMENTE DESESTIMADOS	97
1.	La doctrina de “ <i>Unclean Hands</i> ” no existe en el derecho internacional	98
2.	Aun asumiendo que el principio de <i>Clean Hands</i> existe en el derecho internacional, Bolivia no cumple con los criterios para su aplicación.	104
3.	La invocación por parte de Bolivia de la “Doctrina de Legalidad” es fútil, ya que ninguna de las presuntas conductas ilegales se relacionan a la admisión de la inversión de South American Silver y no ocurrió durante la <i>realización</i> de la inversión.....	107
4.	Bolivia ni siquiera ha comenzado a satisfacer la carga de prueba respecto a la presunta conducta ilegal.....	112
IV.	EL DERECHO APLICABLE AL ARBITRAJE ES EL TRATADO, COMPLEMENTADO POR LOS PRINCIPIOS RELEVANTES DE DERECHO INTERNACIONAL; ÉSTOS NO INCLUYEN LOS RECLAMOS DESBORDANTES DE DERECHOS INDÍGENAS FORMULADOS POR BOLIVIA	116
A.	LAS PARTES ESCOGIERON EL TRATADO COMO EL DERECHO APLICABLE A ESTA CONTROVERSIA	117
B.	EL ALCANCE Y CONTEXTO DE LOS DERECHOS DE LAS COMUNIDADES ORIGINARIAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL NO SON CLAROS Y, EN TODO CASO, NO PUEDEN PREVALECER LAS PROTECCIONES OTORGADAS A SOUTH AMERICAN SILVER POR EL TRATADO.....	118
C.	LA RELEVANCIA DEL DERECHO BOLIVIANO A LA CONTROVERSIA ES LIMITADA.....	129
V.	BOLIVIA INCUMPLIÓ SUS OBLIGACIONES CONFORME AL TRATADO Y AL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL	130
A.	LA EXPROPIACIÓN POR PARTE DE BOLIVIA DE LAS INVERSIONES DE SOUTH AMERICAN SILVER FUE ILÍCITA E INCUMPLIÓ EL TRATADO	131
B.	LA EXPROPIACIÓN POR PARTE DE BOLIVIA DE LAS CONCESIONES MINERAS DE MALKU KHOTA NO FUE POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA NI POR UN	

BENEFICIO SOCIAL RELACIONADOS A SUS NECESIDADES INTERNAS Y, POR ENDE, FUE ILÍCITA Y EN VIOLACIÓN DEL TRATADO	132
1. La expropiación por parte de Bolivia de las Concesiones Mineras de Malku Khota no fue por causa de utilidad pública, y por ende fue ilícita y en violación del Tratado	133
2. La expropiación de Bolivia de las Concesiones Mineras de Malku Khota no se realizó en beneficio social relacionado a sus necesidades internas, y por lo mismo fue ilícita y contraria al Tratado	141
3. Bolivia no entregó a South American Silver una compensación puntual, adecuada y efectiva que responda al valor de mercado de la inversión expropiada, lo que hace que su expropiación de las inversiones del Demandante sea ilícita y en violación del Tratado.	143
4. De cualquier forma, la promulgación del Decreto Supremo N° 1308 por parte de Bolivia no cumplió con el requerimiento de una puntual, adecuada y efectiva compensación señalado en el Artículo 5 del Tratado	152
C. LOS ACTOS Y OMISIONES DE BOLIVIA RESPECTO A LAS INVERSIONES DEL DEMANDANTE INFRINGIERON OTRAS ESTIPULACIONES DEL TRATADO	155
1. Bolivia no ofreció un trato justo y equitativo a las inversiones del Demandante	155
D. BOLIVIA NO OFRECIÓ UNA COMPLETA PROTECCIÓN Y SEGURIDAD A LAS INVERSIONES DEL DEMANDANTE	163
E. BOLIVIA AFECTÓ LAS INVERSIONES DEL DEMANDANTE TOMANDO MEDIDAS NO RAZONABLES Y DISCRIMINATORIAS	166
F. BOLIVIA LE DIO UN TRATO MENOS FAVORABLE A LAS INVERSIONES DEL DEMANDANTE QUE A LAS INVERSIONES DE SUS PROPIOS INVERSIONISTAS.....	168
VI. DAÑOS.....	169
A. SOUTH AMERICAN SILVER TIENE DERECHO A REPARACIÓN PLENA.....	169
1. Normas de reparación	171
2. Como mínimo, South American Silver tiene derecho a la “compensación puntual, adecuada y efectiva” conforme al Tratado	175

3.	South American Silver tiene el derecho a plena compensación como consecuencia de los otros incumplimientos del Tratado por parte de Bolivia	177
4.	Las acciones de Bolivia son la única causa de los daños de South American Silver	180
B.	CUANTÍA DE LA REPARACIÓN	184
1.	Fecha de Valoración	184
2.	La metodología empleada por RPA y FTI refleja adecuadamente el valor justo de Mercado del Proyecto Malku Khota	186
3.	Las sumas invertidas por South American Silver no reflejan el valor justo de mercado del Proyecto Malku Khota.....	202
C.	INTERÉS COMPUESTO POST-LAUDO	206
1.	Tasa de Interés	206
2.	Interés Compuesto	207
D.	RESUMEN DE DAÑOS.....	209
VII.	PETICIÓN DE REPARACIÓN DEL DEMANDANTE.....	209

Por medio de la presente, South American Silver Limited (“South American Silver” o, junto con su predecesor, empresas matrices y filial, la “Compañía”) presenta su Memorial de Réplica en este procedimiento arbitral en contra del Estado Plurinacional de Bolivia (el “Demandado”, “Bolivia” o el “Gobierno” o el “Estado”) de conformidad con el Artículo 8 del Convenio entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República de Bolivia sobre el fomento y la protección de inversiones de capital, extendido a Bermudas el 9 de diciembre de 1992 (el “TBI Reino Unido-Bolivia” o el “Tratado”).

I. INTRODUCCIÓN

1. Bolivia intenta dar un vuelco a lo que, tal como ya se ha reconocido, convierte un claro caso de expropiación sin compensación en un lamento sobre supuestos actos indebidos que South American Silver ha impuesto sobre los habitantes de la zona del Proyecto de Malku Khota. Busca contaminar la visión del Tribunal respecto al Demandante planteando reclamos incendiarios respecto a actos indebidos, los que Bolivia no ha probado de ninguna manera seria. Luego, agrava su campaña difamadora invocando una variedad de defensas jurisdiccionales que buscan que este Tribunal ni siquiera considere los méritos de los reclamos de South American Silver. Este tipo de prácticas sostenidas no debiera distraer la atención del Tribunal respecto al hecho principal de este caso: *que Bolivia expropió la inversión de South American Silver sin compensación alguna, en directa violación del Tratado*. A pesar de la longitud de su Memorial de Contestación y de los diversos argumentos secundarios realizados en ésta, Bolivia no tiene una respuesta real a esta verdad básica. Bolivia busca ser absuelta de toda responsabilidad no obstante haber expropiado al Demandante con el objetivo inconfundible de tomar control de uno de los mayores recursos a nivel mundial de plata, indio y galio que contiene el equivalente de casi USD \$13 billones de minerales y metales preciosos. Esta injusticia no debe ser tolerada por el Tribunal.

2. Jurisdicción. En su Memorial de Contestación, Bolivia privaría de jurisdicción a este Tribunal a través de dos planteamientos principales: primero, que el Tribunal no tiene jurisdicción *ratione personae*, dado que South American Silver no tiene derecho a las protecciones otorgadas por el Tratado por no ser la empresa que directamente detenta e implementa las concesiones mineras en terreno, ni la sociedad

matriz final de CMMK. En segundo lugar, argumenta que, en virtud del principio de *unclean hands* (manos sucias), el derecho internacional requiere que este Tribunal desestime este caso desde un inicio por falta de jurisdicción o inadmisibilidad, debido a presuntas ilegalidades que ocurrieron en el transcurso de las operaciones de CMMK.

3. Ninguna de estas defensas jurisdiccionales tiene un serio asidero legal, y no deben inhibir al Tribunal de emitir un fallo sobre los méritos del caso. Los tribunales de inversiones que se enfrentan a una redacción de tratados similar a la del TBI Reino Unido-Bolivia, y bajo el mismo TBI Reino Unido-Bolivia, reiteradamente han rechazado el argumento de que los accionistas indirectos o intermedios no están protegidos por los tratados de inversión como es este Tratado. De hecho, el Artículo 1 del Tratado incluye una definición muy amplia de “inversión” como “*toda clase de bienes susceptibles de producir rentas,*” lo que incluiría inversiones directas a través de la compra de acciones en una empresa. La lista no exhaustiva de inversiones protegidas bajo el Tratado incluye “*acciones, títulos y obligaciones de sociedades o participación en los bienes de dichas sociedades.*” Por lo tanto, queda claro que la intención del Tratado era proteger las inversiones indirectas a menos que se señalara claramente que se excluía su cobertura, lo que ciertamente el Tratado no contiene. En cuanto a la invocación de la doctrina de *clean hands* (manos limpias) por parte de Bolivia, los tribunales de inversiones que han estudiado esta materia muy de cerca, incluyendo el eminente tribunal de *Yukos c. Federación Rusa*, han concluido que tal principio no existe en materia de derecho internacional. Aun cuando la doctrina de *clean hands* o sus principios análogos se consideraran oponibles por parte de este Tribunal, sólo pueden afectar la jurisdicción del Tribunal o la admisibilidad de los reclamos de un inversionista si la supuesta ilegalidad ocurrió al realizar la inversión – lo que es imposible según los propios planteamientos de Bolivia, ya que la conducta supuestamente ilegal que se reclama ocurrió años después de efectuadas las inversiones.

4. Derecho aplicable. Contrario a lo que sostiene Bolivia, el derecho aplicable al fondo de este arbitraje es el derecho elegido por las mismas partes, tal como lo requiere el Artículo 35(1) del Reglamento CNUDMI de 2010 que señala: “El tribunal arbitral aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo del litigio”. Al aceptar el arbitraje conforme al Tratado que se refiere a las

protecciones sustanciales del Tratado, las partes han designado el Tratado como la ley aplicable, que constituye *lex specialis*. De hecho, los Tribunales aceptan que el tratado bilateral de inversión invocado por el demandante en una controversia sobre inversiones constituye la fuente principal de derecho, a ser complementada, cuando resulte apropiado, por los principios relevantes del derecho internacional.

5. Tal como se señala más extensamente a continuación, la declaración de Bolivia respecto a que el Tribunal debe interpretar los conceptos de expropiación, de trato justo y equitativo y de protección y seguridad a la luz de las fuentes de derecho que protegen los derechos de las comunidades indígenas, es fundamentalmente deficiente. Como ejemplo, Bolivia se apoya en instrumentos no obligatorios o en instrumentos en los cuales el Reino Unido no es parte, ignorando que este procedimiento se relaciona con medidas tomadas por Bolivia que destruyeron la inversión de la Compañía (y no los derechos presuntos de las comunidades indígenas en virtud del derecho internacional) y que al menos tres tribunales han declinado considerar que el resultado de los problemas comunitarios sea determinante. Bolivia ha fallado en su intento de demostrar que los derechos no especificados de los pueblos indígenas forman parte del *corpus* de derecho internacional al que debe obedecer el Tribunal o que tales principios de alguna manera prevalecen sobre las protecciones otorgadas a South American Silver conforme al Tratado. La ley boliviana, salvo ciertas limitadas excepciones, es aplicable a las protecciones sustanciales otorgadas a los inversionistas bajo el Tratado.

6. Argumentos de Fondo. Los alegatos como diatriba de Bolivia en su Memorial de Contestación son falsos o groseramente exagerados para desviar la atención del Tribunal del hecho que Bolivia violó sus obligaciones respecto al Tratado. De hecho, a pesar del hecho no controvertido que – tal como lo admitieron funcionarios bolivianos de alto rango antes de la expropiación – CMMK operaba cumpliendo todas las leyes y regulaciones aplicables, y que de buena fe implementó un programa de relaciones comunitarias que Bolivia aprobó, ahora intenta justificar su expropiación ilegal de la inversión de South American Silver sobre la base de acusaciones infundadas de actos indebidos que llevaron a cabo algunos miembros de la comunidad (incluyendo mineros ilegales y líderes de FAOI-NP y CONAMQ) que se oponían al Proyecto. Bolivia no alega y no puede alegar que no hubo expropiación. Bolivia tampoco logra siquiera una

aproximación para demostrar que la expropiación del Proyecto Malku Khota se ejecutó cumpliendo con el Tratado.

7. Su expropiación no tuvo ni una “utilidad pública” ni “un beneficio social relacionado con [sus] necesidades internas”, tal como lo requiere el Tratado. Aunque hubiera cumplido con cualquiera de las anteriores, Bolivia no puede demostrar que sus acciones estuvieron razonablemente relacionadas con el cumplimiento de ese propósito. De hecho, la evidencia muestra que las preocupaciones de Bolivia sobre la seguridad en aquellos momentos no eran reales y que, de hecho, los disturbios fueron fomentados por medio del estímulo y la tolerancia por parte del Gobierno para que ciertos miembros de la comunidad formaran una cooperativa y llevaran a cabo actividades mineras ilegales, y por el deseo del Estado de obtener un interés propio en el yacimiento – evidenciado por su confiscación de todas las áreas concesionadas que rodeaban el Proyecto Malku Khota poco después que SASC lanzara públicamente los resultados de la Actualización de la PEA de 2011.

8. Bolivia tampoco otorgó a South American Silver una “compensación puntual, adecuada y efectiva”, equivalente al “valor de mercado de las inversiones de capital inmediatamente antes de la fecha de hacerse efectiva la expropiación”, tal como lo requiere el Tratado. Conforme a lo señalado anteriormente en el Memorial del Demandante sobre el Fondo, y como se describe más extensamente más adelante, Bolivia no ha otorgado ninguna compensación y ha asumido la posición que, si el Demandante tiene derecho a algo, es únicamente a una porción de los gastos que realizó en la actividad exploratoria en el Proyecto Malku Khota. Por cierto, ello no concuerda con el Tratado ni tampoco constituye una medida adecuada de compensación para borrar todas las consecuencias de las violaciones del tratado realizadas por parte de Bolivia.

9. Asimismo, Bolivia no cumplió con tratar las inversiones de South American Silver de manera justa y equitativa, no cumplió con suministrarle una completa protección y seguridad, perjudicó la inversión de South American Silver a través de medidas irrazonables y discriminatorias y trató a las inversiones de South American Silver menos favorablemente que las inversiones de sus propios inversionistas.

10. Daños. La ilegalidad de la expropiación de Bolivia queda claramente establecida a la luz del tratado y del derecho internacional y queda en manos de este

Tribunal el determinar la reparación adeudada a South American Silver por la total expropiación y nacionalización de su inversión en el Proyecto Minero Malku Khota. Con ese fin, un principio establecido y consolidado del derecho internacional es que, un demandante cuya inversión ha sido objeto de una expropiación ilegal, tiene derecho a restitución en especie y a compensación por daños por cualquier pérdida adicional que no esté cubierta por la restitución en especie y, cuando la restitución no esté disponible, a una compensación total, la que generalmente es entendida como el valor justo de mercado de las inversiones expropiadas.

11. South American Silver contrató a Howard N. Rosen y Chris Milburn de FTI Consulting (“FTI”) para que calcularan el FMV (Valor Justo de Mercado) de su interés en el Proyecto (expresado como el valor de sus acciones en CMMK) a partir del 6 de julio de 2012—el día hábil inmediatamente anterior al anuncio de nacionalización efectuado por Bolivia (la “Fecha de Valuación”). FTI realizó una valuación del interés del Demandante en el Proyecto con un criterio de valuación basado en el mercado utilizando tres fuentes. South American Silver contrató a Roscoe, Postle & Associates (“RPA”) – principal consultora en minería – para que realizara una evaluación amplia del recurso mineral de Malku Khota y para efectuar un análisis de Metal Transaction Ratio (“MTR”) para valorizar el proyecto sobre la base de transacciones comparables. Basado en estas fuentes, FTI calcula que el FMV del Proyecto Malku Khota a la Fecha de Valuación era de **US\$307,2 millones**, excluyendo el interés antes del laudo.

12. El Demandante también encargó a FTI que calculara el valor de los daños adicionales adeudados a South American Silver si el Tribunal decide otorgar restitución del Proyecto Malku Khota. FTI calculó la pérdida en que incurrirá South American como resultado de la demora en desarrollar el Proyecto desde 2012 hasta al menos 2016 (fecha del Laudo) y el incremento potencial de factores de riesgo del proyecto, causados por la conducta de Bolivia, en **US\$140,5 millones**, excluyendo el interés antes del laudo.

13. Bolivia se opone sumariamente al reclamo por restitución efectuado por South American Silver y no ofrece ninguna estimación del monto de la compensación adeudada a South American Silver. De hecho, Bolivia ha instruido a sus expertos que no calculen el valor justo de mercado del Proyecto Malku Khota de forma independiente. En vez de obtener una valorización independiente del Proyecto y una estimación de los

daños de South American Silver, Bolivia ofrece poco más que una serie de críticas no corroboradas respecto al Proyecto Malku Khota y del análisis efectuado por FTI y RPA. A pesar de que las aproximaciones de valoraciones basadas en el mercado son ampliamente aceptadas para las etapas tempranas de las propiedades mineras y reconocidas como tales bajo estándares de valoración internacionalmente aceptados, tales como las Normas y Pautas para la Valoración de Propiedades Mineras, Comité Especial del Instituto Canadiense de Minería, Metalurgia y Petróleo sobre la Valoración de Propiedades Mineras (“CIMVAL”), Bolivia argumenta que es imposible adscribir un valor al Proyecto Malku Khota.

14. Bolivia afirma que South American Silver debiera recibir solamente una cantidad sobre la base de los montos invertidos en Malku Khota – sin considerar el valor actual del Proyecto Malku Khota. Sin embargo, los expertos de Bolivia confirmaron el trabajo efectuado por South American Silver de exploración y desarrollo de la propiedad y acordaron que el Proyecto Malku Khota contiene un recurso mineral importante. Bolivia también ha reconocido reiteradamente que el Proyecto Malku Khota contiene uno de los mayores yacimientos de plata, indio y galio del mundo, y está activamente promocionando el proyecto entre inversionistas privados. Bolivia no hace ningún esfuerzo para hacer frente a la inconsistencia fundamental existente entre el valor del proyecto y su afirmación de que South American Silver debiera recibir nada más que el monto que invirtió en el Proyecto. Por las razones anteriores– tal como se explica con más detalle en el Segundo Informe de FTI, el Segundo Informe de RPA y más adelante en esta Réplica – el Tribunal no debiera tomar en consideración los intentos de Bolivia por reducir el monto de la compensación adeudada al Demandante.

15. FTI también calculó el interés aplicable a las pérdidas anteriores al laudo respecto a los reclamos de restitución y de compensación, para ubicar a South American Silver en la posición económica que hubiera ocupado en ausencia de los incumplimientos alegados, desde la Fecha de Valuación hasta una fecha de la audiencia estimada al 31 de mayo de 2016, sobre la base de una tasa de interés compuesto anual reglamentaria en Bolivia de 6,0%, incluyendo el interés antes del laudo. Los daños totales contra South American Silver cuantificados por FTI serían los siguientes (en millones de US\$):

	Scenario 1 Compensation	Scenario 2 Restitution
Damages	\$ 307.2	\$ 140.5
Pre-Award Interest	\$ 78.5	\$ 35.9
Total	\$ 385.7	\$ 176.4

Fig. 3: Resumen del Informe de FTI sobre conclusiones en cuanto a daños (en millones de US\$)

16. Este Memorial de Réplica demostrará que las alegaciones de hecho y las defensas legales de Bolivia no poseen fundamentos ni de hecho ni de derecho. Su intención por distraer al Tribunal evitando que se realice una audiencia justa sobre su conducta ilegal y expropiatoria a través de alegaciones de violaciones al derecho internacional e invocando la doctrina de *unclean hands* es, en sí misma, una injusticia que no debe ser aceptada por este Tribunal.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

A. PARTICIPACIÓN DE SOUTH AMERICAN SILVER EN EL SECTOR MINERO BOLIVIANO

17. South American Silver, una compañía constituida en las Bermudas, es un inversionista protegido conforme al Tratado. Tal como el Demandante lo explicara en su Demanda Arbitral y Memorial, la presencia de la Compañía en Bolivia se remonta al año 1994.¹ A través de los años, el Gobierno boliviano alentó a la Compañía a que invirtiera en el país y continuara efectuando actividades de exploración en la zona.² En consecuencia, durante 18 años South American Silver ha realizado grandes inversiones en Bolivia para lograr tener éxito. Los esfuerzos de la Compañía en Bolivia, efectuados a lo largo de varios años, y su profunda comprensión de la geología del país, la llevaron a descubrir los inmensos yacimientos de plata, indio y galio que están en disputa en este

¹ Ver *p.ej.* Demanda Arbitral y Memorial del Demandante, 24 de septiembre de 2014 en ¶¶ 14-17 (“Memorial del Demandante”).

² Ver Memorial del Demandante en ¶¶ 51-53; **CWS-1**, Declaración Testimonial de Ralph G. Fitch, 16 de septiembre de 2014 en ¶ 17 (“Declaración Testimonial Fitch”); **CWS-2**, Declaración Testimonial de Felipe Malbran, 18 de septiembre de 2014 en ¶ 26 (“Declaración Testimonial Malbran”); **CWS-9**, Segunda Declaración Testimonial de Felipe Malbran, 12 de noviembre de 2015 en ¶ 2 (“Segunda Declaración Testimonial Malbran”).

arbitraje.³ Aunque en un comienzo expresaba su apoyo al proyecto, el Gobierno luego cambió de opinión, motivado por la perspectiva de obtener una participación en la Compañía y de ganar capital político. A pesar de su posición durante la Primera Reunión Procesal, que consideraba que no se trataba de una expropiación sino más bien de una “reversión,” es indiscutible que mediante el Decreto Supremo N° 1308 de fecha 1° de agosto de 2012, Bolivia expropió las Concesiones Mineras de South American Silver. Tampoco es materia de discusión que Bolivia no ha compensado a South American Silver.

18. La estructura corporativa de South American Silver fue definida muchos años antes de que tuviera lugar este arbitraje.⁴ South American Silver fue creada en octubre de 1994 con el propósito de identificar, explorar y desarrollar propiedades mineras en todo el mundo, en particular en Sudamérica.⁵ South American Silver Corp. (“SASC”, ahora llamada TriMetals Mining Inc.) fue constituida en septiembre de 2006. Actualmente SASC es la compañía matriz de South American Silver. Cuando SASC adquirió South American Silver en diciembre de 2006, South American Silver ya había estado presente en Bolivia por un largo tiempo.⁶ En todos los momentos significativos, South American Silver siempre fue propietaria indirecta de las Concesiones Mineras a través de su filial, la Compañía Minera Malku Khota, S.A. (“CMMK”).⁷

19. La caracterización de SASC por parte de Bolivia y, en particular, el ataque de Bolivia a empresas mineras canadienses menores en general, es completamente erróneo,⁸ y en cualquier caso, irrelevante para los fines de este arbitraje. Que SASC sea una empresa menor o no, no determina la jurisdicción ni ningún otro asunto relevante en este arbitraje. Para precisar, el demandante en este arbitraje es South American Silver, un inversionista protegido bajo el TBI Reino Unido-Bolivia.

³ Ver, por ejemplo, Memorial del Demandante en ¶¶ 14-17.

⁴ Ver, por ejemplo, Memorial del Demandante en ¶¶ 29-34.

⁵ Memorial del Demandante en ¶ 14.

⁶ *Id.* ¶ 27.

⁷ *Id.* ¶ 28.

⁸ Ver **CER-3**, Declaración Testimonial del Perito Barry Cooper, 22 de noviembre de 2015 en ¶¶ 34-52 (“Declaración Testimonial del Perito Cooper”) (que describe el sector de la pequeña minería y su importancia para la industria minera).

1. La Compañía operó observando las leyes nacionales incluyendo aquellas referidas a la industria minera, al medio ambiente y a las comunidades indígenas

20. Durante sus 18 años de presencia en Bolivia, y en particular en los años de exploración y desarrollo del Proyecto Malku Khota, la Compañía en todo momento cumplió con las leyes y reglamentos aplicables. Desde un inicio, la Compañía adquirió válidamente las Concesiones Mineras, obtuvo los permisos medioambientales requeridos y para todos los fines y propósitos pagó impuestos y cumplió con el marco legal boliviano aplicable en el sector minero a los inversionistas extranjeros.⁹ *En este arbitraje*, sin embargo, Bolivia efectúa acusaciones encubiertas y sin sustento contra la Compañía por presuntas conductas ilegales y otros delitos.¹⁰ South American Silver inequívocamente niega las acusaciones de Bolivia por ser falsas. Debiera bastar señalar que, en su Memorial de Contestación, Bolivia no hace ninguna referencia a alguna sanción administrativa, civil o penal contra la Compañía o sus empleados que apoyen dichas acusaciones. Pero dado que la estrategia de defensa de Bolivia en este arbitraje aparentemente se centra en atacar la reputación de la Compañía en lugar de referirse al fondo del caso del Demandante, South American Silver se refiere más adelante a las alegaciones espurias de Bolivia.

21. La Compañía siempre se esforzó en mantener buenas relaciones con las comunidades alrededor de las Concesiones Mineras. Tempranamente, desde 2007, South American Silver estableció su programa de relaciones con la comunidad, no obstante que el marco legal de Bolivia no lo requería.¹¹ El programa de relaciones con la comunidad de la Compañía concordaba con uno de los valores básicos de South American Silver: *desarrollar la minería de forma que promueva el desarrollo sustentable, favorezca el bienestar social y contribuya al crecimiento económico del país.*¹² South American Silver reconoció que sus actividades mineras causarían un impacto—de la misma forma

⁹ Memorial del Demandante en ¶¶ 25, 26.

¹⁰ Ver, por ejemplo, el Memorial de Objeciones a la Jurisdicción, Admisibilidad de los Reclamos y Contestación a la Demanda, 31 de marzo de 2015 en 1 (“Memorial de Contestación del Demandado”).

¹¹ CWS-7, Segunda Declaración Testimonial de Santiago Angulo, 14 de noviembre de 2015 en ¶ 3 (“Segunda Declaración Testimonial de Angulo”); CWS-9, Segunda Declaración Testimonial de Malbran en ¶ 5-7.

¹² CWS-3, Declaración Testimonial de W.J. Mallory, 12 de septiembre de 2014 en ¶ 17 (“Declaración Testimonial de Mallory”).

que generalmente sucede con las actividades de la minería—en el Área de Influencia del Proyecto. Por lo tanto, invirtió importantes recursos para asegurar que los derechos e intereses de las comunidades fueran respetados y que éstas se beneficiaran de diversas formas con el proyecto minero Malku Khota y el trabajo proporcionado por CMMK.

22. South American Silver contrató consultores y personal especializado independiente para que asistiera con el aspecto social y medioambiental. En 2008 la Compañía contrató a Cumbre del Sajama S.A. (“Cumbre del Sajama”), una firma boliviana especializada en proveer servicios de consultoría a la industria minera¹³, y a principios de 2009, a Business for Social Responsibility (“BSR”), una firma consultora a nivel mundial basada en California. La visión de BSR es “*to work with business to create a just and sustainable world.*”¹⁴ A pesar de no estar obligado a hacerlo, la Compañía contrato a ambas empresas para evaluar el programa de relaciones con la comunidad y ayudarla a implementar distintos programas con las comunidades dentro del Área de Influencia.

23. Asimismo, desde 2005, la Compañía contrató a la Fundación Medmin (“Medmin”), una firma consultora boliviana. Medmin asistió a CMMK para que desarrollara su programa medioambiental y asegurara la licencia medioambiental que se requería: el Certificado de Dispensación para las Actividades de Exploración Minera. Dicho certificado fue otorgado el 5 de septiembre de 2006, por el Gobernador de Potosí en ese momento, el señor Mario Virreira Iporre, quien fuera Gobernador de Potosí desde 2006-2010 y que luego fue nombrado Ministro de Minería y Metalurgia de Bolivia en enero de 2012.¹⁵ Medmin también asistió a CMMK supervisando sus actividades medioambientales para asegurar que se cumplieran todas las leyes y regulaciones medioambientales durante la fase exploratoria.¹⁶ Desde 2006 a 2012, la Fundación Medmin efectuó más de ocho estudios ambientales y socioeconómicos, incluyendo

¹³ **Prueba C-139**, SASC & Cumbre del Sajama S.A., Informe Final, “*Conociendo la Minería*,” 2008.

¹⁴ La misión declarada de Business for Social Responsibility es “to work with business to create a just and sustainable world.” <http://www.bsr.org/en/about>.

¹⁵ **Prueba C-140**, Certificado de Dispensación para Actividades de Exploración-Minera, suscrito por el Ing. Mario Virriera I., Prefecto y Comandante General del Departamento de Potosí, 5 de septiembre de 2006.

¹⁶ **CWS-9**, Segunda Declaración Testimonial de Malbran en ¶ 23

informes de cumplimiento que se presentaron ante el Departamento de Medio Ambiente del Gobierno de Potosí.¹⁷

24. Esas acciones antes descritas, y que se explican en detalle en las siguientes secciones del presente Memorial, desmienten por completo las acusaciones de irresponsabilidad social efectuadas por Bolivia contra la Compañía.¹⁸ Las acusaciones de Bolivia constituyen simplemente un evidente intento de distraer la atención del Tribunal del hecho que Bolivia expropió de forma ilegal la inversión de South American Silver sin establecer una compensación.

2. Antes de la expropiación, los negocios de la Compañía estaban bien establecidos en Bolivia, eran extensivos y sus perspectivas a largo plazo eran inmejorables

25. Al momento de la expropiación, el Proyecto Malku Khota se encontraba preparado para lograr éxitos, ya que South American Silver había descubierto yacimientos minerales de gran magnitud y había desarrollado y patentado un proceso hidrometalúrgico para maximizar la recuperación de metales preciosos e industriales del yacimiento del Proyecto Malku Khota.¹⁹ De hecho, el Proyecto Malku Khota se encontraba en una etapa avanzada de exploración y se estaban ejecutando actividades previas a su desarrollo.²⁰ Por ejemplo:

¹⁷ **Prueba C-141**, Fundación Medmin, *Plan de Mitigación Ambiental y Plan de Aplicación y Seguimiento Ambiental (PMA-PASA)* de octubre de 2006 y presentado el 10 de octubre de 2006 (“Informe Medmin Octubre 2006”); **Prueba C-142**, Fundación Medmin, *Informe de Monitoreo Ambiental Semestral “1” Plan de Mitigación Ambiental y Plan de Aplicación y Seguimiento Ambiental (PMA-PASA)* de septiembre de 2008 y presentado en enero de 2009 (“Informe Medmin Septiembre 2008”); **Prueba C-143**, Fundación Medmin, *Segundo Informe de Monitoreo, Plan de Aplicación y Seguimiento Ambiental (PASA)*, fechado febrero de 2009 y presentado en agosto de 2009 (“Informe Medmin Febrero 2009”); **Prueba C-144**, Fundación Medmin, *Primer Informe de Monitoreo 2010 (Época Húmeda) Plan de Aplicación y Seguimiento Ambiental (PASA)* de septiembre de 2010 y presentado en diciembre de 2010 (“Informe Medmin Septiembre 2010”); **Prueba C-145**, Fundación Medmin, *Segundo Informe de Monitoreo Ambiental 2010 (Época Seca)* fechado en diciembre de 2010 y presentado el 15 de diciembre de 2010 (Informe Medmin Diciembre 2010”); **Prueba C-146**, Fundación Medmin, *Informe de Seguimiento Ambiental 2011*, de enero de 2012 y presentado en febrero de 2012 (“Informe Medmin I, Enero 2012”); **Prueba C-147**, Fundación Medmin, *Actualización de Formulario EMAP, PMA y PASA* de enero de 2012 y presentado el 23 de febrero de 2012 (“Informe Medmin II, Enero 2012”); **Prueba C-148**, Fundación Medmin, *Actualización de Formulario EMAP, PMA and PASA*, de fecha abril de 2012 y presentado el 13 de abril de 2012 (“Informe Medmin Abril 2012”).

¹⁸ Ver, por ejemplo, Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 3-4.

¹⁹ Ver, por ejemplo, Memorial del Demandante en ¶¶ 39-44.

²⁰ **CER-2**, Roscoe, Postle and Associates, Informe de Valuación del Proyecto Malku Khota, Departamento de Potosí, Bolivia, 16 de septiembre de 2014 en 3-2 (“Primer Informe de Perito de

- CMMK efectuó un programa de exploración y perforación desde mayo de 2007 hasta diciembre de 2010.²¹
- En 2009, la Compañía contrató a los consultores mineros externos Pincock Allen & Holt para que efectuaran una PEA para el Proyecto Malku Khota.²²
- En 2010, la Compañía diseñó un programa de perforación intensivo para mejorar la información en la que se basó en la Evaluación Preliminar del Medio Ambiente (“la PEA”) y pulir el modelo geológico subyacente.²³
- La Compañía finalizó la Actualización de la PEA, que fue publicada el 10 de mayo de 2011 (aunque los resultados se hicieron públicos el 31 de marzo de 2011) confirmando que, entre otras cosas, incrementaba su programa de exploración incluyendo la perforación en más de 40.000 metros, aumentando significativamente sus estimaciones de los recursos y obtuvo un progreso importante en las pruebas metalúrgicas, incluyendo un amplio programa de pruebas de filtraciones de cloruro ácido y cianuro.²⁴
- El trabajo a nivel pre-factibilidad ya se encontraba en proceso.²⁵

26. Tal como lo señaló el antiguo Ministro de Minería y Metalurgia, Mario Virreira, se requiere de esas actividades de exploración y desarrollo para conocer “información oficial” para desarrollar el Proyecto y toman “un tiempo bastante largo.”²⁶ De forma similar, excepto por la expropiación, South American Silver tenía planificado emplear a más de 1000 trabajadores de las comunidades locales durante la construcción

RPA”); **CER-1**, FTI Consulting Inc., Informe de Valuación, 23 de septiembre de 2014 en 8.33 (“Primer Informe FTI”).

²¹ **CER-2**, Primer Informe RPA en 8-2; **Prueba C-14**, Preliminary Economic Assessment Update Technical Report for the Malku Khota Project, 10 de mayo de 2011 en §1.2.

²² **Prueba C-13**, Preliminary Economic Assessment Technical Report for the Malku Khota Project, 13 de marzo de 2009.

²³ **CWS-2**, Declaración Testimonial de Malbran en ¶ 46; Memorial del Demandante en ¶ 43.

²⁴ **Prueba C-14**, Preliminary Economic Assessment Update Technical Report for the Malku Khota Project, 10 de mayo de 2011 en § 1.2-1.5.

²⁵ Ver **CER-2**, Primer Informe RPA en 3-2.

²⁶ **Prueba C-149**, *Policía evitará explotación ilegal en Mallku Khota*, LA PATRIA, 19 octubre de 2012 (citaba al anterior Ministro de Minería, Mario Virreira, señalando que “‘necesitamos conocer la información oficial que South American Silver habría obtenido,’ porque si no es así, ‘tendríamos que empezar todo de nuevo y eso es un tiempo bastante largo’”).

de la infraestructura minera y aproximadamente 400–500 trabajadores permanentes durante la fase operacional del Proyecto.²⁷

27. Hasta que ocurrió la expropiación ilegal, la Compañía fue totalmente transparente con la información respecto a sus descubrimientos, a sus planes de expansión y el valor proyectado del Proyecto. Bolivia no puede alegar y de hecho no discute que: (i) la Compañía informó a las autoridades bolivianas respecto a la magnitud y al potencial del yacimiento de Malku Khota en diversas reuniones, incluyendo una que tuvo lugar el 9 de marzo de 2011;²⁸ (ii) la Compañía hizo públicos los resultados de la Actualización de la PEA el 31 de marzo de 2011;²⁹ (iii) emitió el correspondiente informe técnico completo el 10 de mayo de 2011; y (iv) la Actualización de la PEA indicaba un valor neto actual antes de impuestos a una tasa de 5% de descuento comprendida entre **US\$704 millones** y **US\$2,571 mil millones** usando un valor para la plata de **US\$18,00- US\$35,00**.³⁰

28. Aunque en este arbitraje Bolivia trate de minimizar la confiabilidad de los resultados de la Actualización de la PEA,³¹ Bolivia también utilizó la Actualización de la PEA como una de las bases para su estrategia minera nacional.³² El 5 de junio de 2015, el Ministerio de Minas de Bolivia publicó un “Plan Sectorial de Desarrollo Minero Metalúrgico 2015–2019” preliminar.³³ El Plan Sectorial establece “lineamientos estratégicos sustentados en la prospección, exploración, explotación, concentración, fundición, refinación, industrialización, modernización tecnológica y fortalecimiento institucional.”³⁴ Resalta que el Proyecto Malku Khota “es una de las mayores reservas no

²⁷ **CWS-3**, Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 12. *Ver también* **CWS-1**, Declaración Testimonial de Fitch en ¶ 26.

²⁸ **CWS-2**, Declaración Testimonial de Malbran en ¶ 52. *Ver también* **CWS-1**, Declaración Testimonial de Fitch en ¶ 21.

²⁹ **Prueba C-41**, *Updated Malku Khota Study Doubles Production Levels and 1st 5 Year Cashflow Estimates*, South American Silver Corp. Comunicado de Prensa, 31 de marzo de 2011.

³⁰ **Prueba C-14**, 10 de mayo de 2011 en § 11.1; Memorial del Demandante en ¶ 43.

³¹ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 538-539.

³² **Prueba C-150**, Plan Sectorial de Desarrollo Minero Metalúrgico 2015-2019.

³³ **Prueba C-151**, *En debate documento preliminar de Plan Sectorial de Desarrollo Minero Metalúrgico 2015 – 2019*, MINERÍA NOTICIAS, 5 de junio, 2015.

³⁴ **Prueba C-151**, *En debate documento preliminar de Plan Sectorial de Desarrollo Minero Metalúrgico 2015 – 2019*, MINERÍA NOTICIAS, 5 de junio, 2015.

desarrolladas de plata e indio en el mundo.”³⁵ Esta conclusión está basada en los “estudios de prospección y exploración de South American Silver” que “ilustran las inmensas proporciones de recursos que contiene el yacimiento.”³⁶ De hecho, el Gobierno boliviano estuvo promoviendo el Proyecto Malku Khota entre potenciales inversionistas el 27 de octubre de 2015, en un evento promocional de inversiones en la ciudad de Nueva York, copatrocinado por Bolivia y el Financial Times.³⁷ Debe remarcarse que no es sorprendente que, sobre la base de su planificada promoción del Proyecto Malku Khota, el que suscribe fue informado la noche anterior al evento que el Gobierno boliviano no permitiría que nadie de King & Spalding asistiera el evento promocional de inversiones en la ciudad de Nueva York.

B. DESDE UN COMIENZO FUERON PRIORITARIOS LOS ESFUERZOS REALIZADOS POR SOUTH AMERICAN SILVER EN SUS RELACIONES CON LA COMUNIDAD

29. Tal como lo explicó South American Silver en su Demanda Arbitral y Memorial, la gran mayoría de los residentes locales en y alrededor del Proyecto Minero Malku Khota son indígenas de los grupos étnicos Aymara o Quechua.³⁸ Bolivia está de acuerdo.³⁹ En vista que la Compañía estaba comprometida para realizar una inversión de largo plazo en la zona, desde un principio fue prioritario desarrollar relaciones cercanas y positivas con las comunidades locales.⁴⁰ No obstante, Bolivia acusa a la Compañía de crear “intrigas y divisiones” entre las comunidades, ignorando los intensos esfuerzos realizados por de CMMK respecto a las relaciones con la comunidad.⁴¹

³⁵ **Prueba C-150**, Plan Sectorial de Desarrollo Minero Metalúrgico 2015-2019 en 32 (señala que “el Proyecto Malku Khota posee ... (230,3 millones de onzas de plata y 1.481 toneladas de indio), además de grandes cantidades de galio y germanio”).

³⁶ **Prueba C-150**, Plan Sectorial de Desarrollo Minero Metalúrgico 2015-2019 en 56.

³⁷ **Prueba C-152**, *Navarro busca atraer inversiones para la minería en Bolivia*, MINISTERIO DE MINERÍA Y METALURGIA, 26 de octubre de 2015; **Prueba C-153**, *Gobierno ofertó mina Mallku Khota en Nueva York*, ERBOL DIGITAL, 28 de octubre, 2015.

³⁸ Memorial del Demandante en ¶ 45 et seq.

³⁹ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 40.

⁴⁰ **CWS-9**, Segunda Declaración Testimonial de Malbran en ¶ 5; **CWS-7**, Segunda Declaración Testimonial de Angulo en ¶ 7.

⁴¹ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 81.

1. El programa de relaciones con la comunidad de la Compañía fue una iniciativa positiva y exitosa

30. La Compañía respetó y mostró sensibilidad respecto a los derechos e intereses de las comunidades indígenas cercanas al Proyecto y sabía que enfrentaría materias complejas y desafíos. Más aún, desde un principio la Compañía también reconoció la importancia de desarrollar relaciones estrechas con las comunidades.⁴² Por este motivo, la Compañía identificó a las comunidades que podían sufrir impactos por el Proyecto y trabajó desarrollando relaciones con esas comunidades. Desde diciembre de 2003 la Compañía comenzó a trabajar con los miembros de la comunidad, contratando a miembros de las comunidades Malku Khota, Ovejería y Kalachaca para que trabajaran para la Compañía durante la fase de exploración.⁴³

31. Tal como se explicó anteriormente, en el año 2007 la Compañía contrató a Santiago Angulo, un aymara local con gran experiencia en el sector minero y en la interacción con comunidades locales. Aunque en 2007 el proyecto se encontraba en la fase de exploración, el objetivo de la Compañía era identificar las necesidades de las comunidades y – en tanto estuviera dentro de sus posibilidades – satisfacer esas necesidades.⁴⁴ Tal como lo señala Bolivia, el Proyecto estaba ubicado en “una zona de extrema pobreza.”⁴⁵ En consecuencia, lo que Bolivia denuncia como “escasos ofrecimientos económicos” son en verdad una respuesta directa a las peticiones presentadas por las mismas comunidades,⁴⁶ y por las que las comunidades se mostraron agradecidas.⁴⁷ En suma, la Compañía le preguntó a las comunidades lo que necesitaban en vez de imponer a la comunidad sus opiniones respecto a sus propias necesidades.

32. Además, la Compañía estaba comprometida en mantener una comunicación con las comunidades en relación al Proyecto y contestar sus diversas

⁴² **Prueba C-154**, Business for Social Responsibility, *Social Risks and Opportunities for South American Silver Corporation's Malku Khota Project in Potosí*, mayo de 2009.

⁴³ **CWS-2**, Declaración Testimonial de Malbran en ¶ 32; **CWS-9**, Segunda Declaración Testimonial de Malbran en ¶ 4.

⁴⁴ **CWS-7**, Segunda Declaración Testimonial de Angulo ¶ 4.

⁴⁵ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 308.

⁴⁶ **CWS-7**, Segunda Declaración Testimonial de Angulo en ¶ 8.

⁴⁷ *Id.* ¶ 11.

consultas y/o preocupaciones.⁴⁸ Desde el año 2007 en adelante, las relaciones el grupo de relaciones comunitarias de la Compañía sostuvo numerosas reuniones con las distintas comunidades, incluyendo las de Kalachaca y Malku Khota, con el fin de analizar el Proyecto y sus implicancias.⁴⁹

33. Algunos ejemplos de esas reuniones incluyen aquellas que Santiago Angulo mantuvo entre 2008 y 2009 con líderes del *ayllu* Tacahuani y con la comunidad de Kalachaca para explicar el ámbito del Proyecto, las oportunidades de trabajo, el monitoreo medioambiental y la implementación de talleres educativos para las comunidades.⁵⁰ En febrero de 2009 la Compañía invitó a miembros de la comunidad de la comunidad Kalachaca a participar con Medmin en la obtención de muestras de las fuentes de agua de Malku Khota y Wara Wara para dar respuesta a cualquier inquietud respecto a que la Compañía estaba contaminando los estanques.⁵¹ Un par de meses después, el 16 de mayo de 2009, en una reunión que el Sr. Angulo mantuvo con la comunidad Kalachaca, los miembros de la comunidad propusieron la formación de una comisión regional para representar a los distintos *ayllus* dentro del área de influencia para comunicarse con la CMMK como un bloque.⁵² A pesar de que los *ayllus* no formaron la comisión regional hasta el año 2011 (por ejemplo la COTOA-6A), los líderes de los *ayllu* tenían esa idea en mente desde entonces.

⁴⁸ **CWS-9**, Segunda Declaración Testimonial de Malbran en ¶ 11; **CWS-7**, Segunda Declaración Testimonial de Angulo en ¶ 4.

⁴⁹ **CWS-9**, Segunda Declaración Testimonial de Malbran en ¶ 19; **CWS-7**, Segunda Declaración Testimonial de Angulo ¶¶ 6, 7, 18, 19-21, 25-27; **Prueba C-155**, Memorándum de Santiago Angulo a Felipe Malbran, *Informe Mensual Proyecto Malku Khota*, mayo de 2009; **Prueba C-156**, Memorándum de Santiago Angulo a Felipe Malbran, *Informe relacionen comunitarias Proyecto Malku Khota*, junio de 2009; **Prueba C-157**, Memorándum de Santiago Angulo a Felipe Malbran, *Informe Mensual Proyecto Malku Khota*, julio de 2009; **Prueba C-158**, Memorándum de Santiago Angulo a Fernando Cáceres, *Informe relacionen comunitarias Noviembre 2009*, noviembre de 2009; **Prueba C-159**, Memorándum de Santiago Angulo a Fernando Cáceres, *Informe relacionen comunitarias diciembre 2009, de diciembre de 2009*; **Prueba C-160**, Fernando Cáceres, *Informe Mensual Proyecto Minero Malku Khota*, octubre de 2010; **Prueba C-161**, Memorándum de Santiago Angulo a Fernando Cáceres, *Informe correspondiente al mes de noviembre de 2010, 2 de diciembre de 2010*; **Prueba C-162**, Fernando Cáceres, *Informe Mensual Proyecto Minero Malku Khota*, noviembre de 2010.

⁵⁰ **Prueba C-163**, Memorándum de Santiago Angulo a Felipe Malbran, *Informe Mensual Proyecto Malku Khota*, marzo de 2008; **CWS-7**, Segunda Declaración Testimonial de Angulo en ¶ 15.

⁵¹ **CWS-7**, Segunda Declaración Testimonial de Angulo en ¶ 24; **Prueba C-164**, Memorándum de Santiago Angulo a Felipe Malbran, *Informe Mensual Proyecto Malku Khota*, febrero de 2009.

⁵² **CWS-7**, Segunda Declaración Testimonial de Angulo en ¶ 18; **Prueba C-155**, Memorándum de Santiago Angulo a Felipe Malbran, *Informe Mensual Proyecto Malku Khota*, mayo de 2009.



Los miembros de la comunidad Kalachaca con representantes de la Fundación Medmin tomando muestras en Malku Khota y Wara Wara, febrero de 2009

34. En junio de 2008, la Compañía contrató a Cumbre del Sajama, una firma boliviana especializada en servicios de consultoría para la industria minera.⁵³ Cumbre del Sajama fue específicamente contratada para apoyar los esfuerzos realizados por la Compañía en cuanto a sus relaciones con la comunidad. Una parte de este apoyo implicaba llevar a cabo talleres en distintas comunidades. El objetivo de esos talleres era reforzar las relaciones comunitarias y educar a las comunidades en cuanto a los aspectos sociales, mineros y ambientales de la minería y del Proyecto Malku Khota.⁵⁴

35. Esos talleres se llevaron a cabo entre julio de 2008 y septiembre de 2011 y fueron implementados por ingenieros ambientales, ingenieros mineros y expertos en relaciones comunitarias contratados por Cumbre del Sajama y los coordinadores de relaciones con la comunidad de CMMK, Santiago Angulo y Carmen Huanca.⁵⁵ Inicialmente los talleres se realizaron en los idiomas quechua y aymara. A petición de las

⁵³ **Prueba C-139**, SASC & Cumbre del Sajama S.A., Informe Final, “*Conociendo la Minería*,” 2008.

⁵⁴ **CWS-7**, Segunda Declaración Testimonial de Angulo en ¶ 28.

⁵⁵ **Prueba C-165**, Cumbre del Sajama S.A., Informe Final, *Talleres: “Una Exploración Minera en Marcha Hacia el Futuro*,” 2010 en 6.

comunidades, posteriormente los talleres se llevaron a cabo en castellano, con traducción al quechua y al aymara.⁵⁶

36. Los temas analizados en estos talleres comprendieron: (i) introducción a la minería (por ejemplo, el ciclo minero, la importancia de los minerales, etc.);⁵⁷ (ii) desarrollo minero (por ejemplo, distintas fases de la minería desde el desarrollo hasta la producción, etc.) y la participación de la comunidad en la mina;⁵⁸ (iii) el impacto ambiental del Proyecto y como proteger el ambiente;⁵⁹ y (iv) identificación de las necesidades de las comunidades y potenciales proyectos a desarrollar.⁶⁰ Los talleres incluyeron presentaciones con power point, actividades grupales y de integración, videos relacionados con el tema, y sesiones de preguntas y respuestas. Alcanzaron a más de 400 miembros de distintas comunidades en la zona.

37. Como se desprende de los informes de Cumbre del Sajama, en general los participantes manifestaron su apoyo al Proyecto⁶¹ ante los coordinadores de relaciones comunitarias de CMMK, Santiago Angulo y Carmen Huanca, que abordaron las distintas preguntas y preocupaciones expresadas por los miembros de la comunidad. El siguiente cuadro exhibe una lista de los talleres efectuados por la Compañía y por Cumbre del Sajama:

⁵⁶ **Prueba C-166**, SASC & Cumbre del Sajama S.A., Talleres “*Conociendo y Cuidando Nuestro Medio Ambiente Comunitario*,” mayo de 2009 en 23.

⁵⁷ **Prueba C-139**, SASC & Cumbre del Sajama S.A., Informe Final, “*Conociendo la Minería*,” 2008; **CWS-7**, Segunda Declaración Testimonial de Angulo en ¶ 29-31.

⁵⁸ **Prueba C-165**, Cumbre del Sajama S.A., Talleres “*Una Exploración Minera en Marcha Hacia el Futuro*,” febrero de 2010; **CWS-7**, Segunda Declaración Testimonial de Angulo en ¶ 34-35.

⁵⁹ **Prueba C-166**, SASC & Cumbre del Sajama S.A., Talleres “*Conociendo y Cuidando Nuestro Medio Ambiente Comunitario*,” mayo de 2009; **CWS-7**, Segunda Declaración Testimonial de Angulo en ¶ 32-33.

⁶⁰ **Prueba C-167**, Cumbre del Sajama, Informe Taller “*Identificación y Priorización de Demandas / Proyectos de Desarrollo Comunitario*,” 2011.

⁶¹ **CWS-7**, Segunda Declaración Testimonial de Angulo en ¶¶ 31, 35, 37; **Prueba C-139**, SASC & Cumbre del Sajama S.A., Informe Final, “*Conociendo la Minería*,” 2008; **Prueba C-165**, Cumbre del Sajama S.A., “*Una Exploración Minera en Marcha Hacia el Futuro*,” febrero de 2010; **Prueba C-166**, SASC & Cumbre del Sajama S.A., Talleres “*Conociendo y Cuidando Nuestro Medio Ambiente Comunitario*,” mayo de 2009.

TEMA	FECHA	COMUNIDAD
<i>Conociendo la minería</i>	13 de Julio de 2008	Malku Khota
	14 de julio de 2008	Ovejeria
	15 de julio de 2008	Collpani
	16 de julio de 2008	Kisiwilqui
	19 de julio de 2008	Poetera
	20 de julio de 2008	Kalachaca
	21 de julio de 2008	San Pedro
	22 de julio de 2008	Toracari
	23 de julio de 2008	Toracari
	24 de julio de 2008	Sacaca
	27 de abril de 2009	Malku Khota
	28 de abril de 2009	Ovejeria
	29 de abril de 2009	Kisiwilqui
	30 de abril de 2009	Portera
<i>Conociendo y cuidando nuestro medio ambiente</i>	1° de mayo de 2009	Kalachaca
	2 de mayo de 2009	Toracari
	3 de mayo de 2009	Collpani
	4 de mayo de 2009	San Pedro
	5 de mayo de 2009	Sacaca
	14 de enero de 2010	Malku Khota
	15 de enero de 2010	Malku Khota
	16 de enero de 2010	Jancuyo
	17 de enero de 2010	Poetera
	18 de enero de 2010	Kalachaca
<i>Una exploración minera hacia el futuro</i>	19 de enero de 2010	Toracari
	20 de enero de 2010	Kisiwilqui
	21 de enero de 2010	Toracari
	22 de enero de 2010	San Pedro
	23 de enero de 2010	Sakani
	24 de enero de 2010	Sacaca
	25 de enero de 2010	Ovejeria
	28 de ago. de 2011	Sakani
<i>Identificación y priorización de demandas / Proyectos de desarrollo comunitario</i>	29 de ago. de 2011	Ch'alla K'asa
	23 de sept. de 2011	Ovejeria
	24 de sept. de 2011	Loqheta



Taller “Conociendo la minería” en el Ayllu Tacahuani

38. La misma Compañía organizó talleres adicionales a los realizados por Cumbre del Sajama. Por ejemplo, en abril de 2010, los coordinadores de relaciones comunitarias de CMMK, Santiago Angulo y Carmen Huanca, realizaron un taller llamado “*Mensajes*”.⁶² El objetivo de este taller era transmitir los principios y valores de la Compañía a los *ayllus* Samca, Urinsaya, Sulka Jilatikani y Tacahuani, y para informarlos sobre el estado del Proyecto.⁶³

39. A mayor abundamiento, para identificar las necesidades y percepciones respecto a la Compañía, South American Silver comisionó a una empresa de consultoría a nivel mundial establecida en California, Business for Social Responsibility (“BSR”). BSR debía “*assess community perceptions around mining issues, identify the range of stakeholders and the varying degrees of support and opposition to the Malku Khota project, and increase the understanding of the role of civil society and government in the project’s success.*”⁶⁴ Para lograr lo anterior, los representantes de BSR viajaron a Bolivia y entrevistaron a los interesados relacionados con el Proyecto Malku Khota, incluyendo a

⁶² CWS-7, Segunda Declaración Testimonial de Angulo en ¶ 36-37.

⁶³ CWS-7, Segunda Declaración Testimonial de Angulo en ¶¶ 36-37; ver también Prueba C-168, Memorandum de Carmen Huanca a Felipe Malbran, Informe correspondiente al mes de abril de 2010, Abr. 30, 2010.

⁶⁴ Prueba C-154, Business for Social Responsibility, *Social Risks and Opportunities for South American Silver Corporation’s Malku Khota Project in Potosí*, mayo de 2009.

los miembros locales de la comunidad, autoridades indígenas, funcionarios de Gobierno local y regional y ONGs.⁶⁵ El informe concluyó que existía una aceptación general del Proyecto Malku Khota.⁶⁶

40. El respeto de la Compañía por las tradiciones y la cultura indígena fue reconocido por las comunidades cercanas al Proyecto. Hacia mayo de 2009, los coordinadores de las relaciones comunitarias de la Compañía habían logrado tener éxito al explicar los objetivos y las necesidades esperadas que requeriría el Proyecto Malku Khota. Las comunidades del Área de Influencia estaban de acuerdo con que la Compañía apoyaba y respetaba las tradiciones y la cultura indígena.⁶⁷

41. El encargo de realizar el informe efectuado por South American Silver a BSR se efectuó acorde con sus valores básicos de desarrollar las minas de forma tal que promuevan el desarrollo sustentable y mejoren el bienestar social. Las acciones de la Compañía demuestran su objetivo de conocer las necesidades de las comunidades y de tomar en consideración esas necesidades para el desarrollo del proyecto. Tal como lo reconoció BSR, CMMK tiene una “*pioneering approach to engage with host communities from the beginning [...] allowed the company to differentiate itself from other mining companies which engage with communities as a reaction to a provocation, or when it is too late.*”⁶⁸ BSR también formuló una serie de recomendaciones que consistieron principalmente en que se informara a las comunidades sobre el desarrollo y los detalles del Proyecto Malku Khota.⁶⁹ Eso es exactamente lo que CMMK continuó

⁶⁵ *Id.* en 4.

⁶⁶ **Prueba C-154**, Business for Social Responsibility, *Social Risks and Opportunities for South American Silver Corporation’s Malku Khota Project in Potosí*, mayo de 2009 en 4.

⁶⁷ **Prueba C-154**, Business for Social Responsibility, *Social Risks and Opportunities for South American Silver Corporation’s Malku Khota Project in Potosí*, mayo de 2009 en 8 (“BSR was able to verify that the community relations coordinators have achieved great coverage in the communication on the project (all the communities surveyed had heard of CMMK and/or can remember when was the first time the company contacted someone from their community even if it was not the respondent. With the exception of one community, all agreed that the company supports and respected the indigenous traditions and culture.”)

⁶⁸ **Prueba C-154**, Business for Social Responsibility, *Social Risks and Opportunities for South American Silver Corporation’s Malku Khota Project in Potosí*, mayo de 2009 en 5.

⁶⁹ **Prueba C-154**, Business for Social Responsibility, *Social Risks and Opportunities for South American Silver Corporation’s Malku Khota Project in Potosí*, mayo de 2009.

realizando a través de sus acciones comunitarias, por ejemplo, llevando a cabo distintos talleres junto a Cumbre del Sajama y expandiendo su programa de relaciones con la comunidad en el año 2011. Tal como concluyó BSR, la Compañía “*clearly recognize[d] the importance of developing close relationships in local towns and [...] tried to maximize local hiring in support of this imperative.*”⁷⁰

42. Bolivia alega que antes de septiembre de 2011 existía un “rechazo generalizado” hacia la Compañía. Obviamente esa aseveración de Bolivia no es cierta. Aun cuando algunos de los miembros de la comunidad expresaron ciertas preocupaciones – que la Compañía buscó enfrentar a través de distintos talleres y reuniones informativas, incluyendo las descritas en los acápites anteriores – existió un apoyo general al Proyecto desde el año 2007 hasta septiembre de 2011.⁷¹

43. Desde el año 2007 hasta fines del año 2010, sólo existieron focos de oposición al proyecto. La oposición existente fue liderada por Andrés Chajmi, uno de los líderes del *Consejo Nacional de Ayllus y Markas* (“CONAMAQ”) y por Benedicto Gabriel, un líder de la *Federación de Ayllus Originarios Indígenas del Norte de Potosí* (“FAOI-NP”), quienes abogaban en favor de formar una cooperativa para explotar los recursos minerales localizados en las concesiones de la Compañía.⁷² Sin embargo, el apoyo al Proyecto por parte de las comunidades se mantuvo con fuerza. Por ejemplo, en octubre de 2010, sólo un par de meses antes que los líderes de CONAMAQ y FAOI-NP solicitaran a la Compañía que se fueran de la zona en diciembre de 2010, CMMK organizó una feria de arte y artesanía, y programas educacionales y ambientales en la comunidad de Malku Khota. Hubo muy buena asistencia de los miembros de la comunidad a la feria y a los programas, los que se desarrollaron en un marco pacífico y de colaboración. Funcionarios de alto nivel de la Compañía, incluyendo a Ralph Fitch,

⁷⁰ *Id.* en 25.

⁷¹ **CWS-7**, Segunda Declaración Testimonial de Angulo en ¶ 23.

⁷² **CWS-7**, Segunda Declaración Testimonial de Angulo en ¶¶ 14, 41; **Prueba C-169**, Correo electrónico de S. Angulo a F. Malbran, 11 de diciembre de 2007; **CWS-8**, Segunda Declaración Testimonial de Xavier Gonzales, 13 de noviembre de 2015 en ¶¶ 20, 31 (“Segunda Declaración Testimonial de Gonzales”).

su Director General, y su esposa, Lucy Fitch y Felipe Malbran, Vicepresidente Ejecutivo de Exploraciones también participaron en el programa.⁷³



Feria de artes y artesanías en Malku Khota con funcionarios de la Compañía, 10 de diciembre de 2010



Programa educacional y medioambiental en la escuela de Kalachaca, 12 de octubre de 2010

44. Incluso luego de que los líderes de CONAMAQ y FAOI-NP solicitaran a la Compañía que abandonara esa zona en diciembre de 2010, la gran mayoría de las comunidades (incluyendo a algunos miembros de la comunidad Malku Khota) apoyaban el Proyecto. Tal como testifica el Sr. Mallory,⁷⁴ y como el mismo informó al Comité Corporativo de Responsabilidad Social de SASC (después de haber efectuado tres semanas de sesiones de información en la zona del Proyecto, poco después de su llegada a la Compañía), la mayor parte de las comunidades apoyaban el Proyecto, existiendo pequeños grupos de oposición al Proyecto.⁷⁵

45. Por lo tanto, contrario a lo que afirma Bolivia respecto a un “rechazo generalizado” anterior a septiembre de 2011, tal como se describe en mayor detalle más adelante y en la Segunda Declaración Testimonial de Jim Mallory,⁷⁶ la Compañía negoció y firmó Acuerdos de Cooperación Recíproca (“RCA”) con cinco de los seis *ayllus antes de septiembre de 2011* demostrando que existía un apoyo generalizado al Proyecto, contrario al “rechazo generalizado” alegado por Bolivia. De hecho, en el Informe Técnico de 6 de septiembre de 2011, preparado por el mismo Gobierno, y que

⁷³ **CWS-9**, Segunda Declaración Testimonial de Malbran en ¶ 22; **Prueba C-160**, Fernando Cáceres, *Informe Mensual Proyecto Minero Malku Khota*, octubre de 2010.

⁷⁴ **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 22.

⁷⁵ **Prueba C-170**, Malku Khota Project Community Relations Update, 25 de mayo de 2011.

⁷⁶ Ver, *infra*, ¶¶ 62 - 64; **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶¶ 23-27.

describe la reunión de Toro Toro del 31 de agosto de 2011, se señala muy claramente que la Compañía contaba con el apoyo del Ayllu Qullana, Ayllu Tacahuani, Ayllu Jatun Urinsaya, Allyu Samca y Ayllu Jilatikani.⁷⁷

2. La Compañía efectuó importantes y significativas contribuciones a las comunidades cercanas

46. La Compañía efectuó importantes contribuciones a las comunidades en respuesta directa a sus solicitudes sobre la base de sus propias necesidades.⁷⁸ Parte del objetivo de realizar contribuciones a las comunidades es generar una atmósfera de cooperación, colaboración, entendimiento mutuo y un sentido de propiedad por parte de las comunidades.⁷⁹ Naturalmente esas contribuciones variaron dependiendo de (i) las necesidades de las comunidades y (ii) el progreso del Proyecto y el impacto que pudo haber causado en esas comunidades.⁸⁰ Las contribuciones de la Compañía fueron consistentes con las recomendaciones de BSR: “*CMMK’s engagement process and efforts should be proportional to the status of the project.*”⁸¹

47. La Compañía también puso énfasis en identificar y priorizar las contribuciones que beneficiarían a las comunidades en general y no a personas en particular.⁸² Las contribuciones realizadas por la Compañía, y específicamente durante la fase de exploración, requieren ser diferenciadas, tanto en la forma como en su tamaño, del tipo de proyectos que un Estado tiene la obligación de implementar en su territorio para el bienestar de sus ciudadanos.

48. A pesar de los esfuerzos de buena fe realizados por la Compañía, Bolivia ahora denuncia que las contribuciones de la Compañía a las comunidades fueron “escasos ofrecimientos económicos.” Tal como Medmin reconoció en 2008, “la implementación

⁷⁷ **Prueba R-63**, Informe de la segunda reunión de socialización del Proyecto Malku Khota, 6 de septiembre de 2011 en 2-3.

⁷⁸ **CWS-7**, Segunda Declaración Testimonial de Angulo en ¶ 8.

⁷⁹ **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 36.

⁸⁰ **CWS-9**, Segunda Declaración Testimonial de Malbran en ¶ 10; **CWS-7**, Segunda Declaración Testimonial de Angulo en ¶ 8.

⁸¹ **Prueba C-154**, Business for Social Responsibility, *Social Risks and Opportunities for South American Silver Corporation’s Malku Khota Project in Potosí*, mayo de 2009 en 4.

⁸² **CWS-9**, Segunda Declaración Testimonial de Malbran en ¶ 10; **CWS-7**, Segunda Declaración Testimonial de Angulo en ¶ 8.

del proyecto de exploración minera de Malku Khota había tenido un impacto positivo en la zona ya que se ha apoyado enormemente a los *ayllus* en cuanto a oportunidad laboral, salud, deporte, educación e infraestructura.”⁸³ Medmin reiteró su retroalimentación positiva a través de los años hasta su último informe, para el año 2011 que entregó al Gobierno de Potosí el 9 de febrero de 2012.⁸⁴ En consecuencia, el apoyo de las comunidades en sus esfuerzos para construir iglesias, promover el espíritu deportivo, el espíritu empresarial, la agricultura y el bienestar personal,⁸⁵ respondían a solicitudes específicas recibidas por CMMK y ahora no deben ser tergiversadas por Bolivia.

49. Las comunidades y sus líderes eran los encargados de identificar sus necesidades o solicitudes y comunicarlas a la Compañía, primero a través de Santiago Angulo, y luego a través de Jim Mallory. CMMK también recibió solicitudes de ayuda por escrito.⁸⁶ El objetivo era que la Compañía y las comunidades colaboraran de forma mutua para satisfacer esas solicitudes así como para avanzar en el Proyecto.⁸⁷ Bolivia culpa a la Compañía porque, en algunos casos, ésta sólo suministró los materiales y las herramientas a las comunidades para que éstas desarrollaran un proyecto en vez de construirles el proyecto en su totalidad. Tal como observa el Sr. Mallory, era importante que las comunidades tuvieran algún nivel de participación y de propiedad en los programas que estaban siendo implementados por la Compañía; trabajar en conjunto generaba un ambiente de cooperación, colaboración y entendimiento mutuo.⁸⁸ Las comunidades también obtuvieron un beneficio adicional: los miembros de la comunidad eran remunerados por la Compañía por trabajar en proyectos que beneficiaban tanto a las comunidades como al Proyecto (por ejemplo, la construcción de caminos).⁸⁹

⁸³ **Prueba C-142**, Informe Medmin - Septiembre 2008.

⁸⁴ **Prueba C-146**, Informe Medmin I - Enero 2012.

⁸⁵ **CWS-7**, Segunda Declaración Testimonial de Angulo en ¶¶ 9, 10; **CWS-9**, Segunda Declaración Testimonial de Malbran en ¶ 8; **Prueba C-171**, Actas de Compromiso, Cumplimiento y Entrega suscritas por la Compañía Minera Malku Khota con distintos Ayllus y Comunidades entre 2007 y 2011.

⁸⁶ **Prueba C-171**, Actas de Compromiso, Entrega, Cumplimiento y Solicitudes suscritas por la Compañía Minera Malku Khota con distintos Ayllus y Comunidades entre 2007 y 2011.

⁸⁷ **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 35.

⁸⁸ **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 35.

⁸⁹ **CWS-9**, Segunda Declaración Testimonial de Malbran en ¶ 24.

50. Desde el año 2007 hasta el 2011, las solicitudes de las comunidades fueron anotadas en las “*actas de compromiso*.”⁹⁰ La Compañía y las comunidades luego registraban el cumplimiento de esas solicitudes en “*actas de cumplimiento*” o “*actas de entrega*.”⁹¹ CMMK satisfizo la gran mayoría de las peticiones específicas de las comunidades, incluyendo mejoras en los caminos, la construcción o renovación de escuelas, el equipamiento de centros comunitarios, el establecimiento de programas de mejora de ganado, el financiamiento de becas educacionales y hacer crecer la fuerza de trabajo local en general.⁹²

51. Las distintas contribuciones a las comunidades en los *ayllus* Sulka Jilatikani, Tacahuani, Urinsaya y Samca, incluyeron, entre otras, las siguientes:

- a) Construcción y reparación de caminos. Esta fue una de las peticiones más comunes y urgentes de las comunidades, ya que las ayudaba a integrarse y establecer comunicación con comunidades remotas. También daba trabajo a los miembros de la comunidad, ya que CMMK los empleaba a ellos para la construcción y reparación de caminos.⁹³
- b) Renovación, construcción y materiales de construcción para escuelas, iglesias, centros comunitarios, casas y baños y duchas comunales (cemento, hierro corrugado para techos, alambre, arena, vigas y kits para la generación de electricidad), y el transporte de materiales.⁹⁴

⁹⁰ **Prueba C-172**, Actas de Compromiso suscritas por la Compañía Minera Malku Khota con distintos Ayllus y Comunidades entre 2007 y 2011.

⁹¹ **Prueba C-171**, Actas de Compromiso, Cumplimiento y Entrega suscritas por la Compañía Minera Malku Khota con distintos Ayllus y Comunidades entre 2007 y 2011.

⁹² **CWS-3**, Declaración Testimonial de Mallory en ¶¶ 7-13; **Prueba C-146**, Informe Medmin I, Enero 2012; **Prueba C-142**, Informe Medmin - Septiembre 2008; **Prueba C-143**, Informe Medmin - Febrero 2009.

⁹³ **Prueba C-173**, Acta de Entrega entre el Ayllu Tacahuani de la Provincia Charcas del Municipio de San Pedro de Buena Vista del Departamento de Potosí y la Compañía Minera Malku Khota SA., de 16 de diciembre de 2007; **Prueba C-174**, Fernando Cáceres, *Informe Mensual Proyecto Minero Malku Khota*, junio de 2007; **CWS-9**, Segunda Declaración Testimonial de Malbran ¶ 24.

⁹⁴ **Prueba C-175**, Acta de Cumplimiento entre la comunidad Kalachaca de la Provincia Charcas del Departamento de Potosí y la Compañía Minera Malku Khota, SA., 22 de junio de 2008; **Prueba C-176**, Acta de Entrega entre la comunidad Kalachaca de la Provincia Charcas del Departamento de Potosí y la Compañía Minera Malku Khota, de 6 de mayo de 2007; **Prueba C-177**, Acta de Entrega entre la comunidad de Kalachaca de la Provincia Charcas del Departamento de Potosí y la Compañía Minera Malku Khota, noviembre de 30, 2007; **Prueba C-178**, Carta de Comunidad Kalachaca to Compañía Minera Malku Khota, julio de 31, 2007; **Prueba C-179**, Acta de Cumplimiento entre la comunidad de Kisiwillque de la Provincia Alonso de Ibáñez del Municipio de Sacaca del Departamento de Potosí y la Compañía Minera Malku Khota, 15 de agosto de 2007; **Prueba C-180**,

- c) Cultivo de truchas, incluyendo la provisión de miles de pececillos así como herramientas y capacitación para su cultivo y crianza.⁹⁵
- d) Vacunación, crianza, nutrición y cuidado del ganado.⁹⁶
- e) Nivelación de suelos para canchas de fútbol y uniformes de fútbol.⁹⁷
- f) Herramientas de trabajo (palas, picos, carretillas, etc.) y alimentos (sal, pescado, aceite, arroz, fideos, sardinas, hojas de coca, etc.).⁹⁸
- g) Becas para educación.⁹⁹

Acta de Cumplimiento entre la comunidad de Kayestia de la Provincia Alonso de Ibáñez del Municipio de Sacaca del Departamento de Potosí y la Compañía Minera Malku Khota, 26 de septiembre de 2007; **Prueba C-181**, Acta de Cumplimiento entre las comunidades Alpayeque, Escoma y Alcalaca del Ayllu Urinsaya de la Provincia Charcas, Departamento de Potosí y Compañía Minera Malku Khota SA., 20 de octubre de 2007; **Prueba C-182**, Memorándum de Santiago Angulo a Felipe Malbran, *Informe Mensual Proyecto Malku Khota*, Abr. 2008; **Prueba C-183**, Memorándum de Santiago Angulo a Felipe Malbran, *Informe Mensual*, Jun. 2008; **Prueba C-156**, Memorándum de Santiago Angulo a Felipe Malbran, *Informe relacionen comunitarias Proyecto Malku Khota*, Jun. 2009; **Prueba C-157**, Memorándum de Santiago Angulo a Felipe Malbran, *Informe Mensual Proyecto Malku Khota*, julio de 2009; **Prueba C-158**, Memorándum de Santiago Angulo a Fernando Cáceres, *Informe relacionen comunitarias Noviembre 2009*, noviembre de 2009; **Prueba C-159**, Memorándum de Santiago Angulo a Fernando Cáceres, *Informe relaciones comunitarias - diciembre 2009*, de diciembre de 2009; **Prueba C-156**, Memorándum de Santiago Angulo a Felipe Malbran, *Informe relacionen comunitarias Proyecto Malku Khota*, Jun. 2009; **Prueba C-185**, Acta de Cumplimiento entre la comunidad de Kisiwillke de la Provincia Alonso de Ibáñez del Departamento de Potosí y la Compañía Minera Malku Khota, 24 de abril de 2007; **Prueba C-174**, Fernando Cáceres, *Informe Mensual Proyecto Minero Malku Khota*, Jun. 2007; **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory ¶ 31.

⁹⁵ **Prueba C-185**, Acta de Cumplimiento entre la comunidad de Kisiwillke de la Provincia Alonso de Ibáñez del Departamento de Potosí y la Compañía Minera Malku Khota SA., 24 de abril de 2007; **Prueba C-186**, Acta de Cumplimiento entre la comunidad Ovejería del Ayllu Sulka Jilticani de la Provincia Alonso de Ibáñez del Departamento de Potosí y la Compañía Minera Malku Khota SA., 29 de marzo de 2008; **Prueba C-187**, Acta de Cumplimiento entre la comunidad Jantapalka de la Provincia Alonso de Ibáñez del Departamento de Potosí y la Compañía Minera Malku Khota SA., 20 de octubre de 2007.

⁹⁶ **CWS-3**, Declaración Testimonial de Mallory en ¶13.

⁹⁷ **Prueba C-185**, Acta de Cumplimiento entre la comunidad de Kisiwillke de la Provincia Alonso de Ibáñez del Departamento de Potosí y la Compañía Minera Malku Khota SA., 24 de abril de 2007; **Prueba C-188**, Carta de Comunidad de Kisiwillque to Compañía Malku Khota, 17 de enero de 2007; **Prueba C-189**, Carta de Comunidad Kisiwillque to Compañía Malku Khota, 11 de junio de 2009; **Prueba C-190**, Acta de Apoyo de la comunidad Kisiwillque de la Provincia Alonso de Ibáñez del Departamento de Potosí a la Compañía Minera Malku Khota, 11 de agosto de 2008; **Prueba C-191**, Acta de Cumplimiento entre la comunidad de Kayestia de la Provincia Alonso de Ibáñez del Municipio de Sacaca del Departamento de Potosí y la Compañía Minera Malku Khota, 26 de septiembre de 2007; **Prueba C-192**, Acta de Cumplimiento entre las comunidades de Alpayaque, Escoma y Alcalaca de la Provincia Charcas del Departamento de Potosí y la Compañía Minera Malku Khota SA., 1 de agosto de 2007; **Prueba C-193**, Carta de Comunidad Kari Kari a la Compañía Minera Malku Khota, 17 de octubre de 2007.

⁹⁸ **CWS-7**, Segunda Declaración Testimonial de Angulo en ¶ 9, 10.



Cultivo de truchas, septiembre de 2007

Construcción de baños en Kalachaca

52. Bolivia alega que la contribución por parte de la Compañía de una capilla para la comunidad Kalachaca (así como otras contribuciones similares) no les proporcionaron un “beneficio real.”¹⁰⁰ En primer lugar, esta contribución se realizó en respuesta a una solicitud específica que recibió la Compañía en mayo de 2007.¹⁰¹ Los materiales requeridos para la capilla (incluyendo su tamaño y las especificaciones) fueron suministradas por la comunidad de Kalachaca.¹⁰² En segundo lugar, esta solicitud fue una de las primeras que hicieron las comunidades, por lo que implicaba una particular importancia para la Compañía. Por último, el Gobierno estuvo satisfecho con las contribuciones de CMMK: CMMK informó al Gobierno sobre ésta y otras contribuciones efectuadas a las comunidades y el Gobierno nunca emitió un comentario negativo respecto a ninguna de ellas.¹⁰³

53. Las comunidades estaban agradecidas del apoyo de la Compañía. Por ejemplo, Bolivia critica a la Compañía por prometer y no terminar “las mejoras en ciertos caminos.”¹⁰⁴ Sin embargo, lo cierto es que la Compañía, junto con los miembros

⁹⁹ **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 32; **Prueba C-194**, South American Silver Corp., Operations Report - Marzo 2012.

¹⁰⁰ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 103.

¹⁰¹ **Prueba R-36**, Acta de Compromiso, 1° de mayo de 2007; **CWS-7**, Segunda Declaración Testimonial de Angulo en ¶ 10.

¹⁰² **Prueba R-36**, Acta de Compromiso, 1° de mayo de 2007.

¹⁰³ Esta información estaba incluida en los Informes de Monitoreo del Medio Ambiente de Medmin presentados ante el Ministerio de Medio Ambiente del Gobierno de Potosí. Ver, por ejemplo, **Prueba C-146**, Informe Medmin I - Enero 2012; **Prueba C-142**, Informe Medmin - Septiembre 2008; **Prueba C-143**, Informe Medmin - Febrero 2009.

¹⁰⁴ Memorial de Contestación del Demandado en ¶102.

de la comunidad a los que empleó y remuneró (con salarios sobre el promedio),¹⁰⁵ completaron la construcción de diversos caminos,¹⁰⁶ incluyendo un camino de la comunidad de Kayestia del *ayllu* Samca.¹⁰⁷ Los miembros de la comunidad de Kayestia expresaron su aprecio a CMMK en un *acta de cumplimiento* de fecha 20 de septiembre de 2007:

La comunidad de Kayestia agradeciendo el apoyo de la Cía. Minera Malku Khota SA y el trabajo que realiza en bien de la región y ratifican el apoyo incondicional a la empresa para que termine sus trabajos de estudio.¹⁰⁸

54. El programa de relaciones con la comunidad de la Compañía tenía como propósito fortalecer los lazos con las comunidades y además hacer avanzar el Proyecto. Desde un principio, siguiendo esos principios, fue prioritario para la Compañía contratar a trabajadores de las comunidades locales para asistir en el programa de exploración y perforación de la Compañía y remunerarlos con un salario más alto que lo que estaban pagando otras empresas en la región.¹⁰⁹ Durante este tiempo, el programa de relaciones con la comunidad también contempló reuniones frecuentes con los miembros de la comunidad y el desarrollo de talleres organizados por la Compañía con la ayuda de Cumbre del Sajama. La retroalimentación recibida por la Compañía por parte de las comunidades fue positiva.¹¹⁰

¹⁰⁵ **Prueba C-142**, Informe de Medmin, Septiembre 2008; **CWS-9**, Segunda Declaración Testimonial de Malbran en ¶ 24.

¹⁰⁶ **Prueba C-173**, Acta de Entrega entre el Ayllu Tacahuani de la Provincia Charcas del Municipio de San Pedro de Buena Vista del Departamento de Potosí y la Compañía Malku Khota S.A., 16 de diciembre de 2007; **Prueba C-174**, Fernando Cáceres, *Informe Mensual Proyecto Minero Malku Khota*, junio de 2007; **CWS-9**, Segunda Declaración Testimonial de Malbran en ¶ 8.

¹⁰⁷ **CWS-7**, Segunda Declaración Testimonial de Angulo en ¶ 11.

¹⁰⁸ **Prueba C-191**, Acta de Cumplimiento entre la comunidad de Kayestia de la Provincia Alonzo de Ibáñez del Municipio de Sacaca del Departamento de Potosí y la Compañía Minera Malku Khota, el 26 de septiembre de 2007; *ver también Prueba C-171*, Actas de Compromiso, Entrega, Cumplimiento y Solicitudes suscritas por la Compañía Minera Malku Khota con distintos Ayllus y Comunidades entre 2007 y 2011.

¹⁰⁹ En el año 2007 CMMK pagó 40 bolivianos por día, posteriormente aumentados a 45 bolivianos por día, mientras que la mayoría de las empresas en la región y en el sector minero pagaban sólo 15 bolivianos. **CWS-9**, Segunda Declaración Testimonial de Malbran en ¶ 24.

¹¹⁰ **Prueba C-139**, SASC & Cumbre del Sajama S.A., Informe Final, “*Conociendo la Minería*,” 2008; **Prueba C-165**, Cumbre del Sajama S.A., Talleres “*Una Exploración Minera en Marcha Hacia el Futuro*,” febrero de 2010; **Prueba C-166**, SASC y Cumbre del Sajama S.A., Talleres “*Conociendo y Cuidando Nuestro Medio Ambiente Comunitario*,” Mayo de 2009; **Prueba C-167**, Cumbre del Sajama,

55. En el año 2010 la Compañía expandió su programa de exploración y perforación, lo que requería de personal adicional.¹¹¹ La Compañía contrató a miembros locales de la comunidad para efectuar trabajos en terreno realizando actividades de perforación.¹¹² De esta forma, las comunidades se beneficiaban de la presencia de la Compañía en el Proyecto, a la vez que la Compañía recibía el beneficio de contar con personal local que era parte de las comunidades y comprendía sus tradiciones. Ello ayudó en el proceso de transición hacia la nueva fase de exploración y perforación a la vez que mantenía el apoyo de las comunidades.

56. Los nuevos empleados de CMMK y los nuevos empleados de los contratistas de CMMK tuvieron que asistir a un programa de orientación diseñado por la Compañía.¹¹³ El programa de orientación transmitía a esos empleados nuevos la política de la Compañía respecto a las tradiciones de las comunidades (*usos y costumbres*), instruyéndolos a proteger el medio ambiente y a respetar los usos y costumbres de las comunidades y de las autoridades.¹¹⁴ El programa también dejaba en claro que se prohibían las relaciones entre empleados/contratistas y los miembros de la comunidad.¹¹⁵ Los folletos que se distribuyeron durante el programa fueron traducidos al idioma quechua.¹¹⁶ Por otra parte, CMMK realizó procesos internos para asegurar y promover un ambiente laboral sustentable. Todas las mañanas Santiago Angulo se reunía con los

Informe Taller “*Identificación y Priorización de Demandas / Proyectos de Desarrollo Comunitario de 2011*.”

¹¹¹ **CWS-8**, Segunda Declaración Testimonial de Gonzales en¶ 6.

¹¹² **CWS-8**, Segunda Declaración Testimonial de Gonzales en¶ 6; *ver también Prueba C-195*, Fernando Cáceres, *Informe Mensual Proyecto Minero Malku Khota*, mayo de 2010; **Prueba C-196**, Fernando Cáceres, *Informe Mensual Proyecto Minero Malku Khota*, junio de 2010; **Prueba C-197**, Fernando Cáceres, *Informe Mensual Proyecto Minero Malku Khota*, julio de 2010; **Prueba C-198**, Fernando Cáceres, *Informe Mensual Proyecto Minero Malku Khota*, agosto de 2010.

¹¹³ **CWS-8**, Segunda Declaración Testimonial de Gonzales en¶ 6.

¹¹⁴ **CWS-8**, Segunda Declaración Testimonial de Gonzales en¶ 6. *Ver también Prueba C-199*, Compañía Minera Malku Khota S.A., Curso de Orientación, 2010; **Prueba C-200**, Compañía Minera Malku Khota S.A., Plan de Trabajo; **Prueba C-201**, Informe de Inspección N° 28 emitido por el Gobierno de Potosí a Xavier Gonzales, Compañía Malku Khota, 13 de noviembre de 2010.

¹¹⁵ **CWS-8**, Segunda Declaración Testimonial de Gonzales en¶ 6. *Ver también Prueba C-199*, Compañía Minera Malku Khota S.A., Curso de Orientación, 2010; **Prueba C-200**, Compañía Minera Malku Khota S.A., Plan de Trabajo; **Prueba C-201**, Informe de Inspección N° 28 emitido del Gobierno de Potosí a Xavier Gonzales, Compañía Malku Khota, 13 de noviembre de 2010.

¹¹⁶ **Prueba C-201**, Informe de Inspección N° 28 emitidos desde el Gobierno de Potosí a Xavier Gonzales, Compañía Malku Khota, 13 de noviembre de 2010.

empleados de CMMK para analizar el día laboral que enfrentarían y recordarles los principios de la Compañía y las tradiciones de las comunidades.¹¹⁷

3. La Compañía extendió el ámbito y el alcance de su programa de relaciones con la comunidad

57. A principios del año 2011 South American Silver contrató personal adicional para sus relaciones comunitarias, incluyendo a Jim Mallory, para ampliar sus iniciativas respecto a las relaciones con la comunidad.¹¹⁸ El señor Mallory es una persona con experiencia en el mundo de la minería, reconocido por su trabajo con las comunidades.¹¹⁹ Antes de pertenecer a la Compañía, el señor Mallory había tenido muchos años de experiencia trabajando con las comunidades en distintos proyectos mineros internacionales en América Latina, incluyendo Perú, Argentina, Chile y México.¹²⁰

58. El objetivo de la Compañía al expandir su programa de relaciones con la comunidad era lograr la aceptación general del Proyecto a medida que comenzaba a desarrollarse.¹²¹ La acusación de Bolivia respecto a que la Compañía “buscaba crear intrigas y divisiones entre las comunidades indígenas”¹²² como parte del programa mejorado de relaciones con la comunidad que implementó Jim Mallory no tiene ninguna base. Tal como observa el señor Mallory, “no tiene ningún sentido y no cumple ningún propósito desde el punto de vista de las relaciones comunitarias dividir las comunidades cuando lo que se persigue es una aceptación general.”¹²³

59. El señor Mallory creó un programa de relaciones con la comunidad que era inclusivo y estaba diseñado para obtener un nivel de aceptación general. Tal como lo notó el señor Mallory, aunque ya existía un alto nivel de aceptación cuando él llegó, se buscaba lograr un nivel general de aceptación para borrar los “focos de conflicto”

¹¹⁷ CWS-8, Segunda Declaración Testimonial de Gonzales en ¶ 7.

¹¹⁸ CWS-2, Declaración Testimonial de Malbran en ¶ 58.

¹¹⁹ CWS-3, Declaración Testimonial de Mallory en ¶¶ 2-4; CWS-10, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 4.

¹²⁰ CWS-3, Declaración Testimonial de Mallory en ¶¶ 2-4; CWS-10, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 4; CWS-9, Segunda Declaración Testimonial de Malbran en ¶ 27.

¹²¹ Prueba C-170, Malku Khota Community Relations Update, 25 de mayo de 2011 en 3.

¹²² Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 81.

¹²³ CWS-10, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 13.

existentes en ese momento.¹²⁴ El nuevo programa comprendía la continuación de los canales de comunicación ya establecidos con los distintos líderes de la comunidad a nivel de *Ayllu* y de la Municipalidad.¹²⁵ También incluía programas de divulgación para la comunidad basados en los niveles de aceptación que ya se habían logrado con las comunidades locales.¹²⁶ En el corto plazo, el plan pretendía aumentar el nivel de aceptación en las comunidades más cercanas al proyecto (los *Ayllus* Sulka Jilatikani y Tacahuni) al tiempo que se mantendrían los programas de divulgación a la comunidad en la zona restante.¹²⁷ El objetivo de largo plazo era mantener abiertas las líneas de comunicación con las comunidades, promover los valores culturales tradicionales de las comunidades y mejorar la calidad de vida de las comunidades.¹²⁸

60. Por otra parte, la administración de CMMK se comprometió con los líderes de la comunidad para analizar el estado del Proyecto y escuchar sus preocupaciones. Los coordinadores de las relaciones comunitarias trabajaron con las familias para implementar los distintos programas.¹²⁹ En los años 2011 y 2012, los coordinadores de las relaciones comunitarias y la administración de CMMK mantuvieron decenas de reuniones con las comunidades dentro del Área de Influencia (incluyendo a las pocas comunidades que se oponían al Proyecto), así como con autoridades locales y nacionales.¹³⁰ Esas reuniones abarcaron una amplia gama de materias, incluyendo presentaciones sobre el estado del Proyecto, el progreso y los beneficios para las comunidades locales, las negociaciones de acuerdos entre la Compañía y las comunidades locales, y discusiones sobre el diseño y la implementación de programas sociales (por ejemplo, oportunidades de empleo para los miembros de la comunidad, el

¹²⁴ **Prueba C-170**, Malku Khota Community Relations Update, 25 de mayo de 2011 en 3; **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 17.

¹²⁵ **Prueba C-170**, Malku Khota Community Relations Update, 25 de mayo de 2011 en 2.

¹²⁶ *Id.* en 3.

¹²⁷ **Prueba C-170**, Malku Khota Community Relations Update, 25 de mayo de 2011 en 3; **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 18.

¹²⁸ **Prueba C-170**, Malku Khota Community Relations Update, 25 de mayo de 2011.

¹²⁹ *Id.* en 6.

¹³⁰ **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 19.

mejoramiento de escuelas e infraestructura de caminos y programas de vacunación de ganado).¹³¹

61. CMMK también organizó visitas guiadas a otras minas en Bolivia para los miembros de la comunidad. Por ejemplo, el 6 de mayo de 2011 los miembros de la comunidad y de la administración de CMMK hicieron un tour por las instalaciones de Inti Raymi cerca de Oruro.¹³² Los visitantes pudieron conocer las operaciones a tajo abierto y de la gran minería, lo que para muchos ocurrió por primera vez. La visita también expuso el impacto positivo con que podía contribuir la minería en las comunidades.¹³³

62. Tal como se mencionó antes, las iniciativas respecto a las relaciones comunitarias también abarcaban firmar RCA con los *ayllus*, representados por sus más altas autoridades.¹³⁴ El objetivo de esos acuerdos era, por una parte, formalizar la forma en que CMMK trabajaría con las comunidades en programas de desarrollo social y ambiental y, por la otra, como se involucrarían las comunidades con el desarrollo del Proyecto Malku Khota.¹³⁵ Tal como observa el señor Mallory, este tipo de acuerdos constituyen una práctica común en la industria y tienen como propósito que la Compañía y las comunidades trabajen en conjunto para lograr objetivos comunes.¹³⁶

63. La Compañía discutió y negoció extensamente los términos y condiciones de los RCA con los seis *ayllus* en una serie de talleres y reuniones.¹³⁷ Después de mantener abierto un significativo diálogo con los líderes de la comunidad, CMMK firmó el primer RCA el 3 de julio de 2011 con el *Ayllu Jatun Urinsaya*.¹³⁸ Poco tiempo

¹³¹ **Prueba C-202**, Presentación “*Compañía Minera Malku Khota, S.A. – Exploración y Desarrollo Enfocada en el Crecimiento*” 31 de agosto de 2011.

¹³² **Prueba C-203**, Carta de X. Gonzales a E. Núñez, 15 de abril de 2011; **Prueba C-204**, Carta de X. Gonzales a F. Romero, 26 de abril de 2011; **Prueba C-205**, Carta de X. Gonzales a J. Sunagua, 26 de abril de 2011.

¹³³ **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 20.

¹³⁴ *Id.* ¶ 23.

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ *Id.*

¹³⁷ *Id.* ¶ 24.

¹³⁸ **Prueba C-206**, Acuerdo de Cooperación Recíproca (“RCA”) entre el *Ayllu Jatun Urinsaya* y CMMK, 3 de julio de 2011.

después, CMMK firmó un RCA con (i) el *ayllu* Samca el 30 de julio de 2011;¹³⁹ (ii) el *ayllu* Sulka Jilatikani el 29 de agosto de 2011;¹⁴⁰ (iii) el *ayllu* Qullana el 10 de agosto de 2011;¹⁴¹ y (iv) el *ayllu* Tacahuani, el 20 de agosto de 2011.¹⁴²



Conversaciones sobre el RCA entre CMMK y el Ayllu Tacahuani, 17 de junio de 2011

64. Los cinco *ayllus* expresaron su apoyo a la continuación del Proyecto. En los RCA, los distintos *ayllus* reconocieron que daban su total respaldo para que la Compañía continuara con sus actividades de exploración. Por ejemplo, la cláusula 2.3 del *ayllu* Tacahuani indica lo siguiente:

2.3 *Ambas partes expresan que luego de diversas reuniones entre las autoridades del AYLLU y los representantes de la COMPAÑÍA, actualmente existe una completa PREDISPOSICIÓN por parte del AYLLU para que la compañía reinicie sus actividades de exploración minera en sus citadas áreas de concesión y que, además, existe una*

¹³⁹ **Prueba C-207**, Acuerdo de Cooperación Recíproca (“RCA”) entre el Ayllu Samca y CMMK, 30 de julio de 2011.

¹⁴⁰ **Prueba C-208**, Acuerdo de Cooperación Recíproca (“RCA”) entre el Ayllu Sulka Jilatikani y CMMK, 29 de agosto de 2011.

¹⁴¹ **Prueba C-209**, Acuerdo de Cooperación Recíproca (“RCA”) entre el Ayllu Qullana y CMMK, 10 de agosto de 2011.

¹⁴² **Prueba C-210**, Acuerdo de Cooperación Recíproca (“RCA”) entre el Ayllu Tacahuani y CMMK, 21 de agosto de 2011.

total PREDISPOSICIÓN por parte de la COMPAÑÍA para llevar a cabo programas de desarrollo económico y social para el beneficio del AYLLU.

65. Los compromisos acordados en los RCA se limitaban a la fase de exploración. Todos los RCA expresamente señalaban que se firmarían nuevos RCA con mayores beneficios para las comunidades una vez que el Proyecto evolucionara hacia la fase de construcción.¹⁴³

66. Algunos de los compromisos de la Compañía bajo los RCA incluían: (i) capacitación de recursos humanos; (ii) trabajos rotativos; (iii) apoyo para distintos proyectos de infraestructura básica, salud y ganadería; (iv) capacitación medioambiental; y (v) apoyo en educación.¹⁴⁴ Como señala el señor Mallory, las contribuciones indicadas en los RCA para la fase de exploración eran apropiadas y estaban acordes con las mejores prácticas.¹⁴⁵

67. En el momento de la expropiación, la Compañía había logrado un buen progreso en el cumplimiento de sus compromisos:

- (a) Para comenzar, la Compañía contrató a Cumbre del Sajama para que realizara cuatro talleres entre agosto y septiembre de 2011, a fin de identificar solicitudes específicas y/o proyectos de la comunidad, y la prioridad que le otorgaban los *ayllus* a los distintos proyectos.¹⁴⁶
- (b) Ya en el mes de septiembre de 2011 la Compañía contrató a promotores territoriales como empleados a tiempo completo en cada uno de los seis *ayllus*, para facilitar las comunicaciones entre la Compañía y las comunidades y así simplificar la implementación de los RCA.¹⁴⁷
- (c) En diciembre de 2011, la Compañía reacondicionó la sala comunitaria en Ovejería, *ayllu* Sulka Jilatikani, que se usaba como

¹⁴³ Ver, por ejemplo, La Quinta Cláusula del RCA - *Ayllu* Sulka Jilatikani, **Prueba C-208**.

¹⁴⁴ Ver Cláusula “Objetivos del Convenio” de los RCA.

¹⁴⁵ **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 27.

¹⁴⁶ **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 29; **Prueba C-167**, Cumbre del Sajama, Informe Taller: “*Identificación y Priorización de Demandas / Proyectos de Desarrollo Comunitario*,” 2011.

¹⁴⁷ **Prueba C-211**, Lista de promotores territoriales contratados desde septiembre de 2011; **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 30.

centro de información para el Proyecto (la Compañía le arrendaba ese espacio a la comunidad).¹⁴⁸

- (d) Para marzo de 2012 concluyó la primera campaña de becas, beneficiando a 68 estudiantes de los cinco *ayllus* con los que la Compañía había firmado RCA.¹⁴⁹
- (e) En mayo de 2012, el programa de capacitación en monitoreo ambiental dirigido por Medmin, consistente en ocho módulos con la participación de 35 miembros de la comunidad de los distintos *ayllus*, se acercaba a su término y ya mostraba un positivo impacto.¹⁵⁰
- (f) La Compañía financió un programa de mejoramiento del ganado en 43 comunidades que beneficiaron a 23.583 animales.¹⁵¹
- (g) La Compañía estaba en proceso de implementar un mecanismo para la formulación de reclamos y así ayudar a resolver quejas o problemas que los miembros de la comunidad pudieran tener con la Compañía.¹⁵²
- (h) El programa de trabajo rotativo de la Compañía promediaba 60 puestos de trabajo entre mediados de 2011 y mayo de 2012, ofreciendo oportunidades de trabajo a los miembros de la comunidad de los *ayllus* Samca, Sulka Jiltaikani y Tacahuani.¹⁵³

68. Las actividades mencionadas anteriormente no sólo ofrecen evidencia de los distintos compromisos a los que la Compañía se obligó y con los que cumplió, pero además muestran el ambiente de colaboración que existía en ese momento entre la Compañía y las comunidades, así como el interés de las comunidades en continuar con el Proyecto.

¹⁴⁸ **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 31.

¹⁴⁹ **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 32; **Prueba C-194**, South American Silver Corp., Operations Report March – 2012.

¹⁵⁰ **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 33; **Prueba C-212**, South American Silver Corp., Operations Report February - 2012; **Prueba C-194**, South American Silver Corp., Operations Report March -2012; **Prueba C-213**, South American Silver Corp., Operations Report April - 2012; **Prueba C-214**, South American Silver Corp., Operations Report May – 2012.

¹⁵¹ **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 35.

¹⁵² **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 34; **Prueba C-212**, South American Silver Corp., Operations Report – February 2012.

¹⁵³ **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 32; **Prueba C-212**, South American Silver Corp., Operations Report – February 2012.



Centro comunitario reacondicionado, enero de 2012



Programa de entrenamiento de monitores ambientales, marzo de 2012



Taller de mecanismos para formulación de reclamos, febrero de 2012

4. La extensión del área de influencia se llevó a cabo precisamente para evitar la división de los ayllus

69. Extender las acciones hacia las comunidades y *ayllus* fuera del Área de Influencia original fue un desafío, y no, como afirma Bolivia, una forma de diluir la oposición a la Compañía.¹⁵⁴ Bolivia sugiere asimismo que la Compañía incluyó los *ayllus* Jatun Urinsaya y Qullana en el Área de Influencia, aunque no estaban siendo directamente afectados como los otros cuatro *ayllus* que estaban incluidos en el Área de Influencia. No existe ninguna estipulación en la ley minera boliviana sobre el

¹⁵⁴ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 119-121.

medioambiente que se refiera a la extensión del área de influencia o de como delimitar dicha zona. Sin embargo, tal como lo hizo notar Medmin, el consultor medioambiental de CMMK, el Reglamento de Prevención y Control Ambiental sugiere qué área de influencia debiera incluir a la población susceptible de ser afectada por el proyecto.¹⁵⁵

70. El Área de Influencia fue originalmente definida extendiendo una línea de 2,5 kilómetros alrededor de la zona de la concesión, tal como lo sugiere el Ministerio de Minería. A pesar de que esta era la delimitación formal, la Compañía decidió incluir a *ayllus* y comunidades susceptibles de ser afectadas por el Proyecto y, en la medida que fuera posible, a todas las comunidades de los *ayllus* que rodeaban el Área de Influencia. Bolivia critica la estrategia de la Compañía de incluir los *ayllus* Jatun Urinsaya y Qullana que se encuentran al norte del Proyecto, en vez de considerar, por ejemplo el *ayllu* Chiro, ubicado al sur del *ayllu* Tacahuani.¹⁵⁶ La razón para involucrar a los *ayllus* Jatun Urinsaya y Qullana no es arbitraria. Se consideraron distintos factores: *primero*, los trabajos de exploración estaban siendo realizados en el extremo norte de las concesiones, en el área conocida como Wara Wara. Ambos *ayllus*, Jatun Urinsaya y Qullana están localizados en el extremo norte de las concesiones, próximos a la región de Wara Wara. Su cercanía a la zona del Proyecto hacía que fuera lógico incluirlos, ya que estaban directamente afectados por el Proyecto.¹⁵⁷ De hecho, la oficina de exploración y las instalaciones de la Compañía estaban ubicadas en la comunidad de Sakani del *Ayllu* Jatun Urinsaya.¹⁵⁸ *Segundo*, las comunidades ubicadas en ambos *ayllus* están en el mismo valle donde se encuentra el proyecto y rodeadas por los mismos ríos.

71. La Compañía decidió involucrar, en la medida que fuera posible, a todas las comunidades de los seis *ayllus* comprendidos en la Área de Influencia extendida. Los *ayllus* operan como una unidad y BSR había recomendado a la Compañía que extendiera su área de influencia para involucrar a la mayor cantidad posible de comunidades de todos los *ayllus* afectados.¹⁵⁹ El objetivo era evitar dividir los *ayllus* e interferir con sus

¹⁵⁵ **Prueba C-215**, Correo electrónico de A. Cárdenas to F. Cáceres y otros, 11 Jun, 2012.

¹⁵⁶ Memorial de Contestación del Demandado en ¶123.

¹⁵⁷ **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 11.

¹⁵⁸ *Id.* ¶¶ 11, 12.

¹⁵⁹ **CWS-9**, Segunda Declaración Testimonial de Malbran en ¶ 14.

tradiciones.¹⁶⁰ Existía asimismo otra razón para expandir el Área de Influencia. La mayoría de las comunidades de los seis ayllus que rodean el Proyecto son muy pequeñas y la Compañía planeaba emplear a aproximadamente 1.000 miembros de la comunidad durante la fase de construcción del Proyecto y a aproximadamente 400-500 de forma permanente cuando la mina entrara en la fase de producción. Por ello, llegar a más comunidades ayudaría a la Compañía a establecer relaciones con una mayor cantidad potencial de trabajadores.¹⁶¹

72. Finalmente, no era desacertado extender el área de influencia de un proyecto minero más allá de 2,5 kilómetros. Por ejemplo, el área de influencia de la mina San Cristóbal llega hasta 140 kilómetros desde el proyecto. El área de influencia en Inti Raymi alcanza 60 kilómetros desde el proyecto.¹⁶² En este caso, la comunidad más lejana dentro de la nueva Área de Influencia se encontraba a menos de 15 kilómetros de distancia del Proyecto.

5. El marco regulatorio de Bolivia no requiere que la Compañía desarrolle ninguna iniciativa de relaciones comunitarias y el Gobierno aprobó las iniciativas de la Compañía.

73. Al momento de la expropiación, no existía un marco regulatorio en Bolivia que requiriera que la Compañía desarrollara un programa de relaciones comunitarias. No existía ninguna pauta y el Gobierno no daba ninguna orientación al respecto. Tal como lo reconocieron muchos funcionarios de Gobierno, en todo momento la Compañía cumplió con todas las leyes y reglamentos de la minería y el medio ambiente que fueran aplicables.¹⁶³ En consecuencia, por definición, la Compañía fue más allá de cualquier requerimiento legal al implementar su programa de relaciones con la comunidad y el Gobierno jamás sugirió que fuera insuficiente.

74. A pesar de la buena fe de la Compañía al desarrollar esas iniciativas, Bolivia ahora denigra los programas de relaciones comunitarias de la Compañía, describiendo las contribuciones de la Compañía hacia las comunidades como “escasos ofrecimientos económicos.” Ya en agosto de 2007, el Viceministro de Minería, Pedro

¹⁶⁰ *Id.* ¶ 14.

¹⁶¹ **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 10.

¹⁶² **Prueba C-215**, Correo electrónico de A. Cárdenas a F. Cáceres y otros, 11 de junio de 2012.

¹⁶³ *Ver infra* ¶¶91, 92, 111, 123, 132.

Mariobo, y el entonces Gobernador de Potosí, Mario Virreira, visitaron el área del Proyecto y felicitaron a la Compañía por los programas medioambientales y sociales que ésta estaba implementando.¹⁶⁴ Esos son los mismos programas sociales y contribuciones que ahora son criticados por Bolivia.

75. Más aun, entre los años 2008 y 2012, la Compañía presentó los distintos informes medioambientales y socioeconómicos preparados por su consultora medioambiental, Medmin, ante la Oficina del Gobierno de Potosí.¹⁶⁵ Esos informes enumeraban las distintas contribuciones realizadas por CMMK. Sin embargo, el Gobierno jamás emitió una observación negativa relacionada con la naturaleza de estas contribuciones ni sugirió que fueran insuficientes. Tampoco hubo una recomendación por parte del Gobierno que CMMK implementara distintas medidas (aparte de que el Gobernador Gonzales solicitara una participación financiera en el Proyecto, como se señala más adelante).

76. De hecho, el 13 de noviembre de 2010, funcionarios de la oficina del Gobernador Gonzales y de la Municipalidad de Sacaca efectuaron una inspección oficial en el área del Proyecto, concluyendo que la “empresa está cumpliendo la mayoría de sus compromisos”¹⁶⁶ con las comunidades. Luego de la inspección, la oficina del Gobernador no hizo ninguna observación o recomendación relacionada con las contribuciones o compromisos de la Compañía hacia las comunidades.¹⁶⁷ Curiosamente, a pesar de los distintos informes que CMMK presentó a la oficina del Gobernador de Potosí y de la inspección del 13 de noviembre de 2010, el Gobernador Gonzales ahora reclama que en el año 2010 él “no tenía información relacionada con la existencia de programas sociales o de socialización en el proyecto minero.”¹⁶⁸ Luego se contradice a sí

¹⁶⁴ **CWS-7**, Segunda Declaración Testimonial de Angulo en ¶13.

¹⁶⁵ **Prueba C-142**, Informe Medmin - Septiembre 2008; **Prueba C-143**, Informe Medmin - Febrero 2009; **Prueba C-144**, Informe Medimin - Septiembre 2010; **Prueba C-145**, Informe Medmin - Diciembre 2010; **Prueba C-146**, Informe Medmin I - Enero 2012.

¹⁶⁶ **CWS-8**, Segunda Declaración Testimonial de Gonzales en ¶ 9; **Prueba C-145**, Informe Medmin - Diciembre 2010 en 84; **Prueba C-201**, Informe de Inspección N° 28 emitidos desde el Gobierno de Potosí a Xavier Gonzales, Compañía Malku Khota, 13 de noviembre de 2010.

¹⁶⁷ **CWS-8**, Segunda Declaración Testimonial de Gonzales en ¶ 9.

¹⁶⁸ **RWS-1**, Declaración Testimonial de Félix Gonzales Bernal, 26 de marzo de 2015 en 16 (“Declaración Testimonial de Gonzales Bernal”).

mismo señalando que “a fines de 2010” consideró que “los programas de socialización de CMMK eran insuficientes.” Por el contrario, los funcionarios de la oficina del Gobernador y la Municipalidad de Sacaca confirmaron que, de hecho, los programas de relaciones comunitarias de la Compañía suficientes.

77. Además, en reuniones posteriores con funcionarios de gobierno – analizadas más adelante¹⁶⁹ – los representantes de la Compañía presentaron el programa de relaciones comunitarias de CMMK. Jim Mallory presentó el programa de relaciones de la Compañía con la comunidad en mayo de Mayo 2011 a las comunidades y al Director de Consultas Públicas del El Ministerio de Minas y Metalurgia, Oscar Iturri.¹⁷⁰ De igual forma, la Compañía presentó su plan de compromisos con la comunidad y entregó un marco estratégico para las relaciones comunitarias durante una reunión convocada por el Gobernador de Potosí el 31 de agosto de 2011. Una semana después de esta reunión, el señor Mallory se reunió con miembros del equipo del Gobernador Gonzales, incluyendo al Secretario de Minería de Potosí, el señor Arnulfo Gutiérrez, y el Director de Desarrollo Minero, señor Yerco Cervantes, para entregarles por mano, entre otros documentos, copias de los RCA y copias de las presentaciones efectuadas por la Compañía ante las comunidades.¹⁷¹

78. Dado lo anterior, Bolivia tenía conocimiento del programa de relaciones comunitarias de la Compañía. Jamás criticó ni ese programa ni las diversas contribuciones que la Compañía realizó en las comunidades locales.¹⁷² En consecuencia, Bolivia ahora no puede alegar como defensa en este arbitraje, que el programa de relaciones de la Compañía era deficiente (lo que, en cualquier caso, no lo era).

C. FALTA DE PROTECCIÓN Y DE APOYO DE BOLIVIA AL PROYECTO

79. A fines del año 2010, la Compañía comenzó a enfrentar una oposición iniciada por mineros ilegales que buscaban explotar los recursos minerales en la zona.¹⁷³

¹⁶⁹ *Ver infra* Secciones II.C.3 y II.C.4.

¹⁷⁰ **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 16.

¹⁷¹ **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 51.

¹⁷² **CWS-8**, Segunda Declaración Testimonial de Gonzales en ¶ 9.

¹⁷³ **CWS-8**, Segunda Declaración Testimonial de Gonzales en ¶ 31; **CWS-7**, Segunda Declaración Testimonial de Angulo en ¶ 41; **Prueba C-216**, Correo electrónico de S. Angulo a X. Gonzales, 16 de marzo de 2012.

Los intereses de los mineros ilegales coincidían con los de algunos líderes de las organizaciones indígenas CONAMAQ y FAOI-NP.¹⁷⁴ De hecho fueron los líderes de CONAMAQ y FAOI-NP quienes dirigieron las iniciativas para dividir a las comunidades, entre otras formas, propugnando la formación de una cooperativa para explotar las concesiones de CMMK. Posteriormente estas iniciativas de división fueron agravadas por el Gobierno.

80. Bolivia ofrece una imagen de CONAMAQ como una organización benevolente y un frente unido que “toma decisiones políticas en instancias orgánicas establecidas en sus estatutos organizacionales y donde las decisiones que se toman a su interior son vinculantes para sus miembros.”¹⁷⁵ Sin embargo esta descripción no refleja la realidad.¹⁷⁶ Los miembros de CONAMAQ no sólo disienten respecto a temas fundamentales, sino que frecuentemente son impulsados por agendas políticas ocultas. El punto máximo de esta división ocurrió en el año 2013 cuando la organización “se fracturó en organizaciones paralelas en guerra, una que apoya el Movimiento hacia el Socialismo (MAS) del gobierno de Evo Morales, y la otra —la “orgánica” CONAMAQ original— gradualmente poniéndose en su contra.”¹⁷⁷ Esta fractura estuvo precedida de violentas confrontaciones entre las dos facciones, huelgas de hambre, vigiliias, bloqueos de caminos y otras protestas similares.¹⁷⁸ Esta división fue condonada—si no incentivada—por el

¹⁷⁴ **CWS-8**, Segunda Declaración Testimonial de Gonzales en ¶ 31; **CWS-7**, Segunda Declaración Testimonial de Angulo en ¶ 41; **Prueba C-216**, Correo electrónico de S. Angulo a X. Gonzales, 16 de marzo de 2012.

¹⁷⁵ Memorial de Contestación del Demandado ¶¶62, 63; **RER-1**, Informe del Perito Liborio Uño Acebo, 26 de marzo de 2015 en ¶ 21 (“Informe del Perito Uño”).

¹⁷⁶ Este es uno de los muchos ejemplos de cómo el Informe del Perito Sr. Liborio Uño Acebo constituye un ejercicio académico, cuando la situación real es muy diferente de la del mundo teórico que él describe.

¹⁷⁷ **Prueba C-217**, *Rival Factions in Bolivia’s CONAMAQ: Internal Conflict or Government Manipulation?*, NCLA, 2 de febrero de 2014.

¹⁷⁸ **Prueba C-218**, *Denuncian intento de toma de CONAMAQ*, LOS TIEMPOS, julio de 5, 2012; **Prueba C-219**, *CONAMAQ: Nuevas agresiones contra las legítimas organizaciones indígenas*, SOMOS SUR 10 de diciembre de 2013; **Prueba C-220**, *CONAMAQ, dividida y con injerencia política*, PAGINA SIETE, 1 de enero de 2014; **Prueba C-217**, *Rival Factions in Bolivia’s CONAMAQ: Internal Conflict or Government Manipulation?*, NCLA, 2 de febrero de 2014.

gobierno boliviano.¹⁷⁹ El FAOI-NP tampoco es un desconocido en cuanto a divisiones e interferencias políticas.¹⁸⁰

81. En este arbitraje Bolivia intenta desacreditar las situaciones de la minería ilegal en el área del Proyecto y cómo ello resultó crucial para alimentar la oposición al Proyecto.¹⁸¹ Pero apenas unos pocos meses luego de la expropiación, el Ministro de Minería, Mario Virreira, quien era el Gobernador de Potosí entre 2006-2010 y quien obviamente estaba familiarizado con los hechos y circunstancias respecto a las que se refería, explicó que “ha existido en el sector una especie de explotación ilegal de minerales del yacimiento”, actividad clandestina que ha sido “un tanto pactada con algunos dirigentes.”¹⁸² De forma similar, en mayo de 2012, el Ministro Virreira confirmó que la oposición a la que se enfrentaba la Compañía en realidad se trataba de intereses económicos relacionados con las actividades ilegales de la minería del oro.”¹⁸³ El Ministro Virreira también confirmó que, contrario a los supuestos actos indebidos contra el medio ambiente por parte de CMMK, “[n]o es evidente que el interés sea defender la contaminación o recursos del Estado, porque estos señores que se oponen a la presencia de la compañía minera Malku Khota, en realidad [lo que] están haciendo es explotar ilegalmente el oro en esa región.”¹⁸⁴

82. En el año 2014, el Ministro Virreira nuevamente manifestó que “los comunarios de zonas mineras se oponen a esas actividades extractivas al denunciar contaminación del medio ambiente y del agua sólo con el objetivo de explotar

¹⁷⁹ **Prueba C-218**, *Denuncian intento de toma de CONAMAQ*, LOS TIEMPOS, 5 de julio de 2012; **Prueba C-219**, *CONAMAQ: Nuevas agresiones contra las legítimas organizaciones indígenas*, SOMOS SUR, 10 de diciembre, 2013; **Prueba C-220**, *CONAMAQ, dividida y con injerencia política*, PAGINA SIETE, 1 de enero 2014; **Prueba C-217**, *Rival Factions in Bolivia's CONAMAQ: Internal Conflict or Government Manipulation?*, 2 de febrero de 2014.

¹⁸⁰ **Prueba C-221**, *División en ayllus de Potosí resta fuerza a bloqueo*, ERBOL DIGITAL, 25 de junio de 2014.

¹⁸¹ Memorial de Contestación del Demandado en § 3.3.2.

¹⁸² **Prueba C-149**, *Policía evitará explotación ilegal en Malku Khota*, LA PATRIA, 19 de octubre de 2012.

¹⁸³ **Prueba C-222**, *Denuncian contaminación ambiental en Malku Khota*, LA RAZÓN, 26 de mayo de 2012.

¹⁸⁴ **Prueba C-223**, *Explotación ilegal de oro es el origen del conflicto en Malku Khota*, LA PAZ, mayo de 21, 2012.

ilegalmente yacimientos mineros.”¹⁸⁵ Un claro ejemplo de esta estrategia, de acuerdo con el Ministro Virreira, es lo que ocurrió en

“...la mina Mallku Khota (los comunarios) le dicen no a las transnacionales, no al tema del agua, ¿y qué ocurre?; después de la nacionalización, hacemos inspecciones, ¿y qué vemos? comunarios del lugar y de otras regiones trabajando aquello que debíamos defender de las transnacionales, contaminando las lagunas que estaban en ese sector. O sea, rechazan para que no se use el agua, rechazan para que no haya beneficios, para que no haya contaminación, pero se convierten en actores ilegales.”¹⁸⁶

El Ministro Virreira no es una voz solitaria que denuncia la minería ilegal en la zona de Malku Khota. Los miembros de la comunidad también “confirmó [] que grupos dominantes o ‘jucus,’ ajenos a la comunidad de Malku Khota, continúan recuperando oro ... ‘sin que ninguna autoridad política o policial haga algo.’”¹⁸⁷ De acuerdo con lo manifestado por los miembros de la comunidad, “los denominados ‘jucus’ (ladrones de mineral) no cuentan con papeles y son campesinos de otras provincias del norte de Potosí quienes ‘tienen intenciones políticas.’”¹⁸⁸ South American Silver también denunció la minería ilegal en la zona ante el Gobernador Gonzales, sin obtener resultados.¹⁸⁹

¹⁸⁵ **Prueba C-224**, *Comunarios frenan operaciones mineras para iniciar trabajo ilegal*, PAGINA SIETE, 1 de abril de 2014

¹⁸⁶ **Prueba C-224**, *Comunarios frenan operaciones mineras para iniciar trabajo ilegal*, PAGINA SIETE, 1 de abril de 2014 (“Un caso concreto: en la mina Mallku Khota (los comunarios) les dicen no a las transnacionales, no al tema del agua, ¿y qué ocurre?; después de la nacionalización, hacemos inspecciones, ¿y qué vemos? comunarios del lugar y de otras regiones trabajando aquello que debíamos defender de las transnacionales, contaminando las lagunas que estaban en ese sector. O sea, rechazan para que no se use el agua, rechazan para que no haya beneficios, para que no haya contaminación, pero se convierten en actores ilegales”, dijo Virreira a la red ERBOL.).

¹⁸⁷ **Prueba C-225**, *Avasalladores explotan oro en Mallku Khota*, LOS TIEMPOS, 1 de agosto de 2012.

¹⁸⁸ *Id.*

¹⁸⁹ **Prueba C-70**, Carta de Jim Mallory y Xavier Gonzales al Gobernador Félix Gonzales, 22 de febrero de 2012. Ver, asimismo, **CWS-4**, Declaración Testimonial de Gonzales en 16; **CWS-3**, Declaración Testimonial de Mallory en 26; Prueba **R-55**, Carta de Xavier Gonzales al Gobernador Félix Gonzales 21 de diciembre de 2010.

83. CMMK recurrió al Gobierno para solicitar ayuda, pero éste no le proporcionó ningún apoyo significativo.¹⁹⁰ El Gobernador Gonzales expresamente reconoció las solicitudes de apoyo realizadas por CMMK en su declaración testimonial.¹⁹¹ Por el contrario, las acciones e inacciones del Gobierno exacerbó la oposición al Proyecto. Aunque South American Silver esperaba el apoyo del Gobierno, no permaneció esperándolo de forma pasiva. A principios de 2011, South American Silver dio énfasis a sus programas ya existentes de relaciones comunitarias¹⁹² a fin de lograr una mayor integración de las comunidades y obtener la aceptación general de todas las comunidades en el Área de Influencia. El Memorial de Contestación de Bolivia es un simple ejercicio de descalificación y de desprestigio en su intención de evitar enfrentar la realidad que Bolivia misma tenía la obligación de proteger a la Compañía y no cumplió con ello.

1. A pesar de que la mayoría de las comunidades apoyaban el proyecto, los líderes de FAOI-NP y CONAMAQ fomentaron la oposición y promovieron la minería ilegal, así como la formación de una cooperativa para expulsar a la Compañía

84. La estrategia de CONAMAQ y de FAOI-NP fue presionar y avergonzar a los miembros de la comunidad para que rechazaran a CMMK y que activamente se opusieran al Proyecto. Por ejemplo, el 11 de diciembre de 2010, CONAMAQ organizó una reunión entre cuatro *ayllus* (Sulka Jilatikani, Tacawni, Urinsaya, y Sanka) y representantes de CMMK.¹⁹³ Andrés Chajmi, un directivo de CONAMAQ llamó a CMMK supuestamente para que presentara su plan de trabajo para 2011.¹⁹⁴ Santiago Angulo asistió en representación de la Compañía y se había preparado para hacer una presentación sobre el plan de trabajo. Sin embargo, los directivos de CONAMAQ y de FAOI-NP, en particular Feliciano Gabriel de FAOI-NP, impidieron que el señor Angulo

¹⁹⁰ **Prueba C-70**, Carta de Jim Mallory y Xavier Gonzales al Gobernador Félix Gonzales, febrero de 22, 2012.

¹⁹¹ **RWS-1**, Declaración Testimonial de Gonzales Bernal en 17; **Prueba R-55**, Carta de Xavier Gonzales al Gobernador Félix Gonzales, 21 de diciembre de 2010.

¹⁹² Memorial del Demandante en ¶¶ 47-50.

¹⁹³ **Prueba R-46**, Voto resolutivo de los Ayllus Sullka Jilatikani, Takahuani, Urinsaya y Samca, de 11 de diciembre de 2010.

¹⁹⁴ **CWS-7**, Segunda Declaración Testimonial de Angulo en ¶ 40.

hablara y realizara la presentación solicitada.¹⁹⁵ Por el contrario, Andrés Chajmi y Feliciano Gabriel propusieron que se adoptara una resolución redactada con anterioridad demandando que CMMK suspendiera sus actividades. Los representantes de CONAMAQ y de FAOI-NP presionaron con esta resolución redactada anteriormente y forzaron a las comunidades que la apoyaran.¹⁹⁶ De hecho, la resolución redactada con anterioridad comprendía frases que llamaban a “sancionar a todos los hermanos de los cuatro ayllus que no cumplan con este voto resolutivo.”¹⁹⁷ De esta forma, los presentes no tenían mayor alternativa que firmar la resolución o enfrentar represalias.¹⁹⁸

85. Distintas comunidades confirmaron a CMMK que apoyaban el Proyecto a pesar de haber firmado la resolución. Dos días después de la reunión de 11 de diciembre de 2010 en que CONAMAQ y FAOI-NP presionaran a las comunidades a firmar la resolución, Santiago Angulo se reunió con distintos miembros de la comunidad (en particular del *Ayllu* Sulka Jilatikani) quienes expresaron su apoyo al Proyecto y confirmaron que no estaban de acuerdo con la resolución que CONAMAQ y FAOI-NP les había impuesto.¹⁹⁹ El 19 de diciembre de 2010, los directivos de FAOI-NP y CONAMAQ se reunieron nuevamente para imponerles a las comunidades una nueva resolución. Esta nueva resolución demandaba que CMMK cesara todas las actividades relacionadas con el Proyecto. Santiago Angulo estuvo presente en esa reunión y, nuevamente, CONAMAQ y FAOI-NP, y en particular Feliciano Gabriel de FAOI-NP, forzó a las autoridades de los cuatro *ayllus* a firmar la resolución. El señor Angulo describió la reunión de la siguiente forma:

El 19 de diciembre de 2010 asistí a la reunión de cabildo convocada por FAOI-NP y CONAMAQ. En esta reunión, los *mallcus* de CONAMAQ y FAOI-NP (Andrés Chajmi y Feliciano Gabriel) y algunas autoridades y líderes de ciertos

¹⁹⁵ *Id.*

¹⁹⁶ **CWS-7**, Segunda Declaración Testimonial de Angulo en ¶ 40. *Ver también, Prueba C-226*, Memorándum de Santiago Angulo a Fernando Cáceres, *Informe correspondiente al mes de diciembre de 2010*, 5 de enero de 2011.

¹⁹⁷ “Sanciones a todos los hermanos de los cuatro ayllus que no cumplan con este voto resolutivo.”

¹⁹⁸ **CWS-7**, Segunda Declaración Testimonial de Angulo en ¶ 40.

¹⁹⁹ **CWS-7**, Segunda Declaración Testimonial de Angulo en ¶ 42, 43. *Ver también, Prueba C-226*, Memorándum de Santiago Angulo a Fernando Cáceres, *Informe correspondiente al mes de diciembre de 2010*, 5 de enero de 2011.

ayllus determinaron que la CMMK debía de parar todo tipo de trabajo en la región. Para esto, Feliciano Gabriel, autoridad de FAOINP, presentó para firma el texto de la resolución de cabildo del 19 de diciembre de 2010, que con anticipación a la reunión había preparado, y obligó a varios de los alcaldes comunales a firmar esta resolución. Uno de los participantes expuso su disconformidad con el voto resolutivo y declaró que el voto resolutivo no era legal. Los mallkus Andrés Chajmi y Feliciano Gabriel lo amenazaron con golpearlo y quitarle sus pertenencias y su motocicleta.²⁰⁰

86. Los *ayllus* Jatun Urinsaya y Qullana se opusieron fuertemente a las resoluciones del 11 de diciembre y el 19 de diciembre de 2010. En una comunicación de fecha 27 de diciembre de 2010, Jatun Urinsaya confirmó que las autoridades de los *ayllus* habían sido forzados a firmar las resoluciones.²⁰¹ En particular, Jatun Urinsaya confirmó que las resoluciones del 11 de diciembre y el 19 de diciembre de 2010:

“(“no fue[ron] conversados con las autoridades de los cuatro ayllus que se menciona[n] en [los] votos resolutivos”)²⁰²

“las decisiones tomaron [sic] unas cuantas personas y algunas autoridades a nombre de los cuatro ayllus”²⁰³

“fue avasallado y violentado los derechos de la provincial Alonzo de Ivañez [sic] por personas desconocidas de otra jurisdicción”²⁰⁴

87. Los *ayllus* Jatun Urinsaya y Qullana también solicitaron al Gobierno provincial y municipal que tomara nota de esta situación.²⁰⁵

²⁰⁰ **CWS-7**, Segunda Declaración Testimonial de Angulo ¶ 44; *Ver también, Prueba C-226*, Memorandum de Santiago Angulo a Fernando Cáceres, *Informe correspondiente al mes de diciembre de 2010*, 5 de enero de 2011.

²⁰¹ **Prueba C-227**, Declaración emitida por las autoridades del *ayllu* Jatun Urinsaya el 27 de diciembre de 2010 rechazando las resoluciones de CONAMAQ y FAOI del 11 y el 19 de diciembre de 2010.

²⁰² **Prueba C-227**, Declaración emitida por las autoridades del *ayllu* Jatun Urinsaya el 27 de diciembre de 2010 rechazando las resoluciones de CONAMAQ y FAOI del 11 y el 19 de diciembre de 2010.

²⁰³ **Prueba C-227**, Declaración emitida por las autoridades del *ayllu* Jatun Urinsaya el 27 de diciembre de 2010 rechazando las resoluciones de CONAMAQ y FAOI del 11 y el 19 de diciembre de 2010).

²⁰⁴ **Prueba C-227**, Declaración emitida por las autoridades del *ayllu* Jatun Urinsaya el 27 de diciembre de 2010 rechazando las resoluciones de CONAMAQ y FAOI del 11 y el 19 de diciembre de 2010.

88. De forma similar, en una comunicación de fecha 7 de enero de 2011,²⁰⁶ los miembros de la comunidad del *Ayllu* Qullana confirmaron que representantes de FAOI-NP y CONAMAQ los habían forzado a firmar la resolución del 19 de diciembre de 2010. Los miembros de la comunidad de Chiro Kasa y Kalachaca también confirmaron que el señor Feliciano Gabriel había forzado a los miembros de la comunidad y a las autoridades a firmar las resoluciones y a actuar violentamente contra CMMK.²⁰⁷

89. El 22 de diciembre de 2010, la Compañía decidió suspender temporalmente las operaciones de CMMK, no obstante el apoyo general del proyecto por parte de las comunidades dentro del Área de Influencia. Ello fue necesario considerando que el gobierno no tomó ninguna medida para proteger a CMMK y prevenir actos violentos contra la Compañía y sus empleados.²⁰⁸

90. Tal como observa Bolivia,²⁰⁹ el 23 de diciembre de 2010, CMMK escribió al Gobernador de Potosí, Félix Gonzales, para informarle respecto a las resoluciones del 11 y 19 de diciembre de 2010.²¹⁰ Era imperativo que la Compañía informara al Gobernador respecto a esta situación, dada la seriedad de las falsas acusaciones contenidas en las resoluciones y para solicitar la ayuda del Gobernador ante una situación que podía escalar.²¹¹ La carta de CMMK clarificaba lo siguiente:

- Que la presencia de CMMK en la zona del Proyecto era legal ya que cumplía con todas las leyes y reglamentos aplicables, incluyendo la Ley Minera y la Constitución de Bolivia.
- Que, aunque “la consulta previa” no estaba regulada por ley, CMMK había efectuado una serie de compromisos y había firmado diversos acuerdos con los distintos ayllus ubicados dentro del Área de Influencia.

²⁰⁵ **Prueba C-227**, Declaración emitida por las autoridades del *ayllu* Jatun Urinsaya el 27 de diciembre de 2010 rechazando las resoluciones de CONAMAQ y FAOI del 11 y el 19 de diciembre de 2010.

²⁰⁶ **Prueba C-228**, Declaración emitida por el *Ayllu* Qullana, 7 de enero de 2011.

²⁰⁷ **CWS-7**, Segunda Declaración Testimonial de Angulo en ¶ 45.

²⁰⁸ **CWS-8**, Segunda Declaración Testimonial de Gonzales en ¶ 13.

²⁰⁹ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 114-115.

²¹⁰ **Prueba R-55**, Carta de Xavier Gonzales al Gobernador Félix Gonzales de 21 de diciembre de 2010.

²¹¹ **CWS-8**, Segunda Declaración Testimonial de Gonzales en ¶ 14.

- CMMK cumplió en su totalidad con todas las regulaciones medioambientales y no estaba causando ningún daño al medio ambiente en la zona. CMMK recordó al Gobernador que había (i) obtenido la Licencia de Medio Ambiente DRNMA-CD-35/06 el 5 de septiembre de 2006; y (ii) había presentado al Gobierno de Potosí tres Programas de Monitoreo del Medio Ambiente en enero de 2009, agosto de 2009 y septiembre de 2010.
- CMMK había llevado a cabo distintos talleres en las comunidades en los años 2008, 2009, y 2010.
- Con relación al supuesto “abuso de autoridad, violación a la estructura del gobierno propio, abuso de confianza, intimidación, [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], interferencia y división,” CMMK rechazó todas esas acusaciones. También confirmó que CMMK y sus empleados respetaban las leyes, a las autoridades nacionales, departamentales y locales, que no habían cometido ningún crimen, y reiteraban que su misión y su práctica requerían que cada uno y todos sus empleados respetaran las leyes y las tradiciones de la zona.²¹²

91. CMMK esperó más de un mes para obtener alguna respuesta del Gobernador Gonzales a su carta del 23 de diciembre de 2010, la que nunca fue respondida. En consecuencia, al no haber tenido noticias del Gobernador Gonzales,²¹³ CMMK presentó una comunicación similar al Ministerio de Minas y Metalurgia y al Viceministro de Movimientos Sociales y Sociedad Civil del Ministerio de Minería, César Navarro, el 31 de enero de 2011.²¹⁴ El 10 de febrero de 2011,²¹⁵ el Viceministro Navarro entregó a CMMK un “Criterio Jurídico” emitido el 3 de febrero de 2011, por el Responsable de Análisis Estratégico del Viceministerio, el señor Alberto García Sandoval. El Criterio Jurídico confirmó que:

²¹² **Prueba R-55** Carta de Xavier Gonzales al Gobernador Félix Gonzales e 21 de diciembre de 2010.

²¹³ **CWS-8**, Segunda Declaración Testimonial de Gonzales en ¶ 15.

²¹⁴ **Prueba C-229**, Carta de Xavier Gonzales al Viceministro de Movimientos Sociales y al Ministro de Movimientos Sociales y Sociedad Civil del Ministerio de Minería, recibido por el Ministerio el 31 de enero de 2011.

²¹⁵ **Prueba C-230**, Comunicación Oficial del Viceministro de Movimientos Sociales y Sociedad Civil del Ministerio de Minería a CMMK fechado 10 de febrero de 2011 y “Criterio Jurídico” emitido el 3 de febrero de 2011 por el Responsable de Análisis Estratégico del Viceministerio, señor Alberto García Sandoval.

- las resoluciones adoptadas por CONAMAQ y FAOI-NP el 11 y 19 de diciembre de 2010 no tenían fundamento, ya que CMMK no estaba dañando el medio ambiente;
- la “consulta previa” aún no estaba regulada, por lo que no era necesaria; y
- las acusaciones de delitos debían ser presentadas ante las autoridades competentes.²¹⁶

92. De manera similar, el 16 de marzo de 2011, el Ministerio de Minería y Metalurgia, a través de Fernando Vásquez, Director General del Medio Ambiente y Consultas Públicas, informó a CMMK que las resoluciones de FAOI-NP y CONAMAQ del 19 de diciembre de 2010 y el 11 de enero de 2011 no tenían mérito. En especial, el Ministerio de Minas y Metalurgia adjuntó a su comunicación oficial un memorándum fechado 11 de febrero de 2011, firmado por el señor Oscar Iturri, Jefe de Unidad de Consulta Pública y Participación Ciudadana, que analizaba el contenido y las acusaciones²¹⁷ de las resoluciones del 19 de diciembre de 2010 y el 11 de enero de 2011. El memorándum concluía que:

Luego de hacer un análisis del contenido del memorial presentado por la Compañía Minera Malku Khota, S.A. [...] se puede establecer que la mencionada empresa posee diez concesiones mineras, las cuales estarían cumpliendo con todas las normas legales y administrativas que regulan las actividades del rubro de la minería.²¹⁸

[...]

93. No obstante lo anterior, el Gobernador Gonzales omitió atender el pedido de ayuda y apoyo realizado por CMMK. De hecho, el señor Gonzales desempeñó un rol

²¹⁶ *Id.*

²¹⁷ **Prueba C-231**, Comunicación Oficial de la oficina del Ministerio de Minería y Metalurgia a CMMK fechada el 6 de marzo de 2011 y Memorial emitido el 11 de febrero de 2011 por el Sr. Oscar Iturri, Jefe de Unidad de Consulta Pública y Participación Ciudadana. (*[...]según la Resolución de Cabildo; la empresa tendría presencia ilegal en la zona, habría vulnerado sus derechos colectivos, no haber hecho consulta previa; abuso de autoridad, contaminación del medio ambiente, desconocimiento de la estructura del gobierno propio, abuso de confianza, intimidación, amenazas,* [REDACTED] [...])

²¹⁸ **Prueba C-231**, Comunicación Oficial de la oficina del Ministerio de Minería y Metalurgia a CMMK fechada 16 de marzo de 2011 y Memorial emitido el 11 de febrero de 2011 por el Sr. Oscar Iturri, Jefe de Unidad de Consulta Pública y Participación Ciudadana. (énfasis agregado)

activo al liderar la oposición al Proyecto. Por ejemplo, el 6 de febrero de 2011, firmó una petición de la *Central Sindical de Trabajadores Originarios de la Primera Sección de San Pedro de Buena Vista* para que CMMK suspendiera indefinidamente sus actividades para evitar cualquier contaminación del medio ambiente.²¹⁹ Sin embargo, no existía ninguna señal o evidencia de que el medio ambiente estuviera siendo contaminado por CMMK – ya que no había ocurrido ninguna contaminación. Todo lo contrario. De hecho, antes del 6 de febrero de 2011, CMMK ya había presentado cuatro Programas de Monitoreo del Medio Ambiente al Secretario del Medio Ambiente del Gobierno de Potosí, y tales programas ya habían sido aprobados.²²⁰ Sin embargo, el Gobernador Gonzales prefirió firmar una petición sobre la base de denuncias de contaminación que no tenían ningún sustento, aunque sabía muy bien que no había ninguna contaminación y que los Programas de CMMK ya habían sido presentados a su Secretario del Medio Ambiente.

2. Líderes de seis *ayllus* formaron la COTOA-6A para comunicar al gobierno que apoyaban el proyecto

94. Bolivia intenta presentar a COTOA-6A como si ésta fuera una organización ilegal.²²¹ COTOA-6A fue una iniciativa de los líderes de seis *ayllus* (Sulka Jilatikani, Tacahuani, Qullana, Samca, Jatun Urinsaya y Urinsaya) quienes estaban preocupados porque sus intereses no estaban siendo adecuadamente representados por CONAMAQ o FAOI-NP.²²² Conforme a lo anterior, los seis *ayllus* eligieron formar una comisión que verdaderamente representara sus intereses con respecto al Proyecto Malku

²¹⁹ **Prueba R-54**, La resolución de la *Central Sindical de Trabajadores Originarios de la Primera Sección de San Pedro de Buena Vista*, del 6 de febrero de 2011. Aunque la resolución está fechada el 6 de febrero de 2010, esta fecha es incorrecta, ya que la resolución indica que fue emitida durante la “administración 2011” y porque está firmada por Félix Gonzales, en su cargo de Gobernador de Potosí, quien asumió el cargo el 1° de junio de 2010.

²²⁰ **Prueba C-142**, Informe Medmin - Septiembre 2008; **Prueba C-143**, Informe Medmin - Febrero 2009; **Prueba C-144**, Informe Medmin - Septiembre 2010; **Prueba C-145**, Informe Medmin - Diciembre 2010.

²²¹ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 65, 124-26.

²²² **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 38; **Prueba C-232**, Acta de la reunión entre los miembros de la comunidad del norte de Potosí y el Director de Medio Ambiente del Ministerio de Minería y Metalurgia, 13 de octubre de 2011. En esa reunión con los *ayllus* se concluyó que todos los *ayllus* ubicados dentro del Área de Influencia apoyaban a la Compañía y que solamente CONAMAQ se estaba oponiendo al Proyecto (“*En conclusión indico que todos los Ayllus se encontraban de acuerdo a excepción del CONAMAQ*”).

Khota. Esta comisión fue llamada “*Coordinadora Territorial Originaria Autónoma de los Seis Ayllus*” o COTOA-6A.²²³ Tal como era esperable, CMMK trabajó con los representantes de COTOA-6A en un esfuerzo por mejorar la aceptación general del Proyecto, ya que ello le permitía tener una mejor comunicación con las comunidades.²²⁴

95. El 10 de octubre de 2011, los seis *ayllus* informaron al Presidente Evo Morales y al Ministro de Minería de Bolivia, señor José Pimentel, respecto a la formación de COTOA-6A y de su decisión de permitir que CMMK continuara con las iniciativas de exploración, ya que esto beneficiaría el desarrollo económico de la región.²²⁵ COTOA-6A solicitó que el Presidente Morales y el Ministro de Minería celebrara una reunión el 12 de octubre de 2011. En todo momento el Gobierno reconoció a COTOA-6A como una organización que representaba a las comunidades indígenas que apoyaban el Proyecto.²²⁶

96. Esto se debió a que ese tipo de organizaciones no son extrañas a la cultura indígena de Bolivia. De hecho, el mismo Gobierno ha negociado y firmado acuerdos con comités *ad hoc* formados por miembros de las comunidades indígenas. Por ejemplo, *Ponchos Rojos* es una organización de pueblos indígenas que frecuentemente es tildada de radical. Esta organización carece de personalidad legal independiente. Sin embargo el gobierno la reconoce como una organización válida y ha llegado a acuerdos con ella.²²⁷ COTOA-6A está lejos de ser una organización radical. Por el contrario, era una organización pacífica y voluntaria que sólo buscó lograr a un acuerdo entre las comunidades y la Compañía.

97. Contrariamente a las acusaciones de Bolivia,²²⁸ CMMK no usó a COTOA-6A como medio para establecer una agenda paralela o para generar la falsa impresión de

²²³ **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 38; *ver también Prueba C-170*, Malku Khota Community Relations Update, mayo de 25 de 2011 en 6.

²²⁴ **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 40.

²²⁵ **Prueba C-233**, Carta de COTOA-6A al Presidente Evo Morales, 10 de octubre de 2011; **Prueba C-234**, Carta de COTOA-6A al Ministerio de Minería, 10 de octubre de 2011.

²²⁶ **Prueba C-68**, Actas de la reunión sostenida entre COTOA y el Ministerio de Minería y Metalurgia, del 17 de noviembre de 2011.

²²⁷ **Prueba C-235**, *Ponchos Rojos firman acuerdo con el Gobierno*, LOS TIEMPOS, 14 de septiembre de 2012.

²²⁸ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 141.

que sólo unas pocas comunidades se oponían al Proyecto. Las acciones y las resoluciones adoptadas por COTOA-6A en apoyo del Proyecto Malku Khota fueron independientes de CMMK.²²⁹ Tal como se explicó anteriormente, los seis *ayllus* cercanos al Proyecto formaron COTOA-6A como una reacción a la falta de verdadera representación ejercida por parte de FAOI-NP y CONAMAQ.

3. Bolivia eligió impulsar sus intereses económicos y políticos expropiando las concesiones mineras

98. A principios del año 2011, una vez que el Gobierno boliviano tomó conocimiento de la magnitud de los yacimientos minerales existentes en el Proyecto Malku Khota, decidió “intervenir activamente”²³⁰ en el Proyecto. Además, el Gobierno boliviano no proporcionó ninguna protección significativa a la Compañía durante los años 2011 y 2012 cuando la violencia alcanzó su punto culminante.²³¹ Por el contrario, el Gobierno vio esto como una oportunidad para impulsar activamente un “interés comercial para la empresa estatal” COMIBOL.²³² A pesar de que Bolivia pueda intentar negarlo, los hechos concretos demuestran la verdad:

- **El 31 de marzo de 2011**, la Compañía pone los resultados de la Actualización de la PEA a disposición del público.²³³
- **El 26 de abril de 2011**, el Gobierno emitió una resolución declarando una zona que circundaba por completo a las Concesiones Mineras de Malku Khota como “Zona de Inmovilización – Área de Interés COMIBOL.”²³⁴ Tal como lo admite Bolivia, la zona de inmovilización constituía una “demarcación de un área cuya explotación le corresponde por ley a COMIBOL como de interés

²²⁹ **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 41.

²³⁰ *Ver*, Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 444 explicando “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”.

²³¹ El Demandante incorpora como referencia los eventos explicados en su Demanda Arbitral y Memorial del 24 de septiembre de 2014.

²³² *Ver*, Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 445 (explicando que la “La Zona de Inmovilización fue ... una demarcación de áreas que, siendo ya de COMIBOL desde 2007, son de interés comercial para la empresa estatal.”

²³³ **Prueba C-41**, *Updated Malku Khota Study Doubles Production Levels and 1st 5 Year Cashflow Estimates*, South American Silver Corp. Comunicado de Prensa, 31 de marzo de 2011.

²³⁴ **Prueba R-119**, Resolución DAJ-0073/2011 emitida por COMIBOL, 26 de abril de 2011.

comercial.”²³⁵ La resolución señala expresamente que una de las razones para declarar la zona alrededor de las Concesiones Mineras de Malku Khota como “Zona de Inmovilización – Área de Interés COMIBOL” fue el hallazgo del yacimiento de plata por parte de la Compañía en Malku Khota y que el área circundante a las concesiones de la Compañía aún era objeto de exploración.²³⁶

La resolución del 26 de abril de 2011 no podía ser más clara en cuanto a que sólo después que la Compañía había invertido millones de dólares y descubierto el vasto yacimiento polimetálico fue que el Gobierno decidió expropiar las zonas que rodeaban el Proyecto, menos de un mes después de la actualización de la PEA de la Compañía: *“[e]n atención a sus instrucciones referente al hallazgo de un yacimiento de plata en el Norte de Potosí por la empresa Canadiense Mallku Khota, se ha efectuado la revisión de la planimetría de concesiones del mencionado sector, encontrando lo siguiente: -- la Compañía Minera Mllaku SA. tiene varias concesiones mineras en la provincia Charcas y Alonzo de Ibáñez del departamento de Potosí ... En los alrededores existe zonas que corresponde a Reserva Fiscal”* y *“siendo que dichas áreas a la fecha serán objeto de prospección y exploración corresponde dar viabilidad a la solicitud toda vez que dicha área es considerada estratégica y se requiere declarar como área de resguardo.”*²³⁷

- **19 de junio de 2011**, el Gobierno propuso que la Compañía firmara un acuerdo de asociación con el Gobierno boliviano. El Gobierno garantizaba que la firma de un acuerdo de esa naturaleza evitaría cualquier conflicto con las cooperativas mineras que quisieran extraer minerales de las concesiones de la Compañía.²³⁸
- **23 de Julio de 2011**, el Gobierno se reunió con las comunidades e inequívocamente les pidió que la Compañía

²³⁵ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 443. La resolución otorga a COMIBOL la facultad y la atribución de explotación y administración del área que rodea el Proyecto Malku Khota. **Prueba R-119**, Resolución de COMIBOL (DAJ-0073/2011), 26 de abril de 2011.

²³⁶ *Id.*

²³⁷ **Prueba R-119**, Resolución de COMIBOL (DAJ-0073/2011), 26 de abril de 2011.

²³⁸ **CWS-8**, Segunda Declaración Testimonial de Gonzales en ¶ 27.

abandonara su participación mayoritaria en el Proyecto y se asociara con el Gobierno.²³⁹

- **Septiembre de 2011 a junio de 2012**, el Gobierno participó en al menos siete reuniones con las comunidades en las que repetía el mensaje: no se autorizará que la Compañía continúe operando si no le da a Bolivia “una zanahoria más grande.”²⁴⁰
- **El 15 de mayo de 2012**, el Viceministro de Políticas Mineras Wilka se reunió, entre otros, con Jim Mallory y le solicitó que la Compañía le suministrara información altamente confidencial y patentada que no tenía ninguna relación con el conflicto social. La información solicitada por el Viceministro Wilka incluía: amplia información sobre perforación (longitud perforada y ángulos de perforación), características de la perforación, detalles de gastos y pronósticos de gastos.²⁴¹
- **El 7 de julio de 2012**, el Gobierno firma un Acta de Entendimiento con los representantes de los opositores a la Compañía acordando nacionalizar las Concesiones Mineras y otorgar inmunidad por actos violentos a los activistas que estaban ejerciendo tácticas de presión contra la Compañía.²⁴²
- **El 8 de Julio 8 de 2012**, el Presidente Evo Morales anunció públicamente que el Gobierno nacionalizaría el Proyecto Minero Malku Khota, y que tenía esa intención desde 2011.²⁴³
- **El 9 de Julio de 2012**, la Ministra de Comunicación, Amanda Dávila, reconoció abiertamente en una conferencia

²³⁹ **RWS-1**, Declaración Testimonial de Gonzales Bernal; **Prueba R-32**, Acta de la reunión de socialización del Proyecto del 23 de julio de 2011.

²⁴⁰ Memorial del Demandante en la Sección II.C.

²⁴¹ **CWS-3**, Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 34.

²⁴² **Prueba C-16**, Acta de Entendimiento, 7 de julio de 2012.

²⁴³ **Prueba C-61**, *Morales confirma nacionalización de Malku Khota*, AGENCIA BOLIVIANA DE INFORMACIÓN, 8 de julio de 2012; **Prueba C-62**, *Gobierno firma acuerdo con dirigentes de Malku Khota y los últimos tres rehenes son liberados*, LA RAZÓN, 8 de julio de 2012.

de prensa que el Gobierno había perseguido la nacionalización del Proyecto Malku Khota desde 2011.²⁴⁴

- **El 10 de Julio de 2012**, el Presidente Morales llamó a una reunión con los líderes de los *ayllus* en el Palacio Presidencial para ratificar la nacionalización de las Concesiones Mineras de la Compañía.²⁴⁵
- **El 1° de agosto de 2012**, el Presidente Morales formalmente emitió el Decreto Supremo de expropiación de las Concesiones Mineras.²⁴⁶

99. No resulta evidente cómo las acciones indicadas anteriormente por parte de Bolivia puedan demostrar un “intento de acercamiento.”²⁴⁷

4. En vez de servir como verdadero mediador el Gobierno exacerbó la oposición al proyecto

100. Bolivia no señala ninguna acción importante que haya tomado para resolver la tensión en la zona. Por el contrario, Bolivia “encab[ezó] una serie de reuniones”²⁴⁸ que, en realidad, buscaban minimizar el apoyo al Proyecto. Por ejemplo:

a. La reunión del 23 de Julio de 2011 en Toro Toro

101. Tal como testificaron originalmente los testigos de South American Silver en este arbitraje, los señores Jim Mallory y Xavier Gonzales²⁴⁹ y ahora lo reafirman,²⁵⁰ durante esa reunión con las comunidades del Área de Influencia, el Gobernador de Potosí inequívocamente solicitó que la Compañía abandonara su participación mayoritaria en el Proyecto y se asociara con el Gobierno.²⁵¹ En su Memorial de Contestación, Bolivia tuvo

²⁴⁴ **Prueba C-63**, *Gobierno dice que tenía hace un año la intención de anular contrato con minera en Malku Khota*, LA RAZÓN, 9 de julio de 2012.

²⁴⁵ **Prueba C-17**, Acuerdo, 10 de julio de 2012. Ver también **CWS-4**, Declaración Testimonial de Gonzales en 25.

²⁴⁶ **Prueba C-4**, Decreto Supremo N° 1308, 1° de agosto de 2012.

²⁴⁷ Ver, Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 128.

²⁴⁸ *Id.*

²⁴⁹ **CWS-3**, Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 19; **CWS-4**, Declaración Testimonial de Gonzales en ¶ 10.

²⁵⁰ **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 45. **CWS-8**, Segunda Declaración Testimonial de Gonzales en ¶ 28

²⁵¹ **RWS-1**, Declaración Testimonial Gonzales Bernal en ¶ 33; **Prueba R-32**, Acta de la reunión de socialización del proyecto del 23 de julio de 2011.

la candidez de admitir que el Gobernador Gonzales de hecho solicitó a la Compañía que se asociara con el Gobierno,²⁵² y presentó evidencia de ello, incluyendo el propio testimonio del Gobernador Gonzales.²⁵³

102. El acta de la reunión preparada por la oficina del Ministerio de Minas de Potosí confirma que el Gobernador propuso: (i) formar una “*empresa mixta* para que el Estado Boliviano aumentara su nivel de participación”²⁵⁴ en el Proyecto después que la Compañía “concluyera la fase de exploración;”²⁵⁵ (ii) “Antes de poner en la bolsa de valores consultar al Gobierno para ver la posibilidad de ser accionista”,²⁵⁶ y (iii) sentar las bases para que la gobernación de Potosí se transforme en accionista de la Compañía durante la fase de operación (“*Pondremos bases sólidas para la explotación del Proyecto Malku Khota participemos la gobernación como accionista en la explotación*”).²⁵⁷

103. Tales propuestas realizadas en presencia de las comunidades tuvieron el natural efecto de debilitar a la Compañía.²⁵⁸ Esa fue la primera de una extensa lista de peticiones del Gobierno de Potosí solicitando que la Compañía dejara de ser 100% propietaria del Proyecto y se asociara con el Gobierno de Potosí. Es conveniente recordar que la Compañía no tenía ninguna obligación de aceptarlo, menos aún debido al hecho que la Compañía estaría otorgando importantes beneficios a las comunidades y recaudación de impuestos al Estado.

104. Bolivia y el Gobernador de Potosí afirman que “esta fue la única propuesta aceptada parcialmente por las comunidades Calachaca y Malku Khota.”²⁵⁹ Sin embargo, ni Jim Mallory ni Xavier Gonzales recuerdan que el Gobernador Gonzales haya elevado esta “propuesta” específicamente a las comunidades Malku Khota o Kalachaca ni que

²⁵² Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 135.

²⁵³ *Id.*

²⁵⁴ **Prueba R-32**, Acta de la reunión de socialización del proyecto del 23 de julio de 2011 en 5.

²⁵⁵ *Id.*

²⁵⁶ **Prueba R-32**, Acta de la reunión de socialización del proyecto del 23 de julio de 2011 en 5.

²⁵⁷ *Id.* en 9.

²⁵⁸ **CWS-4**, Declaración Testimonial de Gonzales en ¶ 10.

²⁵⁹ **RWS-1**, Declaración Testimonial Gonzales Bernal en ¶ 33.

fuera “aceptada parcialmente.”²⁶⁰ Más aún, ello no figura en ninguna parte del acta de la reunión preparada por la oficina del Ministerio de Minas de Potosí.

b. Reunión del 31 de agosto en Toro Toro

105. Esta reunión fue convocada por el Gobernador Gonzales al término de la reunión del 23 de julio de 2011. No obstante, tal como lo admite el Gobernador Gonzales, él no asistió.²⁶¹ Es importante reiterar el contenido de esta reunión por dos motivos.

106. *En primer lugar*, en su Memorial de Contestación alega que “SAS no ha presentado ningún acuerdo que demuestre algún tipo de apoyo de las comunidades indígenas antes del 25 de septiembre de 2011.”²⁶² El Informe Técnico que escribió el señor Arnulfo Gutiérrez, Secretario de Minería de Potosí, respecto al resultado de la reunión del 31 de agosto de 2011, indica expresamente que 5 de los 6 *ayllus* apoyaban a la Compañía.²⁶³ Asimismo, durante esta reunión el señor Mallory presentó a la comunidad los planes de compromisos de la Compañía, ofreció un marco estratégico para las relaciones comunitarias, y confirmó que se habían firmado RCA entre cinco de los seis *ayllus* y la Compañía.²⁶⁴

107. *En segundo lugar*, como observa el Gobernador Gonzales en su declaración testimonial, “Los funcionarios del Gobierno Regional propusieron una próxima reunión con grupos más reducidos a fin de conciliar”. Sin embargo, el Gobernador Gonzales nunca convocó esa reunión. Era importante para la Compañía contar con el apoyo del Gobierno para organizar una pequeña reunión con dos de las comunidades que se oponían al Proyecto, sin personas externas, a fin de poder mantener un diálogo con las comunidades Malku Khota y Kalachaka.²⁶⁵ Ello nunca sucedió.

²⁶⁰ **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 45. **CWS-8**, Segunda Declaración Testimonial de Gonzales en ¶ 28

²⁶¹ **RWS-1**, Declaración Testimonial de Gonzales Bernal en ¶ 36.

²⁶² Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 106.

²⁶³ **Prueba R-63**, Informe de la segunda reunión de socialización del Proyecto Malku Khota del 6 de septiembre de 2011 en 2.

²⁶⁴ **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 46, 47; **Prueba R-63**, Informe de la segunda reunión de socialización del Proyecto Malku Khota del 6 de septiembre de 2011 en 3.

²⁶⁵ **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 56.

c. 25 de septiembre de 2011 en Malku Khota

108. Una vez más el Gobernador Gonzales no asistió a esta reunión, liderada por CONAMAQ y FAOI-NP, con la presencia de la *Federación Nacional de Cooperativas Mineras de Bolivia* (“FENCOMIN”).²⁶⁶ Durante esta reunión, que se llevó a cabo en la comunidad Malku Khota, Yerco Cervantes, Director de Minería y Desarrollo para el Gobierno de Potosí, anunció, en presencia de numerosas personas ajenas a las comunidades, mineros ilegales and *cooperativistas*, que el Gobierno apoyaría las acciones de la comunidad para la formación de una cooperativa que les permitiera extraer minerales de las concesiones de la Compañía.²⁶⁷ Esta declaración sorpresiva, en representación del gobierno, que apoyaba la formación de una cooperativa, provocó un acalorado intercambio entre la Compañía y el señor Cervantes.

d. Reunión del 17 de noviembre de 2011 en Malku Khota

109. Esta reunión confirmó una vez más que existía un apoyo abrumador al Proyecto por parte de las comunidades.²⁶⁸ Cesar Navarro, Viceministro de Coordinación con los Movimientos Sociales y la Sociedad Civil, envió una carta al Gobernador Gonzales luego de la reunión indicándole que coordinara con el Ministerio de Minería y Metalurgia para organizar una reunión conciliatoria con los líderes de las comunidades Malku Khota y Kalachaca.²⁶⁹ A pesar de la reiteración de Oscar Iturri, del Ministerio de Minería, en cuanto a que el Gobierno quería una participación en el Proyecto,²⁷⁰ el señor Mallory percibió que después de esta reunión, “todos los estamentos del Gobierno trabajarían juntos para lograr que las comunidades de Malku Khota y Calachaca vuelvan a sentarse a la mesa.”²⁷¹

e. Reunión del 15 de diciembre de 2011

²⁶⁶ **CWS-4**, Declaración Testimonial de Gonzales en ¶ 13; **CWS-3**, Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 22; **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 52; **CWS-8**, Segunda Declaración Testimonial de Gonzales en ¶ 33.

²⁶⁷ Memorial del Demandante en ¶ 63; **CWS-4**, Declaración Testimonial de Gonzales en ¶ 13; **CWS-3**, Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 22-23.

²⁶⁸ **Prueba R-133**, Informe sobre el Cabildo del 21 de noviembre de 2011.

²⁶⁹ *Id.*

²⁷⁰ **CWS-3**, Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 24; **CWS-4**, Declaración Testimonial de Gonzales en ¶ 14, **Prueba C-68**, Acta de la Reunión con el Consejo en Malku Khota, 17 de noviembre de 2011.

²⁷¹ **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 60.

110. El Gobernador Gonzales no cumplió con organizar la reunión con las comunidades Malku Khota y Kalachaca que había sido solicitada por el Viceministro Navarro. En vez de ello se efectuó una “reunión informativa” convocada por Freddy Beltrán, el Viceministro de Desarrollo Productivo, en La Paz el 15 de diciembre de 2011. Presidieron la reunión Hilarión Bustos, el Viceministro de Política Minera, Oscar Iturri, y María Galarza, respectivamente el Director de Consultas Públicas y Directora de Medio Ambiente en el Ministerio de Minería y Metalurgia. Tal como recuerda el señor Mallory, estaban presentes las más altas autoridades del *Ayllu* Sulka Jilatikani quienes le recordaron a los representantes ministeriales que la abrumadora mayoría de las comunidades apoyaban el Proyecto y que eran los líderes de FAOI-NP y de CONAMAQ, provenientes en su mayoría de fuera de la zona del Proyecto, quienes no lo apoyaban.²⁷² Al término de esta reunión, el señor Bustos le señaló al señor Gonzales que la Compañía debía considerar la cesión de 25 hectáreas de tierra ubicada en sus concesiones a Andrés Chajmi y sus seguidores para permitirles concluir su plan de formar una cooperativa.²⁷³

f. Otras reuniones importantes

111. Las reuniones indicadas a continuación confirman la estrategia del Gobierno para tomar control del Proyecto Malku Khota. Cada una de esas reuniones, junto con la inactividad de Bolivia agravaron la tensión en la zona:

- **14 de febrero de 2012:** El Gobernador de Potosí, Félix González, conversó con las comunidades locales sobre la posibilidad de explotar el “megayacimiento” de Malku Khota a través de una empresa mixta entre las comunidades, el Gobierno y el sector privado.²⁷⁴ El Gobernador Gonzales reconoce expresamente que sostuvo estas reuniones con las comunidades locales.²⁷⁵

²⁷² *Id.* ¶ 62.

²⁷³ **CWS-8**, Segunda Declaración Testimonial de Gonzales en ¶ 42.

²⁷⁴ **CWS-3**, Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 25; el Gobernador Gonzales reconoce que sostuvo esta reunión **RWS-1**, Declaración Testimonial de Gonzales Bernal en ¶ 52.

²⁷⁵ **RWS-1**, Declaración Testimonial de Gonzales Bernal en ¶ 53.

- **16 de febrero de 2012:** El Gobernador Gonzales le sugiere a Jim Mallory que la Compañía debería “colgarle una zanahoria más grande” a la comunidad Malku Khota.²⁷⁶
- **28 de marzo de 2012:**²⁷⁷ El Gobernador Gonzales manifestó inequívocamente ante las comunidades que apoyaban el Proyecto que él no apoyaba a la Compañía y sugirió la formación de una empresa mixta con el Gobierno para la explotación del Proyecto Malku Khota o formar una cooperativa en la zona de Malku Khota para obtener directamente los beneficios de la actividad minera.²⁷⁸
- **28 de mayo de 2012:** El Ministro de Minería, Mario Virreira, le manifestó a los miembros de la comunidad que el Vicepresidente de Bolivia, Álvaro García Linera, les pedía que dejaran de apoyar el Proyecto Malku Khota.²⁷⁹

112. Tal como reconoció abiertamente la Ministra de Comunicación, Amanda Dávila, en la conferencia de prensa del 9 de julio de 2012, el objetivo del Gobierno era nacionalizar el Proyecto Malku Khota más de un año antes que ocurriera la expropiación:

“El Gobierno boliviano tenía siempre la intención de suspender el contrato con la empresa y revertir esta concesión a favor del Estado desde hace más de un año, lo que pasa es que no hubo acuerdo entre los propios comunarios y los dirigentes indígenas”.²⁸⁰

113. Aparte de su inactividad general frente a los brotes de violencia, Bolivia tampoco mantuvo el orden en la zona ni protegió a los involucrados de los distintos actos de vandalismo que llevaron a cabo las comunidades Malku Khota y Kalachaca. De hecho, desde el primer momento cuando la Compañía solicitó su ayuda, Bolivia se abstuvo de:

²⁷⁶ Memorial del Demandante en ¶ 65; **CWS-3**, Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 24.

²⁷⁷ Ver **CWS-7**, Segunda Declaración Testimonial de Angulo en ¶ 53 para una clarificación de la fecha en que se realizó esta reunión.

²⁷⁸ Memorial del Demandante en ¶ 73; **CWS-5**, Declaración Testimonial de Santiago Angulo, 18 de julio de 2014 en 10 (“Declaración Testimonial de Angulo”); **CWS-7**, Segunda Declaración Testimonial de Angulo en 53, 54.

²⁷⁹ Memorial del Demandante en ¶ 75; **CWS-5**, Declaración Testimonial de Angulo en 17; **Prueba C-15**, Actas de la Reunión sobre el Caso Malku Khota Case, 28 de mayo de 2012.

²⁸⁰ **Prueba C-63**, *Gobierno dice que tenía hace un año la intención de anular contrato con minera en Malku Khota*, LA RAZÓN, 9 de julio de 2012.

- Nombrar enlaces locales, apolíticos y permanentes para establecer líneas de comunicación entre las comunidades, las organizaciones indígenas, y los representantes de CMMK.
- Tomar medidas proactivas o preventivas para evitar violentos conflictos en la zona. Por el contrario, Bolivia tomó medidas de reacción que escalaron hacia una situación que en sí misma ya era tumultuosa.
- Desarrolló una mejor infraestructura en la región circundante a la mina Malku Khota al inicio del Proyecto.
- Realizar una profunda investigación de los actos criminales denunciados en vez de enviar un operativo de policías para irrumpir en las casas de miembros locales de la comunidad en medio de la noche. El operativo concretaba la oposición y aumentaba la mala voluntad hacia el Proyecto, lo que condujo directamente a la violencia que hubo a continuación.

114. El deseo del Gobierno de beneficiarse económicamente del Proyecto de la Compañía fue reafirmado en junio de 2015, cuando el Gobierno confirmó en su Plan Sectorial para el Desarrollo Minero Metalúrgico 2015-2019 que Malku Khota es “un depósito altamente rentable” y uno de sus proyectos “estratégicos” para el período 2015-2019.²⁸¹

D. LAS ACUSACIONES DE BOLIVIA RESPECTO A ACTOS ILÍCITOS POR PARTE DE LA COMPAÑÍA SON IMPRUDENTES Y MANIFIESTAMENTE FALSAS

1. Las alegaciones de Bolivia están basadas solamente en las resoluciones de los opositores al proyecto

115. Las resoluciones de CONAMAQ y FAOI-NP²⁸² “adoptadas” entre diciembre de 2010 y febrero de 2011 constituyen los únicos presuntos fundamentos a sus acusaciones de conductas indebidas por parte de CMMK [REDACTED]

[REDACTED] No obstante, como se señaló anteriormente: (i) los representantes de FAOI-NP y CONAMAQ forzaron a los miembros de la comunidad de los *Ayllus* de Sulka Jilatikani, Tacawani, Urinsaya y Samka a adoptar

²⁸¹ **Prueba C-150**, Plan Sectorial de Desarrollo Minero Metalúrgico 2015 – 2019; **Prueba C-151**, *En debate documento preliminar de Plan Sectorial de Desarrollo Minero Metalúrgico 2015 – 2019*, MINERÍA NOTICIAS, 5 de junio de 2015.

esas resoluciones; (ii) esas resoluciones fueron redactadas con anterioridad sin que las comunidades tuvieran la oportunidad de revisarlas y ofrecer sus comentarios; y (iii) no existe evidencia que apoye las acusaciones incluidas en esas resoluciones.²⁸³

116. Por ejemplo, el 11 de enero de 2011 la resolución fue adoptada en una reunión organizada por el Alcalde de San Pedro de Buena Vista.²⁸⁴ Esta reunión tuvo lugar en Malku Khota y asistieron representantes de FAOI-NP, CONAMAQ, los cuatro *ayllus* (Sulka-Jilatikani, Tacahuani, Urinsaya y Samca), el Alcalde y Consejeros de San Pedro y Sacaca, el Director de Medio Ambiente del Ministerio de Minería, representantes del Departamento de Potosí y Xavier Gonzales de CMMK.²⁸⁵ Xavier Gonzales describe que Feliciano Gabriel, un directivo de FAOI-NP tomó el control de la reunión y ofreció pocas oportunidades para poder expresarse a otros miembros de la comunidad que apoyaban a CMMK o a Xavier Gonzales.²⁸⁶ Sin permitir que intervinieran las personas que se manifestaban a favor de CMMK, Feliciano Gabriel presionó para que se firmara la resolución redactada con anterioridad contra la Compañía.²⁸⁷

117. Tal como recuerda Xavier Gonzales, antes que comenzara la reunión, el señor Gabriel, como *Mallku* de FAOI-NP, y otros líderes de FAOI-NP, castigaron físicamente a Santiago Calle, sub-alcalde de Malku Khota, azotándolo por apoyar a la Compañía luego de que Santiago Calle destruyera un cartel anti-CMMK colocado a un costado de un edificio.²⁸⁸ Otras autoridades presentes en la reunión que previamente

²⁸² **Prueba R-46**, Voto resolutivo de los Ayllus Sullka Jilatikani, Takahuani, Urinsaya y Samka del 11 de diciembre de 2010; **Prueba R-49**, Resolución de Cabildo de los Ayllus Sullka Jilatikani, Tacahuani, Urinsaya y Samka del 19 de diciembre de 2010; **Prueba R-50**, Resolución de FAOI-NP del 11 de enero de 2011; **Prueba R-51**, Resolución del Ayllu Sullka Jilatikani del 15 de febrero de 2011; **Prueba R-52**, Resolución de FAOI-NP del 28 de febrero de 2011.

²⁸³ *Ver supra* Sección II.C.1

²⁸⁴ **Prueba R-50**, Resolución de FAOI-NP del 11 de enero de 2011; **Prueba R-51**, Resolución del Ayllu Sullka Jilatikani del 15 de febrero de 2011; **Prueba C-248**, Carta de Martín Condori Flores a los Ayllus Originarios de los Suyos Charka Qhara de 22 de diciembre de 2010.

²⁸⁵ **CWS-8**, Segunda Declaración Testimonial de Gonzales en ¶ 18.

²⁸⁶ *Id.* ¶ 18.

²⁸⁷ *Id.* ¶ 18.

²⁸⁸ *Id.* ¶ 17.

habían manifestado su apoyo a la Compañía se abstuvieron de hacerlo luego de observar cómo los líderes de FAOI-NP habían castigado físicamente al señor Calle.²⁸⁹

118. Los representantes de CMMK no asistieron a las reuniones del 15 y 28 de febrero de 2011 en las que respectivamente se adoptaron las resoluciones. Sin embargo, sobre la base del texto de esas resoluciones, resulta evidente que fueron parte de la campaña de CONAMAQ y FOAI-NP contra CMMK. Estas dos resoluciones de febrero incluyen textos idénticos a los que aparecen en la resolución del 11 de enero de 2011.

119. De cualquier forma, las acusaciones que se establecen en las resoluciones de FAOI-NP and CONAMAQ son completamente falsas, incendiarias y sin fundamento. El mismo texto y las mismas acusaciones se repiten a través de todas las resoluciones redactadas con anterioridad, demostrando su naturaleza pre-textual:

Que, la presencia ilegal de la Empresa "Minera Mallqu Qota S.A." ha vulnerado los derechos colectivos: El Derecho a la Consulta, previa, libre e informado para obtener su consentimiento, previa al desarrollo de las actividades mineras, Abuso de autoridad, contaminación al Medio Ambiente, Violación a la estructura del Gobierno propio como Abuso de confianza, intimidación, amenaza, [REDACTED], intromisión y división que genera a la Estructura del Ayllu, violando abiertamente los derechos colectivos protegidos por la Constitución Política del Estado, Convenio 169 de O.I.T. y la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas la Ley de la Madre Tierras y otras disposiciones.

Resolución de 19 de diciembre de 2010 [X-49]

Que la presencia ilegal de la empresa Minera Mallqu Qota S.A. Ha vulnerado los derechos colectivos. El derechos a la consulta, previa, libre e informado para obtener al desarrollo de las actividades, Mineras, Abuso de autoridad, contaminación al Medio ambiente, Violación a la estructura del gobierno originario propio como abuso de confianza, intimidación, [REDACTED] intromisión y división que genera a la estructura del ayllu, violando abiertamente los derecho colectivos protegidos por La C.P.E. Art. 30 y el convenio 169 de O.I.T. y la declaración de los derechos de los pueblos Indígenas la Ley de la Madre Tierra y otras disposiciones.

Resolución de 11 de enero 2011 [R-50]

120. Incluso Bolivia confirmó que dichas acusaciones no tenían fundamento, a través de las comunicaciones del Viceministro de Movimientos Sociales y Sociedad Civil del Ministerio de Minas, César Navarro, el 31 de enero de 2011, y del Ministro de

²⁸⁹ *Id.* ¶ 18.

Minería y Metalurgia el 16 de marzo de 2011.²⁹⁰ Específicamente, en una opinión emitida el 3 de febrero de 2011, la oficina de César Navarro observó que las acusaciones descritas en las resoluciones no tenían sustento.²⁹¹ Ello confirmó que las resoluciones adoptadas por CONAMAQ y FAOI-NP el 11 y el 19 de diciembre de 2010 no tenían sustento; que la “consulta previa” aún no estaba regulada y por lo tanto no era obligatoria; y que las acusaciones de conducta criminal debían ser presentadas ante las autoridades competentes.²⁹²

121. De la misma forma, luego de analizar las acusaciones efectuadas por FAOI-NP y CONAMAQ en las resoluciones del 19 de diciembre de 2010 y el 11 de enero de 2011, la oficina del Ministerio de Minería y Metalurgia concluyó expresamente, en un memorándum firmado por la Unidad de Consulta Pública y Participación Ciudadana del Ministerio, que la Compañía cumplía con *todas* las leyes legales y administrativas que regulan las actividades mineras.²⁹³

122. El hecho que las acusaciones efectuadas contra la Compañía en este arbitraje estén basadas en documentos que el mismo Gobierno consideró sin fundamento, demuestran la mala fe en la conducta de Bolivia en este proceso. Indica que Bolivia descenderá hacia los niveles más bajos para enlodar a la Compañía tratando de desviar la atención del Tribunal respecto a la expropiación ilegal efectuada por Bolivia de la inversión de South American Silver.

²⁹⁰ **Prueba C-230**, Comunicación Oficial del Viceministro de Movimientos Sociales y Sociedad Civil del Ministerio de Minería a CMMK de fecha 10 de febrero de 2011 y “Criterio Jurídico” emitido el 3 de febrero de 2011 por el Responsable de Análisis Estratégico del Viceministerio, Sr. Alberto García Sandoval; y **Prueba C-231**, Comunicación Oficial de la oficina del Ministerio de Minería y Metalurgia a CMMK fechada 16 de marzo de 2011 y Memorial emitido el 11 de febrero de 2011 por el Sr Óscar Iturri, Jefe de Unidad de Consulta Pública y Participación Ciudadana.

²⁹¹ **Prueba C-230**, Comunicación Oficial del Viceministro de Movimientos Sociales y Sociedad Civil del Ministerio de Minería a CMMK de fecha 10 de febrero de 2011 y “Criterio Jurídico” emitido el 3 de febrero de 2011 por el Responsable de Análisis Estratégico del Viceministerio, Sr. Alberto García Sandoval.

²⁹² *Id.*

²⁹³ **Prueba C-231**, Comunicación Oficial de la oficina del Ministerio de Minería y Metalurgia a CMMK fechada 16 de marzo de 2011 y Memorial emitido el 11 de febrero de 2011 por el Sr Óscar Iturri, Jefe de Unidad de Consulta Pública y Participación Ciudadana. (*...*según la Resolución de Cabildo; la empresa tendría presencia ilegal en la zona, habría vulnerado sus derechos colectivos, no haber hecho consulta previa; abuso de autoridad, contaminación del medio ambiente, desconocimiento de la estructura del gobierno propio, abuso de confianza, intimidación, amenazas, ██████████ ██████████ [*...*]).

123. Asimismo, el Ministro de Minería, Mario Virreira, reconoció que la oposición al Proyecto fue liderada por “algunos mineros ilegales”²⁹⁴ y que “comunarios de zonas mineras se oponen a esas actividades extractivas al denunciar contaminación del medio ambiente y del agua sólo con el objetivo de explotar ilegalmente yacimientos mineros,”²⁹⁵ refiriéndose al Proyecto Malku Khota como haciendo eco de esas tácticas.²⁹⁶ Una vez más, Bolivia busca distraer la atención del Tribunal respecto al fondo del caso, formulando serias y falsas acusaciones, las que originalmente hicieron los opositores a CMMK quienes, en palabras del Ministro de Minería eran “mineros ilegales.”²⁹⁷

124. Finalmente, aunque quizás sea lo más relevante, si Bolivia cree que las acusaciones contenidas en las resoluciones son ciertas (que no lo son), entonces reconoce que las toleró. En efecto, el Gobierno jamás inició alguna investigación formal respecto a las acusaciones descritas en las resoluciones, aun cuando las resoluciones pedían expresamente “la intervención en la pronta solución de este problema al Ministro de Minería, Gobernación de Potosí, Asambleístas Departamentales y Nacionales, para evitar mayores conflictos o en su defecto serán responsables por las acciones y omisiones.”²⁹⁸ O el Gobierno fue extremadamente negligente en efectuar acciones para investigar las acusaciones o simplemente decidió ignorarlas porque sabía que tales acusaciones no eran ciertas ni tenían base. En cualquier caso, tal como lo señalan las resoluciones, el Gobierno sería el único responsable de los conflictos que derivaron de la omisión del Gobierno en considerar seriamente estas resoluciones.

²⁹⁴ **Prueba C-223**, *Explotación ilegal de oro es el origen del conflicto en Mallku Khota*, LA PAZ, 21 de mayo de 2012; **Prueba C-149**, *Policía evitará explotación ilegal en Mallku Khota*, LA PATRIA, 19 de octubre de 2012; **Prueba C-222**, *Denuncian contaminación ambiental en Mallku Khota*, LA RAZÓN, 26 de mayo, 2012.

²⁹⁵ **Prueba C-224**, *Comuneros frenan operaciones mineras para iniciar trabajo ilegal*, PAGINA SIETE, 1 de abril de 2014.

²⁹⁶ *Id.*

²⁹⁷ **Prueba C-224**, *Comuneros frenan operaciones mineras para iniciar trabajo ilegal*, PAGINA SIETE, 1 de abril de 2014; **Prueba C-223**, *Explotación ilegal de oro es el origen del conflicto en Mallku Khota*, LA PAZ, 21 de mayo de 2012; **Prueba C-149**, *Policía evitará explotación ilegal en Mallku Khota*, LA PATRIA, 19 de octubre de 2012; **Prueba C-222**, *Denuncian contaminación ambiental en Mallku Khota*, LA RAZÓN, 26 de mayo 26, 2012.

²⁹⁸ **Prueba R-49**, Resolución de Cabildo de los Ayllus Sullka Jilatikani, Tacahuani, Urinsaya y Samka, 19 de diciembre de 2010.

2.

125.

[REDACTED]. Bolivia sólo la formula sobre la base de las resoluciones de CONAMAQ y de FAOI-NP que ya tienen casi cinco años de antigüedad, que los miembros de la comunidad fueron obligados a firmar, y que en sí son vagas y llenas de acusaciones incorrectas y sin fundamento. Bolivia no produce ninguna otra prueba. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

²⁹⁹ CWS-7, Segunda Declaración Testimonial de Angulo en ¶ 50.

³⁰⁰ CWS-9, Segunda Declaración Testimonial de Malbran en ¶ 31; CWS-7, Segunda Declaración Testimonial de Angulo en ¶ 51.

³⁰¹ CWS-9, Segunda Declaración Testimonial de Malbran en ¶ 31.

[REDACTED]

3. Las acusaciones respecto al medio ambiente de Bolivia carecen totalmente de fundamento, ya que los planes medioambientales de la Compañía fueron presentados y aprobados por el Gobierno

130. Bolivia formula otra acusación sin fundamento, alegando que CMMK fue responsable de la contaminación del medio ambiente.³⁰³ Sin embargo Bolivia no presenta ninguna evidencia creíble que probara que las actividades de exploración de CMMK afectaron el medio ambiente. Ciertamente no fue así.³⁰⁴ Una vez más, Bolivia basa sus acusaciones en las mismas resoluciones. Omite mencionar, sin embargo, que los inspectores técnicos del Ministerio de Minería y Metalurgia boliviano realizaron una inspección en la zona del Proyecto en mayo de 2012 confirmando que eran los mineros ilegales quienes habían contaminado el terreno cercano al Proyecto.³⁰⁵ Por otra parte, las declaraciones públicas del Ministro Virreira confirman que (i) Bolivia tenía conocimiento de que la contaminación en el Área del Proyecto fue causada por mineros ilegales; y (ii) el Gobierno parecía tolerar la minería ilegal en la zona de Concesiones Mineras de South American Silver. En consecuencia, las acusaciones de Bolivia respecto a que CMMK

³⁰² **Prueba C-237**, Carta de Entendimiento entre Alberto Mamani Ramos, Sansusta Gabriel Chambi de Mendoza y Maximo Mendoza Chiri, 19 de marzo de 2008

³⁰³ *Ver, por ej.*, Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 107.

³⁰⁴ **CWS-8**, Segunda Declaración Testimonial de Gonzales en ¶¶ 14, 22.

³⁰⁵ **Prueba C-218**, *Denuncian intento de toma de CONAMAQ*, LOS TIEMPOS, 5 de julio 2012.

contaminó el Área del Proyecto son falsas y fueron efectuadas imprudentemente, haciendo caso omiso de la verdad.

131. Más aun, el mismo Gobierno de Bolivia confirmó que el Proyecto Malku Khota no presentaba riesgos al medio ambiente. De hecho, CMMK obtuvo la Licencia Ambiental DRNMA-CD-35/06 el 5 de septiembre de 2006 del Gobierno de Potosí. También presentó ante el Ministerio de Medio Ambiente o la *Secretaría de la Madre Tierra* del Gobierno de Potosí, más de ocho estudios del medio ambiente y socioeconómicos que había efectuado Medmin de 2006 a 2012, incluyendo informes de cumplimiento.³⁰⁶

132. César Navarro, el Viceministro de Movimientos Sociales y Sociedad Civil del Ministerio de Minería y Metalurgia, confirmó que las acusaciones efectuadas en las resoluciones no tenían sustento alguno y que CMMK no estaba contaminando el medio ambiente en la región.³⁰⁷

4. La Compañía no promovió ni instigó la violencia

133. Contrario a lo que señala Bolivia, la Compañía no participó ni promovió la violencia. Bolivia cita un supuesto incidente de amenaza y asalto de los miembros de la comunidad que apoyaban a la Compañía contra otro miembro de la comunidad y de su familia.³⁰⁸ Esto se refiere a un desafortunado incidente que ocurrió el 1° de abril de 2012, cuando los miembros de la comunidad del *ayllu* Tacahuani tomaron como rehén a Benedicto Gabriel, un integrante de la comunidad que estaba intentando organizar una reunión en Malku Khota en apoyo de la formación de una cooperativa ilegal. El señor Mallory, quien tiene conocimiento de este incidente lo describe de la siguiente forma:

A pesar del aumento del apoyo de la comunidad en el Área del Proyecto, los miembros de la comunidad se molestaron ante las iniciativas de Benedicto Gabriel para promover la

³⁰⁶ **Prueba C-141**, Informe Medmin - Octubre 2006; **Prueba C-142**, Informe Medmin - Septiembre 2008; **Prueba C-143**, Informe Medmin - Febrero 2009; **Prueba C-144**, Informe Medmin - Septiembre 2010; **Prueba C-145**, Informe Medmin - Diciembre 2010; **Prueba C-146**, Informe Medmin I, - Enero 2012; **Prueba C-147**, Informe Medmin II - Enero 2012; **Prueba C148-M**, Informe Medmin - Abril 2012.

³⁰⁷ *Ver supra* ¶91; **Prueba C-230**, Comunicación Oficial del Viceministro de Movimientos Sociales y Sociedad Civil del Ministerio de Minería a CMMK fechada 10 de febrero de 2011 y Criterio Jurídico emitido el 3 de febrero de 2011 por el Responsable de Análisis Estratégico del Viceministerio, Sr. Alberto García Sandoval.

³⁰⁸ **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶42.

formación de una cooperativa ilegal, de lo que surgió este incidente. Poco después, el mismo día, los miembros de la comunidad de Malku Khota tomaron de rehén a Saúl Reque, Coordinador de Relaciones Comunitarias de CMMK, en respuesta al secuestro de Benedicto Gabriel.

En cuanto tomé conocimiento de esta situación, establecí un centro de control de crisis en Sakani y nuestro equipo intentó establecer contacto con las autoridades en Sacaca, Potosí y San Pedro para solicitarles su intervención, y con los miembros de la comunidad en Tacahuani y Malku Khota para pedirles que liberaran a Benedicto Gabriel y a Saúl Reque. El señor Saúl Reque fue liberado primero en la mañana del 2 de abril de 2012, y el señor Gabriel poco tiempo después. Repetimos que eran los miembros de la comunidad que estaban actuando por su propia voluntad, nosotros no fuimos parte de ningún tipo de estrategia de intimidación. Nunca existió tal estrategia.³⁰⁹

134. El incidente, que tuvo una duración de 20 horas, finalizó cuando el *Ayllu* Tacahuani accedió a liberar al Sr. Gabriel. La policía y los fiscales sólo llegaron al lugar de los hechos una vez que el incidente había concluido.³¹⁰

5. Las acciones criminales iniciados por CMMK para proteger a sus empleados y sus activos fueron realizadas de buena fe

135. Bolivia reclama que la Compañía procesó a sus opositores presentando acciones criminales sin sustento.³¹¹ Esto es falso. En el caso del señor Saúl Reque, el señor Xavier Gonzales, Gerente General de CMMK presentó la demanda penal a petición y en representación del señor Reque el 11 de abril de 2012. Esta acción fue presentada contra las personas que él identificó como sus captores.³¹² Tal como testifica el Sr. Xavier Gonzales, él sintió que era su deber proteger a los empleados de CMMK que resultaran víctimas de un crimen, en vista de la falta de protección existente por parte de las autoridades.³¹³ Bolivia no discute el hecho que el señor Reque fue secuestrado. El hecho que la investigación criminal no procediera, porque la oficina del Fiscal no

³⁰⁹ *Id.* ¶¶ 42, 43.

³¹⁰ **Prueba C-194**, South American Silver Corp., Operations Report March – 2012.

³¹¹ Memorial de Contestación del Demandado, Sección 3.5.

³¹² **CWS-8**, Segunda Declaración Testimonial de Gonzales en ¶ 47.

³¹³ *Id.*

encontró testigos oculares que apoyaran la declaración del Sr. Reque, no tiene ninguna relación con el hecho que el señor Reque tenía derecho a presentar una demanda contra sus secuestradores.

6. CMMK no tuvo ninguna influencia en la acción criminal presentado contra Cancio Rojas por los miembros de la comunidad.

136. Una situación similar ocurrió con el arresto del Sr. Cancio Rojas. Bolivia alega que la desinformación de CMMK dio origen a una denuncia contra Cancio Rojas que condujo a su detención. CMMK no participa en ningún tipo de desinformación. La violencia en Malku Khota ocurrida el 5 de mayo de 2012 y en Acasio el 19 de mayo de 2012, liderada por los miembros de la comunidad y en los que participó el señor Rojas, fue cubierto por los medios de comunicación. Bolivia también reconoce estos incidentes en su memorial. La resolución adoptada por los líderes del *ayllu* COTOA-6A el 19 de mayo de 2012 también confirma la participación de Cancio Rojas en los eventos de Acasio, que tuvieron como resultado una violencia física extrema.³¹⁴ Por otra parte, Santiago Calle, una autoridad de la comunidad Malku Khota denunció que la CMMK “fue saqueada y se destruyeron sus equipos por un grupo de gente a la cabeza del dirigente grupo liderado por el señor Cancio Rojas.”³¹⁵

137. La detención de Cancio Rojas ocurrió unos pocos minutos luego que el Ministro de Minería y Metalurgia, Mario Virreira, indicara en una conferencia de prensa en la que el Ministerio había solicitado a la Oficina de la Fiscalía de Potosí “que lleve adelante todas las acciones necesarias para investigar las causales de la agresión hacia las autoridades departamentales” que ocurrieron en Acasio el 18 de mayo de 2012.³¹⁶ De hecho, el Ministro Virreira también declaró que CMMK “tiene todo el derecho de pedir al Estado que se cumpla con la seguridad jurídica, que se cumpla con todas las normas”.³¹⁷

³¹⁴ **Prueba C-47**, Voto de la comunidad del *ayllu* de Jatun Urinsaya, 19 de mayo de 2012.

³¹⁵ **Prueba C-238**, *Una empresa minera denuncia saqueo y destrucción de equipos*, OPINION.COM.BO, 5 de mayo de 2012.

³¹⁶ **Prueba C-239**, *Fiscalía investigará conflicto en Mallku Khota*, LA RAZÓN, 22 de mayo de 2012.

³¹⁷ **Prueba C-240**, *Mallku Khota: Silver tiene derechos hasta el 2015*, OBIE 22 de mayo de 22, 2012.

138. El 18 de mayo de 2012 ya estaba claro que existían confrontaciones entre las comunidades que apoyaban el proyecto y aquellas que se oponían al mismo. CMMK no tuvo participación en ninguna de esas confrontaciones. Por lo contrario, estaba en el medio de ellas. Si el Gobierno de Bolivia hubiera intervenido para “garantizar la seguridad legal,”³¹⁸ protegiendo la inversión de South American Silver así como sus derechos sobre las concesiones, se hubieran evitado esas confrontaciones.

7. Tanto la reunión del 28 de mayo de 2012 en La Paz como el Gran Cabildo del 8 de junio de 2012 en Malku Khota demostraron un abrumador apoyo al Proyecto

139. La mayoría de las comunidades cercanas al Proyecto lo apoyaban. Bolivia intenta minimizar el apoyo de las comunidades, que era ostensible en la reunión del 28 de mayo de 2012 con el Ministro de Minería Mario Virreira, y en el *gran cabildo* del 8 de junio de 2012, porque no hubo opositores presentes en esas reuniones, ya que estaban marchando hacia La Paz. Sin embargo, Bolivia ignora el hecho que en ese momento, 42 de las 44 comunidades dentro del Área del Proyecto apoyaban el Proyecto.³¹⁹ No es relevante si las resoluciones de las reuniones del 28 de mayo de 2012 y del 8 de junio de 2012 fueron adoptadas con o sin presencia de la oposición, ya que ilustran el importante apoyo con que contaba el Proyecto. En particular, al *gran cabildo* del 8 de junio de 2012 asistieron 800 familias de 42 comunidades que rodeaban el Proyecto.³²⁰ Tal como reconoció el Ministro Virreira, las personas que marchaban hacia La Paz solicitando la expulsión de CMMK eran integrantes de *ayllus* lejanos al Área del Proyecto, y no representaban los intereses de los *ayllus* ni de las comunidades dentro del Área de Influencia.³²¹

³¹⁸ *Id.*

³¹⁹ Malku Khota el 5 de mayo y en Acasio el 19 de mayo de 2012.

³²⁰ Memorial del Demandante en ¶ 77; CWS-4, Declaración Testimonial de Gonzales ¶ 22. *Ver también Prueba C-49*, Resolución del Cabildo, 8 de junio de 2012;

³²¹ **Prueba R-85** 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*, 7 de junio de 2012.

8. Los secuestros de Agustín Cáceres y Fernando Fernández fueron ilegales y el Gobierno otorgó inmunidad a los secuestradores

140. Bolivia no dimensiona correctamente el hecho que el 7 de julio de 2012, el Gobierno firmó un Acta de Entendimiento oficial confirmando el secuestro de Agustín Cárdenas y Francisco Fernández, acordando someterlos al sistema de justicia indígena.³²² Debe remarcarse que ellos sólo estaban tratando de recoger información y de tomar fotografías de la contaminación del medio ambiente, producto de las actividades mineras ilegales que estaban ocurriendo en las concesiones legalmente obtenidas por parte de la Compañía.³²³ Bolivia nuevamente trata de desviar la atención del Tribunal alegando que el 28 de junio de 2012 los señores Cárdenas y Fernández se infiltraron en una reunión de la comunidad Malku Khota vestidos con ropa indígena.³²⁴ Bolivia también sugiere que, de cierta forma, ellos merecían ser secuestrados y torturados.³²⁵ Sin embargo, lo cierto es que Bolivia no sólo omitió dar protección legal a CMMK o a sus empleados, sino que le dio inmunidad a los mismos secuestradores. Los señores Cárdenas y Fernández describen que fueron secuestrados y mantenidos durante once días en condiciones inhumanas, sometidos a continuas amenazas y abusos.³²⁶ Al décimo primer día fueron llevados a la Plaza de Chiro Khasa para ser juzgados por sus actos. Todo esto ocurrió con el consentimiento y el apoyo del Gobierno.³²⁷

E. LA VERDAD INCONTROVERTIDA: BOLIVIA EXPROPIÓ EL PROYECTO CONTRAVINIENDO SUS OBLIGACIONES CONFORME AL TRATADO

141. “El Gobierno boliviano tenía siempre la intención de suspender el contrato con la empresa y revertir esta concesión a favor del Estado desde hace más de un año.”³²⁸

³²² **Prueba C-16**, Acta de Entendimiento, 7 de julio de 2012, Arts. 3.1, 3.2 y 3.3. *Ver también*, Memorial del Demandante ¶85, 86

³²³ **Prueba C-241**, Memorándum de Agustín Cárdenas y Fernando Fernández a Fernando Cáceres, *Informe Incidente del 28 de junio 2012*, 25 de julio de 2012.

³²⁴ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 318.

³²⁵ *Id.* ¶ 168.

³²⁶ **Prueba C-241**, Memorándum de Agustín Cárdenas y Fernando Fernández a Fernando Cáceres, *Informe Incidente del 28 de junio 2012*, 25 de julio, 2012.

³²⁷ **Prueba C-241**, Memorándum de Agustín Cárdenas y Fernando Fernández a Fernando Cáceres, *Informe Incidente del 28 de junio 2012*, 25 de julio, 2012.

³²⁸ **Prueba C-63**, *Gobierno dice que tenía hace un año la intención de anular contrato con minera en Malku Khota*, LA RAZÓN, julio de 9, 2012.

Es indiscutible que Bolivia expropió la inversión realizada por South American Silver en Bolivia. Bolivia no discute este hecho. En vez de ello, Bolivia intenta culpar a la Compañía en un intento por ocultar el hecho que Bolivia no cumplió con proteger la inversión de South American Silver, y que expropió la inversión de South American Silver sin ninguna compensación.

1. Bolivia no disputa que jamás compensó a South American Silver

142. Bolivia no disputa que nunca ofreció ni pagó compensación alguna a South American Silver por la expropiación de la inversión de South American Silver en Bolivia. Bolivia tampoco disputa el hecho que instruyó a empresas de valuación, y en este caso a sus evaluadores expertos, para que realizaran una valuación únicamente sobre la base de inversiones efectuadas por CMMK, sujeta a las pautas de COMIBOL.

143. Cualquier retraso en el proceso de valuación de Bolivia sólo puede atribuirse a Bolivia. Tal como lo reconoce Bolivia en su Memorial de Contestación, después de tener que reiterar su invitación inicial de diciembre de 2012 a empresas de valuación el 20 de marzo de 2014, y de anular esa segunda invitación el 31 de marzo de 2014, debido a sus propios “errores técnicos,” finalmente el 8 de mayo de 2014 concluyó el proceso de contratación de una empresa de valuación.³²⁹ Esa empresa emitió su informe (sobre la base de montos invertidos por CMMK, es decir, contrario al Tratado) el 27 de junio de 2014.³³⁰ Este largo proceso no sólo vulneró el Tratado, sino también el Decreto Supremo N° 1308 del 1° de agosto de 2012, cuyo mandato obligaba a COMIBOL a completar la valuación dentro de un período que no excediera los 120 días.

144. No es cierto, como afirma Bolivia, que convocó a South American Silver a una reunión para analizar la valuación de la inversión de South American Silver.³³¹ Tampoco es cierto que South American Silver no respondiera a la “invitación” de Bolivia.³³² COMIBOL sólo invitó a South American Silver el 27 de agosto de 2012, a una reunión programada para el día siguiente (28 de agosto de 2012), a fin de “entregar

³²⁹ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 183.

³³⁰ *Id.* ¶ 184.

³³¹ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 180.

³³² *Id.*

todos los documentos relevantes relacionados con el desarrollo de las actividades” del yacimiento minero Malku Khota.³³³ Imposibilitado de asistir a esta reunión avisada en tan corto plazo, South American Silver posteriormente informó a COMIBOL que tendría el agrado de reunirse con COMIBOL en una fecha aceptable para las dos partes.³³⁴ COMIBOL jamás respondió a la propuesta de South American Silver.

2. Nuevos hechos demuestran que Bolivia utilizó alegaciones falsas para sugerir que la nacionalización era necesaria

145. Nuevos hechos ocurridos desde la Demanda Arbitral y Memorial de South American Silver confirman el interés económico de Bolivia en el Proyecto. Se ha confirmado actualmente que en el mes de agosto de 2012, sólo unos pocos días después de emitido el Decreto Supremo, COMIBOL buscaba otra compañía con la cual asociarse para explorar y desarrollar el Proyecto. Bolivia no fue capaz de entregar los documentos que South American Silver requería en relación a sus esfuerzos para encontrar socios para desarrollar el recurso mineral Malku Khota, a pesar del hecho que artículos de prensa revelaban la existencia de aquellas reuniones, incluyendo viajes oficiales a China realizados por funcionarios bolivianos para esta finalidad determinada.³³⁵ Simplemente no es creíble, como lo ha sostenido Bolivia durante la etapa de producción de documentos de este arbitraje, que no existen documentos relativos a dichas reuniones. Aquellas reuniones no podrían haberse llevado a cabo sin algún tipo de comunicación anticipada con respecto a la materia de las reuniones, la finalidad de las mismas, los temas a discutir, las identidades de los asistentes, etc. Basándose en la sola inverosimilitud de la alegación de Bolivia de que no existen documentos relacionados a sus esfuerzos, South American Silver solicita al tribunal sacar una conclusión adversa respecto de Bolivia sobre esta cuestión. El Tribunal deberá deducir que dichos documentos de hecho sí existen y que contienen información que demuestra el deseo de Bolivia de beneficiarse de los frutos económicos del Proyecto Malku Khota, basado en el

³³³ **Prueba C-20**, Carta de COMIBOL dirigida a South American Silver, 24 de agosto de 2012.

³³⁴ **Prueba C-21**, Carta de South American Silver to COMIBOL, En 4 de septiembre de 2012.

³³⁵ **Prueba C-65**, *Comibol busca apoyo técnico para explotar indio*, LA PRENSA, 8 de agosto de 2012; **Prueba C-66**, *Comibol busca que China asuma la exploración en Malku Khota*, PÁGINA SIETE, 12 de agosto de 2012.

descubrimiento por parte de la Compañía de uno de los depósitos de plata, indio y galio más grandes del mundo.

146. El deseo de Bolivia de sacar provecho de la inversión de South American Silver se confirma además por publicaciones recientes, como también por los esfuerzos de Bolivia de promocionar el Proyecto a inversionistas. En su Plan Sectorial de Desarrollo Minero Metalúrgico 2015-19,³³⁶ Bolivia reconoce expresamente que la nacionalización del Proyecto se enmarcaba dentro del “Proceso de Cambio” para nacionalizar empresas mineras. El Plan de Desarrollo Minero señala lo siguiente:

En el marco del “proceso de cambio”, el gobierno del MAS inició una paulatina recuperación del papel del Estado en el sector a través de la recuperación del rol productivo de la COMIBOL, iniciativas de nacionalización de empresas mineras y metalúrgicas, la reactivación de antiguos proyectos abandonados o el impulso de proyectos de nueva creación:

[...]

- La recuperación de la COMIBOL productiva ha tenido lugar a través de las nacionalizaciones de Huanuni (2006), Vinto (2007), la fundición de antimonio de Vinto (2010) y Colquiri (2012), Mallku Khota (2012) [...]³³⁷

147. En pos de este objetivo, Bolivia recientemente decidió comenzar con la ejecución de su plan de desarrollar el Proyecto. El 2 de octubre de 2015, el Servicio Geológico Minero – SERGEOMIN – de Bolivia inició la perforación de cuatro sondajes en Malku Khota para verificar las reservas minerales.³³⁸ Y muy recientemente, el 27 de octubre de 2015, el Presidente Evo Morales y el Ministro de Minería y Metalurgia, César Navarro, viajaron a la ciudad de Nueva York para organizar un simposio junto con el Financial Times ante al menos 130 inversionistas. Pese al hecho que South American

³³⁶ **Prueba C-150**, Plan Sectorial de Desarrollo Minero Metalúrgico 2015-2019.

³³⁷ *Id.* en la 157.

³³⁸ **Prueba C-249**, *Segeomin iniciará perforación exploratoria en Mallku Khota*, BOLIVIAMINERA.BLOGSPOT.COM, 5 de octubre de 2015.

Silver pretende obtener restitución en el presente arbitraje, Bolivia promovió activamente el Proyecto Malku Khota a la comunidad inversora en dicho evento.³³⁹

148. Finalmente, hace sólo tres días, el 27 de noviembre de 2015, en el “Seminario Internacional sobre Desarrollo Económico y Defensa Legal del Estado [Boliviano]”, el Procurador General de Bolivia, Héctor Arce, confirmó que la estrategia de nacionalización de Bolivia ha sido un gran éxito económico. El Sr. Arce declaró lo siguiente:

En Bolivia hemos concluido la etapa de las grandes nacionalizaciones con un éxito extraordinario, hemos desarrollado con mucho éxito y responsabilidad. Bolivia es el país que más ha nacionalizado, que más beneficios ha recibido de la nacionalización, somos uno de los países íconos en el crecimiento latinoamericano.³⁴⁰

149. El Proyecto Malku Khota formaba parte, sin duda, de la estrategia de nacionalización de Bolivia de fomentar sus intereses económicos y no, como pretende Bolivia plasmar en este arbitraje, una acción que el país se veía obligado a realizar para proteger los derechos de las comunidades.

III. EL TRIBUNAL TIENE JURISDICCIÓN SOBRE LAS RECLAMACIONES DEL DEMANDANTE

150. En su primer argumento sobre jurisdicción, Bolivia pretendía que este Tribunal descartara el arbitraje sin escuchar las reclamaciones de South American Silver porque la disposición sobre el arreglo de diferencias del Tratado, el Artículo 8(1), supuestamente no aplica al propietario *indirecto* de una inversión.³⁴¹ Alega además que, aun cuando el Artículo 8(1) del Tratado fuera aplicable a los propietarios indirectos, únicamente el propietario *final* puede beneficiarse de las protecciones otorgadas por el Tratado.³⁴² Bolivia formula estos argumentos a pesar de haber estado de acuerdo en que South American Silver es una “sociedad” protegida en virtud del Tratado y que es

³³⁹ **Prueba C-152**, Navarro busca atraer inversiones para la minería en Bolivia, Ministerio de Minería y Metalurgia, 26 de octubre de 2015. **Prueba C-153**, Gobierno ofertó mina Malku Khota en Nueva York, Erbol Digital, 28 de octubre de 2015.

³⁴⁰ **Prueba C-250**, Procurador defiende nacionalización, LOS TIEMPOS, 27 de noviembre de 2015.

³⁴¹ Memorial de Contestación del Demandado en el ¶¶ 231 *et seq.*

³⁴² Memorial de Contestación del Demandado en el ¶¶ 242 *et seq.*

propietaria de “inversiones” en Bolivia que califican como tal, mediante una participación accionaria del 100 por ciento en CMMK y las diez Concesiones Mineras.³⁴³

151. Ambos alegatos de Bolivia son erróneos. Según se señala en las siguientes secciones, el Artículo 8(1) del Tratado claramente aplica a los propietarios indirectos de inversiones que califican (**A**). El Tratado protege a dichos propietarios indirectos aun cuando no sean los propietarios finales de las inversiones (**B**). Éstas no son propuestas novedosas – son principios del derecho internacional sobre inversiones firmemente establecidos, y sostener lo contrario equivaldría a un vuelco injustificado y peligroso de las protecciones a inversionistas con las que cuenta un sinnúmero de inversionistas en Bolivia y alrededor del mundo. El Tribunal, por ende, deberá rechazar sumariamente esta objeción sobre la jurisdicción.

A. ARTÍCULO 8(1) DEL TRATADO APLICA A LOS PROPIETARIOS INDIRECTOS DE LAS INVERSIONES QUE CALIFICAN

152. El Artículo 8(1) del Tratado (titulado “Arreglo de Diferencias entre un Inversionista y un país Receptor”) dispone:

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** que no han sido arregladas legalmente y amigablemente, paso un período de seis meses de la notificación escrita del reclamo, serán sometidas a arbitraje internacional si así lo deseara cualquiera de las partes en la diferencia.³⁴⁴

153. De acuerdo a Bolivia, el Artículo 8(1) – particularmente la frase “inversión de la primera” – significa que solamente un propietario *directo* de una inversión que califica podrá someter su controversia a arbitraje internacional.³⁴⁵ Bolivia basa su aseveración en un uso fuertemente enfocado en resultados de los principios interpretativos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (la

³⁴³ Ver Memorial del Demandante en el ¶¶ 107 *et seq.*; ¶¶ 109 *et seq.*; y el Memorial de Contestación del Demandado en el ¶ 224.

³⁴⁴ **Prueba C-1**, Convenio entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República de Bolivia sobre el fomento y la protección de inversiones de capital, suscrito el 24 de mayo de 1998 y el cual entró en vigor el 16 de febrero de 1990, Artículo 8(1) (el “Tratado”).

³⁴⁵ Memorial de Contestación del Demandado en el ¶¶ 231 *et seq.*

“Convención de Viena”),³⁴⁶ jurisprudencia irrelevante no relativa a inversiones,³⁴⁷ y tergiversaciones de los laudos arbitrales más importantes, incluyendo *Rurelec c. Bolivia*, *Ron Fuchs c. Georgia*, y *Siemens c. Argentina*.³⁴⁸ South American Silver afirma que el Artículo 8(1) del Tratado claramente aplica tanto a los propietarios directos como indirectos de una inversión que califica, por varias razones relacionadas.

1. Bolivia aplica de forma incorrecta los principios de interpretación de la Convención de Viena

154. Se presume que un tratado es la expresión auténtica de las intenciones de las partes. El punto de partida de cada ejercicio de interpretación de un tratado es, por ende, una dilucidación del significado verdadero de sus términos.³⁴⁹ Esta indagación involucra una mirada holística del tratado: su texto y su contexto, como también su objeto y fin, considerados *juntos*,³⁵⁰ como son encapsulados en el Artículo 31(1) de la Convención de Viena: “[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.”³⁵¹ El Artículo 31(2) aclara que el “contexto”, para propósitos de la interpretación de un tratado comprende *inter alia* el texto, incluyendo su preámbulo y anexos.”³⁵²

155. La metodología de interpretación anterior no es en absoluto controversial: la Corte Internacional de Justicia ha observado que el Artículo 31 contiene una regla general de interpretación de tratados que refleja el derecho internacional

³⁴⁶ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 228, 232-235.

³⁴⁷ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 232.

³⁴⁸ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 237-240.

³⁴⁹ Ver **CLA-95**, International Law Commission, Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, *Yearbook of the International Law Commission, 1966*, Vol. II, 187 a 220 (¶ (11)).

³⁵⁰ **CLA-95**, International Law Commission, Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, *Yearbook of the International Law Commission, 1966*, Vol. II, 187 en 219-220 (¶ (8)): “All the various elements, as they were present in any given case, would be thrown into the crucible, and their interaction would give the legally relevant interpretation.”

³⁵¹ **CLA-11**, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, Artículo 31(1) (la “Convención de Viena”).

³⁵² **CLA-11**, Convención de Viena, Artículo 31(2).

consuetudinario,³⁵³ y los tribunales de inversión han patrocinado reiteradamente este método holístico de interpretación de tratados.³⁵⁴ Para Bolivia, sin embargo, la cuestión sobre qué entidades tienen derecho a la protección de un tratado para “inversiones” cubiertas supone una indagación únicamente del texto del Artículo 8(1), de acuerdo a los significados señalados en diccionarios, y nada más.³⁵⁵ Bolivia argumenta, incorrectamente, que el Artículo 8(1) aplica solamente “cuando se presenta un vínculo de propiedad directo entre el inversionista y la inversión,”³⁵⁶ basándose exclusivamente en diccionarios para explicar su interpretación de la frase “inversión de la primera”.³⁵⁷ Pero, como se señaló en *Aguas del Tunari c. Bolivia*, “el significado de un vocablo o frase no surge exclusivamente de diccionarios o datos etimológicos. ... Por lo contrario, la interpretación de un vocablo o una frase implica, en cambio, una complicada tarea consistente en considerar el sentido corriente de un vocablo o una frase en el contexto en que se encuentren y a la luz del objeto y la finalidad del documento.”³⁵⁸ Bolivia claramente no ha realizado esta más “compleja tarea”.

156. South American Silver sostiene que la interpretación apropiada del Artículo 8.1, teniendo plenamente en cuenta los distintos elementos previstos en el Artículo 31 de la Convención de Viena – texto, contexto, y objeto y fin – es que tanto los propietarios directos como los indirectos de una inversión que califica están cubiertos.

a. El sentido corriente del término “inversión de la primera” se refiere a los propietarios directos e indirectos de inversiones que califican

³⁵³ Ver, por ejemplo, **CLA-96**, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina c. Serbia and Montenegro*), Sentencia, C.I.J. Informes 2007 en la 43, 109-110 (¶ 160).

³⁵⁴ Ver, por ejemplo, **CLA-97**, *Poštová Banka, A.S. y Istrokapital SE c. República Helénica*, Caso CIADI N° ARB/13/8, Laudo, 9 de abril de 2015, ¶¶ 282-283; **CLA-98**, *Hrvatska Elektroprivreda D.D. c. República de Eslovenia*, Caso CIADI N° ARB/05/24, Decisión sobre la Cuestión de Interpretación del Tratado, 12 de junio de 2009, ¶ 164; y **CLA-99**, *Aguas del Tunari, S.A. c. República de Bolivia*, Caso CIADI N° ARB/02/3, Decisión sobre las excepciones en material de jurisdicción opuestas por el Demandado, 21 de octubre de 2005 en el ¶ 91.

³⁵⁵ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 228, 232-233.

³⁵⁶ Memorial de Contestación del Demandado en el ¶ 231.

³⁵⁷ *Id.* ¶ 228.

³⁵⁸ **CLA-99**, *Aguas del Tunari, S.A. c. República de Bolivia*, Caso CIADI N° ARB/02/3, Decisión sobre las excepciones en material de jurisdicción opuestas por el Demandado, 21 de octubre de 2005 en el ¶ 91 (énfasis agregado).

157. Contrario a la premisa de Bolivia, la “propiedad” directa de un demandante de la inversión cubierta no es el único sentido corriente de la frase “inversión **de** la primera” en el Artículo 8(1) del Tratado.³⁵⁹ La frase podría igualmente ser indicativa de una relación contribuyente entre el demandante y la inversión. Tal como se observó de forma contundente por el tribunal de *Standard Chartered c. Tanzania*, la palabra “de” (“of” en el original en inglés) es una palabra capaz de tener distintos sentidos, dependiendo del contexto:

The Tribunal is mindful that with respect to the preposition “of” different meanings can be adduced. Some uses indicate a contributory relationship (as in the “the plays of Shakespeare” or “the paintings of Rembrandt”), while others define ownership (as in “the house of Shakespeare” or “the hat of Rembrandt”).³⁶⁰

158. Así, la aseveración de Bolivia de que “la interpretación de la preposición ‘de’ conforme a su sentido corriente” lleva a la conclusión de que el “Tribunal Arbitral sólo tiene jurisdicción cuando se presenta un vínculo de propiedad directo entre el inversionista y la inversión”³⁶¹ es una afirmación de puro interés personal, y es incorrecta. Sin mayor calificación del lenguaje, la frase “inversión de la primera” en el Artículo 8(1) puede leerse como un asunto meramente textual que requiere que el vínculo de propiedad sea directo o indirecto, tal como Bolivia misma lo reconoce.³⁶²

159. Determinar el “sentido corriente” de “de” no es novedoso, y el peso de la jurisprudencia cae de lleno en contra de Bolivia. En *CEMEX c. Venezuela*, el tribunal interpretó la preposición “de” en el mismo contexto del presente caso y sostuvo que el uso del término no entrañaba que las inversiones debían ser de propiedad directa de los inversionistas:

El Tribunal observa también que cuando en el TBI se mencionan las inversiones “de” nacionales de la otra Parte Contratante, ello significa que esas inversiones deben pertenecer a dichos nacionales a fin de estar comprendidas

³⁵⁹ Memorial de Contestación del Demandado en el ¶ 228.

³⁶⁰ **RLA-60**, *Standard Chartered Bank c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI N° ARB/10/12, Laudo, 2 de noviembre de 2012, ¶ 216.

³⁶¹ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 231-232.

³⁶² Memorial de Contestación del Demandado en el ¶ 229.

en el Tratado. Pero ello no entraña que dichos nacionales deban tener la propiedad directa de esas inversiones.³⁶³

160. El tratado bilateral de inversiones relevante en aquel caso era entre los Países Bajo y Venezuela y disponía, con un lenguaje muy similar al del Artículo 8(1) del Tratado, que “[l]as controversias entre una Parte Contratante y un nacional de la otra Parte Contratante respecto a una obligación de la primera bajo el presente Convenio en relación a una inversión de la última” podían ser sometidas a arbitraje.³⁶⁴ Venezuela argumentó que los demandantes, cuya inversión en Venezuela se mantenía a través de una empresa constituida en las Islas Caimán,³⁶⁵ no tenían *jus standi* conforme al tratado porque no existía referencia expresa en el mismo a la propiedad directa o indirecta.³⁶⁶ El tribunal de *CEMEX* rechazó la objeción sobre jurisdicción de Venezuela en base al análisis anterior.³⁶⁷

161. Igualmente, el tribunal de *Rurelec c. Bolivia* fue el encargado de interpretar el TBI Reino Unido-Bolivia, el mismo tratado que el que se discute ante este Tribunal. El tribunal de *Rurelec* confirmó la interpretación del tribunal de *CEMEX* de la preposición “de.”³⁶⁸ Concluyó que, conforme al Tratado, tenía competencia sobre las inversiones indirectas de Rurelec en Bolivia,³⁶⁹ señalando en el *dispositif* (decisión operativa) “que el Tribunal tiene jurisdicción respecto de los reclamos incoados en virtud del TBI Reino Unido-Bolivia con relación a las inversiones indirectas de Rurelec.”³⁷⁰

³⁶³ **CLA-100**, *CEMEX Caracas Investments B.V. et al. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N° ARB/08/15, Decisión sobre Jurisdicción, 30 de diciembre de 2010 en el ¶ 157 (énfasis añadido).

³⁶⁴ **CLA-101** Convenio para el estímulo y protección recíproca de las inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República de Venezuela, 22 de octubre de 1991, Artículo 9(1).

³⁶⁵ **CLA-100**, *CEMEX Caracas Investments B.V. et al. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N° ARB/08/15, Decisión sobre Jurisdicción, 30 de diciembre de 2010 en el ¶ 144.

³⁶⁶ *Id.* ¶ 146.

³⁶⁷ *Id.* ¶ 160(a).

³⁶⁸ **CLA-1**, *Guaracachi America, Inc. et al. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CPA N° 2011-17, CNUDMI, Laudo, 31 de enero de 2014 en el ¶ 356.

³⁶⁹ *Id.* ¶ 365.

³⁷⁰ **CLA-1**, *Guaracachi America, Inc. et al. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CPA N° 2011-17, CNUDMI, Laudo, 31 de enero de 2014, Ch. XII(c).

162. Dicho lo anterior, el sentido corriente de la frase “inversión de la primera” en el Artículo 8(1) del Tratado es que la inversión en cuestión puede ser de propiedad directa o indirecta del inversionista, incluyendo a South American Silver. Simplemente no existe razón textual para la interpretación restrictiva que Bolivia desea que el Tribunal adopte.

b. El contexto del Tratado como también su objeto y fin demuestran que el Artículo 8(1) aplica por igual a los propietarios directos e indirectos de inversiones que califican

163. Un examen del contexto en el cual se utiliza la frase “inversión de la primera” en el Artículo 8(1) del Tratado, como también el objeto y fin del Tratado, sustenta la posición de South American Silver de que el Artículo 8(1) aplica por igual a los propietarios directos e indirectos de inversiones que califican.

164. Bolivia alega que cualquier análisis del término “inversión” es irrelevante para determinar cuáles entidades están cubiertas por las protecciones extendidas por el Tratado.³⁷¹ Sin embargo, siguiendo el Artículo 31(2) de la Convención de Viena, el texto entero del Tratado, no tan sólo el Artículo 8(1), es altamente relevante, ya que forma parte del contexto que informa la interpretación apropiada de la frase “inversión de la primera”.³⁷² Poniendo el Artículo 8(1) en contexto, la definición de “inversión” encontrada en el Artículo 1(a) del Tratado resulta particularmente instructiva: “‘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.”³⁷³ Así, “inversiones” conforme al Tratado se conciben de una manera muy amplia e incluyen, necesariamente, en virtud de las frase “toda clase de bienes” y “participación en los bienes de dichas sociedades,” inversiones indirectas como las efectuadas por South American Silver en Bolivia.

165. La posición de South American Silver cuenta con un fundamento directo e inequívoco en el caso *Rurelec*, el que indagó tanto el texto *como* el contexto de

³⁷¹ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 237, 240.

³⁷² Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 252.

³⁷³ **Prueba C-1**, Tratado, Artículo 1(a).

“inversión” en el Artículo 1(a) del Tratado y concluyó que el término incluía inversiones indirectas.³⁷⁴ Si bien la interpretación del tribunal de *Rurelec* del Artículo 1(a) no es vinculante para este Tribunal,³⁷⁵ ciertamente tiene un peso persuasivo,³⁷⁶ particularmente porque éste interpretó el mismísimo tratado que aquí nos ocupa, el TBI Reino Unido-Bolivia.

166. La interpretación del tribunal de *Rurelec* del Artículo 1(a) del Tratado resulta más persuasiva aún porque está basada en jurisprudencia consistente. En *Siemens c. Argentina*, el tribunal sostuvo que la definición de “inversión” en el tratado bilateral de inversiones subyacente, el que describía la categoría extensamente como “todo tipo de bienes,” pero que no se refería explícitamente a las inversiones directas o indirectas, no podía interpretarse como excluyente de las inversiones indirectas.³⁷⁷ Igualmente, todos los tribunales en *Kardassopoulos c. Georgia*,³⁷⁸ *Tza Yap Shum c. Perú*,³⁷⁹ *Venezuela Holdings B.V. c. Venezuela*,³⁸⁰ y *CEMEX c. Venezuela*³⁸¹ respaldaban el razonamiento del tribunal de *Siemens* y sostuvieron que la definición amplia de “inversiones” en los tratados respectivos incluía las inversiones indirectas.³⁸²

³⁷⁴ **CLA-1**, *Guaracachi America, Inc. et al. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CPA N° 2011-17, CNUDMI, Laudo, 31 de enero de 2014, ¶¶ 352-353.

³⁷⁵ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 239.

³⁷⁶ De hecho, los laudos arbitrales son “medios de interpretación complementarios,” de acuerdo al Artículo 32 de la Convención de Viena. Ver, por ejemplo, **CLA-102**, *Chevron Corporation et al. c. República de Ecuador*, Caso CPA N° AA 277, CNUDMI, Laudo Interino, 1° de diciembre de 2008 en el ¶ 121; y **CLA-103**, *Canadian Cattlemen c. United States of America*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción, 28 de enero de 2008 en el ¶ 50.

³⁷⁷ **RLA-55**, *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2004 en el ¶ 137.

³⁷⁸ **RLA-54**, *Ioannis Kardassopoulos c. República de Georgia*, Caso CIADI N° ARB/05/18, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de julio de 2007 en ¶¶ 123-124.

³⁷⁹ **CLA-104**, *Tza Yap Shum c. República del Perú*, Caso CIADI N° ARB/07/6, Decisión sobre Jurisdicción, 19 de junio de 2009 en ¶¶ 105-111.

³⁸⁰ **CLA-105**, *Venezuela Holdings B.V. et al. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N° ARB/07/27, Decisión sobre Jurisdicción, 10 de junio de 2010 en ¶¶ 162-166.

³⁸¹ **CLA-100**, *CEMEX Caracas Investments B.V. et al. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N° ARB/08/15, Decisión sobre Jurisdicción, 30 de diciembre de 2010 en ¶¶ 150-156.

³⁸² Ver también **CLA-106**, *National Grid plc c. República Argentina*, CNUDMI, Decisión sobre Jurisdicción, 20 de junio de 2006, ¶ 37 y en la 63; y **CLA-4**, *BG Group plc c. República Argentina*, CNUDMI, Laudo Final, 24 de diciembre de 2007 en ¶¶ 112, 467. En estos dos casos, los tribunales sostuvieron que sí tenían jurisdicción sobre los demandantes, quienes eran los propietarios indirectos de inversiones que calificaban como tal, conforme a la definición del término “inversión” en el tratado

167. En vista de que está establecido legalmente que el término “inversión” en el Artículo 1(a) del Tratado comprende las inversiones indirectas, la única interpretación sensata y consistente de la frase “inversión de la primera” del Artículo 8(1) es que ésta incluye la “inversión *indirecta* de la primera.” Tal como lo observó el tribunal de *CEMEX*, “[p]or definición, una inversión indirecta es una inversión hecha por un inversionista indirecto. Como el TBI abarca inversiones indirectas, los inversionistas indirectos están facultados para formular reclamaciones por presuntas violaciones del Tratado con respecto a las inversiones de las que son propietarios indirectos.”³⁸³ De este modo, sobre la base de la definición de “inversión” en el Artículo 1(a), es evidente que el Artículo 8(1) aplica de igual forma a los propietarios directos y a los indirectos de una inversión que califica.

168. Un segundo elemento contextual que es relevante al interpretar la frase “inversión de la primera” del Artículo 8(1) del Tratado es el hecho que no existe ninguna exclusión expresa de las inversiones indirectas en el Tratado. La ausencia del lenguaje excluyente que limite el área jurisdiccional del tribunal fue insigne mente considerada en el caso *ELSI*, en el que los Estados Unidos alegó ante una sala de la Corte Internacional de Justicia que el agotamiento de los recursos locales no aplicaba porque no existía referencia específica a ello en el Artículo XXVI del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación que dicho país celebró con Italia en el año 1948.³⁸⁴ Estados Unidos sostuvo que “las partes del tratado de ACN, si hubiesen deseado que la jurisdicción conferida a la Corte fuese calificada por la regla de recursos internos en caso de protección diplomática, hubieran empleado términos expresos a tal efecto.”³⁸⁵ La sala de la CIJ rechazó el argumento de los Estados Unidos, afirmando que “no podía aceptar que se considerara que se había prescindido de un principio importante del derecho internacional de manera

bilateral de inversión del Reino Unido-Argentina, el que definía el término de forma amplia pero que no se refería explícitamente a las inversiones directas o indirectas. Bolivia alega que el caso *BG* es irrelevante porque el tratado del Reino Unido-Argentina incluía ciertas disposiciones que indicaban el concepto de “inversiones protegidas” que no requerían ser de la propiedad “directa” de los inversionistas (Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 237). Sin embargo, esta afirmación es exigua, ya que Bolivia ni siquiera identifica las disposiciones en cuestión.

³⁸³ **CLA-100** *CEMEX Caracas Investments B.V. et al. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N° ARB/08/15, Decisión sobre Jurisdicción, 30 de diciembre de 2010 en el ¶ 156.

³⁸⁴ **CLA-107**, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Sentencia, Informes CIJ 1989 en la 15, ¶ 50.

³⁸⁵ *Id.*

tácita, en ausencia de cualquier palabra que dejara en claro que existía la intención de hacerlo.”³⁸⁶

169. El tribunal en *Tza Yap Shum c. Perú* adoptó el razonamiento de la CIJ en *ELSI* con respecto a las inversiones indirectas. Sostuvo que si hubiese sido la intención de las partes excluir las inversiones indirectas de la protección subyacente del tratado, éstas lo hubieran hecho de forma expresa:

Por lo tanto, el Tribunal no encuentra indicaciones en el APPRI que lo lleven por principio a excluir del ámbito de aplicación del Tratado las inversiones indirectas de nacionales chinos en territorio Peruano particularmente cuando se prueba que ejercen la propiedad y el control sobre las mismas.

*El Tribunal esperaba que una limitación en este sentido hubiese sido plasmada de forma expresa en el APPRI. Por ejemplo, las Partes Contratantes al APPRI bien pudieron acordar un artículo por medio del cual le denegarían los beneficios del Tratado a aquellos inversionistas calificados bajo el mismo pero con inversiones canalizadas a través de terceros países.*³⁸⁷

170. Asimismo, en cuanto al Tratado que nos ocupa en este arbitraje, el tribunal de *Rurelec* sostuvo de que “sería necesario que el TBI empleara un lenguaje claro a fin de excluir la cobertura de las inversiones indirectas – lenguaje que el TBI no contiene.”³⁸⁸

171. El mismo análisis aplica al Tratado. Bolivia argumenta que el Tratado protegería inversiones indirectas solamente si se hubiera incluido en el mismo una referencia a la propiedad indirecta,³⁸⁹ pero esa es justamente la conclusión errónea a la cual llegar en base a la ausencia de un lenguaje excluyente respecto a inversiones indirectas. A falta de tal lenguaje excluyente claro y específico, y en vista de la amplia definición de inversiones del Artículo 1(a) que comprende inversiones indirectas, la

³⁸⁶ *Id.*

³⁸⁷ **CLA-104**, *Tza Yap Shum c. República del Perú*, Caso CIADI N° ARB/07/6, Decisión sobre Jurisdicción, 19 de junio de 2009 en ¶¶ 106-107.

³⁸⁸ **CLA-1**, *Guaracachi America, Inc. et al. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CPA N° 2011-17, CNUDMI, Laudo, 31 de enero de 2014 en el ¶ 353.

³⁸⁹ Memorial de Contestación del Demandado en el ¶ 232. En ese sentido, la dependencia de Bolivia sobre su propio Código Civil para definir “propiedad” en un procedimiento de arbitraje internacional regido por el derecho internacional no es pertinente.

interpretación más consistente jurisprudencialmente del Artículo 8(1) es que éste aplica de igual forma a los propietarios directos y a los indirectos de las inversiones que califican.

172. Además, las instancias legales en las que se apoya Bolivia para fundamentar su argumento de nada sirven.³⁹⁰ La opinión disidente del Juez Read en *Anglo Iranian Oil* es irrelevante. Dejando de lado el hecho de que su opinión legal no reflejaba el punto de vista mayoritario de la CIJ, la opinión disidente del Juez Read se refería a la interpretación de una frase que incluía precisamente los términos “directa o indirectamente.”³⁹¹ Así, su debate sobre el efecto de omitir los términos “directa o indirectamente” es puro *obiter dicta*.³⁹² Es más, lejos de ser una conclusión definitiva sobre el tema, la declaración del Juez Read se asimilaba más a una especulación, tal como lo sugiere el uso de las palabras “uno habría podido suponer que...” (en francés, “on aurait pu présumer que...”).³⁹³ Una declaración *obiter* especulativa incluida en una opinión disidente es difícilmente evidencia convincente y debería ser desestimada por el Tribunal.

173. El sustento de Bolivia en *Brown c. Stott* es igualmente irrelevante. Allí, el Consejo Privado señaló que “*it is generally to be assumed*” (“se debe presumir generalmente”) que las partes de un tratado omiten términos “*which they did not wish to include and on which they were not able to agree.*”³⁹⁴ Bolivia tomó aquella declaración muy general como base para alegar que la ausencia de los términos “directo o indirecto” en el Artículo 8(1) del Tratado significa que las partes intencionalmente no los incluyeron y/o no lograron llegar a un acuerdo sobre su inclusión en el mismo. Pero Bolivia convenientemente omite citar el razonamiento del Consejo Privado en su totalidad, donde

³⁹⁰ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 232, 236.

³⁹¹ **RLA-50**, *Anglo-Iranian Oil Co. case (jurisdiction)*, Sentencia del 22 de julio de 1952, Informes CIJ 1952, en 93, 145.

³⁹² **RLA-50**, *Anglo-Iranian Oil Co. case (jurisdiction)*, Sentencia del 22 de julio de 1952, Informes CIJ 1952, en 93, 145. Bolivia se sustenta en la siguiente declaración en la opinión disidente del Juez: “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.”

³⁹³ **RLA-50**, *Anglo-Iranian Oil Co. case (jurisdiction)*, Sentencia del 22 de julio de 1952, Informes CIJ 1952, en 93, 145.

³⁹⁴ **RLA-51**, *Brown c. Stott* [2003] 1 AC 681, 703 (énfasis agregado).

éste destacó que la presunción general (en la que se basa Bolivia) “*does not mean that nothing can be implied into the [European Convention on Human Rights].*” *The language of the Convention is for the most part so general that some implication of terms is necessary, and the case law of the European court shows that the court has been willing to imply terms into the Convention when it was judged necessary or plainly right to do so.*”³⁹⁵ Esta preocupación sobre la amplitud excesiva simplemente no existe en el caso de los tratados bilaterales de inversión cuya evidente finalidad es proteger la inversión extranjera y en que una interpretación de la frase “inversión de la primera” como algo que cubriera inversiones de la propiedad directa o indirecta de un inversionista es completamente consistente con el contexto del Tratado.

174. En relación a la opinión del Profesor Douglas que dice que debe existir una limitación sobre la jurisdicción *ratione personae* de un tribunal si los términos “directo o indirecto” no son expresamente incluidos en un tratado,³⁹⁶ Bolivia no logra cuadrar este punto de vista con la Regla 33 del propio tratado de Douglas, el cual contiene una declaración más directa que señala “[i]f an investment treaty stipulates that the investment can be held directly or indirectly by the claimant, then it is immaterial that the investment is held through an intermediate legal entity with the nationality of a third state.”³⁹⁷ Es revelador que el Profesor Douglas no incluya lo opuesto como regla. Además, se refiere a dos casos en los que los tribunales sostuvieron que sí tenían jurisdicción sobre los demandantes que eran propietarios indirectos de inversiones que calificaban como tales, a pesar del hecho de que los tratados subyacentes no incluían los términos “directo o indirecto.”³⁹⁸ De hecho, existen varios casos más en este sentido, referidos anteriormente,³⁹⁹ que lo contrario.

175. El objeto y fin del Tratado también apoyan el punto de vista de que el Artículo 8(1) aplica de igual forma a los propietarios directos e indirectos de inversiones

³⁹⁵ *Id.*

³⁹⁶ **RLA-53**, Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge University Press, 2009) 311, ¶ 580.

³⁹⁷ **RLA-53**, Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge University Press, 2009) 310.

³⁹⁸ **RLA-53**, Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge University Press, 2009) 311, ¶ 580.

³⁹⁹ *Ver supra* ¶ 164-166.

que califican. El título del Tratado se refiere al fomento y protección de las inversiones de capital. Su preámbulo destaca que fue diseñado para “crear condiciones favorables para mayores inversiones de capital para los nacionales o sociedades de un Estado en el territorio del otro Estado.”⁴⁰⁰ Asimismo, el Artículo 2(1) dispone que “[c]ada Parte Contratante fomentará y creará condiciones favorables para nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante para realizar inversiones de capital dentro de su respectivo territorio...”⁴⁰¹ Estas disposiciones sugieren que las partes del Tratado deseaban maximizar el flujo de inversiones las que incluirían, en ausencia de cualquier lenguaje que indicara lo contrario, inversiones indirectas.

176. Por estas razones, el contexto en el que se utiliza la frase “inversión de la primera”, como también el objeto y fin del Tratado, indican que el Artículo 8(1) se aplica de igual forma a los propietarios directos e indirectos de inversiones que califican. Así, contrario a las contenciones de Bolivia, el Tribunal sí tiene jurisdicción sobre los reclamos de South American Silver.

c. No es necesario recurrir a medios de interpretación complementarios, pero aun cuando sí lo fuese, las “circunstancias” invocadas por Bolivia son improcedentes

177. Como reflejo de lo escueto de sus argumentos basados en el texto, contexto, objeto y fin del Tratado, Bolivia después argumenta que las partes del Tratado “omitieron deliberadamente la protección a la propiedad ‘indirecta’” porque en el año 1987, Bolivia celebró tratados con Alemania y Suiza, y el tratado con Alemania no incluía una referencia a “directa o indirectamente,” mientras que el tratado con Suiza sí incluía tal referencia.⁴⁰² Este recurso evidente a medios complementarios para interpretar el Tratado no tiene sustento en los hechos ni en el derecho.

178. Conforme al Artículo 32 de la Convención de Viena, si una interpretación de acuerdo a la norma general provista en el Artículo 31 deja el sentido ambiguo u oscuro, o conduce a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable, *entonces* se

⁴⁰⁰ Prueba C-1, Tratado, preámbulo.

⁴⁰¹ Prueba C-1, Tratado, Artículo 2(1).

⁴⁰² Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 234-235.

podrá recurrir a un medio de interpretación complementario, como los *travaux préparatoires* de un tratado:

Se 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.⁴⁰³

179. Así, los medios de interpretación complementarios no son medios de interpretación alternativos y autónomos, sino tan sólo un auxilio a la regla interpretativa general establecida en el Artículo 31.⁴⁰⁴ Si los términos a ser interpretados son claros y hacen sentido dentro de su contexto, y en vista del objeto y fin del tratado, entonces no existe necesidad de recurrir a los medios complementarios de interpretación del Artículo 32. Como lo señaló el CIJ en *Admission of a State to the United Nations*: “[l]a Corte considera que la disposición es suficientemente clara; por consiguiente, sigue la práctica constante de la Corte Permanente de Justicia Internacional y declara que no hay motivo para recurrir a los trabajos preparatorios a fin de interpretar su significado.”⁴⁰⁵ Dicha posición también fue adoptada por tribunales de tratados de inversión.⁴⁰⁶

180. En este caso, no existe razón para recurrir a los medios de interpretación complementarios de interpretación previstos en el Artículo 32 de la Convención de

⁴⁰³ **CLA-11**, Convención de Viena, Artículo 32.

⁴⁰⁴ **CLA-95**, International Law Commission, Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol. II, 187 en 223 (¶ (19)).

⁴⁰⁵ **CLA-108**, Admission of a State to the United Nations (Charter, Art. 4), Advisory Opinion, Informes CIJ 1948, p. 57, 63. Ver también **CLA-109**, Competence of Assembly regarding admission to the United Nations, Advisory Opinion, Informes CIJ 1950 en 4, 8: “The Court considers it necessary to say that the first duty of a tribunal which is called upon to interpret and apply the provisions of a treaty, is to endeavour to give effect to them in their natural and ordinary meaning in the context in which they occur. If the relevant words in their natural and ordinary meaning make sense in their context, that is an end of the matter. If, on the other hand, the words in their natural and ordinary meaning are ambiguous or lead to an unreasonable result, then, and only then, must the Court, by resort to other methods of interpretation, seek to ascertain what the parties really did mean when they used these words.”

⁴⁰⁶ Ver, por ejemplo, **CLA-110**, *Murphy Exploration and Production Company International c. República de Ecuador*, Caso CIADI N° ARB/08/4, Laudo sobre Jurisdicción, 5 de diciembre de 2010 en el ¶ 71; y **CLA-111**, *Canfor Corporation et al. c. United States of America*, CNUDMI, Decisión sobre la Cuestión Preliminar, 6 de junio de 2006 en el ¶ 324.

Viena. De acuerdo a lo expuesto en la sección anterior, South American Silver declara que la regla general de interpretación (Artículo 31, Convención de Viena) da pie a una lectura del Artículo 8(1) del Tratado que se aplica a propietarios directos como también indirectos de inversiones que califican, y simplemente no existe ámbito de discusión de que esta lectura es de forma alguna “ambigua u oscura” o que conduce a resultados “manifiestamente absurdos o irrazonables”.

181. Pero aún si fuese necesario confirmar el sentido del Artículo 8(1) del Tratado después de aplicar el Artículo 31 de la Convención de Viena, las “circunstancias” invocadas por Bolivia equivalen a poco menos que una mera aseveración sin sustento y son, en todo caso, improcedentes para dicho análisis. En primer lugar, y ante todo, el presupuesto de Bolivia de que las partes del Tratado “omitieron deliberadamente la protección a la propiedad ‘indirecta’” tiene su fundamento en la fantasía – simplemente no pudo producir los *travaux préparatoires* del Tratado.

182. Segundo, la dependencia de Bolivia en los tratados alemán y suizo del año 1987 están fuera de lugar. Estos argumentos son irrelevantes para las circunstancias específicas que rodean la celebración del Tratado. Según lo sostenido por el tribunal en *Romp petrol c. Romania*, “[t]here is nothing in the Vienna Convention that would authorize an interpreter to bring in as interpretative aids when construing the meaning of one bilateral treaty the provisions of other treaties concluded with other partner States.”⁴⁰⁷ Efectivamente, los tribunales de inversión han sostenido que la dependencia en tales tratados de terceros tiene un valor probatorio limitado.⁴⁰⁸ De acuerdo a lo proclamado en *Rurelec* con respecto a Bolivia en particular, el hecho de que otros tratados celebrados por Bolivia se referían explícitamente a inversiones indirectas no significa que el Tratado en sí excluya a inversiones indirectas de su protección:

Según el Tribunal, el hecho invocado por el Demandado de que otros TBIs celebrados por Bolivia incluyen expresamente a las inversiones indirectas, no es suficiente

⁴⁰⁷ **CLA-112**, *The Rompetrol Group N.V. c. Rumania*, Caso CIADI N° ARB/06/3, Decisión sobre las Objeciones Preliminares del Demandado sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 18 de abril de 2008 en el ¶ 108.

⁴⁰⁸ Ver, por ejemplo, **CLA-104**, *Tza Yap Shum c. República del Perú*, Caso CIADI N° ARB/07/6, Decisión sobre Jurisdicción, 19 de junio de 2009 en el ¶ 109; y **CLA-99**, *Aguas del Tunari, S.A. c. República de Bolivia*, Caso CIADI N° ARB/02/3, Decisión sobre las Objeciones del Demandado sobre Jurisdicción, 21 de octubre de 2005 en el ¶ 314.

para sustentar una interpretación *a contrario sensu* de que solo los TBIs que contienen una referencia explícita comprenden las inversiones indirectas, ya que es bien aceptado que este tipo de argumento no es en sí mismo lo suficientemente sólido para justificar una interpretación particular de una norma jurídica. La simple ausencia de una referencia explícita a las distintas categorías de inversión (directa e indirecta) no puede interpretarse en el sentido de restringir la definición de inversión en virtud del TBI exclusivamente a la inversión directa.⁴⁰⁹

183. Así, las débiles comparaciones con los tratados de Alemania y Suiza palidecen en importancia ante el sentido efectivo del Artículo 8(1) del Tratado, al cual se llega observando el texto, contexto, y objeto y fin, de aquel Tratado, todos los cuales confirman que la disposición aplica de igual forma a los propietarios directos e indirectos de las inversiones que califican. South American Silver postula que los principios de interpretación de la Convención de Viena conducen manifiestamente a la conclusión de que el Tribunal tiene jurisdicción sobre los reclamos de South American Silver, como el accionista del 100% de CMMK, el cual es titular de las diez Concesiones Mineras.

B. EL TRATADO PROTEGE A LOS PROPIETARIOS INDIRECTOS DE INVERSIONES QUE CALIFICAN AUN CUANDO NO SON LOS PROPIETARIOS FINALES DE DICHAS INVERSIONES

184. Bolivia asevera que aun cuando el Artículo 8(1) del Tratado aplicara de igual forma a los propietarios directos e indirectos de inversiones que califica (conforme a lo establecido anteriormente), solamente el propietario final de aquellas inversiones podrá beneficiarse de las protecciones otorgadas por el Tratado.⁴¹⁰ Ese argumento engañoso no tiene fundamento alguno en el expediente. Tal como ya lo admitió Bolivia, South American Silver es una sociedad protegida en virtud del Tratado que es propietaria de inversiones que califican en Bolivia,⁴¹¹ y si South American Silver es la propietaria final de las acciones en CMMK y de las diez Concesiones Mineras, es completamente irrelevante para propósitos de la jurisdicción del Tribunal. Este argumento es claramente

⁴⁰⁹ **CLA-1**, *Guaracachi America, Inc. et al. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CPA N° 2011-17, CNUDMI, Laudo, 31 de enero de 2014 en el ¶ 354.

⁴¹⁰ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 245 *et seq.*

⁴¹¹ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 224.

un esfuerzo frenético de conjurar cualquier fundamento para impedir al Tribunal el ejercicio de su jurisdicción sobre los reclamos de South American Silver.

185. Bolivia no identifica cuál disposición del Tratado exige que el inversionista sea el propietario final de la inversión para beneficiarse de sus protecciones – y no puede. En su lugar, simplemente se refiere al preámbulo,⁴¹² que no prevé dicho requerimiento. También se refiere a tres laudos arbitrales que interpretaron la definición de “inversión” en, respectivamente, un tratado bilateral de inversión entre los Estados Unidos y Kazajistán, otro tratado entre el Reino Unido y Tanzania y el Convenio CIADI,⁴¹³ todos los cuales son completamente improcedentes con respecto a este procedimiento arbitral en virtud del reglamento de la CNUDMI conforme al TBI del Reino Unido-Bolivia.

186. La razón por la cual Bolivia no puede articular razón alguna es porque el Tratado simplemente no contiene dicha exigencia. Las partes del Tratado acordaron que un tribunal tendría jurisdicción sobre las “diferencias entre un nacional o una sociedad de una Parte Contratante concernientes a una obligación de la última conforme a este Convenio y en relación con una inversión de la primera.”⁴¹⁴ Siempre que el demandante pueda demostrar que cumple con la definición del Tratado de ‘nacional’ o ‘sociedad,’ en los Artículos 1(c) ó 1(d), que su inversión observa los requisitos establecidos en el Artículo 1(a) y que es el propietario, directo o indirecto, de esa inversión, entonces un tribunal necesariamente tiene jurisdicción sobre los reclamos de dicho demandante. Ningún otro requisito ha de ser cumplido.

187. En ese sentido, los tribunales de tratados de inversiones han consistentemente sostenido que no les corresponde imponer requisitos jurisdiccionales adicionales sobre los demandantes, que las partes del tratado subyacente podrían haber añadido, pero no lo hicieron:

The predominant factor which must guide the Tribunal’s exercise of its functions is the terms in which the parties to the Treaty now in question have agreed to establish the Tribunal’s jurisdiction. In the present context, that the

⁴¹² Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 248.

⁴¹³ *Id.* ¶¶ 248-249.

⁴¹⁴ **Prueba C-1**, Tratado, Artículo 8(1).

means the terms in which they have agreed upon who is an investor who may become a claimant entitled to invoke the Treaty's arbitration procedures. The parties had complete freedom of choice in this matter, and they chose to limit entitled "investors" to those satisfying the definition set out in Article 1 of the Treaty. The Tribunal cannot in effect impose upon the parties a definition of "investor" other than that which they themselves agreed. That agreed definition required only that the claimant-investor should be constituted under the laws of (in the present case) The Netherlands, and **it is not open to the Tribunal to add other requirements which the parties could themselves have added but which they omitted to add.**⁴¹⁵

188. Así, el Tratado protege a los propietarios indirectos de las inversiones que califican que no son los propietarios finales de aquellas inversiones, porque no existe requisito en el Tratado que prevea lo contrario. Como el propietario del 100 por ciento de las acciones de CMMK y de las diez Concesiones Mineras, South American Silver es un inversionista protegido conforme al Tratado y el Tribunal consiguientemente tiene jurisdicción sobre sus reclamos en el presente arbitraje. El hecho de si South American Silver es el propietario final de las acciones de CMMK y de las diez Concesiones Mineras o no es irrelevante para los efectos de la jurisdicción del Tribunal.

189. Por último, Bolivia se basa en otros cuatro laudos relativos a tratados de inversión para aseverar, incorrectamente, que un tratado de inversión que generalmente protege la propiedad indirecta únicamente protege a los propietarios finales.⁴¹⁶ Pero estos laudos no dicen tal cosa.

190. En *Siemens c. Argentina*, el demandado argumentó que el tratado subyacente exigía una relación directa entre el inversionista y la inversión, y que el

⁴¹⁵ **CLA-46**, *Saluka Investments BV c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, en el ¶ 241 (énfasis agregado). Ver también **RLA-27**, *Gold Reserve Inc. c. República Bolivarian de Venezuela*, Caso CIADI N° ARB(AF)/09/1, Laudo, 22 de septiembre de 2014 en el ¶ 255; **CLA-113**, *Yukos Universal Limited c. Federación Rusa*, Caso CPA N° AA 227, CNUDMI, Laudo Interino sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 30 de noviembre de 2009 en ¶¶ 432-435; **CLA-112**, *The Rompetrol Group N.V. c. Rumania*, Caso CIADI N° ARB/06/3, Decisión sobre las Objeciones Preliminares del Demandado sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 18 de abril de 2008 en el ¶ 110; **CLA-114**, *Siag et al. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N° ARB/05/15, Decisión sobre Jurisdicción, 11 de abril de 2007 en ¶¶ 208-210; **CLA-35**, *ADC Affiliate Limited et al. c. República de Hungría*, Caso CIADI N° ARB/03/16, Laudo del Tribunal, 2 de octubre de 2006 en ¶¶ 357, 359; y **CLA-115**, *Tokios Tokelés c. Ucrania*, Caso CIADI N° ARB/02/18, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de abril de 2004 en el ¶ 77.

⁴¹⁶ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 250-254.

demandante en el caso no tenía *ius standi* porque no era el propietario directo de la inversión en cuestión.⁴¹⁷ El tribunal desestimó la excepción de Argentina, sosteniendo que la definición de “inversión” del tratado comprendía inversiones indirectas: “[e]l sentido claro de esta disposición es que las acciones pertenecientes a un accionista alemán están protegidas por el Tratado. El Tratado no dispone que no haya sociedades interpuestas entre la inversión y quien sea el propietario en última instancia de la sociedad. Por tanto, una lectura literal del Tratado no apoya la alegación de que la definición de inversión excluya inversiones indirectas.”⁴¹⁸ Entendida en su contexto, la referencia a “propietario en última instancia” simplemente tenía la finalidad de designar el demandante, Siemens. Definitivamente no tenía la intención de sugerir que Siemens tenía *ius standi* conforme al tratado tan sólo porque era el propietario en última instancia de la inversión.

191. El tribunal en *Kardassopoulos c. Georgia* se basó en el razonamiento del tribunal de *Siemens* para sostener que la propiedad indirecta del demandante de acciones constituía una inversión en virtud de los tratados subyacentes.⁴¹⁹ Sin embargo, al referirse al caso *Siemens*, el tribunal de *Kardassopoulos* no sostuvo, por las razones señaladas anteriormente, que el demandante tenía *ius standi* sólo porque era el propietario de última instancia de la inversión.

192. El tribunal en *BG Group c. Argentina* sostuvo, de acuerdo con las definiciones previstas en el tratado subyacente, que el demandante era un inversionista que había realizado inversiones que calificaban como tales.⁴²⁰ El tribunal nunca mencionó que el demandante era el propietario final de la inversión y, como resultado, no se basó en ese hecho para decidir que tenía jurisdicción sobre los reclamos del BG Group.

193. Finalmente, en *Rurelec c. Bolivia*, el tribunal concluyó que “la mejor interpretación del artículo 2(2) del TBI, cuando se refiere a ‘inversiones de capital de

⁴¹⁷ **RLA-55**, *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2004 en el ¶ 123.

⁴¹⁸ **RLA-55**, *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2004 en el ¶ 137.

⁴¹⁹ **RLA-54**, *Ioannis Kardassopoulos c. República de Georgia*, Caso CIADI N° ARB/05/18, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de julio de 2007 en el ¶ 124.

⁴²⁰ **CLA-4**, *BG Group plc c. República de Argentina*, CNUDMI, Laudo Final, 24 de diciembre de 2007 en ¶¶ 109, 138.

nacionales,’ es la que considera que las inversiones pueden pertenecer a nacionales de una Parte Contratante de manera tanto directa como indirecta, mediante la titularidad de participaciones de las sociedades que en definitiva son propietarias de la inversión en Bolivia; en este caso, EGSA.”⁴²¹ Bolivia se basa en esta declaración para reclamar que el tribunal sostuvo que tenía jurisdicción sobre Rurelec solamente porque era el propietario definitivo de las inversiones en Bolivia. Esto es totalmente absurdo. Tal como se desprende, el tribunal se refería a EGSA, la sociedad boliviana en la que Rurelec tenía una participación accionaria, como la sociedad que “en definitiva [es] propietaria de la inversión en Bolivia;” y a la participación directa o indirecta en EGSA como las “inversiones de capital de nacionales” de conformidad con el Artículo 2(2). La versión en español del laudo de *Rurelec* es aún más clara.⁴²²

194. Consiguientemente, Bolivia se equivoca al alegar que estos cuatro laudos demuestran que un tratado que protege la propiedad indirecta solamente protege a los propietarios finales (definitivos). Los laudos no defienden dicho planteamiento. De hecho, en ninguna de estas decisiones el tribunal indicó que la propiedad final era una condición obligatoria que debía ser observada para poder beneficiarse de un tratado que protegía propiedad indirecta. Además, en la medida en que sea relevante a este arbitraje, lo que South American Silver plantea que no es, varios tribunales han sostenido que tenían jurisdicción sobre demandantes que era propietarios indirectos de inversiones que califican sin ser a la vez los propietarios finales de dichas inversiones.⁴²³

195. En base a lo anterior, el Tribunal debe rechazar las objeciones jurisdiccionales infundadas de Bolivia y concluir que tiene jurisdicción conforme al

⁴²¹ **CLA-1**, *Guaracachi America, Inc. et al. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CPA N° 2011-17, CNUDMI, Laudo, 31 de enero de 2014 en el ¶ 360.

⁴²² **CLA-1**, *Guaracachi America, Inc. et al. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CPA N° 2011-17, CNUDMI, Laudo, 31 de enero de 2014 en el ¶ 360: “El Tribunal concluye entonces que la mejor interpretación del artículo 2(2) del TBI, cuando se refiere a ‘inversiones de capital de nacionales’, es la que considera que las inversiones pueden pertenecer a nacionales de una Parte Contratante de manera tanto directa como indirecta, mediante la titularidad de participaciones de las sociedades que en definitiva son propietarias de la inversión en Bolivia; en este caso, EGSA.”

⁴²³ Ver, por ejemplo, **CLA-100**, *CEMEX Caracas Investments B.V. et al. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N° ARB/08/15, Decisión sobre Jurisdicción, 30 de diciembre de 2010 en ¶¶ 143-144, 160(a); y **CLA-105**, *Venezuela Holdings B.V. et al. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N° ARB/07/27, Decisión sobre Jurisdicción, 10 de junio de 2010 en ¶¶ 147-148, 209(a).

Tratado sobre los reclamos de South American Silver en este arbitraje. Como la parte que ejerce esta defensa jurisdiccional, la carga de demostrar que únicamente los propietarios indirectos finales tienen protección recae sobre Bolivia; sin embargo Bolivia aún no ha articulado un argumento contundente de por qué el Tratado, que ya se presumió protege la propiedad indirecta, se limitaría luego solamente a proteger a los propietarios finales.

C. LOS ARGUMENTOS DE “CLEAN HANDS” DE BOLIVIA SON FUNDAMENTALMENTE DEFECTUOSOS Y DEBEN SER SUMARIAMENTE DESESTIMADOS

196. El otro fundamento principal de Bolivia para impugnar la jurisdicción de este Tribunal es la supuesta ausencia de “*clean hands*” por parte del Demandante, lo cual en el planteamiento de Bolivia, impide al Tribunal de “analizar siquiera el fondo de los reclamos [de SAS]”, ya que “SAS no merece la protección del Tratado.”⁴²⁴ Bolivia presenta tres serios alegatos en contra del Demandante: (i) [REDACTED]

[REDACTED] (ii) que “SAS atentó sistemáticamente contra uno de los derechos fundamentales de las Comunidades Originarias ... [la] autodeterminación y, en particular, el autogobierno”;⁴²⁶ y (iii) que el Proyecto “amenazaba el derecho de las Comunidades Originarias al medio ambiente sano en sus territorios”.⁴²⁷

197. Con todo respeto, todo el caso de Bolivia basado en ‘*unclean hands*’ es fundamentalmente defectuoso. Dejando de lado por un momento el carácter completamente infundado de sus reclamos de hecho, todo el caso legal de Bolivia en este asunto yace sobre la presunción que una doctrina de “*clean hands*” existe como cuestión de derecho internacional. Ésta no existe, de acuerdo a lo observado en varios casos de adjudicación y arbitraje entre estados por figuras prominentes de la Comisión de Derecho

⁴²⁴ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 268-69.

⁴²⁵ *Id.* ¶¶ 297.

⁴²⁶ *Id.* ¶¶ 301-302.

⁴²⁷ Memorial de Contestación del Demandando, apartado §5.2.3.3.

Internacional, y según fue analizado y confirmado en definitiva por el tribunal de *Yukos c. Russian Federation* (1). Aquella verdad sola deja toda esta objeción jurisdiccional inoperante.

198. Pero incluso basada en la suposición, *quod non*, de que sí existe una doctrina de “*unclean hands*” oponible como cuestión de derecho internacional, Bolivia no satisface el criterio para que dicha doctrina pueda aplicarse, particularmente debido a la ausencia de reciprocidad entre los hechos que alega el Demandante como fundamento de sus reclamos y los hechos alegados por Bolivia como fundamento de su defensa de *Clean Hands*. (2)

199. Adicionalmente, las tres instancias de supuesto ‘*unclean hands*’ tampoco se relacionan a la *realización* de la inversión, y por lo tanto no pueden ser asuntos que afecten la jurisdicción del Tribunal – únicamente pueden ser conocidas y decididas sobre el fondo, junto con los reclamos sustanciales del Demandante de infracción del Tratado. (3)

200. Antes de discutir cada uno de estos tres puntos, cabe destacar desde el principio que el involucramiento de South American Silver en los planteamientos sobre la doctrina de “*clean hands*” de Bolivia no debería implicar ninguna admisión de que los argumentos de Bolivia son de forma alguna verdaderos. South American Silver categóricamente niega todos estos escuetos e infundados argumentos y su imputación a ella. Así, aun si – contrario al derecho internacional – el Tribunal decidiera que los argumentos de ‘*clean hands*’ de Bolivia son efectivamente cuestiones relevantes jurisdiccionalmente, Bolivia aún tendría que *probar* sus argumentos como una cuestión de hecho. La carga de probar estos graves alegatos recae firmemente sobre Bolivia, y el grado de prueba aplicado es alto—requiere pruebas claras y convincentes, no una mera preponderancia. Bolivia ni siquiera ha comenzado a asumir la carga en este sentido.

1. La doctrina de “*Unclean Hands*” no existe en el derecho internacional

201. Bolivia asevera que el Demandante no puede reclamar las protecciones del TBI debido a sus ‘*unclean hands*.’ Todo el caso en este asunto se construye sobre la premisa de que “[e]l requisito de contar con ‘*clean hands*’ como condición para acceder a

la justicia es un principio general de derecho internacional.”⁴²⁸ Pero el estado actual del derecho internacional público y el derecho internacional de inversión en particular está inequívocamente en contra de Bolivia: ningún principio de ‘*clean hands*’ existe como cuestión de derecho internacional.

202. Las varias fuentes legales citadas por Bolivia de opiniones judiciales individuales de la Corte Mundial – la Corte Internacional de Justicia y su predecesor la Corte Permanente de Justicia Internacional, varios tribunales de inversión internacional y académicos del derecho,⁴²⁹ son insuficientes individual y colectivamente para llegar a alguna conclusión de que el principio existe, ya sea como derecho internacional consuetudinario o como un principio general de derecho conforme al Artículo 28(1)(b) y (c) del Estatuto de la CIJ. Si se leen detenidamente, queda claro que el Tribunal Internacional aún no ratifica la doctrina de ‘*clean hands*’ en una sola opinión mayoritaria. Efectivamente, si se puede llegar a determinar algo de la jurisprudencia del Tribunal Internacional, es que el Tribunal ha declinado declarar que la doctrina de ‘*clean hands*’ existe en el derecho internacional, a pesar de haber tenido múltiples oportunidades de hacerlo, al ser invocada por numerosos Estados que la alegaron ante el mismo.⁴³⁰

203. La invocación del laudo de la CPA *Guyana c. Surinam*⁴³¹ es mal entendida de manera similar, ya que ese tribunal interestatal en realidad expresó sus dudas respecto a si la doctrina efectivamente existía: “*use of the clean hands doctrine has been sparse, and its application in the instances in which it has been invoked have been*

⁴²⁸ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 273.

⁴²⁹ *Id.* ¶¶ 280-82.

⁴³⁰ La doctrina de *clean hands* ha sido invocada sin éxito por varios Estados en otros procedimientos antes la CIJ, principalmente, por los Estados Unidos en **CLA-116**, *Oil Platforms (República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América)*, Decisión sobre el Fondo, Informes CIJ 161, 176-178 (2003); **CLA-117**, *La-Grand (Alemania c. Estados Unidos de América)*, Sentencia, Informes CIJ 466, 488-489 (2001) y **CLA-118**, *Avena and otros Nacionales de México (México c. Estados Unidos de América)*, Sentencia, Informes CIJ 12, 38 (2004), por los demandandos de la OTAN en los casos sobre la Legalidad del Uso de Fuerza, (ver **Prueba RLA-89**, Stephen Schwebel, *Clean Hands in the Court*, 31 STUD. TRANSNAT’L LEGAL POL’Y 74 (1999)), y por Israel en los procedimientos de consulta ‘Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory’. (Ver **CLA-119**, John Dugard, *Sixth Report on Diplomatic Protection* (57ª Sesión de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 2005), A/CN.4/546, ¶ 5).

⁴³¹ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 283.

inconsistent”.⁴³² En todo caso, como se desarrollará a continuación en la siguiente sección, aun asumiendo que existe una doctrina de ‘*clean hands*’ oponible, el criterio para su aplicación según se elaboró en *Guyana c. Surinam* no podría de modo alguno surgir en este caso.

204. El intento por parte de Bolivia de apropiarse de la doctrina de ‘*clean hands*’ y principios relacionados encontrados en los primeros casos de las comisiones de reclamos⁴³³ no considera el contexto adecuado de esos casos. Aquellas comisiones de reclamos trataban casos de violaciones de las leyes de esclavitud y neutralidad y también surgieron dentro del contexto de la protección diplomática. De acuerdo al Profesor Crawford, “*it appears that these cases are all characterized by the fact that the breach of international law by the victim was the sole cause of the damage claimed, [and] that the cause-and-effect relationship between the damage and the victim’s conduct was pure, involving no wrongful act by the respondent State. When, on the contrary, the latter has in turn violated international law in taking repressive action against the applicant, the arbitrators have never declared the claim inadmissible.*”⁴³⁴

205. La advertencia del Profesor Crawford sobre la antigua jurisprudencia fue amplificada más aún [en su informe] como Relator Especial sobre Responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. En dicho informe, concluyó que “*it is not possible to consider the ‘clean hands’ theory as an institution of general customary law*”.⁴³⁵ Igualmente, el Relator Especial de la CDI de protección diplomática, el Profesor John Dugard, señaló que “*evidence in favour of the clean hands doctrine is inconclusive. [...] In these circumstances the Special Rapporteur*

⁴³² **RLA-86**, *Guyana c. Surinam* (Tribunal UNCLOS Anexo VII), Laudo, Serie de Laudos de la CPA, 17 de septiembre de 2007 en ¶ 418.

⁴³³ Ver Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 279, citando el *Clark Claim* según Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* 156 (1953).

⁴³⁴ **CLA-120**, ILC Second Report on State Responsibility by James Crawford, Special Rapporteur (3 de mayo – 23 de julio de 1999), UN Doc A/CN.4/498/Add.2, en II YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION) 83, ¶ 334 (1999), A/CN.4/SER.A/1999/Add.1 (parte 1 citando a Jean J.A. Salmon, *Des ‘Mains Propres’ Comme Condition de Recevabilité des Reclamations Internationales*”, 10 ANNUAIRE FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL 224, 259 (1964).

⁴³⁵ **CLA-120**, ILC Second Report on State Responsibility by James Crawford, Special Rapporteur (3 de mayo – 23 de julio de 1999), UN Doc A/CN.4/498/Add.2, en II YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION 83, ¶ 336(1999), A/CN.4/SER.A/1999/Add.1 (part 1) 83, citando a ROSSEAU, DROIT INTERNATIONAL PUBLIC 177, ¶ 170.

sees no reason to include a provision in the draft articles dealing with the clean hands doctrine. Such a provision would clearly not be an exercise in codification and is unwarranted as an exercise in progressive development in the light of the uncertainty relating to the very existence of the doctrine and its applicability to diplomatic protection.”⁴³⁶

206. De manera similar, la invocación de Bolivia de varios laudos arbitrales de inversión no toma en cuenta en absoluto la expresión más considerada del estado de la doctrina “*clean hands*” en dicho cuerpo de jurisprudencia – los laudos finales de julio 2014 de *Yukos c. Federación Rusa*.⁴³⁷ En aquellos casos, el Tribunal – que incluía al Juez Schwebel, en cuya opinión disidente en *Nicaragua c. Estados Unidos de América* se apoya Bolivia – analizó varios de los casos invocados por Bolivia en su Contestación a la Demanda, incluyendo *Inceysa c. El Salvador*, *Hamester c. Ghana*, *Plama c. Bulgaria* y *Phoenix Action c. República Checa*,⁴³⁸ y concluyó:

“[t]he Tribunal is not persuaded that there exists a ‘general principle of law recognized by civilized nations’ within the meaning of Article 38(1)(c) of the ICJ Statute that would bar an investor from making a claim before an arbitral tribunal under an investment treaty because it has so-called ‘unclean hands.’ General principles of law require a certain level of recognition and consensus. However, on the basis of the cases cited by the Parties, the Tribunal has formed the view that there is a significant amount of controversy as to the existence of an ‘unclean hands’ principle in international law.”⁴³⁹

El Tribunal luego cerró enfáticamente la puerta a la aplicación del principio de *unclean hands*: “[t]he Tribunal therefore concludes that ‘unclean hands’ does not exist as a

⁴³⁶ **CLA-119**, John Dugard, *Sixth Report on Diplomatic Protection* (57ª Sesión de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 2005), A/CN.4/546, ¶ 18.

⁴³⁷ **CLA-121**, *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) c. Federación Rusa*, Caso CPA N° AA 226, Laudo Final, 18 de julio de 2014; **CLA-122**, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Federación Rusa*, Caso CPA N° AA 227, Laudo Final, 18 de julio de 2014; **CLA-123**, *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) c. Federación Rusa*, Caso CPA N° AA226-228, Laudo Final, 18 de julio de 2014.

⁴³⁸ Ver Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 274, 276, 277.

⁴³⁹ **CLA-121**, *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) c. Federación Rusa*, Caso CPA N° AA 226, Laudo Final, 18 de julio de 2014; **CLA-122**, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Federación Rusa*, Caso CPA N° AA 227, Laudo Final, 18 de julio de 2014; **CLA-123**, *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) c. Federación Rusa*, Caso CPA N° AA226-228, Laudo Final, 18 de julio de 2014, en ¶¶ 1358-1359.

general principle of international law which would bar a claim by an investor, such as the Claimants in this case.”⁴⁴⁰

207. La única fuente de derecho verdaderamente nueva citada por Bolivia para contrarrestar las conclusiones formuladas por los Relatores Especiales Crawford y Dugard, como también los laudos de *Yukos*, es el laudo reciente de *Al-Warraq c. Indonesia*,⁴⁴¹ el que, como Bolivia misma reconoce, es uno de los únicos casos que empleó la doctrina de *clean hands* por su nombre.⁴⁴² Pero el caso *Al-Warraq* por sí solo no puede elaborar sin más una doctrina de *clean hands* en el derecho internacional.

208. Primero, la base para la invocación de la doctrina de *clean hands* en *Al-Warraq* correspondía a fraude y corrupción en relación a los reclamos mismos, los cuales se acreditaron y resultaron en condenas en los tribunales indonesios,⁴⁴³ un conjunto de hechos muy distinto al presente caso, donde no ocurrió ningún procesamiento, menos aún condenas, por actos criminales. Segundo, el Demandante en dicho caso no discutió la existencia de la doctrina de *clean hands*, señalando simplemente que era irrelevante.

209. Tercero, y con el mayor respeto hacia aquel tribunal, a la muy somera declaración de *Al-Warraq* sobre la doctrina de *clean hands*, la cual solamente hacía referencia a un párrafo del Laudo (donde el caso de *Fraport II* citado por Bolivia hace una referencia aún más marginal a la doctrina),⁴⁴⁴ no debería dársele precedencia alguna

⁴⁴⁰ **CLA-121**, *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) c. Federación Rusa*, Caso CPA N° AA 226, Laudo Final, 18 de julio de 2014; **CLA-122**, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Federación Rusa*, Caso CPA N°. AA 227, Laudo Final, 18 de julio de 2014; **CLA-123**, *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) c. Federación Rusa*, Caso CPA N° AA226-228, Laudo Final, 18 de julio de 2014, en el ¶ 1363.

⁴⁴¹ **RLA-70**, *Hesham Talaat M. Al-Warraq c. República de Indonesia*, CNUDMI, Laudo Final, 15 de diciembre de 2014.

⁴⁴² Ver Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 273-74, donde, además de los casos *Al-Warraq* y *Fraport II*, Bolivia señala que, “[o]tros tribunales de inversión, sin mencionar *expresamente* la doctrina de ‘*clean hands*’, han llegado a la misma conclusión.” (cursiva agregada)

⁴⁴³ **RLA-70**, *Hesham Talaat M. Al-Warraq c. República de Indonesia*, CNUDMI, Laudo Final, 15 de diciembre de 2014 en ¶¶ 161, 164.

⁴⁴⁴ En el segundo laudo de *Fraport c. Filipinas*, la referencia tangencial a la doctrina de *unclean hands* fue incluida en el párrafo 328, que señalaba en su totalidad: “[i]nvestment treaty cases confirm that such treaties do not afford protection to illegal investments either based on clauses of the treaties, as in the present case according to the above analysis, or, absent an express provision in the treaty, based on rules of international law, such as the “clean hands” doctrine or doctrines to the same effect. One of the first cases having ruled on this issue, *Inceysa v El Salvador*, has held that ‘because *Inceysa*’s investment was made in a manner that was clearly illegal, it is not included in the scope of consent expressed by Spain and the Republic of El Salvador in the BIT and, consequently, the disputes arising from it are not subject to the jurisdiction of the Centre.’”

frente a los laudos finales de *Yukos*, en los que la existencia, alcance y efectos de la doctrina de *unclean hands* fueron discutidos extensivamente y decididos tras un análisis bastante más amplio por parte de aquel prominente tribunal. Efectivamente, incluso en sus propios términos, la decisión del tribunal de *Al-Warraq* sobre *unclean hands* es modesta: no identifica la doctrina de *unclean hands* como un principio de derecho internacional, señalando solamente que “*it has been invoked in the context of admissibility of claims before international courts and tribunals*” y cita como jurisprudencia una sentencia de un juzgado nacional del año 1775 – el del Lord Mansfield en *Holman c. Johnson* – el mismo caso citado en *World Duty Free c. Kenia*⁴⁴⁵, que utilizó el caso porque era un arbitraje del CIADI basado en un contrato donde la ley aplicable era la ley inglesa y keniana, *no* el derecho internacional.

210. Finalmente, la referencia de Bolivia a una supuesta opinión del Profesor Crawford en *Al-Warraq* en apoyo de la doctrina de *clean hands*⁴⁴⁶ probablemente sea una tergiversación, ya que no existe evidencia en aquel laudo de que el Profesor Crawford haya presentado un informe pericial, menos aún uno en apoyo de la existencia de la doctrina de *clean hands* en el derecho internacional. Es mucho más probable que la mención del Tribunal al Profesor Crawford fuera efectuada en referencia a su informe como Relator Especial sobre Responsabilidad del Estado de la Comisión Internacional de las Naciones Unidas.⁴⁴⁷ Pero cualquier sugerencia de que el Profesor Crawford como Relator Especial sobre Responsabilidad del Estado apoyaba la existencia de la doctrina de *unclean hands*, lo que aquí claramente intenta hacer Bolivia, es sumamente engañosa. Cuando uno realmente lee el informe del Profesor Crawford, no existe duda alguna que

Situándola en su contexto, la mención del tribunal de *Fraport II* de la doctrina de *unclean hands* era claramente *obiter*, ya que el verdadero lente a través del cual el tribunal consideró la ilegalidad por parte del inversionista era en relación a la “cláusula de ilegalidad” del Tratado Bilateral de Inversión Alemania-Filipinas. Igual que *Al-Warraq*, la decisión de *Fraport II* no intentó discernir el verdadero alcance y naturaleza de la doctrina de *unclean hands*, tal como lo hizo el tribunal de *Yukos*.

⁴⁴⁵ Ver **RLA-68**, *World Duty Free Company Limited c. República de Kenia*, Caso CIADI N° ARB/00/7, Laudo, 4 de octubre de 2006 en ¶ 181.

⁴⁴⁶ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 273 (“En una decisión reciente, el tribunal *Al-Warraq*, con referencia a la opinión experta del Juez Crawford’s, señaló que ...”).

⁴⁴⁷ Ver **RLA-70**, *Hesham Talaat M. Al-Warraq c. República de Indonesia*, CNUDMI, Laudo Final, 15 de diciembre de 15, 2014 en ¶ 162, nota de pie de página 44, que cita **RLA-82** “Yearbook of the International Law Commission, 1999, documents of the fifty-first session at ¶ 333.”

su verdadero punto de vista es que efectivamente no existe el principio de *unclean hands* como cuestión de derecho internacional (ver discusión *supra* en el ¶ 206).

211. Por todas estas razones, el Demandante postula que el peso del derecho internacional, ejemplificado en el laudo final de *Yukos* (donde la cuestión de *unclean hands* fue un argumento central el que fue informado y discutido extensivamente y decidido directamente por el Tribunal), es más que suficiente para desestimar la objeción jurisdiccional de *clean hands* de Bolivia. Claramente no existe principio oponible de *clean hands* en el derecho internacional, ya sea como derecho consuetudinario (Artículo 38(1)(b), Estatuto de la CIJ) o como un principio general de derecho (Artículo 38(1)(c)).

2. Aun asumiendo que el principio de *Clean Hands* existe en el derecho internacional, Bolivia no cumple con los criterios para su aplicación.

212. Aun cuando, a diferencia de la mayoría de las fuentes fidedignas de derecho internacional, este tribunal llegara a concluir que la doctrina de *clean hands* existe como un principio oponible de derecho internacional frente a *South American Silver*, la doctrina de *clean hands* aún no tendría aplicación en este caso, ya que Bolivia no puede cumplir con sus estrictos criterios.

213. En *Niko Resources c. Bangladesh*, el eminente tribunal del CIADI (Schneider (P), Paulsson, McLachlan) concluyó que “[t]he question whether the principle forms part of international law remains controversial and its precise content is ill defined”.⁴⁴⁸ No obstante, el tribunal debatió extensamente la doctrina, fijando una prueba legal para la aplicación de la doctrina de *clean hands* conformada por tres elementos derivados del arbitraje ante la CPA *Guyana c. Surinam*: (i) la conducta del demandante que se dice da lugar a “*unclean hands*” debe constituir una infracción continua, (ii) la subsanación solicitada por el demandante en el procedimiento debe ser una “protección contra la continuidad de dicha infracción en el futuro”, no daños y

⁴⁴⁸ **CLA-124**, *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. c. Bangladesh & Ors* (Caso CIADI N° ARB/10/11 y ARB/10/18), Decisión sobre Jurisdicción, 19 de agosto de 2013 en ¶ 477.

perjuicios por infracciones pasadas, y (iii) debe existir una relación de reciprocidad entre las obligaciones consideradas.⁴⁴⁹

214. Bolivia no ha comenzado a articular cómo los tres grupos de actos que alega vulneran la doctrina de *clean hands* cumplen con cada uno de estos criterios. Ni puede. Como un solo ejemplo, Bolivia no puede de ningún modo satisfacer el requisito de que debe existir una relación de reciprocidad entre las obligaciones consideradas. El tribunal de *Niko* concluyó que la objeción del demandado en base a las supuestas *unclean hands* del inversionista por corrupción no cumplía con los criterios articulados para la aplicación de la doctrina.⁴⁵⁰ De acuerdo a lo observado en *Niko*, no toda instancia de conducta indebida de un inversionista gatilla la doctrina de *clean hands*; cualquier supuesta conducta indebida por parte de un inversionista que no diga relación con los reclamos presentados ante este Tribunal no gatillará la doctrina de *unclean hands*. Ese requisito de reciprocidad no fue cumplido cuando ocurrió una instancia de corrupción que implicaba al inversionista después de que el acuerdo de *joint venture* que era el objeto de la inversión ya había terminado; de acuerdo al tribunal, “*there is no relation of reciprocity between the relief which the Claimant now seeks in this arbitration and the acts in the past which the Respondents characterise as involving unclean hands.*”⁴⁵¹ Esta conclusión concuerda con el comentario académico tal como el de Bin Cheng, quien observa que el principio *ex turpi causa* aplica “*insofar as the claim itself is based on an unlawful act. It does not apply to cases where, although the claimant may be guilty of an unlawful act, such act is judicially extraneous to the cause of the action.*”⁴⁵²

215. Este tipo de reciprocidad que se exige al demandado para permitir el uso de la doctrina de *clean hands* como defensa es ejemplificado en el *Clark Claim*, un caso

⁴⁴⁹ **CLA-124**, *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. c. Bangladesh & Ors* (Caso CIADI N° ARB/10/11 y ARB/10/18), Decisión sobre Jurisdicción, 19 de agosto de 2013 en ¶¶ 420-21, citando a *Guyana c. Surinam*, Laudo, 17 de septiembre de 2007 en ¶¶ 420-421.

⁴⁵⁰ **CLA-124**, *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. c. Bangladesh & Ors* (Caso CIADI N° ARB/10/11 y ARB/10/18), Decisión sobre Jurisdicción, 19 de agosto de 2013 en ¶¶ 483-485.

⁴⁵¹ *Id.* ¶ 484.

⁴⁵² **RLA-73**, Bin Cheng, *General Principles of law as Applied by International Courts and Tribunals* 157-58 (1953).

que Bolivia misma invoca.⁴⁵³ Allí, se concluyó que el Capitán John Clark había participado en piratería y luego pretendió obtener los frutos de *esa misma conducta de piratería* ante la comisión mixta de reclamos de los EE.UU.-Ecuador. Fue la relación causal directa entre la ilicitud efectuada por el Capitán Clark (piratería) y la reparación que solicitaba (el “producto de sus delitos”)⁴⁵⁴ que causó el pronunciamiento “[a] party who asks for redress must present himself with clean hands.”⁴⁵⁵

216. Al aplicar el criterio de reciprocidad en este caso, resulta evidente que Bolivia no tiene fundamento para solicitar el desistimiento de este arbitraje debido a la falta de competencia sobre el argumento de *clean hands*. Sus alegatos sobre [REDACTED], la autodeterminación de las Comunidades Indígenas y el daño ambiental, todos los cuales el Demandante desacredita en el presente escrito, no tienen relación alguna con los motivos de la acción sobre la que el Demandante ha efectuado sus reclamos conforme a las protecciones otorgadas por el TBI, es decir, la expropiación ilícita por parte de Bolivia de la inversión de South American Silver, su incumplimiento de aplicar un trato justo y equitativo sobre dicha inversión y de brindar a la misma plena protección y seguridad, y la imposición de medidas irrazonables y discriminatorias y un trato menos favorable que aquel ofrecido a las inversiones de sus propios inversionistas.

217. Sin lugar a dudas, Bolivia esgrimirá que los mismos actos gubernamentales que South American Silver reclama como infracciones de las protecciones del Tratado eran, de hecho, ejercicios válidos por parte de la autoridad gubernamental. Pero una controversia sobre la *caracterización legal* apropiada del mismo conjunto de hechos no es suficiente como para permitir a Bolivia argumentar después que el Tribunal carecía de competencia o que los reclamos de South American Silver son improcedentes. El tribunal de *Yukos* enfatizó que:

⁴⁵³ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 279 (“Un clásico ejemplo [de la doctrina *clean hands*] es el caso *Clark Claim* de 1862 ... en el que el comisario americano [de la Comisión EE.UU.-Ecuador] afirmó que ‘a party who asks for redress must present himself with clean hands.’”).

⁴⁵⁴ **CLA-125**, Cases of the *Good Return* and the *Medea*, opinión del Comisario, Sr. Hassaurek, del 8 de agosto de 1865, 29 RIAA 99, 107 (2012), *reimprimiendo* JOHN BASSET MOORE (ED.), III HISTORY AND DIGEST OF THE INTERNATIONAL ARBITRATIONS TO WHICH THE UNITED STATES HAS BEEN A PARTY 2731 (1898).

⁴⁵⁵ *Id.*

If the investor acts illegally, the host state can request it to correct its behavior and impose upon it sanctions available under domestic law, as the Russian Federation indeed purports to have done by reassessing taxes and imposing fines. However, if the investor believes these sanctions to be unjustified (as Claimants do in the present case), it must have the possibility of challenging their validity in accordance with the applicable investment treaty. It would undermine the purpose and object of the ECT to deny the investor the right to make its case before an arbitral tribunal based on the same alleged violations the existence of which the investor seeks to dispute on the merits.⁴⁵⁶

218. El mismo razonamiento aplica en este caso: si Bolivia realmente cree que South American Silver y su inversión son culpables de los presuntos actos ilegales, puede imponer sanciones y multas de acuerdo a la legislación boliviana, [REDACTED]

[REDACTED]. Pero si aquellos presuntos actos forman la base misma de los actos expropiatorios de Bolivia, South American Silver “debe contar con la posibilidad de impugnar su validez conforme al tratado de inversión aplicable”. Parfraseando al tribunal de *Yukos*, ello socavaría el objeto y fin mismos del TBI al negar a South American Silver el derecho de exponer su caso ante este Tribunal apoyado en las mismas supuestas infracciones en base a la falta de jurisdicción o inadmisibilidad.

3. La invocación por parte de Bolivia de la “Doctrina de Legalidad” es fútil, ya que ninguna de las presuntas conductas ilegales se relacionan a la admisión de la inversión de South American Silver y no ocurrió durante la realización de la inversión

219. Además de la doctrina de *clean hands*, Bolivia busca privar al Tribunal de jurisdicción sobre los reclamos del Demandante mediante el principio de que, en sus propias palabras, “la inversión debe establecerse de conformidad con el derecho interno e internacional.”⁴⁵⁷ Sin perjuicio de la ausencia de un requisito explícito conforme al TBI que dicte que las inversiones deben ser realizadas de acuerdo a las leyes del Estado

⁴⁵⁶ **CLA-121**, *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) c. Federación Rusa*, Caso CPA N° AA 226, Laudo Final, 18 de julio de 2014; **CLA-122**, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Federación Rusa*, Caso CPA N° AA 227, Laudo Final, 18 de julio de 2014; **CLA-123**, *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) c. Federación Rusa*, Caso CPA N° AA226-228, Laudo Final, 18 de julio de 2014, en ¶ 1355.

⁴⁵⁷ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 287.

receptor, South American Silver no disputa que lo que se podría llamar la “Doctrina de Legalidad” – el requisito de que los inversionistas deben cumplir el derecho del Estado receptor al hacer una inversión – está implícita en el sistema del arbitraje de tratados de inversiones. Sin embargo, la invocación exhortativa de la doctrina oculta dos serias deficiencias: primero, ninguna de las presuntas conductas ilegales reclamadas son relativas a las infracciones de leyes relacionadas a la admisión de la inversión de South American Silver; y segundo (y de mayor importancia), ninguna de las instancias de las presuntas conductas ilegales – ██████████ atentados a la autodeterminación, degradación al medio ambiente – ocurrió en el momento en que South American Silver *realizó* su inversión. Estos dos requisitos deben observarse para que Bolivia pueda invocar la Doctrina de Legalidad, y la ausencia de cualquiera de los dos resulta fatal para la defensa jurisdiccional de Bolivia. Los tribunales de inversión son muy claros al señalar que cualquier ilegalidad por parte de un inversionista que ocurre durante la ejecución o implementación de una inversión es una cuestión de fondo, no de jurisdicción ni admisibilidad, que deberá ser ponderada junto con las infracciones propias del Estado receptor del TBI.

a. La presunta conducta ilegal de South American Silver no involucra la admisión de su inversión

220. En relación al requisito de que las inversiones se deben hacer de acuerdo con las leyes del Estado receptor, los tribunales de inversión han insistido en que las infracciones del derecho del Estado receptor que no estén directamente involucradas con la “admisión de las inversiones” o “regulación de inversiones” no deberían servir como una obstrucción a la jurisdicción. En *Saba Fakes c. Turquía*, por ejemplo, el tribunal explicó que éste no estaba

convinced by [Turkey’s] position that any violation of any of the host State’s laws would result in the illegality of the investment within the meaning of the BIT and preclude such investment from benefiting from the substantive protection offered by the BIT. [...] the legality requirement contained therein concerns the question of the compliance with the host State’s domestic laws governing the admission of investments in the host State. [...] it would run counter to the object and purpose of investment protection treaties to deny substantive protection to those investments that would violate domestic laws that are

unrelated to the very nature of investment regulation. In the event that an investor breaches a requirement of domestic law, a host State can take appropriate action against such investor within the framework of its domestic legislation. However, **unless specifically stated in the investment treaty under consideration, a host State should not be in a position to rely on its domestic legislation beyond the sphere of investment regime to escape its international undertakings vis-à-vis investments made in its territory.**⁴⁵⁸

221. Concretamente, el tribunal de *Saba Fakes* consideró que la legislación turca relacionada a la promoción de la inversión extranjera podía enmarcarse dentro del ámbito del requisito de legalidad encontrado en el TBI de los Países Bajos-Turquía, mientras que las infracciones del derecho turco relativo a la regulación del sector de telecomunicaciones como también las leyes de competencia “*would not trigger the application of the legality requirement*”⁴⁵⁹

222. Evidentemente, ninguna de estas tres áreas de la presunta conducta ilegal de South American Silver cumplen con la prueba de *Saba Fakes* de que estas ilegalidades deben ser relativas a “la naturaleza misma de la regulación de inversiones.” [REDACTED], contra el derecho de las Comunidades Originarias a la autodeterminación y la degradación al medio ambiente serían todos, de ser verdad, graves e incluso criminales; pero todas éstas son áreas que gobiernan la conducta de todas las personas en Bolivia en general, y *ninguna* de ellas involucra específicamente legislación creada para regular el ingreso de inversión extranjera. De ser verdad, Bolivia tendría todo el derecho de perseguir a los autores de estos crímenes; pero el intento de usar estos argumentos como un medio de evitar las obligaciones legítimas de Bolivia conforme al Tratado es mal concebido y bordea lo absurdo.

b. La presunta conducta ilegal de South American Silver no ocurrió durante la realización de la inversión

⁴⁵⁸ **RLA-61**, *Saba Fakes c. República de Turquía* (Caso CIADI N° ARB/07/20), Laudo, 14 de julio de 2010, en el ¶ 119.

⁴⁵⁹ **RLA-61**, *Saba Fakes c. República de Turquía* (Caso CIADI N° ARB/07/20), Laudo, 14 de julio de 2010, en el ¶ 120.

223. En todo caso, ninguna de las ilegalidades imputadas a South American Silver involucran conductas ocurridas cuando se realizó por primera vez su inversión. Este hecho obvio e irrefutable hace que la Doctrina de Legalidad sea improcedente en este caso en su totalidad.

224. El peso de la práctica arbitral firmemente apoya la conclusión que, ante la ausencia de palabras expresas que indiquen lo contrario, el requisito de legalidad en el arbitraje de tratados de inversión se refiere a conductas indebidas únicamente en la fecha de admisión o establecimiento de una inversión. Se puede trazar una línea consistente de decisiones en este sentido hasta por lo menos *Inceysa c. El Salvador*, un caso en el que Bolivia se apoya de forma reiterada. En dicho caso, el tribunal concluyó que “[u]n inversor extranjero no puede pretender beneficiarse de una inversión *realizada* mediante uno o varios actos ilegales y, consecuentemente, gozar de la protección que le confiere el Estado receptor, como es, el acceso al arbitraje internacional para la solución de sus controversias, pues es evidente que su actuación tuvo un origen doloso”.⁴⁶⁰

225. Con mayor claridad, el tribunal de *Yukos* rechazó la contienda de que el derecho de invocar el Tratado sobre la Carta de Energía debería negarse a un inversionista no tan solo en el caso de la ilegalidad al realizar la inversión, pero también en su ejecución. El tribunal sostuvo:

In imposing obligations on States to treat investors in a fair and transparent fashion, investment treaties seek to encourage legal and *bona fide* investments. An investor who has obtained an investment in the host State only by acting in bad faith or in violation of the laws of the host State, has brought to itself within the scope of the application of the ECT through wrongful acts. Such an investor should not be allowed to benefit from the Treaty.

. . .

[T]he Tribunal does not need to address Respondent’s contention that the right to invoke the ECT must be denied to an investor not only in the case of illegality in the *making* of the investment but also in its *performance*. The Tribunal finds Respondent’s contention unpersuasive.

⁴⁶⁰ **RLA-65**, *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador* (Caso CIADI N° ARB/03/26), Laudo, 2 de agosto de 2006 en el ¶ 242 (énfasis agregado).

There is no compelling reason to deny altogether the right to invoke the ECT to any investor who has breached the law of the host State in the course of its investment.⁴⁶¹

226. Otros tribunales han llegado a la misma conclusión de que las conductas indebidas posteriores al inicio de una inversión no tienen consecuencias jurisdiccionales.⁴⁶² El tribunal de *Fraport* rechazó el argumento de que un requisito de legalidad aplica más allá de la adquisición de la inversión. Una ilegalidad posterior “*might be a defense to claimed substantive violations of the BIT, but could not deprive a tribunal acting under the authority of the BIT of its jurisdiction.*”⁴⁶³ En *Metal-Tech*, el tribunal estipuló que el requisito de legalidad, en aquel tratado (como también en el TBI del Reino Unido-Bolivia), “*simply does not address whether or not the investment must be operated lawfully after it is in place.*”⁴⁶⁴ Del mismo modo, el tribunal en *Vannessa Ventures c. Venezuela* concluyó que “*the jurisdictional significance of the ‘legality requirement’ in the definition of an investment ... is exhausted once the investment has been made.*”⁴⁶⁵

227. Por ende, la pregunta clave en relación al requisito de legalidad según se aplica a South American Silver involucra determinar cuando ésta *realizó* su inversión. Aquél es el punto sobre el cual la legalidad de la conducta de South American Silver como una cuestión de derecho boliviano deberá ser probada, ya que una infracción del derecho del Estado receptor solamente podrá ser postulada en relación al inicio de una

⁴⁶¹ **CLA-121**, *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) c. Federación Rusa*, Caso CPA N° AA 226, Laudo Final, 18 de julio de 2014; **CLA-122**, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Federación Rusa*, Caso CPA N° AA 227, Laudo Final, 18 de julio de 2014; **CLA-123**, *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) c. Federación Rusa*, Caso CPA N° AA226-228, Laudo Final, 18 de julio de 2014, en ¶¶1352, 1354-1355.

⁴⁶² **RLA-31**, *Gustav F.W. Hamester GmbH & Co KG c. República de Ghana*, (Caso CIADI N° ARB/07/24), Laudo, 18 de junio de 2010 en ¶ 127; **RLA-56**, *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia* (Caso CIADI N° ARB/06/2), Decisión sobre Jurisdicción, 27 de septiembre de 2012 en ¶ 266; **CLA-126**, *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI N° ARB/09/1), Decisión sobre Jurisdicción, 21 de diciembre de 2012 en ¶ 328.

⁴⁶³ **RLA-91**, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas* (Caso CIADI N° ARB/03/25), Laudo, 16 de agosto de 2007 en ¶ 345.

⁴⁶⁴ **CLA-127**, *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán* (Caso CIADI N° ARB/10/3), Laudo, 4 de octubre de 2013 en ¶ 193.

⁴⁶⁵ **CLA-128**, *Vannessa Ventures Ltd c. República Bolivarian de Venezuela* (Caso CIADI N° ARB(AF)/04/6), Laudo, 16 de enero de 2013 en ¶ 167.

inversión, pero “not with regard to the subsequent conduct of the claimant in the host state, even in relation to the expansion or development of the original investment”.⁴⁶⁶ De acuerdo al Profesor Schreuer, una “inversión” se considera como realizada cuando se celebra un contrato con el Estado receptor o con una de sus entidades autorizadas, o en ausencia de un contrato con el Estado, cuando “compromisos definitivos” se elaboran por primera vez:

The material step at which a project moves beyond the step of preparation and becomes an actual investment is the conclusion of a contract. In certain circumstances the contract itself constitutes the investment. Where investments are made without a contract with the host State or one of its authorized entities, the decisive stage will usually be the making of definite commitments with partners, suppliers, subcontractors, or similar legally binding steps.⁴⁶⁷

228. De acuerdo a esa orientación, resulta evidente que la inversión de South American Silver se realizó bastante antes de las supuestas ilegalidades que reclama Bolivia, todas las cuales ocurrieron mucho después. El período clave era entre los años 2003 y 2008, cuando South American Silver obtuvo diez concesiones mineras que cubrían la totalidad del área de Proyecto Malku Khota y constituyó una filial boliviana 100% de su propiedad, CMMK, en noviembre de 2003 para el propósito de explorar, desarrollar, gestionar y explotar el Proyecto Minero de Malku Khota.⁴⁶⁸ En cambio, el período durante el cual ocurrieron las presuntas ilegalidades era bastante pasado la fecha en que se hicieron las inversiones. No existe cantidad de ingenio suficiente con respecto al uso de la Doctrina de Legalidad que pueda salvar este vasto abismo temporal. Por este solo motivo, las objeciones a la jurisdicción por parte de Bolivia en base a la ilegalidad han sido fundamentalmente mal interpretadas y deben ser desestimadas sumariamente.

4. Bolivia ni siquiera ha comenzado a satisfacer la carga de prueba respecto a la presunta conducta ilegal

⁴⁶⁶ **RLA-53**, Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims* 53, nota pie de página 33, ¶¶ 106-108 (2012).

⁴⁶⁷ **CLA-129**, Christoph H. Schreuer et al., *The ICSID Convention – A Commentary* 135 (Cambridge, 2d ed. 2009).

⁴⁶⁸ Memorial del Demandante en ¶ 25-26.

229. Los planteamientos de *unclean hands* de Bolivia sufren de un último defecto fatal. Como defensa afirmativa, Bolivia asume la carga de probar sus objeciones a la jurisdicción. El Reglamento de la CNUDMI dispone que “[c]ada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus acciones o defensas.”⁴⁶⁹ Y Bolivia debe asumir su carga mediante pruebas claras y convincentes, no meramente mediante una preponderancia, ya que el consenso articulado en los mismísimos casos citados por Bolivia es que el nivel de prueba aplicable se eleva cuando se efectúan afirmaciones graves (tales como aquellas realizadas en el Memorial de Contestación de Bolivia). Bolivia ha fracasado rotundamente en satisfacer su carga.

230. Cuando se efectúan acusaciones graves de conductas indebidas en procedimientos civiles, tanto el derecho común como los sistemas de derecho civil exigen un elevado nivel de prueba.⁴⁷⁰ En *Siag c. Egypt*, el tribunal concluyó que:

[i]t is common in most legal systems for serious allegations such as fraud to be held to a high standard of proof. The same can be said in international proceedings.... The Tribunal accepts that the applicable standard of proof is greater than the balance of probabilities but less than beyond reasonable doubt. The term favoured by the Claimants is ‘clear and convincing evidence.’ The Tribunal agrees with that test.⁴⁷¹

231. *Siag* concuerda con el nivel de prueba aplicable articulado en el derecho internacional general. El Juez Higgins observó en *Oil Platforms* que existe un “*general agreement*” de que, “*the graver the charge the more confidence must there be in the evidence relied on.*”⁴⁷² Este nivel ha sido aplicado por varios tribunales de inversión, incluyendo *Rompetrol c. Rumania*,⁴⁷³ y *Libananco c. Turquía*.⁴⁷⁴

⁴⁶⁹ **CLA-130**, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010, Artículo 27(1).

⁴⁷⁰ **CLA-131**, Andreas Reiner, *Burden and General Standards of Proof*, 10 ARBITRATION INTERNATIONAL 336 (1994) (“the Anglo-Saxon and the continental systems require higher standards of proof for particularly important or delicate questions such as bribery or other types of fraud”).

⁴⁷¹ **CLA-44**, *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N° ARB/05/15), Laudo, 1° de junio de 2009 en ¶¶ 325-326.

⁴⁷² **CLA-116**, *Oil Platforms (República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América)*, Informes CIJ, 2003, ¶ 161, Opinión Separada del Juez Higgins, 6 de noviembre de 2003 en 234 §33, 42 ILM 1334, 1384-86 (2003).

⁴⁷³ **CLA-132**, *The Rompetrol Group N.V. c. Rumania*, Caso CIADI N° ARB/06/3, Laudo, 6 de mayo de 2013 en ¶ 182.

232. De acuerdo a lo establecido por South American Silver en la sección II.D anterior, las afirmaciones de Bolivia de conductas indebidas por parte de la Compañía se efectúan sin fundamento fiable alguno. En apoyo a sus afirmaciones, Bolivia depende en su mayor parte en las resoluciones impuestas por la CONAMAQ y la FAOI-NP en sus comunidades entre diciembre de 2010 y febrero de 2011 y las que funcionarios del Gobierno, incluyendo el Ministerio de Minería y Metalurgia, el Vice Ministro de Movimientos Sociales y la Sociedad Civil del Ministerio de Minería y Metalurgia, y el Responsable de la Unidad de Consulta Pública y Participación Ciudadana del Ministerio de Minería y Metalurgia analizaron en febrero de 2011 y confirmaron que éstas no tenían fundamento ⁴⁷⁵ y que CMMK cumplía con todas las regulaciones legales y administrativas aplicables a la industria minera. ⁴⁷⁶

233. Adicionalmente, el Ministro de Minería y Metalurgia, Mario Virreira, en distintas oportunidades confirmó que las acusaciones que Bolivia ahora plantea como verdaderas fueron efectuadas por “algunos mineros ilegales”⁴⁷⁷ y que “comunarios de zonas mineras se oponen a esas actividades extractivas al denunciar contaminación del medio ambiente y del agua sólo con el objetivo de explotar ilegalmente yacimientos mineros”⁴⁷⁸ refiriéndose a que el Proyecto Malku Khota cayó presa de dichas tácticas.⁴⁷⁹ Así, resulta evidente que los mineros ilegales, juntos con los líderes de la CONAMAQ y FAOI-NP fomentaron divisiones entre las comunidades, a pesar de los esfuerzos legítimos de la Compañía hacia las comunidades para lograr un consentimiento general.

⁴⁷⁴ **CLA-133**, *Libananco Holdings Co. Limited c. República de Turquía*, Caso CIADI N° ARB/06/8, Laudo, 2 de septiembre de 2011 en ¶117.

⁴⁷⁵ **Prueba C-230**, Comunicación oficial del Viceministro de Coordinación de Movimientos Sociales y Sociedad Civil del Ministerio de Minería a CMMK con fecha 10 de febrero de 2011 y el Criterio Jurídico emitido el 3 de febrero de 2011 por el Responsable de Análisis Estratégico del Viceministerio, el Sr. Alberto García Sandoval.

⁴⁷⁶ **Prueba C-231**, Comunicación oficial de la oficina del Ministerio de Minería y Metalurgia a CMMK con fecha 16 de marzo de 2011 y Memorial emitido el 11 de febrero de 2011 por el Sr. Óscar Iturri, Jefe de Unidad de Consulta Pública y Participación Ciudadana (énfasis agregado)

⁴⁷⁷ **Prueba C-223**, *Explotación ilegal de oro es el origen del conflicto en Mallku Khota*, LA PAZ, 21 de mayo de 2012; **Prueba C-149**, *Policía evitará explotación ilegal en Mallku Khota*, LA PATRIA, 19 de octubre de 2012; **Prueba C-222**, *Denuncian contaminación ambiental en Mallku Khota*, LA RAZÓN, 26 de mayo de 2012.

⁴⁷⁸ **Prueba C-224**, “*Comunarios frenan operaciones mineras para iniciar trabajo ilegal*,” PAGINA SIETE, 1° de abril de 2014.

⁴⁷⁹ *Id.*

Además, el Gobierno, y en particular el Gobierno de Potosí, se unieron a estos esfuerzos de dividir a las comunidades y exacerbar la oposición luego de que la Compañía publicara información de la Actualización de la PEA en marzo de 2011 que mostraba la verdadera magnitud del “*megayacimiento*.”⁴⁸⁰

234. El Proyecto Malku Khota no presentaba riesgo alguno para el medio ambiente: CMMK (i) obtuvo la Licencia Ambiental DRNMA-CD-35/06 el 5 de septiembre de 2006 del Gobierno de Potosí; y (ii) desde el año 2006 hasta el 2012 presentó ante el Ministerio de Medio Ambiente o la Secretaría de la Madre Tierra del Gobierno de Potosí más de ocho estudios ambientales y socioeconómicos realizados por la Fundación Medmin, incluyendo informes de cumplimiento.⁴⁸¹

235. Por último, la Compañía no participó en ni promovió violencia alguna. Efectivamente fueron los líderes de la CONAMQ y FAOI-NP y otros instigadores tales como Cancio Rojas quienes fomentaron la violencia en el área y el Gobierno no hizo nada al respecto para proteger a la Compañía de tal violencia.⁴⁸² La estrategia de Bolivia de culpar a la Compañía por cualquier acto de violencia es un intento de cubrir su falta de protección a la Compañía, los empleados de ésta y el Proyecto. Especialmente cuando había reconocido que fueron los mineros ilegales los que crearon el conflicto en la región.⁴⁸³

236. Si bien Bolivia no sostiene que la Compañía tenía una obligación de realizar una consulta previa en la fase de exploración, cabe destacar que el Gobierno y las comunidades confirmaron en distintas instancias que tal requisito no existía en aquella etapa del Proyecto.⁴⁸⁴ En todo caso, desde el año 2007 y hasta la expropiación ilegal del

⁴⁸⁰ Ver Secciones II.C.3 y II.C.4 *supra*.

⁴⁸¹ **Prueba C-141**, Informe Medmin octubre de 2006; **Prueba C-142**, Informe Medmin septiembre de 2008; **Prueba C-143**, Informe Medmin febrero de 2009; **Prueba C-144**, Informe Medmin septiembre de 2010; **Prueba C-145**, Informe Medmin diciembre de 2010; **Prueba C-146**, Informe Medmin I, enero de 2012; **Prueba C-147**, Informe Medmin II, enero de 2012; **Prueba C-148**, Informe Medmin abril de 2012.

⁴⁸² Ver Secciones II.D.4, II.D.5 y II.D.6 *supra*.

⁴⁸³ **Prueba C-223**, *Explotación ilegal de oro es el origen del conflicto en Mallku Khota*, LA PAZ, 21 de mayo de 2012; **Prueba C-149**, *Policía evitará explotación ilegal en Mallku Khota*, LA PATRIA, 19 de octubre de 2012; **Prueba C-222**, *Denuncian contaminación ambiental en Mallku Khota*, LA RAZÓN, 26 de mayo de 2012.

⁴⁸⁴ **Prueba C-230**, Comunicación oficial del Viceministro de Coordinación de Movimientos Sociales y Sociedad Civil del Ministerio de Minería a CMMK con fecha 10 de febrero de 2011 y el Criterio

Proyecto, la Compañía mantenía una relación cercana con las comunidades y respetó sus derechos en todo momento. La gran mayoría de las comunidades y de todos los ayllus confirmaron su apoyo en las distintas reuniones descritas anteriormente y al celebrar los RCAs con CMMK. El apoyo de las Comunidades se confirmó además en el Gran Cabildo del 8 de junio de 2012, al cual asistieron 800 familias de las 42 comunidades circundantes al Proyecto.⁴⁸⁵

IV. EL DERECHO APLICABLE AL ARBITRAJE ES EL TRATADO, COMPLEMENTADO POR LOS PRINCIPIOS RELEVANTES DE DERECHO INTERNACIONAL; ÉSTOS NO INCLUYEN LOS RECLAMOS DESBORDANTES DE DERECHOS INDÍGENAS FORMULADOS POR BOLIVIA

237. Con respecto al derecho aplicable en este arbitraje, Bolivia argumenta que no existe acuerdo entre las partes sobre el derecho que rige esta controversia y que el Tribunal, por lo tanto, “goza de amplia discrecionalidad” para determinar tal derecho.⁴⁸⁶ Bolivia solicita al Tribunal, en vista de las circunstancias del caso, “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.”⁴⁸⁷ Esta aproximación desvinculada del derecho aplicable a las cuestiones de este arbitraje es errónea.

238. Contrario a la aseveración de Bolivia, el derecho aplicable al fondo de este arbitraje ya fue seleccionado: es el Tratado mismo. El Tribunal está obligado por dicho acuerdo y debe basarse en el Tratado como fuente primaria de derecho aplicable, complementado, donde corresponda, por los principios relevantes de derecho internacional (A). Mientras que South American Silver no disputa que es necesaria una interpretación sistémica del Tratado conforme al derecho internacional, Bolivia no ha

Jurídico emitido el 3 de febrero de 2011 por el Responsable de Análisis Estratégico del Viceministerio, el Sr. Alberto García Sandoval; **Prueba C-233**, Carta de la COTOA-6 al Presidente Evo Morales, 10 de octubre de 2011; **Prueba C-231**, Comunicación oficial de la oficina del Ministerio de Minería y Metalurgia a CMMK con fecha 16 de marzo de 2011 y Memorial emitido el 11 de febrero de 2011 por el Sr. Óscar Iturri, Jefe de Unidad de Consulta Pública y Participación Ciudadana.

⁴⁸⁵ Memorial del Demandante en el ¶ 77; **CWS-4**, Declaración Testimonial de Gonzales ¶ 22. *Ver también Prueba C-49*, Resolución del Cabildo, 8 de junio de 2012.

⁴⁸⁶ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 189.

⁴⁸⁷ *Id.* ¶ 192.

establecido de forma satisfactoria por qué el Tribunal debería otorgar primacía a los derechos de las comunidades originarias sobre los términos claros del Tratado, ni mucho menos ha demostrado el alcance y contenido de los derechos de los pueblos originarios como una cuestión. (B). Finalmente, la legislación boliviana tiene una relevancia limitada en esta controversia, particularmente sobre el fondo (C).

A. LAS PARTES ESCOGIERON EL TRATADO COMO EL DERECHO APLICABLE A ESTA CONTROVERSIA

239. El Artículo 35(1) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010 dispone que “[e]l tribunal arbitral aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo del litigio.” Bolivia predica todo su argumento del derecho aplicable sobre la premisa de que las partes no han designado el derecho que regirá esta controversia.⁴⁸⁸ Pero ello simplemente no es verdad. Al consentir a someter a arbitraje las diferencias relacionadas a las protecciones sustanciales otorgadas por el Tratado, las partes han efectivamente designado al Tratado, que constituye *lex specialis* que rige la relación específica entre South American Silver y la República de Bolivia, como el derecho aplicable. *Rompetrol c. Rumania* es instructivo, ya que el tribunal concluyó que su única función era resolver la controversia entre las partes “*in accordance with ‘such rules of law as may be agreed by the parties,’ which in the present case means essentially the BIT...*”⁴⁸⁹

240. Además, las Partes están de acuerdo en que el punto de partida para el Tribunal es el Tratado mismo. South American Silver argumenta que sus reclamos se basan en disposiciones del Tratado.⁴⁹⁰ Asimismo, Bolivia admite que el Tribunal debe

⁴⁸⁸ *Id.* ¶¶ 190 *et seq.*

⁴⁸⁹ **CLA-132**, *The Rompetrol Group N.V. c. Rumania*, Caso CIADI N° ARB/06/3, Laudo, 6 de mayo de 2013 en ¶ 170. Si bien el tribunal en ese caso se basó el Artículo 42(1) de la Convención del CIADI, la cual dispone que “[e]l Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes,” los términos de dicha disposición son suficientemente similares al Artículo 35(1) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010 para entrear fundamentos válidos de comparación. Además, el tratado bilateral de inversión subyacente en aquel caso no contenía una cláusula especificando el derecho que debería ser aplicado en caso de una diferencia entre un inversionista y una parte contratante (*ver CLA-134*, Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Government of the Kingdom of the Netherlands and the Government of Romania, 19 de abril de 1994).

⁴⁹⁰ Memorial del Demandante en el ¶ 116.

“interpretar el Tratado.”⁴⁹¹ Los tribunales de igual modo aceptan que el tratado bilateral de inversión invocado por el demandante en una controversia de inversión es la “*primary source of law*.”⁴⁹² Por ende no puede afirmarse que las partes no lograron designar el derecho aplicable a la controversia. Por el contrario, ellas afirmativamente seleccionaron el Tratado.

241. Debido a que las partes designaron al Tratado como el derecho que se aplicaría al fondo de su controversia, se desprende que el Tribunal no tiene “amplia discrecionalidad” para determinar el derecho aplicable en este caso. Más bien, como consecuencia de la elección de las partes, el Tribunal está obligado a aplicar el Tratado como la *lex specialis* de este arbitraje, y tan sólo podrá *complementar* el Tratado basándose en principios relevantes de derecho internacional general⁴⁹³ cuando proceda hacerlo debido a alguna *lacuna* en el Tratado. Ello, porque los términos usados en este Tratado, tales como expropiación, trato justo y equitativo y plena protección y seguridad, son términos expansivos que tienen significados bien desarrollados en el derecho internacional consuetudinario, a los cuales se ha de considerar que las partes del Tratado tuvieron la intención de referirse.⁴⁹⁴

B. EL ALCANCE Y CONTEXTO DE LOS DERECHOS DE LAS COMUNIDADES ORIGINARIAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL NO SON CLAROS Y, EN TODO CASO, NO PUEDEN PREVALECER LAS PROTECCIONES OTORGADAS A SOUTH AMERICAN SILVER POR EL TRATADO

⁴⁹¹ Memorial de Contestación del Demandado en el ¶ 192.

⁴⁹² **CLA-158**, *Quiborax S.A. et al. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI N° ARB/06/2, Laudo, 16 de septiembre de 2015 en el ¶ 90. Ver también **CLA-159** *Chevron Corporation et al. C República de Ecuador*, CNUDMI, Caso CPA N° 34877, Laudo Parcial sobre el Fondo, 30 de marzo de 2010 en el ¶ 159 (“The substantive law to be applied by the Tribunal consists of the substantive provisions of the BIT...”). El tratado bilateral de inversión subyacente en dicho caso no contenía una cláusula especificando el derecho que debería aplicarse en caso de una controversia entre un inversionista y una parte contratante (ver **CLA-135**, Tratado entre los Estados Unidos de América y la República de Ecuador sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 27 de agosto de 1993).

⁴⁹³ Contrario a la afirmación de Bolivia, estos principios no incluyen el principio de “*clean hands*” (Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 218). Ello, porque no existe tal principio en derecho internacional público (ver *supra* ¶¶ 204-206).

⁴⁹⁴ **RLA-8**, Campbell McLachlan, “*The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*” (2005), 54(2) *International & Comparative Law Quarterly* 279, 312.

242. Bolivia asevera que el principio de “interpretación sistémica” (o, con mayor precisión, *integración sistémica*)⁴⁹⁵ de los tratados está consagrado en el Artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena.⁴⁹⁶ Sobre esa base, argumenta que el Tribunal debería interpretar las nociones de expropiación, trato justo y equitativo y plena protección y seguridad a la luz de fuentes de derecho que protegen los derechos de las comunidades originarias.⁴⁹⁷ Bolivia también afirma que, en caso de un evento de conflicto de normas, los derechos de las comunidades originarias prevalecen sobre las protecciones otorgadas a South American Silver conforme al Tratado.⁴⁹⁸ Los defectos básicos de estos argumentos son prácticamente indiscutibles.

243. South American Silver previamente señaló la correcta aplicación de la regla general de interpretación de los tratados prevista en el Artículo 31 de la Convención de Viena.⁴⁹⁹ Como era de esperar, en sus argumentos respecto al derecho aplicable de esta controversia, Bolivia una vez más malinterpreta el Artículo 31 al describir las “normas pertinentes de derecho internacional” señaladas en el Artículo 31(3)(c) como parte del contexto del tratado.⁵⁰⁰ Ello es simplemente incorrecto. El Artículo 31(3) señala aquello que “*juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta.*”⁵⁰¹

244. Esta es una importante distinción. Si bien la Comisión de Derecho Internacional (“CDI”) ha señalado que los distintos elementos estipulados en el Artículo 31 de la Convención de Viena habrán de tenerse en cuenta conjuntamente para llegar a la interpretación legalmente relevante,⁵⁰² también es cierto que el Artículo 31 “se basa, como ya se ha indicado, en la tesis de que ha de presumirse que el texto es la manifestación auténtica de la intención de las partes y de que, por consiguiente, el punto

⁴⁹⁵ Ver **CLA-136**, Bruno Simma, *Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?*, 60 INT’L AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY 573, 584 (2011).

⁴⁹⁶ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 193.

⁴⁹⁷ *Id.* ¶ 199.

⁴⁹⁸ *Id.* ¶ 202.

⁴⁹⁹ *See supra* ¶¶ 131-135.

⁵⁰⁰ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 193. Artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena dispone que “[j]untamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: ... (c) Toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.”

⁵⁰¹ **CLA-11**, Convención de Viena, Artículo 31(3) (énfasis agregado).

⁵⁰² *Ver supra* ¶ 154.

de partida de la interpretación consiste en elucidar el sentido del texto.”⁵⁰³ Ello explica por qué el Artículo 31(1) establece la regla primaria para la interpretación de tratados,⁵⁰⁴ y también por qué la CDI fue cuidadosa al destacar que “las normas pertinentes de derecho internacional” referidas en el Artículo 31(3)(c) ha de tenerse en cuenta como “extrínseco tanto al texto del tratado como al ‘contexto’ definido en el párrafo 2.”⁵⁰⁵ Como señalado por el Profesor McLachlan, “*it is always essential to keep in mind that Article 31(3)(c) is only part of a larger interpretation process, in which the interpreter must first consider the plain meaning of the words in their context and in the light of the object and purpose of the provision.*”⁵⁰⁶

245. Sin perjuicio de la confusión interpretativa de Bolivia, South American Silver no disputa la noción básica de que los tratados deberían generalmente ser interpretados en armonía con el derecho internacional, sin olvidar que el Tratado es la parte primaria del derecho internacional que debe aplicarse a este litigio. Bolivia no demuestra cómo la aplicación del principio de integración sistémica llevaría al Tribunal a degradar las protecciones otorgadas a South American Silver conforme al Tratado para poder sostener los supuestos derechos de las comunidades originarias de acuerdo al derecho internacional.⁵⁰⁷ La única prueba citada por Bolivia para dicha propuesta es un pasaje en un artículo del Juez Bruno Simma y de Theodore Kill, el que nunca menciona específicamente los derechos de las comunidades originarias.⁵⁰⁸ Y el Juez Simma es bastante más prudente respecto a la armonización de las protecciones del inversionista y derecho humanos a través de la ‘integración sistémica’ y el Artículo 31(3)(c) de lo que indica Bolivia; de hecho, advierte contra el uso de lo que es meramente un principio

⁵⁰³ **CLA-95**, International Law Commission, Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol. II, 187 en 220-221 (¶ (11)).

⁵⁰⁴ *See supra* ¶ 154.

⁵⁰⁵ **CLA-95**, International Law Commission, Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol. II, 187 en 222 (¶ (16)).

⁵⁰⁶ **RLA-8**, Campbell McLachlan, “*The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*” (2005), 54(2) *International & Comparative Law Quarterly* 279, 311.

⁵⁰⁷ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 199.

⁵⁰⁸ **RLA-18**, Bruno Simma and Theodore Kill, *Harmonizing Investment Protection and International Human Rights: First Steps Towards a Methodology*, in CHRISTINA BINDER, URSULA KRIEBAUM, AUGUST REINISCH AND STEPHAN WITTICH (EDS.), *INTERNATIONAL INVESTMENT LAW FOR THE 21ST CENTURY: ESSAYS IN HONOR OF CHRISTOPH SCHREUER* 678, 704-705 (2009).

interpretativo para modificar las obligaciones sustanciales encontradas en el tratado de inversión, lo cual precisamente se opone a lo que sugiere Bolivia:

Article 31(3)(c) has developed from a doctrinal wallflower, described as ‘curious’ by Professor McDougal around the time of its inclusion in the Vienna Convention, into a darling of recent international legal literature. It was termed no less than the ‘master key to international law’ by the International Law Commission, codifying the so-called ‘systemic integration’ of treaties, and is by now itself part of customary international law. **As against such enthusiasm, I would advice keeping in mind what the provision was designed to be, namely a principle for the interpretation of treaties, nothing more.** Defined as such, what can article 31(3)(c) yield as an entry point for international human rights law in the interpretation of an investment treaty? Again, and most importantly, **it can only be employed as a means of harmonization qua interpretation, and not for the purpose of modification, of an existing treaty.**⁵⁰⁹

246. Además, Bolivia no logra explicar cómo los instrumentos específicos que desearía que el Tribunal tuviese en cuenta caen dentro del ámbito de una verdadera integración sistémica del Tratado con el derecho internacional consuetudinario. La frase “norma pertinente de derecho internacional” en el Artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena se refiere a las Fuentes de derecho previstas en el Artículo 38 del Estatuto de la CIJ,⁵¹⁰ es decir, los convenios internacionales, el derecho internacional consuetudinario, los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.⁵¹¹ Así, una condición *sine qua non* que debe cumplirse para que el Tribunal pueda basarse en un instrumento de derechos humanos particular es que ese instrumento debe constituir una fuente vinculante de derecho identificado en el Artículo 38 del Estatuto de la CIJ.

⁵⁰⁹ **CLA-136**, Bruno Simma, *Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?*, 60 INT’L. AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY 573, 584 (2011).

⁵¹⁰ Ver **RLA-18**, Bruno Simma and Theodore Kill, *Harmonizing Investment Protection and International Human Rights: First Steps Towards a Methodology*, in CHRISTINA BINDER, URSULA KRIEBAUM, AUGUST REINISCH AND STEPHAN WITTICH (EDS.), INTERNATIONAL INVESTMENT LAW FOR THE 21ST CENTURY: ESSAYS IN HONOR OF CHRISTOPH SCHREUER 678, 695 (2009); y **RLA-8**, Campbell McLachlan, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention* 54(2) International & Comparative Law Quarterly 279, 310 (2005).

⁵¹¹ **RLA-19**, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Artículo 38(1).

Bolivia también admite esto.⁵¹² Y demostrando el carácter vinculante del principio de derechos humanos invocado es tan sólo el primero de una pregunta de tres vertientes conforme al Artículo 31(3)(c): aparte del requisito de que (1) debe existir una verdadera “norma” de derecho internacional, (2) esta norma debe ser “pertinente”, y (3) ésta también debe ser “aplicable en las relaciones entre las partes.”

247. Dejando de lado los anteriores números (2) y (3), los que Bolivia ni siquiera ha comenzado a fundamentar, Bolivia no ha establecido que los instrumentos sobre los que se sustenta – incluyendo la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 (“**UNDRIP**” por sus siglas en inglés),⁵¹³ los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos,⁵¹⁴ y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales⁵¹⁵ – constituyen derecho internacional vinculante dentro del sentido del Artículo 38 del Estatuto de la CIJ. Ni puede hacerlo: a simple vista, estos tres documentos son instrumentos **no vinculantes**, *de lege ferenda* y carecen de los elementos de práctica estatal y *opinio juris* que los transformarían en encarnaciones de derecho internacional consuetudinario.

248. La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (la “**Convención Americana**”),⁵¹⁶ la Convención Inter-Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de 1994,⁵¹⁷ y el Convenio 169 de 1989 de la OIT⁵¹⁸ son todos convenios internacionales dentro del significado del Artículo 38 del Estatuto de la CIJ. Sin embargo, Bolivia no logra puntualizar cómo exactamente el Tribunal debería tener en cuenta estos instrumentos dentro del contexto de una interpretación sistémica del Tratado. A menos que estos instrumentos sean un reflejo de la costumbre (lo cual no se ha establecido en lo absoluto), solamente pueden ser vinculantes si las Partes consintieran a darles ese carácter. Efectivamente, el Profesor

⁵¹² Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 200.

⁵¹³ *Id.* ¶ 217(d).

⁵¹⁴ *Id.* ¶ 220.

⁵¹⁵ *Id.* ¶ 220.

⁵¹⁶ *Id.* ¶ 217(a).

⁵¹⁷ *Id.* ¶ 217(b).

⁵¹⁸ *Id.* ¶ 217(c).

McLachlan observó que, con respecto a los convenios internacionales y la interpretación sistémica, una posible solución sería exigir a todas las partes del tratado que se está interpretando ser partes de cualquier otro tratado que se esté teniendo en cuenta.⁵¹⁹

Calificó su posición aún más señalando lo siguiente:

If on its proper construction, a particular obligation in the treaty is owed in a synallagmatic way between pairs of parties, rather than *erga omnes partes* (even if contained within a multilateral treaty), then the *application* of that obligation as between the relevant pair of parties (as opposed to its interpretation generally) may properly be considered in the light of other obligations applying bilaterally between those parties only.⁵²⁰

249. El Reino Unido no es una parte de los referidos tres tratados. Así, siguiendo al Profesor McLachlan, Bolivia no puede basarse en estos tres instrumentos dentro del contexto de una interpretación sistémica del Tratado. Bolivia tiene que estar consciente de este hecho, y aun así no ha propuesto explicación alternativa alguna.

250. En efecto, cuando los Estados desean mantener una preferencia por los derechos de los pueblos indígenas por sobre las protecciones del inversionista, lo hacen de forma explícita, tal como se hizo en el Acuerdo de Comercio Libre de ASEAN-Nueva Zelanda del año 2010, donde los Estados contratantes dejaron en claro que “*nothing in this Agreement shall preclude the adoption by New Zealand of measures it deems necessary to accord more favorable treatment to Maori in respect of matters covered by this Agreement including in fulfillment of its obligations under the Treaty of Waitangi.*”⁵²¹

251. Asimismo, Bolivia no ha establecido, menos aún sugerido, que los documentos señalados en los párrafos 247 y 248 anteriores constituyen derecho internacional consuetudinario o principios generales de derecho reconocidos por naciones civilizadas, de tal forma que el Tribunal podría tener éstos en cuenta como “normas” pertinentes de derecho internacional conforme al Artículo 31(3)(c) de la Convención de

⁵¹⁹ **RLA-8**, Campbell McLachlan, “*The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*” (2005), 54(2) *International & Comparative Law Quarterly* 279, 314.

⁵²⁰ **RLA-8**, Campbell McLachlan, “*The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*” (2005), 54(2) *International & Comparative Law Quarterly* 279, 315 (énfasis en el original).

⁵²¹ **CLA-137**, Acuerdo de Comercio Libre de ASEAN-Nueva Zelanda (2010) en 202, Artículo 5.

Viena. Su argumento relacionado de que el derecho internacional consuetudinario “exige la protección de los derechos fundamentales de las Comunidades Originarias,”⁵²² es una mera afirmación. El Artículo 38(1)(b) del Estatuto de la CIJ define “costumbre internacional” como “prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.”⁵²³ Dado que el único fundamento para la afirmación de Bolivia es un artículo publicado por la Asociación del Derecho Internacional, queda de manifiesto que no ha podido sustentar, menos aún probar, sus aseveraciones respecto al contenido de los derechos de las comunidades originarias forman parte del derecho internacional consuetudinario.

252. Aún más curioso es que Bolivia ha omitido mencionar que al menos en tres ocasiones tribunales de tratados de inversión han tenido la oportunidad de hacer que cuestiones relativas a los derechos de las comunidades originarias tengan efectos determinantes, y se han declinado a hacerlo. La más importante de éstas era de *Grand River c. Estados Unidos*,⁵²⁴ en la que los demandantes afirmaban que, como comunidades originarias, tenían el derecho a un “*heightened level of vigilance and care*”, el que requería consultas más proactivas.⁵²⁵ Aseveraban que los EE.UU. los había tratado “*contrary to the basic human rights norms that condition how customary international law standards of fair and equitable treatment should be interpreted particularly when the interests of First Nations members and communities are at stake.*”⁵²⁶ Como una parte contratante del TLCAN, Canadá argumentó en contra de la invocación de los derechos indígenas como derecho internacional consuetudinario. Canadá postulaba que el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (UNDRIP por sus siglas en inglés) no constituían derecho internacional consuetudinario. Canadá señalaba que el “*ILO Convention 169 lacks the generality of State practice required to constitute customary international law: as of December 2008, only 20 out of the 193 United Nations member states have ratified ILO*

⁵²² Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 219.

⁵²³ **RLA-19**, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Artículo 38(1)(b).

⁵²⁴ **CLA-138**, *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 12 de enero de 2011.

⁵²⁵ **CLA-139**, *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Memorial del Demandante (Fondo), 10 de julio de 2008 en el ¶ 2.

⁵²⁶ *Id.* ¶ 3.

*Convention 169. ... Similarly, UNDRIP does not meet the generality of State practice threshold and lacks the opinio juris required to be considered customary international law. Although 144 of the 193 United Nations member States voted in favor of UNDRIP, States with significant indigenous populations, including Canada, the United States, Australia and New Zealand, all voted against the adoption of the Declaration.”*⁵²⁷

253. South American Silver postula que el argumento de Canadá sobre la ausencia de normas de derecho internacional consuetudinario que rigen los derechos de las comunidades originarias son convincentes en cuanto al tema de un supuesto deber de consultar a los pueblos indígenas, el que Bolivia argumenta que sí existe; el tribunal reconoció la *posibilidad* de la existencia de una norma consuetudinaria en relación a la consulta de las comunidades originarias sin pronunciarse explícitamente y decir que dicha norma existía, señalando: “[i]t may well be ... that there does exist a principle of customary international law requiring governmental authorities to consult indigenous peoples on governmental policies or actions significantly affecting them ... in any event, any obligations requiring consultation run between the state and indigenous peoples as such, that is, as collectivities [not as individuals].”⁵²⁸ En aquel caso el demandante exigió reparación a través de los derechos de los pueblos indígenas. Aquí, Bolivia busca utilizar los derechos de las comunidades originarias como blindaje para justificar su conducta ilícita contra South American Silver y su inversión. En cualquiera de estas situaciones llega a ser igualmente cierto que toda obligación debida a las comunidades originarias son oponibles en contra del Estado relevante, no entre el demandante y el demandado. Y, en todo caso, como bien lo han reconocido distintos funcionarios gubernamentales bolivianos y comunidades, cualquier consulta pública tan sólo sería requerida antes de comenzar la fase de explotación y no durante la fase exploratoria, en la que se encontraba la Compañía en ese momento.⁵²⁹

⁵²⁷ **CLA-140**, *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Presentación de Escrito Amicus Curiae de la Oficina del Jefe Nacional de la Asamblea de Primeras Naciones, 19 de enero de 2009 en ¶¶ 13-14.

⁵²⁸ **CLA-138**, *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 12 de enero de 2011 en el ¶ 210.

⁵²⁹ **Prueba C-230**, Comunicación oficial del Viceministro de Coordinación de Movimientos Sociales y Sociedad Civil del Ministerio de Minería a CMMK con fecha 10 de febrero de 2011 y el Criterio Jurídico emitido el 3 de febrero de 2011 por el Responsable de Análisis Estratégico del Viceministerio, el Sr. Alberto García Sandoval; **Prueba C-233**, Carta de la COTOA-6 al Presidente Evo Morales, 10

254. *Glamis Gold c. Estados Unidos de América* es otro ejemplo en que los tribunales de inversión trataron con cautela los reclamos y excepciones sustentados en los presuntos derechos de las comunidades originarias. En aquel caso, los quechuas se opusieron al proyecto minero que constituía la inversión del inversionista, sosteniendo que éste destruiría importantes sitios culturales y sagrados en violación del derecho internacional. El tribunal simplemente declinó pronunciarse al respecto.⁵³⁰

255. El caso relevante más reciente que trata los derechos de las comunidades originarias en un arbitraje de tratado de inversión es *von Pezold c. Zimbabwe*, en particular su Orden Procesal N° 2.⁵³¹ Allí, el tribunal rechazó una solicitud de interponer una presentación *amicus* sobre los derechos de los pueblos indígenas, específicamente en relación a la importancia del UNDRIP. El tribunal sostuvo que la presentación propuesta se referiría a los presuntos derechos de las comunidades originarias conforme al derecho internacional, mientras que el procedimiento arbitral se relacionaba con las medidas adoptadas por Zimbabwe que supuestamente interfirieron con la inversión de los demandantes. Para el tribunal, los derechos de los pueblos indígenas no se encuentran dentro del ámbito de los procedimientos del CIADI:

The Petitioners refer in particular to Article 26 of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, which they say requires States to give legal recognition and protection to lands, territories and resources possessed by indigenous peoples by reason of traditional ownership or other traditional occupation or use, and other unspecified customary international law norms which they claim are binding.

de octubre de 2011; **Prueba C-251**, *García no descarta el control estatal de Mallku Khota*, LA RAZÓN, 31 de mayo de 2012; **Prueba C-231**, Comunicación oficial de la oficina del Ministerio de Minería y Metalurgia a CMMK con fecha 16 de marzo de 2011 y Memorial emitido el 11 de febrero de 2011 por el Sr. Óscar Iturri, Jefe de Unidad de Consulta Pública y Participación Ciudadana.

⁵³⁰ **CLA-141**, *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009 en el ¶ 8.

⁵³¹ **CLA-142**, *Bernhard von Pezold y Otros c. República de Zimbabwe y Border Timbers Limited, Border Timbers International (Private) Limited, y Hangani Development Co. (Private) Limited c. República de Zimbabwe*, Caso CIADI N° ARB/10/15, Orden Procesal N° 2, 26 de junio de 2012.

The Arbitral Tribunals are not persuaded that consideration of the foregoing is in fact part of their mandate under either the ICSID Convention or the applicable BITs.⁵³²

Más aún, la cuestión misma de los derechos de los pueblos indígenas exige determinar si la comunidad que presuntamente constituye el “pueblo indígena” efectivamente debería ser considerada como tal como una cuestión de derecho internacional, una decisión que claramente se encontraba fuera del ámbito y mandato del Tribunal. De acuerdo a lo señalado por el tribunal de von Pezold:

As noted above, the Petitioners propose to make a submission on the putative rights of the indigenous communities as “indigenous peoples” under international human rights law, a matter outside of the scope of the dispute, as it is presently constituted. Indeed, as the Claimants have noted, in order for the Arbitral Tribunals to consider such a submission, they would need to consider and decide whether the indigenous communities constitute “indigenous peoples” for the purposes of grounding any rights under international human rights law. Setting aside whether or not the Arbitral Tribunals are the appropriate arbiters of this decision, the decision itself is clearly outside of the scope of the dispute before the Tribunals.⁵³³

256. Así, Bolivia no ha probado su afirmación de que una interpretación sistémica del Tratado llevaría al Tribunal a interpretar las protecciones otorgadas a South American Silver a la luz de fuentes de derecho que protegen los derechos de las comunidades originarias. El Memorial de Contestación de Bolivia entrega poca indicación del alcance y el contenido específico de los derechos de los pueblos indígenas. No logra probar el carácter de derecho internacional consuetudinario de aquellos derechos putativos. En efecto, no demuestra cómo el tribunal siquiera tendría el mandato o experiencia para identificar qué comunidades realmente forman parte de los “pueblos indígenas” como cuestión de derecho internacional. A la luz de los tres casos mencionados anteriormente, no existe garantía alguna para que los tribunales de tratados de inversión puedan considerar presuntos derechos de las comunidades originarias.

⁵³² *Id.* ¶¶ 58-59.

⁵³³ **CLA-142**, *Bernhard von Pezold y Otros c. República de Zimbabue y Border Timbers Limited, Border Timbers International (Private) Limited, y Hangani Development Co. (Private) Limited c. República de Zimbabue*, Caso CIADI N° ARB/10/15, Orden Procesal N° 2, 26 de junio de 2012 en el ¶ 60.

257. Del mismo modo, Bolivia no satisfizo la carga de prueba en relación a su alegación de que, en caso de un conflicto entre normas, los derechos de la comunidad originaria prevalecerían sobre las protecciones otorgadas a South American Silver conforme al Tratado.⁵³⁴ En sustento de lo mismo, Bolivia se basa únicamente en la decisión de la Corte Interamericana en *Sawhoyamaxa c. Paraguay* que estipula que la existencia de un acuerdo comercial bilateral no justificaba el incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones emanadas de la Convención Americana,⁵³⁵ y su propuesta de que las obligaciones estatales *erga omnes* incluyen la protección de los derechos de la comunidad indígena.⁵³⁶ Ninguno de estos dos argumentos resiste escrutinio.

258. Primero, Bolivia no explica el por qué el razonamiento de la Corte en *Sawhoyamaxa c. Paraguay* sería relevante a este procedimiento arbitral. South American Silver postula que éste es inaplicable aquí porque el Reino Unido no es parte de la Convención Americana.⁵³⁷ Como consecuencia, una decisión de la Corte Interamericana no tiene incidencia alguna en la interpretación por parte de este Tribunal del alcance de las protecciones otorgadas a South American Silver conforme al Tratado.

259. Segundo, la aseveración de Bolivia de que las obligaciones estatales *erga omnes* incluyen la protección de los derechos de la comunidad originaria es engañosa. Se basa en el caso *Barcelona Traction*,⁵³⁸ en el cual la CIJ sostuvo que las protecciones otorgadas por el Estado a nacionales extranjeros e inversiones, como también las obligaciones asumidas por dicho Estado en relación a su trato, podían ser superadas por obligaciones *erga omnes*, es decir, “obligaciones del Estado para con la comunidad internacional en su conjunto.”⁵³⁹ Pero los ejemplos de infracciones de obligaciones *erga omnes* conllevan las características inconfundibles de las infracciones de *jus cogens*, ya que incluyen solamente derechos fundamentales desde los cuales no se permite ninguna derogación, tales como “*the outlawing of acts of aggression, and of genocide, [and] also*

⁵³⁴ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 202.

⁵³⁵ *Id.* ¶¶ 202-203.

⁵³⁶ *Id.* ¶¶ 203-208.

⁵³⁷ *Ver supra* ¶ 249.

⁵³⁸ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 206.

⁵³⁹ **CLA-143**, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Sentencia, Informes CIJ 1970, en 3, 32, ¶ 33.

the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination.”⁵⁴⁰ Bolivia no ha presentado prueba alguna que establezca que la protección de los derechos de la comunidad originaria han avanzados al nivel de obligaciones *erga omnes*. El fragmento citado por Bolivia de la decisión de la Corte Interamericana en *Yakye Axa c. Paraguay*, en relación a la interpretación de la Corte del Artículo 21 de la Convención Americana, no aporta nada en ese sentido.⁵⁴¹

260. En conclusión, Bolivia no aclaró el alcance y contenido específico de los derechos de los pueblos indígenas que busca aplicar aquí, y, aún más importante, no demostró que aquellos presuntos derechos forman parte del *corpus* de derecho internacional que el Tribunal debe obedecer, menos aún ha verificado que dichos supuestos principios deben prevalecer sobre las protecciones otorgadas a South American Silver por Bolivia conforme al Tratado.

C. LA RELEVANCIA DEL DERECHO BOLIVIANO A LA CONTROVERSIA ES LIMITADA

261. South American Silver no disputa que el derecho boliviano podría ser relevante respecto de ciertas áreas limitadas de la controversia, tal como la cuestión de si se cumplió la Doctrina de Legalidad, es decir, el requisito que dicta que un inversionista debe cumplir con las leyes del Estado receptor al *realizar* la inversión. Sin embargo, estas extensiones limitadas del derecho boliviano no pueden ser vistas como si el derecho boliviano formara parte del derecho aplicable al fondo del procedimiento arbitral. Cabe reiterar que la fuente primaria de derecho al decidir sobre el fondo del caso es el Tratado mismo, el cual establece todas las protecciones sustanciales otorgadas a las partes del Tratado y a sus inversionistas. Luego, el Tratado se complementa por el derecho internacional general solamente en la medida que sea necesario. Simplemente no existe fundamento para aplicar el derecho boliviano a la mayoría de estas cuestiones, y el Tribunal, por ende, debe tratar el derecho boliviano como una circunstancia de hecho a

⁵⁴⁰ **CLA-143**, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Sentencia, Informes CIJ 1970, en 3, 32, ¶ 34.

⁵⁴¹ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 208.

tenerse en cuenta al sostener si Bolivia incumplió sus obligaciones conforme al Tratado, como ya se hizo en una multitud de decisiones de arbitraje de inversión.⁵⁴²

V. BOLIVIA INCUMPLIÓ SUS OBLIGACIONES CONFORME AL TRATADO Y AL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

262. Bolivia sostiene en su Memorial de Contestación que cumplió con sus obligaciones de derecho internacional para con South American Silver y las inversiones de ésta, incluyendo aquellas en virtud del Tratado.⁵⁴³ Bolivia efectúa esta declaración aun mientras admite que expropió las Concesiones Mineras de Malku Khota de South American Silver y que no ha pagado compensación alguna.⁵⁴⁴ Sin aducir prueba relevante alguna, afirma que su expropiación – o la “reversión” como lo califica Bolivia – cumplió los requisitos del Tratado y el derecho internacional.⁵⁴⁵ South American Silver mostrará que estas afirmaciones son tan carentes de fundamento de hecho como falsas. (A). Bolivia también sostiene que no violó las protecciones de trato justo y equitativo y de plena protección y seguridad del Tratado.⁵⁴⁶ Bolivia mantiene, además, que no perjudicó las inversiones de South American Silver mediante medidas irrazonables y discriminatorias,⁵⁴⁷ y que no extendió un trato menos favorable a las inversiones de South American Silver del que concede a las inversiones de sus propios inversionistas.⁵⁴⁸ La realidad, sin embargo, es que Bolivia manifiestamente violó todos y cada uno de esos estándares del tratado, y su cascada de negaciones vacías no constituyen defensa y merecen poca atención (B).

⁵⁴² Ver, por ejemplo, **CLA-144**, *Binder c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Final, 15 de julio de 2011 en ¶ 391; **CLA-145**, *AFT c. República Eslovaca*, CNUDMI, Laudo, 5 de marzo de 2011 en ¶ 197(ii); **CLA-146**, *AES Summit Generation Limited et al. c. República de Hungría*, Caso CIADI N° ARB/07/22, Laudo, 23 de septiembre de 2010 en ¶ 7.6.6.

⁵⁴³ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 327 *et seq.*

⁵⁴⁴ *Id.* ¶¶ 332 *et seq.*

⁵⁴⁵ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 335.

⁵⁴⁶ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 405 *et seq.*, 456 *et seq.*

⁵⁴⁷ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 477 *et seq.*

⁵⁴⁸ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 493 *et seq.*

A. LA EXPROPIACIÓN POR PARTE DE BOLIVIA DE LAS INVERSIONES DE SOUTH AMERICAN SILVER FUE ILÍCITA E INCUMPLIÓ EL TRATADO

263. El Artículo 5(1) del Tratado dispone que las inversiones que califican no podrán ser expropiadas por el Estado Contratante “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.”⁵⁴⁹ El Tratado luego puntualiza que 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,” y que ésta “se efectuará sin demora.”⁵⁵⁰

264. El Artículo 5(2) del Tratado, el que aplica cuando, como en el presente caso, “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,” dispone que la Parte Contratante expropiadora “asegurará la satisfacción de las disposiciones prescritas en el [Artículo 5(1)], 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.”⁵⁵¹

265. No existe cuestionamiento de si se efectuó una expropiación: Bolivia concede libremente que expropió las Concesiones Mineras de Malku Khota de South American Silver.⁵⁵² Como consecuencia, la pregunta crítica para el Tribunal es si la expropiación violó el Artículo 5 del Tratado. Las condiciones para una expropiación lícita son marcadas e independientes – si el Tribunal concluye que Bolivia incumplió cualquiera de esas condiciones, como la carencia de utilidad pública o incumplimiento de pagar compensación “justa y efectiva”, entonces deberá concluir que la nacionalización de Bolivia de las concesiones mineras fue un incumplimiento ilícito del Tratado.

⁵⁴⁹ Prueba C-1, Tratado, Artículo 5(1).

⁵⁵⁰ *Id.*

⁵⁵¹ *Id.* en el Artículo 5(2).

⁵⁵² Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 332 *et seq.*

266. Además, bajo estas circunstancias, recae sobre Bolivia, no South American Silver, la carga de demostrar que su expropiación cumplió con el Tratado. Es un principio elemental que la parte que alega un hecho específico deberá probar el mismo a satisfacción del tribunal.⁵⁵³ En vista de que el Tratado prohíbe las expropiaciones *salvo* aquellas que satisfacen requisitos específicos, y dado que las Partes no disputan que efectivamente se efectuó una expropiación, recae en Bolivia la carga de demostrar que realizó la expropiación de las Concesiones Mineras de Malku Khota por una utilidad pública y por un beneficio social relacionados con las necesidades internas, y que entregó a South American Silver una compensación puntual, adecuada y efectiva que respondía al valor de mercado de la inversión expropiada.

267. El Memorial de Contestación de Bolivia es revelador, ya que muestra que Bolivia no cuenta con una verdadera defensa. Su nacionalización de las concesiones mineras no fue por una “utilidad pública” ni por un “beneficio social relacionados a [sus] necesidades internas.” (1). Además, Bolivia no entregó a South American Silver una “compensación puntual, adecuada y efectiva” que respondiera al “valor de mercado de las inversiones de capital inmediatamente antes de la fecha de hacerse efectiva la expropiación”, como era su obligación en virtud del Tratado (2). A la luz de la incapacidad abyecta de Bolivia de mostrar que su expropiación cumplió con el Tratado, y en base a las pruebas positivas y contemporáneas que South American Silver detalla más adelante, el Demandante postula que la única conclusión razonable a la que se puede llegar es que Bolivia expropió ilegalmente las Concesiones Mineras de Malku Khota que pertenecen a South American Silver, en violación del Tratado.

B. LA EXPROPIACIÓN POR PARTE DE BOLIVIA DE LAS CONCESIONES MINERAS DE MALKU KHOTA NO FUE POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA NI POR UN BENEFICIO SOCIAL RELACIONADOS A SUS NECESIDADES INTERNAS Y, POR ENDE, FUE ILÍCITA Y EN VIOLACIÓN DEL TRATADO

268. De acuerdo al Artículo 5(1) del Tratado, se prohíben las expropiaciones salvo aquellas efectuadas “por causa de utilidad pública y por un beneficio social

⁵⁵³ Ver, por ejemplo, **CLA-147**, *Pac Rim Cayman LLC. c. República de El Salvador*, Caso CIADI N° ARB/09/12, Decisión sobre Objeciones Jurisdiccionales, 1° de junio de 2012 en ¶ 2.11; **CLA-148**, *Saipem S.p.A. c. República Popular de Bangladés*, Caso CIADI N° ARB/05/7, Laudo, 30 de junio de 2009 en ¶ 113.

relacionados a las necesidades internas de dicha Parte ...”⁵⁵⁴ El uso del término ‘y’ indica que, a menos que una expropiación satisfaga ambos requisitos, se considerará ilícita y en violación del Tratado. Bolivia no disputa esta interpretación.⁵⁵⁵ Así, a continuación se considera un requisito a la vez..

1. La expropiación por parte de Bolivia de las Concesiones Mineras de Malku Khota no fue por causa de utilidad pública, y por ende fue ilícita y en violación del Tratado

269. Bolivia alega que su expropiación de las Concesiones Mineras de Malku Khota fue efectuada por utilidad pública para “preservar el orden público en el Norte de Potosí y garantizar los derechos humanos y colectivo de las Comunidades Originarias.” Bolivia sostiene que la expropiación “era el único remedio disponible para pacificar los conflictos que CMMK provocó y fomentó entre las comunidades locales.”⁵⁵⁶ Bolivia continúa señalando, casi como una reflexión tardía, que la utilidad pública de la expropiación también se estableció ante su “deber de velar por el respeto (i) de los derechos humanos de sus ciudadanos y (ii) de los derechos específicos de sus Comunidades Originarias,” refiriéndose en ese sentido al caso de la Corte Interamericana *Sawhoyamaya c. Paraguay*.⁵⁵⁷

270. Decidir qué supone una “utilidad pública” no debería ser algo indebidamente confinado y los Estados deberían tener la capacidad de identificar el bien público que buscan proteger. Sin embargo, la facultad de discrecionalidad con la que cuentan los Estados, no debería confundirse con una justificación de ser irrazonable o arbitrario en el ejercicio de dicha discrecionalidad, lo que los Estados no pueden hacer. El tribunal en *ADC c. Hungría* opinó que:

a treaty requirement for ‘public interest’ requires some genuine interest of the public. If mere reference to ‘public

⁵⁵⁴ Prueba C-1, Tratado, Artículo 5(1) (énfasis agregado).

⁵⁵⁵ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 338 *et seq.*, 355 *et seq.*

⁵⁵⁶ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 343.

⁵⁵⁷ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 354. La referencia de Bolivia al caso de la Corte Interamericana *Sawhoyamaya c. Paraguay* es improcedente. La conclusión de dicha corte se basaba en el tratado bilateral de inversión Alemania-Paraguay, el cual no se debate en este caso. Asimismo, no rinde percepción alguna en cuanto al carácter de “utilidad pública,” la cuestión relevante en este arbitraje, especialmente en vista de que Bolivia misma ha reconocido que el concepto debería basarse en la legislación del Estado receptor. Ver Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 340.

interest’ can magically put such interest into existence and therefore satisfy this requirement, then this requirement would be rendered meaningless since the Tribunal can imagine no situation where this requirement would not have been met.”⁵⁵⁸

271. Se puede decir lo mismo respecto al requisito de “utilidad pública” del Tratado. No es suficiente que Bolivia simplemente diga, como lo hace en su Memorial de Contestación, que la toma de las Concesiones Mineras de Malku Khota se realizó por causa de una utilidad pública. Más bien, Bolivia debe, tal como se sostuvo en *British Caribbean Bank Limited c. Belize*, “set out the public purpose for which the expropriation was undertaken and offer a prima facie explanation of how the acquisition of the particular property was reasonably related to the fulfilment of that purpose.”⁵⁵⁹ Bolivia ha fracasado rotundamente en satisfacer dicho estándar.

272. De hecho, Bolivia no expropió las Concesiones Mineras de Malku Khota debido a una preocupación por los derechos humanos o por los derechos específicos de las comunidades indígenas. Estas son justificaciones *ex post facto* fabricadas por Bolivia para defenderse a sí misma en este arbitraje. La medida gubernamental crítica, el Decreto Supremo N° 1308 del 1° de agosto de 2012, no menciona ni una sola vez derechos humanos o los derechos de las comunidades indígenas. Como máximo, se refiere a “conflictos sociales” que supuestamente “[ponen] en riesgo la vida de la población del lugar y del personal de la empresa,” “la extrema situación social en el sector de Mallku Khota,” y la necesidad de “preservar la paz social y garantizar el retorno a la normalidad en la misma.”⁵⁶⁰ Bolivia cita estas mismas frases a lo largo de su Memorial de Contestación para justificar la supuesta utilidad pública de su expropiación de las Concesiones Mineras de Malku Khota.⁵⁶¹

273. Así, la única utilidad pública declarada y ostensible que Bolivia tuvo para justificar su expropiación de las Concesiones Mineras de Malku Khota de South

⁵⁵⁸ **CLA-149**, *ADC Affiliate Limited et al. c. República de Hungría*, Caso CIADI N° ARB/03/16, Laudo, 2 de octubre de 2006 en ¶ 432 (énfasis en el original).

⁵⁵⁹ **RLA-139**, *British Caribbean Bank Limited c. Gobierno de Belice*, CNUDMI, Caso CPA N° 2010-18, Laudo, 19 de diciembre de 2014 en ¶ 241.

⁵⁶⁰ **Prueba C-4**, Decreto Supremo N° 1308, 1° de agosto de 2012 en 3.

⁵⁶¹ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 176, 346.

American Silver era la necesidad de poner fin al conflicto social existente en la región de Malku Khota y restaurar la paz. Resulta discutible decidir si estas preocupaciones temporales de seguridad – que, por su naturaleza, pueden abatirse tras un corto período de tiempo y son, en todo caso, capaces de ser remediadas por el inversionista – realmente satisfacen el requisito de “utilidad pública” del Tratado. Pero los hechos revelan que las preocupaciones por la seguridad son una farsa y un pretexto.

274. El 8 de julio de 2012, el Presidente Evo Morales declaró que ya tenía la intención de nacionalizar las Concesiones Mineras de Malku Khota de South American Silver en el año 2011: “*El año pasado yo había planteado hay que nacionalizar...*”⁵⁶² Al día siguiente, 9 de julio de 2012, la Ministra de Comunicaciones de Bolivia, Amanda Dávila, realizó una conferencia de prensa en la que confirmó que, durante más de un año, Bolivia tenía la intención de expropiar las concesiones mineras: “*El Gobierno boliviano tenía siempre la intención de suspender el contrato con la empresa y revertir esta concesión a favor del Estado desde hace más de un año.*”⁵⁶³ Esto significa que, para julio de 2011, a más tardar, Bolivia ya había tomado la decisión de expropiar las inversiones de South American Silver. Sin embargo, de acuerdo a Bolivia, la “situación de orden público insostenible,” la cual es la razón oficial que invocó para efectuar la expropiación, sólo empezó en mayo de 2012.⁵⁶⁴ Es evidente que Bolivia expropió las Concesiones Mineras de Malku Khota por un motivo oculto y no debido a la “extrema situación social” referida en el Decreto Supremo N° 1308, la que fue meramente usada como pretexto.

275. Las pruebas contemporáneas disponibles dejan sobradamente claro el verdadero motivo: el objetivo de Bolivia al apoderarse de las Concesiones Mineras de Malku Khota era adquirir control sobre US\$13 billones en plata, indio, galio y otros minerales contenidos en el megayacimiento descubierto por South American Silver. Tanto el Presidente Morales como la Ministra Dávila indicaron que Bolivia tenía la

⁵⁶² **Prueba C-61**, *Morales confirma nacionalización de Malku Khota*, AGENCIA BOLIVIANA DE INFORMACIÓN, 8 de julio de 2012.

⁵⁶³ **Prueba C-63**, *Gobierno dice que tenía hace un año la intención de anular contrato con minera en Malku Khota*, LA RAZÓN, 9 de julio de 2012.

⁵⁶⁴ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 143. *Ver también* Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 147: “El año 2012 marcó el inicio de una nueva dinámica en el conflicto creado por CMMK entre las Comunidades Originarias.”

intención de expropiar las inversiones de South American Silver desde el año 2011. Esto tiene sentido, dado que el 31 de marzo de 2011, South American Silver dio a conocer públicamente los resultados de la Actualización de la PEA para el Proyecto Minero de Malku Khota que mostraba el verdadero enorme tamaño del depósito:⁵⁶⁵

Highlights

- Updated Malku Khota economic assessment study doubles mine throughput to 40,000 tonnes per day (tpd) for a 15 year mine life with excellent potential for extension through additional drilling.
- Annual silver production for the first 5 years of 13.2 million ounces at a cash cost of \$2.94 per ounce net of by-product credits at “base case” metal prices putting it in the lower quartile of producer costs.
- Annual production 80 tonnes per year of indium and 15 tonnes of gallium.
- Pre-tax NPV at a 5% discount rate of \$704 million and IRR of 37.7% at “base case” metal prices of \$18.00/oz silver, and \$500/kg indium, increasing to a NPV_{5%} of \$1.536 billion and IRR to 64.3% at “middle price case” of \$25.00/oz silver, and to a NPV_{5%} of \$2.571 billion at the “recent price case” of \$35/oz silver
- Cash flows for the first 5 years increase to average \$185 million per year at the base case, to \$287 million per year at the middle case and to \$430 million per year for the recent price case.
- Updated resource estimate expands Measured and Indicated resources 60% to 230 million ounces of silver with an additional Inferred resource of 140 million ounces of silver.
- 2010 drill program successfully confirms the geologic model with over 80% of the life-of-mine silver resources classified as the Measured and Indicated category in the pit model.
- During the construction phase approximately 1,000 new jobs would be created in the region with over 400 employees likely during operations.
- Budget of \$16 million approved for 2011 with Pre-Feasibility activities beginning in Q2.

Prueba C-41 Updated Malku Khota Study Doubles Production Levels and 1st 5 Year Cashflow Estimates, South American Silver Corp. Nota de prensa, 31 de marzo de 2011

Poco después, el 26 de abril de 2011, Bolivia declaró un área que rodeaba por completo las Concesiones Mineras de Malku Khota como una “Zona de Inmovilización – Área de Interés de COMIBOL,” prohibiendo a toda persona adquirir tierras u obtener una concesión en dicha área.⁵⁶⁶ Así, desde el principio, Bolivia tenía la intención de expropiar las inversiones de South American Silver para obtener un beneficio económico.

276. En ese sentido, el Gobernador de Potosí, el Sr. Félix Gonzales, el único testigo presentado por Bolivia en este caso, destacó en julio de 2012 que Bolivia se beneficiaría económicamente de la nacionalización inminente: *“el Estado gana con la nacionalización, pues económicamente representaría, al menos, ‘cerca de 800 millones de dólares todos los años. La plata, inicialmente hay más de 300 millones de onzas troy en todo el cerro de Mallku Khota; tenemos 1.800 toneladas de indio, galio, cobre y zinc,*

⁵⁶⁵ Memorial del Demandante en ¶ 54.

⁵⁶⁶ Memorial del Demandante en ¶ 55. Ver ¶ 98 *supra*.

y el oro que todavía no ha sido valorado.”⁵⁶⁷ Además, el mismo Decreto Supremo N° 1308 reconocía el valor económico de las Concesiones Mineras de Malku Khota otorgando a COMIBOL control exclusivo sobre las mismas y autorizándola a ejercer “todas las actividades de la cadena productiva minera.”⁵⁶⁸

277. Bolivia niega que expropió las concesiones mineras para servir sus propios intereses económicos porque “ni el Decreto de Reversión, ni los acuerdos que le precedieron contienen menciones al interés económico de la medida.”⁵⁶⁹ Esta es una defensa débil – e imprecisa – frente a las pruebas contundentes descritas anteriormente. Bolivia no puede enmascarar las verdaderas razones para sus impulsos expropiatorios y luego reclamar ese mismo ocultamiento como una defensa. **La simple verdad es que al nacionalizar las Concesiones Mineras de Malku Khota, Bolivia adquirió control de un depósito de recursos minerales valuados en casi US\$ 13 mil millones que constituye uno de los yacimientos de plata, indio y galio más grandes del mundo.** Contra este muy obvio motivo, Bolivia no ha podido mostrar ninguna utilidad pública legítima que sirva para justificar la expropiación de las inversiones del Demandante.

278. Aun asumiendo *arguendo* que la expropiación de Bolivia fue por causa de utilidad pública, Bolivia aún tendría que “*offer a prima facie explanation of how the acquisition of the particular property was reasonably related to the fulfilment of that purpose.*”⁵⁷⁰ Bolivia sostiene que la nacionalización de las Concesiones Mineras de Malku Khota era la única solución para terminar el conflicto que CMMK supuestamente había iniciado.⁵⁷¹ Bolivia también rechaza la afirmación de South American Silver de que aquellos opuestos al proyecto eran un puñado de mineros de oro ilegales en el área, y afirma que las comunidades indígenas se oponían al mismo porque “veían en él una

⁵⁶⁷ **Prueba C-64**, *Definen que el Estado se hará cargo de la mina Mallku Khota*, PÁGINA SIETE, 11 de julio de 2012.

⁵⁶⁸ **Prueba C-4**, Decreto Supremo N° 1308, Artículo 2.I, 1° de agosto de 2012: “La Corporación Minera de Bolivia – COMIBOL, se hará cargo de la administración y desarrollo minero en las 219 cuadrículas señaladas en el Artículo precedente, que incluyen las 170 Has registradas a nombre de EMICRUZ LTDA., ejerciendo todas las actividades de la cadena productiva minera...”

⁵⁶⁹ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 345.

⁵⁷⁰ **RLA-139**, *British Caribbean Bank Limited c. Gobierno de Belice*, CNUDMI, Caso CPA N° 2010-18, Laudo, 19 de diciembre de 2014 en ¶ 241.

⁵⁷¹ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 348.

amenaza a sus formas tradicionales de vida y el medio ambiente.”⁵⁷² El Tribunal debe desestimar aquellas declaraciones espurias. El conflicto fue iniciado por mineros de oro ilegales y aquellos que buscaban formar una cooperativa para explotar el depósito, no por CMMK, y la nacionalización de las concesiones mineras ciertamente no era la única solución para resolver la situación.

279. En mayo de 2012, el propio Ministro de Minas de Bolivia, Mario Virreira, confirmó la posición de South American Silver al declarar que la minería ilegal de oro era la causa basal del conflicto en Malku Khota: “*El oro y su explotación ilegal por parte de comunarios son la causa de la oposición de grupos originarios a la minera Malku Khota y no así la defensa de la ‘madre tierra.’*” Agregó: “*estos señores que se oponen a la presencia de la compañía minera Malku Khota, en realidad están haciendo es explotar ilegalmente el oro en esa región.*”⁵⁷³

280. Más aún, según se explicó anteriormente en mayor detalle en la Demanda Arbitral y en esta presentación,⁵⁷⁴ fueron las propias acciones y omisiones de Bolivia (incluyendo la conducta y negligencia de funcionarios de gobierno, imputable a Bolivia) –y nada que CMMK haya hecho– lo que encendió la oposición hacia el proyecto minero en Malku Khota y que en definitiva llevó a la supuesta “situación social extrema” que el Decreto Supremo N° 1308 supuestamente intentaba subsanar. Por ejemplo, el Gobernador de Potosí, señor Gonzales, no respondió la solicitud de ayuda original de CMMK enviada en diciembre de 2010.⁵⁷⁵ Agravando su falta de acción, el Gobernador Gonzáles firmó una petición en febrero de 2011 para que CMMK suspendiera sus actividades de forma indefinida para supuestamente evitar cualquier contaminación ambiental.⁵⁷⁶ Luego, en la reunión de Toro Toro de 23 de julio de 2011, declaró que el Gobierno de Potosí quería acciones en CMMK –declaración que ayudó a fortalecer la

⁵⁷² *Id.* ¶ 352.

⁵⁷³ **Prueba C-223**, *Explotación ilegal de oro es el origen del conflicto en Mallku Khota*, LA PAZ, 21 de mayo de 2012.

⁵⁷⁴ *Ver supra* Sección II.C; *Ver también* Memorial del Demandante Sección II.C.

⁵⁷⁵ CMMK solicitó ayuda del Gobernador de Potosí, 21 de diciembre de 2010.

⁵⁷⁶ **Prueba R-54**, Resolución de la Central Sindical de Trabajadores Originarios de la Primera Sección San Pedro de Buena Vistas de Potosí, Feb. 6, 2011.

oposición al proyecto Malku Khota en perjuicio de South American Silver.⁵⁷⁷ A lo anterior siguieron exigencias de que el Demandante abandonara todo su interés en CMMK.⁵⁷⁸ Frente a esta conducta abiertamente arbitraria, CMMK actuó de buena fe todo el tiempo, nunca incitó a la violencia, y buscó trabajar con las comunidades para obtener beneficios mutuos.⁵⁷⁹ Además, a pesar de que el Gobierno admitiera que los “caballeros que se oponen a la presencia de la compañía minera Malku Khota se encontraban en los hechos desarrollando actividades mineras en busca de oro en esa región”⁵⁸⁰ el Gobierno nada hizo para sancionar a aquellos actores ilegales. Bolivia simplemente encontró más fácil sancionar a South American Silver quien, como el Gobierno también reconoció, actuaba legalmente y cumplía con todas las regulaciones administrativas y legales relativas a actividades mineras.⁵⁸¹

281. La descarada expropiación de las inversiones de South American Silver no fue una medida necesaria ni proporcionada para restaurar el orden público. En lugar de tomar medidas preventivas para evitar el conflicto y servir como un verdadero mediador entre South American Silver y los opositores de la compañía, como era su deber, Bolivia eligió mantenerse a un lado, agravar las tensiones en el área para luego capitalizar la oportunidad y ganar una fuente de ingresos extraordinaria abalanzándose sobre las Concesiones Mineras Malku Khota, expropiando las mismas. Así, por ejemplo, en mayo de 2012, en medio de las protestas, el Ministro de Minas de Bolivia decidió no militarizar el área alrededor de Malku Khota.⁵⁸²

282. Bolivia tenía alternativas viables a expropiar derechamente. Podría haber designado una comisión especial, aislada de presiones políticas, para recolectar

⁵⁷⁷ **CWS-4**, Declaración Testimonial de Gonzales en ¶ 10. *Ver también* **RWS-1**, Declaración Testimonial de Gonzales Bernal en ¶ 33.

⁵⁷⁸ *Ver supra* ¶ 108; **RWS-1**, Declaración Testimonial de Gonzales Bernal en ¶ 33; **Prueba R-32**, Acta de la reunión de socialización del proyecto del 23 de julio de 2011; **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 46. **CWS-8**, Segunda Declaración Testimonial de Gonzales en ¶ 28.

⁵⁷⁹ *Ver supra* Sección II.B.

⁵⁸⁰ **Prueba C-223**, *Explotación ilegal de oro es el origen del conflicto en Mallku Khota*, LA PAZ, 21 de mayo de 2012.

⁵⁸¹ **Prueba C-231**, Comunicación Oficial de la oficina del Ministerio de Minas y Metalurgia a CMMK de fecha 16 de marzo de 2011, y Memorial emitido el 11 de febrero de 2011 por el señor Oscar Iturri, Jefe de la Unidad de Consulta Pública y Participación Ciudadana (énfasis agregado).

⁵⁸² **Prueba C-223**, *Explotación ilegal de oro es el origen del conflicto en Mallku Khota*, LA PAZ, 21 de mayo de 2012.

información y comunicarse con las comunidades locales y CMMK. También podría haber implementado un plan de emergencia para abordar la situación como, por ejemplo, comprometerse a desarrollar mejor infraestructura y servicios en el área. Pero Bolivia no hizo ninguna de estas cosas, lo que es una nueva demostración de la arbitrariedad y falta de propósito público real de la expropiación. De hecho, Bolivia no hace mención de acción preventiva o proactiva alguna (ni podría hacerlo, ya que no hubo ninguna) más allá de “la organización de diversas reuniones con CMMK y las Comunidades Indígenas con el objeto de buscar una solución.”⁵⁸³ Sin embargo, como también se explicó en la Demanda Arbitral y anteriormente en esta presentación,⁵⁸⁴ Bolivia no tenía intención alguna de buscar soluciones significativas incluso en aquellas reuniones; en cambio, esas reuniones se usaron para avivar el sentimiento anti-CMMK en el área,⁵⁸⁵ llevando así más lejos sus intenciones en definitiva expropiatorias. En cualquier caso, las reuniones organizadas fueron insuficientes para abordar las declaradas preocupaciones de las comunidades, y aquellas de CMMK.

283. Finalmente, para justificar sus acciones ilegales, Bolivia afirma en su Contestación que su expropiación de las concesiones mineras aseguraron “la pacificación de la zona” y “contribuyeron a la concordia entre las Comunidades Originarias,”⁵⁸⁶ sin entregar evidencia alguna sobre este efecto paliativo. Sin embargo, los hechos en terreno cuentan una historia diferente: la agitación continuó largo tiempo después de la expropiación. Reportes de prensa de Octubre de 2012 documentan las violentas protestas que aún ocurrían en Malku Khota.⁵⁸⁷ Esta vez, Bolivia no dudó en enviar en respuesta una “unidad policial preventiva” para asegurar el área y recopilar información.⁵⁸⁸ El año 2014, las comunidades locales aún se quejaban de que el gobierno no había tenido

⁵⁸³ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 348.

⁵⁸⁴ *Ver supra* Secciones C.3 y C.4; Memorial del Demandante Sección II.C.

⁵⁸⁵ *Id.*

⁵⁸⁶ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 343, 353.

⁵⁸⁷ **Prueba C-242**, *Se teme mayores actitudes violentas en Malku Khota*, EFE, 5 de octubre de 2012; **Prueba C-243**, *Toman de nuevo 50% de Malku Khota*, LOS TIEMPOS, 3 de octubre de 2012.

⁵⁸⁸ *Id.*

avances en el proyecto Malku Khota.⁵⁸⁹ En julio de 2015, tres años después de la nacionalización por Bolivia de las Concesiones Mineras Malku Khota, se reportó un descontento general en el sector minero de Potosí y violentas protestas estallaron debido a la incapacidad de Bolivia de entregar los servicios tan prometidos a las comunidades locales.⁵⁹⁰ En resumen, contrario a las afirmaciones de Bolivia, la toma por parte de Bolivia de las inversiones de South American Silver no tuvo ningún efecto relevante para poner término a la violencia en el área.

284. Así, Bolivia no ha establecido de manera satisfactoria por qué la expropiación de las Concesiones Mineras de Malku Khota de South American Silver fue, en sus propias palabras, “el único remedio posible” con que contaba para resolver esta situación. No ha logrado establecer que su expropiación de las Concesiones Mineras de Malku Khota de South American Silver fue realizada con una utilidad pública. Ni lo puede hacer, ya que la evidente motivación de Bolivia detrás de la expropiación no se relacionaba a la “utilidad pública”, sino con su deseo de controlar US\$13 billones en plata, indio, galio y otros minerales. La evidencia muestra que Bolivia expropió ilegalmente las inversiones del Demandante en violación del Artículo 5 del Tratado. Esta es una mal disimulada toma de propiedad, una medida no razonable y absolutamente desproporcionada que es antiética ante el derecho internacional.

2. La expropiación de Bolivia de las Concesiones Mineras de Malku Khota no se realizó en beneficio social relacionado a sus necesidades internas, y por lo mismo fue ilícita y contraria al Tratado

285. Es un hecho no controvertido que, para ser legal y cumplir con el Artículo 5(1) del Tratado, las expropiaciones de Bolivia de las Concesiones Mineras de Malku Khota debieron ser “por un beneficio social relacionado a sus necesidades internas”.

⁵⁸⁹ **Prueba C-244**, *Ayllus de Mallku Khota toman sede de Comibol*, LOS TIEMPOS, 29 de enero de 2014; **Prueba C-245**, “*Comibol cambia personal y niega toma en Mallku Khota*,” LOS TIEMPOS, 30 de enero de 2014.

⁵⁹⁰ **Prueba C-246**, *Protestas en Bolivia: 12 días de bloqueos y dinamita paralizan La Paz*, BBC, 20 de julio de 2015; **Prueba C-247**, *Los enfrentamientos de los mineros en Bolivia se intensifican*, EL PAÍS, 23 de julio de 2015.

Como se señaló anteriormente, Bolivia tiene la carga de acreditar esto.⁵⁹¹ Si no lo hace, entonces la expropiación debe ser considerada ilícita y contraria al Tratado.

286. En su Memorial de Contestación, Bolivia señala lo siguiente respecto a dicho requisito, y nada más: “[I]a 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.”⁵⁹² Bolivia no trata de interpretar el significado de los términos “beneficio social” o “necesidades internas”. Tampoco entrega ninguna evidencia respecto a lo que afirma. Ello causa especial sorpresa a la luz del hecho que este requisito es, frente a los términos del Tratado, tan importante como el criterio de la “utilidad pública”.

287. South American Silver ha presentado evidencia que demuestra que, contrario a las afirmaciones de Bolivia, los conflictos en Malku Khota no se han calmado.⁵⁹³ Aún más, South American Silver ha demostrado que la nueva preocupación de Bolivia por las comunidades indígenas en este arbitraje no se menciona en absoluto en los documentos contemporáneos a la expropiación. Más bien, ellos indican que Bolivia invocó como la razón para expropiar las inversiones del Demandante, la necesidad de terminar el conflicto social existente en la región Malku Khota y de restablecer la paz como la razón para expropiar las inversiones del Demandante.⁵⁹⁴ E incluso ésa es una justificación falsa, ya que la evidencia demuestra claramente que Bolivia se apoderó de las Concesiones Mineras Malku Khota para tomar el control de uno de los yacimientos más grandes de plata, indio y galio en el mundo.⁵⁹⁵

288. Así, en base a lo señalado anteriormente, el Tribunal debe concluir que las alegaciones de Bolivia relativas a los supuestos “beneficios sociales relacionados a [sus] necesidades internas” son erróneos. Por esta razón adicional, la expropiación de Bolivia de las inversiones del Demandante fue ilegal y violó el Artículo 5 del Tratado.

⁵⁹¹ *Ver supra* ¶ 254.

⁵⁹² Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 357.

⁵⁹³ *Ver supra* ¶¶ 272.

⁵⁹⁴ *Ver supra* ¶¶ 261-262.

⁵⁹⁵ *Ver supra* ¶¶ 263-266.

3. Bolivia no entregó a South American Silver una compensación puntual, adecuada y efectiva que responda al valor de mercado de la inversión expropiada, lo que hace que su expropiación de las inversiones del Demandante sea ilícita y en violación del Tratado.

289. Bolivia concede que nacionalizó las Concesiones Mineras Malkhu Khota de South American Silver.⁵⁹⁶ Como las Concesiones Mineras eran activos de CMMK, una sociedad constituida en Bolivia y de propiedad de South American Silver, un inversionista extranjero, el Artículo 5(2) del Tratado resulta aplicable, esto es, Bolivia debe asegurar “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 expropiadas.⁵⁹⁷ Por su parte, el Artículo 5(1) dispone, adicionalmente a los requisitos de que la expropiación sea realizada para un fin público y para el beneficio social relacionado a las necesidades internas de Bolivia (según se mencionó anteriormente), que la compensación debida al inversionista extranjero expropiado “*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...*”⁵⁹⁸

290. La nacionalización de las Concesiones Mineras Malku Khota gatilla de esta manera una obligación de Tratado de parte de Bolivia de pagar a South American Silver una compensación puntual, adecuada y efectiva ascendente al valor de mercado de las concesiones mineras. Bolivia no discute esto.⁵⁹⁹ **Así como tampoco discute que, a la fecha, no ha pagado ni ofrecido pagar compensación alguna a South American Silver por la expropiación de sus inversiones, la que se produjo hace más de tres años.**⁶⁰⁰ El incumplimiento indiscutible de Bolivia de entregar una compensación puntual, adecuada y efectiva al Demandante hace que su expropiación de las concesiones mineras sea ilícita y en violación del Tratado.

⁵⁹⁶ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 332 *et seq.*

⁵⁹⁷ **Prueba C-1**, Tratado, Artículo 5(2).

⁵⁹⁸ *Id.* en Artículo 5(1).

⁵⁹⁹ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 381.

⁶⁰⁰ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 392 *et seq.*

291. La defensa de Bolivia en este respecto es dual: primero, sugiere que adoptó medidas para compensar, pero que fue la falta de participación del Demandante en el proceso de valoración iniciado por Bolivia lo que produjo el quiebre del proceso de compensación.⁶⁰¹ Pero su proceso de valoración, según ella misma lo admite, se limitó sólo a los “costos incurridos por CMMK”,⁶⁰² y *no* a la puntual, adecuada y efectiva compensación y al valor de mercado de la inversión requeridos por el Tratado; esta falsa premisa hacer que el ejercicio entero resulte vacío. Más aún, las afirmaciones de Bolivia respecto a haber tomado medidas relevantes para ofrecer una compensación a South American Silver por su expropiación es falsa, según se señaló anteriormente: pese a que casi no se le dio notificación anticipada del proceso de valoración, el Demandante sí buscó comprometer a Bolivia y reunirse para discutir la valoración. Fue Bolivia quien no prosiguió con el proceso, sin dar siquiera una explicación.⁶⁰³

292. La segunda defensa de Bolivia es meramente legal. Alega que la falta de pago de una compensación al Demandante de su parte no significa que su expropiación haya sido ilícita o contraria al Tratado.⁶⁰⁴ También señala que la nacionalización de las concesiones mineras cumplió con los requerimientos establecidos en el Artículo 5 del Tratado respecto de la compensación.⁶⁰⁵ Según se muestra más adelante, estos argumentos son indefendibles desde el punto de vista legal.

a. El incumplimiento de Bolivia de pagar compensación a South American Silver significa que su expropiación de las Concesiones Mineras Malku Khota es contraria al Tratado.

293. El Artículo 5(2) del Tratado establece que Bolivia debe pagar una puntual, adecuada y efectiva compensación a South American Silver por haber nacionalizado las Concesiones Mineras Malku Khota el 1 de agosto de 2012. Bolivia no ha pagado dicha compensación al Demandante; de hecho, no ha realizado siquiera ninguna *oferta* de pago

⁶⁰¹ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 178-185.

⁶⁰² *Id.* ¶ 180.

⁶⁰³ Ver *supra* ¶¶ 142-144; Memorial del Demandante en ¶ 104; CWS-9, Segunda Declaración Testimonial de Malbrán en ¶ 37.

⁶⁰⁴ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 385, 392 *et seq.*

⁶⁰⁵ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 381 *et seq.*

significativa. Así, la expropiación de Bolivia de las inversiones de South American Silver constituye una abierta violación al Tratado. Tribunales de tratados de inversión han avalado esta conclusión lógica. Por ejemplo, el tribunal en *Funnekotter c. Zimbabwe*, presidido por el Juez Guillaume, sostuvo que la expropiación por parte de Zimbabwe de los activos del demandante había violado el tratado de inversión bilateral de Holanda y Zimbabwe porque, contrario a sus obligaciones de acuerdo al tratado, Zimbabwe no había pagado compensación a los demandantes.⁶⁰⁶

294. Bolivia rechaza este razonamiento basado en que los términos “sin demora” y “pronta” [puntual] no están definidos en el Tratado,⁶⁰⁷ y que “puntual” significa que la compensación debe pagarse “dentro de un período razonable de tiempo después de la toma”⁶⁰⁸. Absurdamente, Bolivia luego concede que un período de 12 años para pagar la compensación es “irrazonablemente largo”, implícitamente sugiriendo que un período de tres años (y contando) desde el momento en que las Concesiones Mineras del Demandante fueron expropiadas es razonable o, al menos, no “irrazonablemente largo.”⁶⁰⁹

295. Cada una de las alegaciones de Bolivia dentro de este argumento difícilmente puede tomarse en serio. No hay necesidad alguna de que el Tratado defina los términos “puntual, adecuada y efectiva compensación” porque dicho estándar tiene un significado universalmente aceptado en el derecho internacional consuetudinario de manera tal que hace que las citas sean innecesarias. De hecho, según Bolivia lo afirma en otros contextos, la interpretación de “puntual, adecuada y efectiva compensación” puede ser tomada directamente del derecho internacional general en virtud de las reglas generales de interpretación de tratados contenidas en el Artículo 31 de la Convención de Viena. Que Bolivia de un momento a otro niegue el significado otorgado a “puntual,

⁶⁰⁶ **CLA-150**, *Bernardus Henricus Funnekotter et al. c. República de Zimbabwe*, Caso CIADI No. ARB/05/6, Laudo, 22 de abril de 2009 en ¶ 107. Ver también **CLA-10**, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et al. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo, 20 de Agosto de 2007 en ¶ 7.5.21 (“Si concluimos que las medidas en disputa son expropiatorias, estas serán violatorias del Artículo 5(2) del Tratado, aunque pudieran obedecer a una causa de utilidad pública y no ser discriminatorias, ya que no se ha pagado alguna indemnización.”).

⁶⁰⁷ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 387.

⁶⁰⁸ *Id.* ¶ 387.

⁶⁰⁹ *Id.* ¶ 388.

adecuada y efectiva compensación” por el derecho internacional es nada menos que insincero.

296. Dada la inclinación de Bolivia a utilizar definiciones de diccionario, cabe mencionar que el Oxford Dictionary of English define el adjetivo “*prompt*” (puntual) como “realizado sin demora; inmediato.”⁶¹⁰ Asimismo, define el sustantivo “*delay*” (demora) como “un período de tiempo durante el cual algo es atrasado o pospuesto.”⁶¹¹ De acuerdo a un estudio reciente de la UNCTAD sobre expropiación, “[s]e considera que la compensación es puntual si se paga sin demora; adecuada, si tiene una relación razonable con el valor de mercado de la inversión afectada; y efectiva, si se paga en moneda convertible o de libre uso.”⁶¹² Apoyándonos en estas definiciones, el incumplimiento de Bolivia en entregar una compensación a South American Silver inmediatamente o al menos “sin demora” tras la nacionalización de sus Concesiones Mineras Malku Khota es una violación al Artículo 5(2) del Tratado.

297. Las fuentes de ambas Partes sugieren que el estándar de “puntual, adecuada y efectiva compensación” no se infringe si el Estado paga una compensación al inversionista expropiado tan rápido como sea posible de acuerdo al árbitro exclusivo en el caso *Goldenberg*,⁶¹³ o dentro de un período de tiempo razonable de acuerdo tanto a L.B. Sohn y R.R. Baxter como a Sergey Ripinsky.⁶¹⁴ Sin embargo, Bolivia convenientemente omite agregar que en su artículo, Sohn y Baxter especifican a qué se refieren con un período de tiempo razonable:

While no hard and fast rule may be laid down, the passage of **several months** after the taking without the furnishing by the State of any real indication that compensation would

⁶¹⁰ **CLA-163**, Oxford Dictionary of English.

⁶¹¹ *Id.*

⁶¹² **CLA-151**, UNCTAD, *Expropriation*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II (2012), UNCTAD/DIAE/IA/2011/7 en 40.

⁶¹³ **CLA-33**, *Goldenberg case (Germany v. Romania)*, Laudo, 27 de septiembre de 1928, UN RIAA Vol. II en 909.

⁶¹⁴ **RLA-104**, L.B. Sohn & R.R. Baxter, *Responsibility of States for Injuries to the Economic Interest of Aliens* (1961), 55 American Journal of International Law 545, 558; **RLA-103**, Sergey Ripinsky with Kevin Williams, *Damages in International Investment Law* (British Institute of International and Comparative Law, 2008) 68.

shortly be forthcoming would raise serious doubt that the State intended to make prompt compensation at all.⁶¹⁵

298. El estándar de “varios meses” articulado por Sohn y Baxter ha sido alcanzado muchas veces durante este caso: han pasado tres años (y contando) desde la nacionalización por parte de Bolivia de las Concesiones Mineras Malku Khota. Durante ese tiempo, Bolivia no ha compensado al Demandante, ni mucho menos le ha entregado “indicación real alguna de que una compensación estaría pronto en camino.” Así, de acuerdo a la propia fuente de derecho de Bolivia, ésta no ha entregado una compensación a South American Silver dentro de un período razonable de tiempo.

299. Con todo lo dicho, el argumento de Bolivia de que tres años (y contando) no es no razonable, demuestra una actitud inquietantemente arbitraria y displicente hacia el derecho de tratado del Demandante a ser compensado de manera “puntual, adecuada y efectiva”. El incumplimiento sostenido de Bolivia de compensar a South American Silver por la nacionalización de las Concesiones Mineras el 1 de agosto de 2012 es una violación de sus obligaciones en virtud del Artículo 5 del Tratado.

b. Asimismo, el incumplimiento de Bolivia de pagar compensación a South American Silver significa que su expropiación de las Concesiones Mineras Malku Khota fue ilícito.

300. Un asunto relacionado pero distinto se centra en si la falta de pago de compensación por parte de Bolivia transforma su expropiación en “ilícita” como un tema de derecho internacional. Bolivia contradice el argumento de South American Silver de que el no pago de Bolivia de una compensación por la toma de las Concesiones Mineras Malku Khota transformó dicha nacionalización en ilícita.⁶¹⁶ Cree que el pago (o más precisamente, el no pago) de compensación no es un factor al momento de decidir si una expropiación es (o no) ilícita.⁶¹⁷ Pero esta objeción no está bien fundada.

⁶¹⁵ **RLA-104**, L.B. Sohn & R.R. Baxter, *Responsibility of States for Injuries to the Economic Interest of Aliens* (1961), 55 American Journal of International Law 545, 558. (énfasis agregado)

⁶¹⁶ Memorial del Demandante en ¶ 138; Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 392-393.

⁶¹⁷ Memorial del Demandado en ¶ 397.

301. La falta de pago de compensación por parte de un Estado tras la expropiación de una inversión transforma dicha expropiación en ilícita.⁶¹⁸ Según lo señala sucintamente un destacado académico francés: “el Estado tiene el derecho a realizar una expropiación siempre y cuando entregue una compensación a la persona expropiada; si no lo hace, esa expropiación se vuelve automáticamente ilícita, el Estado se hace responsable y está obligado a reparar la pérdida incurrida por la persona expropiada.”⁶¹⁹ Los tribunales de tratados de inversión también han adoptado esa posición.⁶²⁰

302. Al leer cuidadosamente la jurisprudencia en que Bolivia se apoya para argumentar que la falta de compensación no hace, por sí misma, que una expropiación sea ilícita, se aprecia que de hecho la misma no apoya su posición. Por ejemplo, el pasaje del laudo de *Venezuela Holdings* citado por Bolivia de hecho apoya la proposición de que si el inversionista expropiado no recibe compensación, es posible que la expropiación en disputa no sea necesariamente ilícita, porque el Estado puede haber hecho una oferta de compensación a ese inversionista.⁶²¹ Este no es el caso, sin embargo –Bolivia no discute el hecho de que ella no pagó **ni ofreció pagar** compensación a South American Silver. Por el contrario, tras un largo procedimiento administrativo que solamente puede ser atribuido a Bolivia (como lo admite Bolivia, el procedimiento incluía la cancelación de los términos de referencia para la participación de compañías valuadoras debido a deficiencias administrativas y la contratación y despido de diferentes firmas

⁶¹⁸ **CLA-152**, Arnaud de Nanteuil, *Droit international de l’investissement* (Pedone, 2014) en 346, ¶ 741: “Indiscutablement, une expropriation ne peut avoir lieu dans le respect de la licéité internationale sans qu’une compensation financière soit versée à l’investisseur qui en est l’objet” (“De manera incuestionable, una expropiación internacional lícita no puede ocurrir sin que se otorgue compensación financiera al inversionista expropiado”).

⁶¹⁹ **CLA-152**, Arnaud de Nanteuil, *Droit international de l’investissement* (Pedone, 2014) en 347, ¶ 743: “l’Etat a le droit de procéder à une expropriation sous réserve de verser une compensation à la personne expropriée ; s’il ne le fait pas, son expropriation devient automatiquement illicite, ce qui engage sa responsabilité et l’oblige à indemniser la perte ainsi subie.”

⁶²⁰ *See, e.g., CLA-2, Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, 6 de febrero de 2007 en ¶ 273.

⁶²¹ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 394; **RLA-105, Venezuela Holdings et al. c. República Bolivariana de Venezuela**, Caso CIADI No. ARB/07/27, Laudo, 9 de octubre de 2014 en ¶ 301.

valuadoras⁶²²), instruyó a la empresa valuadora que hiciera una estimación solo del gasto hecho por la Compañía.⁶²³

303. Las numerosas decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos (“ECHR” por sus siglas en inglés) en que Bolivia se apoya son también irrelevantes respecto de esta controversia.⁶²⁴ Guiándose por el Protocolo N°1, la ECHR ha desarrollado una distinción entre las tomas inherentemente ilegales y aquellas que son ilegales porque no se pagó una compensación.⁶²⁵ Dicha distinción no es aplicable en el presente caso. LA ECHR y el marco legal que la anima, la Convención Europea de Derechos Humanos, es muy diferente del marco legal que estas partes libremente celebraron como parte de la *lex specialis* del Tratado que constituye la ley primaria aplicable a la controversia. El Protocolo N°1 de la ECHR confirma lo anterior, ya que solo habla de derechos de propiedad en general, no de derechos de propiedad de extranjeros, y también circunscribe ese derecho mediante una remisión a “los principios generales del derecho internacional”,⁶²⁶ incluyendo normas como la puntual, adecuada y efectiva compensación de la expropiación.

304. Finalmente, South American Silver discrepa del intento de Bolivia de presentar el reciente laudo de *Tidewater c. Venezuela* como si hubiera sentenciado que la compensación no es un factor para distinguir expropiaciones lícitas de ilícitas. Es cierto que el tribunal *Tidewater* decidió que “una expropiación a la que sólo falte la determinación de la compensación por un tribunal internacional no debe ser tratada como una expropiación ilegal.”⁶²⁷ Sin embargo, Bolivia no presenta ese hallazgo en el contexto correcto. Una lectura imparcial de *Tidewater* demostrará que, si bien Venezuela admitió

⁶²² Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶182-185.

⁶²³ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 185.

⁶²⁴ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 397-398.

⁶²⁵ **RLA-103**, Sergey Ripinsky with Kevin Williams, *Damages in International Investment Law* (British Institute of International and Comparative Law, 2008) 67; **RLA-107**, *Case of the Former King of Greece & others v. Greece*, ECHR, Solicitud No. 25701/94, Sentencia (Justa satisfacción), 28 de noviembre de 2002 en ¶ 78.

⁶²⁶ **CLA-153**, Artículo 1 del Protocolo No. 1 de ECHR dispone, en parte: “*Protection of Property*. Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.”

⁶²⁷ **RLA-106**, *Tidewater Investment SRL et al. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/5, Laudo, 13 de marzo de 2015 en ¶ 140.

haber expropiado directamente ciertos activos del demandante, los temas legales esenciales se centraron en su expropiación *indirecta* de las otras inversiones de Tidewater. Es innecesario señalar que en la mayoría de todos los casos de expropiación indirecta, no existe oferta o pago de compensación por parte del Estado ya que lo que se cuestiona precisamente es si las medidas del Estado constituyeron una expropiación o no. Según lo notó el propio tribunal Tidewater, “La mayor parte de los reclamos de expropiación versan sobre la cuestión de si una medida es en modo alguno expropiatoria. En estos casos, cuando el tribunal considera la existencia de expropiación, casi siempre se adeuda la indemnización. Son poco frecuentes los casos en los que se reconoce la expropiación y la controversia gira en torno al monto de la indemnización; los casos en los que no se ha pagado indemnización alguna debido a que se discute la propia calificación de expropiación son la norma.”⁶²⁸ Pero este caso es precisamente una de esas “poco frecuentes” instancias –la propia Bolivia reconoce que expropió las inversiones de South American Silver mediante un decreto de reversión; de hecho, enfatiza el hecho que COMIBOL ordenó la valoración que, de haberse completado, se señala que “el estándar de compensación ... se ajusta a lo dispuesto por el Tratado.”⁶²⁹ Así, *Tidewater* no sirve de apoyo a Bolivia, quien realizó una expropiación directa de la inversión de South American Silver, que conllevaba la obligación de tratado de ofrecer una compensación.

305. Los organismos internacionales orientados al Estado, tales como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (“UNCTAD”) confirman el análisis antes mencionado. En su publicación de 2012 dedicada a la expropiación, la UNCTAD analizó las características del requisito de compensación y concluyó que es necesario realizar una distinción entre expropiación directa e indirecta: “[w]hile **failure by a State to pay any compensation for a direct expropriation can be seen as rendering such an illegal expropriation**, this should not be the case when a measure at stake allegedly constitutes an indirect expropriation. Even if the measure is found by a tribunal to be expropriatory, the obligation to pay compensation should arise

⁶²⁸ **RLA-106**, *Tidewater Investment SRL et al. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N° ARB/10/5, Laudo, 13 de marzo de 2015 en ¶ 138.

⁶²⁹ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 179.

only as a consequence of such finding.”⁶³⁰ De hecho, a pesar de que una ONG como el Instituto para el Desarrollo Sustentable señale la verdadera diferencia entre la expropiación directa e indirecta en comparación con la compensación: “La mayor parte de los reclamos de expropiación versan sobre la cuestión de si una medida es en modo alguno expropiatoria. En estos casos, cuando el tribunal considera la existencia de expropiación, casi siempre se adeuda la indemnización. Son poco frecuentes los casos en los que se reconoce la expropiación y la controversia gira en torno al monto de la indemnización; los casos en los que no se ha pagado indemnización alguna debido a que se discute la propia calificación de expropiación son la norma.”⁶³¹

306. El objetivo y el propósito de las protecciones sobre expropiación del Tratado agregan aún más razones para que este Tribunal rechace el reclamo de Bolivia de que la falta de compensación en este caso es intrascendente. En la lógica de Bolivia, un Estado podría llevar a cabo una expropiación directa supuestamente “legal” al expropiar una inversión si cumple con las condiciones de los propósitos públicos necesarios para que dicha expropiación sea legal, pero sin embargo retener la compensación por completo, lo que estaría permitido efectuar hasta que el inversionista iniciara costosos procesos de arbitrajes buscando una compensación, y sólo entonces proceder a determinar el valor justo de mercado de la inversión expropiada. Es imposible que esta conducta patológica esté acorde con las nociones básicas del debido proceso y de las reglas justas. De hecho, si este criterio fuera legal, los Estados ya no tendrían un incentivo para ofrecerle al inversionista una puntual, adecuada y efectiva compensación por la inversión expropiada. Esto no puede ser correcto. Tal como escribió el Dr. Ripinsky, “the non-payment of *any* compensación for an unreasonable length of time cannot be seen as lawful behavior because this would undermine the whole regime of international law on expropiación.”⁶³²

⁶³⁰ **CLA-151**, UNCTAD, *Expropriation*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II (2012), UNCTAD/DIAE/IA/2011/7 en 44.

⁶³¹ **CLA-154**, Suzy Nikiema, *Compensation for Expropriation*, International Institute for Sustainable Development, Best Practices Series, Mar. 2013.

⁶³² **RLA-103**, Sergey Ripinsky with Kevin Williams, *Damages in International Investment Law* (British Institute of International and Comparative Law, 2008) 68 (énfasis en el original).

307. En consecuencia, la única lectura apropiada del Tratado consistente con la ley y las políticas internacionales, es que cuando un Estado efectuó una expropiación directa que de otra forma sería legal (por ejemplo, cuando se cumple con los criterios de política pública y de no discriminación), el Estado debe también pagar puntualmente al inversionista el valor de mercado de la inversión expropiada, y hacerlo dentro de un período de tiempo razonable. El hecho que no sea pagada es lo que hace que la expropiación sea ilegal. Por cierto, si un inversionista creyera que la compensación ofrecida por el Estado no corresponde al valor de mercado de su inversión, tendría derecho a iniciar un proceso de arbitraje; sin embargo, esto no quiere decir que el Estado anfitrión no tuviera la obligación pre-existente de otorgarle una puntual, adecuada y efectiva compensación, como lo ordena el Tratado, aún antes que se instituyera el arbitraje.

308. En este caso, el Tribunal ni siquiera debe enfrentar la pregunta de si se otorgó una compensación “adecuada”: Bolivia expropió la inversión de South American Silver sin otorgarle o siquiera ofrecerle ninguna compensación, y transcurridos tres años después del hecho (que sigue corriendo), es innegable que el incumplimiento de Bolivia continúa, ya que no ha entregado una “puntual” compensación como lo dicta el Tratado. Al efectuar una expropiación *directa*, era obligación de Bolivia otorgar una puntual, adecuada y efectiva compensación al valor de mercado, tal como lo requiere el Tratado, lo que no ocurrió.

309. Dicho eso, el Demandante mantiene que la falta de Bolivia de otorgar u ofrecer cualquier compensación como resultado de su nacionalización de las Concesiones Mineras de Malku Khota– una instancia innegable de expropiación directa admitida como tal por Bolivia – sólo puede significar que la expropiación fue ilícita.

4. De cualquier forma, la promulgación del Decreto Supremo N° 1308 por parte de Bolivia no cumplió con el requerimiento de una puntual, adecuada y efectiva compensación señalado en el Artículo 5 del Tratado

310. Bolivia realiza un intento adicional de liberarse de su responsabilidad, alegando que los términos del Decreto Supremo N° 1308 y los supuestos “esfuerzos” que realizó para compensar a South American Silver son suficientes para satisfacer los requisitos de una puntual, adecuada y efectiva compensación como lo señala el Artículo 5

del Tratado.⁶³³ Según Bolivia, la jurisprudencia apoya la propuesta que, en tanto el Estado ofrezca una compensación y/o realice esfuerzos de buena fe en ese sentido, no puede afirmarse que el Tratado fue violado.⁶³⁴ Esta línea argumentativa es incorrecta en cuanto a los hechos y al derecho.

311. El Artículo 5 del Tratado claramente indica que la compensación ofrecida por el Estado en caso de una expropiación “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, lo que ocurra primero.”⁶³⁵ El Decreto Supremo N° 1308 ni siquiera se acerca a esa norma: sólo señalaba que COMIBOL contrataría a una empresa independiente para valorizar las inversiones realizadas por CMMK y Emicruz Ltda., y que sobre la base de esa valoración, COMIBOL establecería el monto y las condiciones bajo las que Bolivia *reconocería* (término usado en el texto) las inversiones efectuadas por CMMK y Emicruz Ltda.⁶³⁶ En otras palabras, el Decreto de expropiación de Bolivia no constituye una oferta de compensación. De hecho, en ninguna sección de este documento aparece que Bolivia realmente ofrezca compensar al Demandante por su pérdida. Y aun cuando el Decreto Supremo N° 1308 pudiera entenderse como una oferta de compensación, asunto que South American Silver niega, señala que la empresa independiente deberá valorar las inversiones efectuadas por CMMK y Emicruz Ltda. y no, como indica el Tratado, evaluar el valor de mercado de la inversión expropiada. En consecuencia, contrario a lo que manifiesta Bolivia, sus “propuestas” fueron de hecho incompatibles con los requerimientos señalados en el Tratado.⁶³⁷

312. Como resultado de lo anterior, debido a que el Decreto Supremo N° 1308 no constituye una oferta de compensación ni se ocupa de evaluar el valor de mercado de las inversiones del Demandante, la doctrina y la jurisprudencia en la que se apoya Bolivia para justificar su posición son inadecuadas. Tanto los escritos de August Reinisch,

⁶³³ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 382, 385, 401-402.

⁶³⁴ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 383-384, 400.

⁶³⁵ **Prueba C-1**, Tratado, Artículo 5(1).

⁶³⁶ **Prueba C-4**, Decreto Supremo No. 1308, Artículos 4.I and 4.II, Aug. 1, 2012.

⁶³⁷ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 401.

Sergey Ripinsky e Irmgard Marboe citados por Bolivia, así como el laudo *Tidewater* se refieren a una oferta de compensación,⁶³⁸ lo que Bolivia nunca realizó. Las consecuencias de la falta de una oferta de compensación son claras: “*where no compensación at all has been paid for a protracted period of time or, where la compensación paid or offered has been manifestly unreasonable, should be treated as ilegal.*”⁶³⁹ De forma similar, el tribunal de *LETCO* mantuvo que la expropiación discutida en el caso era ilegal porque no fue “no fue acompañada de una oferta de compensación apropiada.”⁶⁴⁰

313. El resto de la jurisprudencia citada por Bolivia tampoco es relevante. En los casos *Amoco* y *Venezuela Holdings*, las circunstancias que rodeaban esos casos simplemente no son comparables con los hechos que se discuten en este caso. De hecho, en gran medida ocurrió lo contrario: a través del Decreto Supremo N° 1308, Bolivia impuso a South American Silver un método no negociable para determinar el valor de las inversiones realizadas por CMMK y Emicruz Ltda. Y en este mismo arbitraje Bolivia mantiene que no tenía obligación de consultar a CMMK respecto al procedimiento de evaluación de la compensación adeudada.⁶⁴¹

314. En consecuencia, la promulgación del Decreto Supremo N° 1308 por parte de Bolivia no satisfizo el requisito de compensación del Artículo 5 del Tratado, ya que ni siquiera establece una puntual, adecuada y efectiva compensación correspondiente al valor de la inversión expropiada. El Decreto no constituyó ni una oferta de compensación ni un cálculo correcto de la compensación adeudada al Demandante. Por lo tanto, cualquier paso posterior que tomara Bolivia para cumplir con ese Decreto, no

⁶³⁸ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 383-384, 400, 402.

⁶³⁹ **RLA-103**, Sergey Ripinsky with Kevin Williams, *Damages in International Investment Law* (British Institute of International and Comparative Law, 2008) 68 (“Therefore, it seems that those takings, where no compensation in all has been paid for a protracted period of time or, where la compensación paid or offered has been manifestly unreasonable, should be treated as unlawful”); **RLA-102**, Irmgard Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law* (Oxford University Press, 2009) 59, ¶ 3.50 this breach are clear. (“[i]f the State does not comply with [the treaty provisions on expropriation], it commits an internationally wrongful act.”).

⁶⁴⁰ **CLA-155**, *LETCO c. Liberia*, Caso CIADI No. ARB/83/2, Laudo, 31 de marzo de 1986 en 2 Informes CIADI 343, 367; **RLA-98**, August Reinisch, “Legality of Expropriations” en August Reinisch (ed.), *The Standards of Investment Protection* (Oxford University Press, 2008) 171, 199.

⁶⁴¹ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 369 *et seq.*

permite al Tribunal realizar una evaluación del cumplimiento con el Artículo 5 (incluso no considerando el hecho que esos pasos siguientes no cumplieron con el Decreto).

C. LOS ACTOS Y OMISIONES DE BOLIVIA RESPECTO A LAS INVERSIONES DEL DEMANDANTE INFRINGIERON OTRAS ESTIPULACIONES DEL TRATADO

315. Además de la expropiación ilegal, los actos y omisiones de Bolivia con respecto a las Concesiones Mineras de Malku Khota de South American Silver violaron las normas de un trato justo y equitativo (1) y de completa protección y seguridad (2) consagradas en el Tratado. Bolivia también afectó las inversiones del Demandante tomando medidas inadmisibles y discriminatorias (3), y proporcionó un trato menos favorable a esas inversiones que a las inversiones realizadas por sus propios inversionistas (4).

1. Bolivia no ofreció un trato justo y equitativo a las inversiones del Demandante

316. El Artículo 2(2) del Tratado indica 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 ... en el territorio de la otra Parte Contratante.”⁶⁴² Las Partes acuerdan que con respecto a las Concesiones Mineras de Malku Khota de South American Silver, el estándar de trato justo y equitativo requiere que Bolivia (a) proteja las legítimas expectativas del Demandante; (b) actúe de buena fe; y (c) actúe de manera predecible y transparente.⁶⁴³ En sus propias palabras, “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 inversión.”⁶⁴⁴

317. Sin embargo, Bolivia disiente con el apoyo que da el Demandante al razonamiento del Tribunal en *Tecmed c. Mexico*,⁶⁴⁵ que sostuvo específicamente que el

⁶⁴² Prueba C-1, Tratado, Artículo 2(2).

⁶⁴³ Memorial del Demandante en ¶¶ 148-151; Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 407-409.

⁶⁴⁴ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 409.

⁶⁴⁵ *Id* ¶ 410.

trato justo y equitativo protege las expectativas legítimas del *Demandante*.⁶⁴⁶ Para estos efectos, cita la crítica del comité *ad hoc* de *MTD c. Chile* respecto a esa decisión.⁶⁴⁷ Pero esa crítica no tiene sustento considerando que numerosos tribunales encargados de tratados de inversiones han apoyado posteriormente la posición del tribunal de *Tecmed*.⁶⁴⁸ El apoyo de Bolivia en las conclusiones en *Genin c. Estonia* está igualmente fuera de lugar.⁶⁴⁹ El tribunal de *Genin* no interpretó el trato justo y equitativo, sino el *mínimo estándar internacional de tratamiento* bajo la ley internacional común, lo que no está en discusión en este arbitraje.

318. En cualquier caso, tal como se demuestra más abajo, el mal trato de Bolivia hacia South American Silver y su inversión constituye una violación de cualquier expresión del estándar de trato justo y equitativo.

a. Bolivia violó las expectativas legítimas del Demandante

319. Las expectativas legítimas de un inversionista están basadas en “el estado de la ley del país anfitrión al momento de efectuar la inversión.”⁶⁵⁰ En consecuencia, en el caso del Demandante, su expectativas estaban basadas, *inter alia*, en el Tratado; la Ley de Inversiones de Bolivia de 1990, que promovía y garantizaba las inversiones extranjeras;⁶⁵¹ y la Ley de Minería de 1997 de Bolivia, que definía un método claro para la adquisición y registro de concesiones mineras, así como una certeza legal respecto a

⁶⁴⁶ Memorial del Demandante en ¶ 148.

⁶⁴⁷ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 411.

⁶⁴⁸ Ver, p.ej., **RLA-27**, *Gold Reserve Inc. c. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1, Laudo, 22 de septiembre de 2014 en ¶ 572; **CLA-156**, *Spyridon Roussalis c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/06/1, Laudo, 7 de diciembre de 2011 en ¶ 316; **CLA-157**, *Alpha Projektholding GmbH c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/07/16, Laudo, 8 de noviembre de 2010 en ¶ 420; **CLA-03**, *Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs c. República de Georgia*, Caso CIADI No. ARB/05/18, Laudo, 3 de marzo de 2010 en ¶ 440; **CLA-68**, *Rumeli Telekom A.S. c. Kazajistán*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo, 29 de julio de 2008 en ¶ 609; **CLA-51**, *PSEG Global c. Turquía*, Caso CIADI No. ARB/02/5, Laudo, 19 de enero de 2007 en ¶ 240; **CLA-42**, *LG&E Energy Corp. et al. c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 de octubre de 2006 en ¶ 127; **CLA-48**, *Eureko c. Polonia, Ad hoc*, Laudo Parcial, 19 de agosto de 2005 en ¶ 235; **CLA-53**, *Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador*, UNCITRAL, LCIA Caso No. UN3467, Laudo Final, 1 de julio de 2004 en ¶ 185.

⁶⁴⁹ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 433-434.

⁶⁵⁰ **RLA-112**, Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2nd ed. (Oxford University Press, 2012) 115.

⁶⁵¹ Memorial del Demandante en ¶ 18; **CWS-1**, Declaración Testimonial de Fitch en ¶ 17; **CWS-2**, Declaración Testimonial de Malbran en ¶ 13

tales concesiones.⁶⁵² Las expectativas de South American Silver también se basaban en las reiteradas y específicas expresiones de apoyo de Bolivia cuando se invirtió en Malku Khota y durante el curso de esa inversión, hasta mediados del año 2011.⁶⁵³

320. Posteriormente, Bolivia procedió a debilitar las legítimas expectativas del Demandante (i) desautorizando públicamente los derechos propietarios de South American Silver con respecto a las Concesiones Mineras de Malku Khota y amparando la oposición hacia el proyecto y la Compañía;⁶⁵⁴ (ii) permitiendo que escalara el conflicto en Malku Khota, cuya causa principal era la presencia de mineros ilegales en la zona⁶⁵⁵ y el interés de algunos en formar una cooperativa;⁶⁵⁶ (iii) decidiendo, negociando y por último formalizando la expropiación de las inversiones del Demandante, sin un aviso previo apropiado y sin darle a CMMK la oportunidad de ser escuchada, supuestamente porque esta era la única forma de acabar con el conflicto social en la región de Malku Khota, pero de hecho porque la nacionalización era útil para su agenda financiera,⁶⁵⁷ y (iv) omitiendo compensar a South American Silver luego de la expropiación.⁶⁵⁸

321. En su defensa, Bolivia argumenta que los actos y omisiones señalados anteriormente no constituyen un incumplimiento de las expectativas legítimas de South American Silver, ya que esta última debió haber esperado que Bolivia protegiera a las comunidades indígenas conforme a sus obligaciones nacionales e internacionales.⁶⁵⁹ Sin embargo, esa defensa no resiste análisis. Como se indicó antes, Bolivia no nacionalizó las Concesiones Mineras de Malku Khota por su preocupación por los derechos humanos o por ciertos derechos de las comunidades indígenas.⁶⁶⁰ La mención de Bolivia de esta

⁶⁵² Notificación de Arbitraje del Demandante, 30 de abril de 2013 en ¶12; Memorial del Demandante en ¶19; **Prueba C-30**, Código Minero de Bolivia, Ley 1777, publicado en Gaceta No. 1987, 17 de marzo de 1997.

⁶⁵³ Ver Memorial del Demandante Sección II.B.5

⁶⁵⁴ Ver, p.ej., **CWS-4**, Declaración Testimonial de Gonzales en ¶¶ 10, 24; **RWS-1**, Declaración Testimonial de Gonzales Bernal en ¶ 33; Ver also *supra* 100 *et seq.*

⁶⁵⁵ Ver *supra* ¶¶ 81 and 82.

⁶⁵⁶ Ver *supra* ¶¶ 79, 84 *et seq.*, 98 and 108-111.

⁶⁵⁷ Memorial del Demandante Sección II.D.4

⁶⁵⁸ *Id.*

⁶⁵⁹ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 409 *et seq.*, en particular 423-425, 429-431.

⁶⁶⁰ Ver *supra* ¶¶ 281.

justificación es una excusa *ex post facto* fabricada para fines de este arbitraje. Y aun cuando Bolivia hubiera nacionalizado las Concesiones Mineras por su preocupación por los derechos de las comunidades indígenas, lo que el Demandante niega, Bolivia no ha establecido una razón para explicar por qué su obligación de proteger a las comunidades indígenas necesariamente conllevaba liberarse de sus obligaciones hacia South American Silver de acuerdo con el Tratado.

322. Bolivia debió haber actuado para proteger tanto a las comunidades indígenas como a South American Silver cuando surgieron las primeras señales de posibles conflictos. Por el contrario, Bolivia prefirió observar y no hacer nada,⁶⁶¹ y ahora culpa al Demandante por los eventos desafortunados que ocurrieron con posterioridad. La verdad es que el escalamiento del conflicto y sus nefastas consecuencias evidencian que Bolivia incumplió con sus obligaciones tanto hacia las comunidades indígenas como frente a South American Silver. Finalmente, es la completa falla de Bolivia en proteger las Concesiones Mineras de Malku Khota del Demandante,⁶⁶² tal como se describió antes, lo que afectó las legítimas expectativas del Demandante. Por estos motivos, el Tribunal debe manifestar que los actos y omisiones de Bolivia con relación a las concesiones de South American Silver infringieron los estándares de un trato justo y equitativo consagradas en el Artículo 2 del Tratado.

b. Bolivia no actuó de buena fe en relación con las inversiones de South American Silver

323. Otro elemento del trato justo y equitativo es el requisito de que Bolivia actuara de buena fe con respecto a la inversión de South American Silver. Bolivia no cumplió con sus obligaciones en este sentido, ya que (i) debilitó los derechos del Demandante, los que funcionarios del gobierno simulaban proteger; (ii) negoció, decidió y finalmente formalizó la revocación de las Concesiones Mineras de CMMK por motivos distintos a los que se señalaron oficialmente, al tiempo que mantenían al Demandante y a CMMK fuera del proceso de forma deliberada; (iii) no definió ni aplicó las estipulaciones de la Constitución de Bolivia y de la ley minera de forma transparente y consistente; y

⁶⁶¹ *Ver supra* ¶¶ 281-282.

⁶⁶² *Ver supra* ¶ 322.

(iv) no cumplió con su compromiso de ofrecer una compensación a CMMK después de la expropiación.⁶⁶³

324. En su Memorial de Contestación, Bolivia alega que South American Silver no ha probado ninguna de sus aseveraciones y que no ha demostrado que los actos y omisiones de Bolivia fueron contrarios “al estándar de buena fe según ha sido aplicado en derecho internacional.”⁶⁶⁴ Luego Bolivia argumenta que actuó de buena fe durante la nacionalización de las Concesiones Mineras de Malku Khota.⁶⁶⁵ Esas defensas son fútiles.

325. El Demandante demostró la verdad de sus aseveraciones a través de sus presentaciones,⁶⁶⁶ y que la mala fe que subyace en los actos y omisiones de Bolivia son *res ipsa loquitur*, se explican por sí mismas. Por lo tanto, no existe ninguna necesidad de demostrar cómo la conducta del Demandado fue contraria a las normas de la buena fe. La mala fe se vuelve aún más evidente en los siguientes párrafos, que corresponden a los alegatos de Bolivia respecto a este punto.

326. En primer lugar, Bolivia argumenta que no debilitó los derechos del Demandante.⁶⁶⁷ Lo hizo. Tal como se señaló antes, la Compañía no inició el conflicto en Malku Khota, contrario a lo que afirma Bolivia.⁶⁶⁸ Por el contrario, la raíz del conflicto fue la minería ilegal de oro en la zona, tal como lo confirmó el Ministro Virreira.⁶⁶⁹ Por lo demás, la falta de franqueza de Bolivia es evidente cuando sugiere que “hizo sus mejores esfuerzos” para que el proyecto continuara con CMMK.⁶⁷⁰ No lo hizo. Por el contrario, Bolivia públicamente desautorizó los derechos propietarios de South American Silver respecto a las Concesiones Mineras de Malku Khota y amparó a la oposición al

⁶⁶³ Memorial del Demandante en ¶ 154.

⁶⁶⁴ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 437.

⁶⁶⁵ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 439 *et seq.*

⁶⁶⁶ Memorial del Demandante en ¶ 54 *et seq.*

⁶⁶⁷ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 440.

⁶⁶⁸ *Ver supra* ¶¶ 81, 82, 83-85.

⁶⁶⁹ *Ver supra* ¶¶ 279-280.

⁶⁷⁰ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 440.

proyecto y a la Compañía.⁶⁷¹ Una vez que la situación en Malku Khota se volvió “insostenible”– lo que Bolivia misma había alimentado – la eliminó bajo el pretexto de restaurar la paz y las inversiones expropiadas del Demandante.⁶⁷² Esto evidencia una conducta de mala fe.

327. En segundo lugar, Bolivia argumenta que la única razón por la cual nacionalizó las Concesiones Mineras de Malku Khota fue para terminar el conflicto que se estaba desarrollando en la zona del proyecto.⁶⁷³ También niega haber premeditado la expropiación desde 2011,⁶⁷⁴ y niega que la creación de una Zona de Inmovilización alrededor del área de la concesión constituyera un primer paso para desposeer al Demandante de sus inversiones.⁶⁷⁵ Desmentir esto contradice los hechos. Tal como se estableció con anterioridad, la intención de Bolivia de “pacificar” Malku Khota pudo haber sido la razón oficial para el decomiso de las Concesiones Mineras, pero por cierto no fue el verdadero motivo.⁶⁷⁶ El verdadero motivo que tuvo Bolivia para expropiar las inversiones del Demandante fue tomar el control de una mina de US\$ 13 billones que contiene uno de los mayores yacimientos de plata, indio y galio del mundo. Esa intención tuvo su origen en el año 2011, como lo confirmó el mismo Presidente Morales y el Ministro Dávila,⁶⁷⁷ poco después que South American Silver hiciera públicos los resultados de la Actualización de la PEA para el Proyecto Minero de Malku Khota que reflejaba la enorme magnitud del yacimiento.⁶⁷⁸

328. La promulgación de Bolivia de la Resolución DGAI-0073/2001, que declaró una zona que rodeaba las Concesiones Mineras de Malku Khota como zona de inmovilización, constituye más evidencia de las intenciones expropiatorias de Bolivia.⁶⁷⁹

⁶⁷¹ Ver, p.ej., Ver supra Sección II.C.4; CWS-4, Declaración Testimonial de Gonzales en ¶¶ 10, 24; RWS-1, Declaración Testimonial de Gonzales Bernal en ¶ 33.

⁶⁷² Ver, p.ej., Ver supra ¶ 97; Memorial del Demandante Sección II.D.2

⁶⁷³ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 441.

⁶⁷⁴ Id. ¶ 442.

⁶⁷⁵ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 443-445.

⁶⁷⁶ Ver supra ¶¶ 273-277.

⁶⁷⁷ Ver supra ¶ 274.

⁶⁷⁸ Ver supra ¶ 275.

⁶⁷⁹ Memorial del Demandante en ¶ 55.

De hecho, la Resolución señala expresamente que uno de los motivos para declarar esa área como zona de inmovilización se debe al descubrimiento de la Compañía de un yacimiento de plata en Malku Khota, y que el área que rodea las concesiones de la Compañía aún era objeto de exploración.⁶⁸⁰

329. En vista de lo anterior, las explicaciones de Bolivia referentes al origen de la zona de inmovilización no son convincentes. Si, tal como alega Bolivia, todas las zonas de su territorio nacional que no han sido concedidas como Concesiones Mineras constituyen una reserva fiscal desde 2007,⁶⁸¹ es sorprendente que Bolivia estableciera una zona de inmovilización alrededor de las Concesiones Mineras menos de un mes luego que el Demandante hiciera públicos los resultados de la Actualización de la PEA en 2011. El hecho que la Resolución estableciera otras 18 de esas zonas no constituye una explicación.⁶⁸² Lejos de ser absurdo, como alega Bolivia,⁶⁸³ realmente es bastante obvio que Bolivia le restringió a la Compañía la posibilidad de explotar otras áreas mineralizadas que rodean la de las Concesiones Mineras o a expandir cobertura minera planificada. Bolivia tenía conocimiento, desde el año 2011, de la magnitud y el potencial del yacimiento descubierto por South American Silver, y este conocimiento aclara en mayor medida las declaraciones del Presidente Morales y del Ministro Dávila.

330. De esta manera, la conducta de Bolivia es evidencia de su mala fe, tal como lo ha sido no pagar, ni ofrecer pagar, una compensación a South American Silver en un plazo de tres años (que sigue corriendo) luego de haber nacionalizado las Concesiones Mineras de Malku Khota. Por esas razones, la falta de buena fe de Bolivia con relación a las inversiones del Demandante constituye una violación a la norma de trato justo y equitativo señalado en el Artículo 2 del Tratado.

c. Bolivia no dio un trato transparente o consistente a las inversiones de South American Silver

331. Además de la mala fe, la conducta de Bolivia descrita en los anteriores párrafos 323 a 330 no fue ni transparente ni consistente. Como ejemplo, South American

⁶⁸⁰ Prueba R-119, Resolución de COMIBOL (DAJ-0073/2011), Apr. 26, 2011.

⁶⁸¹ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 443.

⁶⁸² *Id.* ¶ 444.

⁶⁸³ *Id.*

Silver demostró que desde 2011 Bolivia tenía la intención de expropiar las Concesiones Mineras de Malku Khota del Demandante.⁶⁸⁴ Casi al mismo tiempo, Bolivia retiró su apoyo al proyecto y alimentó la oposición a éste.⁶⁸⁵ Sin embargo, a fines de mayo de 2012, el Ministro Virreira declaró que el proyecto minero de la Compañía en Malku Khota era legal.⁶⁸⁶ Poco después de tres meses Bolivia nacionalizó las Concesiones Mineras. Esta secuencia de hechos ejemplifica el tratamiento inconsistente respecto a las inversiones del Demandante, de las que el Demandado es culpable.

332. Bolivia niega todo esto,⁶⁸⁷ alegando que por lo contrario, se comportó con transparencia (ciertamente, sin mencionar su consistencia) ya que llevó 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,”⁶⁸⁸ y porque permitió que CMMK “asistiera a numerosas reuniones” a fin de llegar a un acuerdo “con el objetivo de alcanzar acuerdos que permitiesen a CMMK continuar con el desarrollo del Proyecto.”⁶⁸⁹

333. Con todo, tal como se señaló antes, Bolivia no nacionalizó las Concesiones Mineras de Malku Khota a raíz de una preocupación por los derechos humanos o por los derechos específicos de las comunidades indígenas.⁶⁹⁰ Incluso el motivo oficial que invocó para la nacionalización fue, en efecto, una farsa.⁶⁹¹ Difícilmente puede calificarse una conducta de esta naturaleza como transparente. En cuanto a las “reuniones” a las que se refiere Bolivia, éstas fueron utilizadas para atizar un sentimiento anti-CMMK en el área de Malku Khota, no para lograr ningún tipo de acuerdo.⁶⁹²

⁶⁸⁴ Ver *supra* ¶¶ 254-255.

⁶⁸⁵ Memorial del Demandante en ¶ 62 *et seq.*

⁶⁸⁶ **Prueba C-223**, *Explotación ilegal de oro es el origen del conflicto en Mallku Khota*, LA PAZ, 21 de mayo de 2012.

⁶⁸⁷ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 450 *et seq.*

⁶⁸⁸ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 453.

⁶⁸⁹ *Id.*

⁶⁹⁰ Ver *supra* ¶¶ 272.

⁶⁹¹ Ver *supra* ¶¶ 273-277.

⁶⁹² Ver *supra* ¶¶ 280-282.

334. En vista de lo anterior, South American Silver expone que el Tribunal también debiera encontrar que el tratamiento no transparente e inconsistente de las inversiones del Demandante por parte de Bolivia violan la norma de trato justo y equitativo señalada en el Artículo 2 del Tratado.

D. BOLIVIA NO OFRECIÓ UNA COMPLETA PROTECCIÓN Y SEGURIDAD A LAS INVERSIONES DEL DEMANDANTE

335. El Artículo 2(2) del Tratado señala que “A las inversiones de capital de nacionales o sociedades de cada Parte Contratante se les concederá plena protección y seguridad en el territorio de la otra Parte Contratante.”⁶⁹³ Las Partes acuerdan que este estándar obliga a Bolivia a una diligencia debida y a tomar medidas razonables para proteger las inversiones de South American Silver.⁶⁹⁴ En ese sentido, aunque Bolivia intente distorsionar el debate sugiriendo que su conducta no puede ser comparada a la de fuerzas armadas de un Estado que destruyen o saquean una inversión,⁶⁹⁵ el Demandante sólo debe probar que el Demandado no actuó con la diligencia debida requerida, y que no tomó medidas razonables para establecer que violó la norma de otorgar completa protección y seguridad.

336. Bolivia no otorgó plena protección y seguridad a las inversiones del Demandante (i) rechazando intervenir o no interviniendo cuando South American Silver le solicitó hacerlo; (ii) estimulando a los opositores al proyecto, liderados por cooperativas y mineros ilegales en la zona; (iii) y por último, otorgando inmunidad a los líderes de la oposición y autores de los actos violentos.⁶⁹⁶ Los actos y omisiones de Bolivia en ese sentido dejaron desprovista a South American Silver de la completa protección y seguridad que esperaba del Demandado para corresponder con sus inversiones, lo que culminó con la nacionalización de las Concesiones Mineras de Malku Khota.

⁶⁹³ Prueba C-1, Tratado, Artículo 2(2).

⁶⁹⁴ Memorial del Demandante en ¶ 155; Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 465.

⁶⁹⁵ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 469.

⁶⁹⁶ Memorial del Demandante en ¶ 156.

337. Bolivia rechaza estas acusaciones,⁶⁹⁷ incluso alegando que el Demandante no ha suministrado ninguna evidencia para comprobar sus afirmaciones.⁶⁹⁸ Eso no es cierto, ya que South American Silver ha presentado amplia evidencia basada en los hechos, tal como se describe más ampliamente en la Demanda Arbitral y como se señaló antes. En cualquier caso, las defensas de Bolivia son fácticamente incorrectas.

338. El Demandado asevera que “hizo todo lo posible para evitar que el conflicto creado por CMMK en el área de Mallku Khota se agravara,”⁶⁹⁹ pero que, finalmente, “no tuvo otra alternativa” que expropiar las inversiones de South American Silver.⁷⁰⁰ Tal como se señaló antes, CMMK no inició el conflicto y Bolivia no hizo todo lo que estaba en su poder para llegar a una solución pacífica.⁷⁰¹ Por ejemplo, el Sr. Gonzales, Gobernador de Potosí, no respondió a la solicitud inicial de ayuda enviada por CMMK en diciembre de 2010.⁷⁰² De igual manera, a pesar de que las protestas continuaban en mayo de 2012, el Ministerio de Minería de Bolivia decidió no militarizar la zona que rodea a Malku Khota.⁷⁰³

339. A pesar de ello, Bolivia debió haber sabido que el conflicto escalaría rápidamente, pero no tomó acciones proactivas para prevenir que ocurriera una situación similar contra South American Silver. En esas circunstancias, las omisiones de Bolivia demuestran que no actuó con el requisito de diligencia debida, y que no tomó las medidas razonables que el Demandante hubiera esperado para la protección de sus inversiones.

340. Más aún, Bolivia no logró establecer que expropiar las inversiones del Demandante eran la única opción disponible para “pacificar el conflicto.” De hecho, South American Silver ya mencionó antes aquí las diversas alternativas que Bolivia pudo haber intentado— pero no lo hizo — en vez de nacionalizar las Concesiones Mineras.⁷⁰⁴

⁶⁹⁷ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 456 *et seq.*

⁶⁹⁸ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 460.

⁶⁹⁹ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 463.

⁷⁰⁰ *Id.*

⁷⁰¹ *Ver supra* ¶¶ 280-282.

⁷⁰² CMMK solicitó ayuda al Gobernador de Potosí, December 21, 2010.

⁷⁰³ **Prueba C-223**, *Explotación ilegal de oro es el origen del conflicto en Mallku Khota*, LA PAZ, 21 de mayo de 2012.

⁷⁰⁴ *Ver supra* ¶¶ 281,282.

341. Bolivia también afirma que no promovió la oposición al proyecto Malku Khota, sino que actuó “con el ánimo de mantener la concordia en la zona.”⁷⁰⁵ También acusa a South American Silver de referirse “despectivamente” a las comunidades indígenas como “mineros ilegales.”⁷⁰⁶ Esta última declaración es particularmente impropia, considerando las declaraciones del mismo Ministro de Minería de Bolivia, en las que confirma que la raíz de la causa del conflicto en Malku Khota era la minería ilegal de oro.⁷⁰⁷ En cualquier caso, el Demandante demostró que el Demandado alimentó la oposición al Proyecto Malku Khota y utilizó las reuniones entre CMMK y las comunidades para instalar un sentimiento anti-CMMK.⁷⁰⁸ Al hacerlo, Bolivia no actuó con el requisito de diligencia debida para proteger las inversiones del Demandante.

342. Finalmente, Bolivia niega haber otorgado inmunidad a los líderes de la oposición.⁷⁰⁹ No obstante eso es exactamente lo que hizo Bolivia. En el Acta de Entendimiento del 7 de julio de 2012, Bolivia se comprometió a desistirse “de todos los proceso, investigaciones, órdenes de apremio y persecuciones contra los dirigentes originarios, sindicales, autoridades, líderes y bases de las 5 provincias del norte de Potosí dentro del conflicto de Mallcu Qota en defensa de los recursos naturales no renovables.”⁷¹⁰ Esa medida evidentemente no era razonable en circunstancias que estaba siendo amenazada la integridad de las Concesiones Mineras de Malku Khota de South American Silver.

343. Por estos motivos, el Tribunal debe considerar que los actos y omisiones de Bolivia relacionados con las Concesiones Mineras de South American Silver infringieron las normas de plena protección y seguridad señaladas en el Artículo 2 del Tratado.

⁷⁰⁵ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 463, 470.

⁷⁰⁶ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 470.

⁷⁰⁷ *Ver supra* ¶ 279.

⁷⁰⁸ *Ver supra* ¶¶ 280, 282.

⁷⁰⁹ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 471.

⁷¹⁰ **Prueba C-16**, Acta de Entendimiento, 7 de julio de 2012, Artículo 3.1.

E. BOLIVIA AFECTÓ LAS INVERSIONES DEL DEMANDANTE TOMANDO MEDIDAS NO RAZONABLES Y DISCRIMINATORIAS

344. El Artículo 2(2) del Tratado señala que “ninguna 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.”⁷¹¹ En su Demanda Arbitral, South American Silver describió la norma implícita en esta obligación,⁷¹² y aparentemente Bolivia no la niega. Dicho esto, Bolivia se enfoca en el sentido de “arbitrariedad,” apoyándose particularmente en el fallo de *ELSI* de la Corte Internacional de Justicia.⁷¹³ Sin embargo, en este litigio, Bolivia no analiza la arbitrariedad de sus medidas. El Demandante afirma que tales medidas no fueron razonables, una norma distinta que implica un límite inferior al de la arbitrariedad. Como lo señaló el Tribunal en *BG c. Argentina*, es inapropiado igualar lo “no razonable” con la “arbitrariedad.”⁷¹⁴

345. Además de no discutir significativamente la norma legal aplicable, Bolivia no niega que las medidas que tomó antes de nacionalizar las Concesiones Mineras de Malku Khota, que el Demandante afirma que violaron el Tratado,⁷¹⁵ perjudicaron la administración, el mantenimiento, el desarrollo, uso y disfrute de las inversiones de South American Silver. Esas medidas incluyen congelar la zona que rodea el Proyecto Malku Khota a través de la promulgación de la Resolución DGAJ-0073/2001 y el establecimiento de una zona de inmovilización;⁷¹⁶ así como el retiro del apoyo de Bolivia al proyecto, lo que incluye solicitar una participación en éste,⁷¹⁷ alimentar la oposición al mismo,⁷¹⁸ y finalmente pedirle a South American Silver que abandonara el proyecto.⁷¹⁹

⁷¹¹ **Prueba C-1**, Tratado, Artículo 2(2).

⁷¹² Memorial del Demandante en ¶¶ 157-158.

⁷¹³ Memorial del Demandado en ¶¶ 481-482.

⁷¹⁴ **CLA-4**, *BG Group Plc. c. República Argentina*, CNUDMI, Laudo Final, 24 de diciembre de 2007, ¶ 341.

⁷¹⁵ Memorial del Demandante en ¶ 159.

⁷¹⁶ Memorial del Demandante en ¶¶ 54 *et seq.*

⁷¹⁷ Memorial del Demandante en ¶¶ 58 *et seq.*

⁷¹⁸ Memorial del Demandante en ¶¶ 62 *et seq.*

⁷¹⁹ Memorial del Demandante en ¶¶ 69 *et seq.*

En vista de ello, el Demandante afirma que las medidas de Bolivia fueron manifiestamente no razonables y afectaron sus inversiones, infringiendo el Artículo 2 del Tratado.

346. Bolivia objeta que la nacionalización de las Concesiones Mineras de Malku Khota haya sido una medida arbitraria. Alega que Bolivia fue forzada a actuar de esta forma como resultado de las acciones de CMMK,⁷²⁰ justifica que esa medida tuvo un fin de utilidad pública,⁷²¹ y niega que expropiara las inversiones del Demandante por motivos económicos.⁷²² Todas esas defensas son falsas. South American Silver ya demostró que la expropiación de las inversiones del Demandado no fue razonable,⁷²³ y que no ocurrió por un fin de utilidad pública (ni para obtener un beneficio social relacionado con las necesidades internas de Bolivia), sino para servir a su agenda financiera y tomar el control de una mina de US\$13 billones que contiene uno de los mayores recursos de plata, indio y galio en el mundo.⁷²⁴ Es obvio que la expropiación también afectó las concesiones mineras de South American Silver.

347. En cuanto a si las medidas tomadas por Bolivia son discriminatorias, Bolivia no discute que sus propios funcionarios de gobierno, incluyendo al Presidente Morales y al Gobernador de Potosí, se opusieron abiertamente al Demandante por ser una “transnacional” y no una empresa boliviana.⁷²⁵ Tampoco niega que su decisión de nacionalizar las Concesiones Mineras de Malku Khota de South American Silver se basó, al menos en parte, en el hecho de que era propiedad de una compañía “transnacional.”⁷²⁶ En cualquier caso, la veracidad de estas afirmaciones fue confirmada recientemente por el Ministro Virreira.⁷²⁷

⁷²⁰ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 481.

⁷²¹ *Id.* ¶ 483.

⁷²² *Id.* ¶ 485.

⁷²³ *Ver supra* ¶¶ 278-284.

⁷²⁴ *Ver supra* ¶¶ 273-275.

⁷²⁵ Memorial del Demandante en ¶ 160.

⁷²⁶ *Id.*

⁷²⁷ **Prueba C-224**, *Comunarios frenan operaciones mineras para iniciar trabajo ilegal*, PAGINA SIETE, 1º de abril de 2014: “Un caso concreto: en la mina Mallku Khota (los comunarios) le dicen no a las transnacionales, no al tema del agua, ¿y qué ocurre?; después de la nacionalización, hacemos

348. Por el contrario, Bolivia alega que South American Silver no ha probado legalmente que las medidas de Bolivia fueron discriminatorias.⁷²⁸ El Demandante se permite discrepar. En *Lemire c. Ucrania*, el Tribunal sostuvo que una medida discriminatoria era una medida que apuntaba a las inversiones del Demandante, en especial por ser inversiones extranjeras.⁷²⁹ Las acciones de Bolivia ya analizadas demuestran que Bolivia apuntó a South American Silver antes de la expropiación porque era una empresa “transnacional” y posteriormente también procedió a nacionalizar las Concesiones Mineras de Malku Khota, en parte porque el Demandante era extranjero. Por lo demás, South American Silver ya estableció que no hubo una justificación racional para la nacionalización,⁷³⁰ contrario a lo que Bolivia pueda afirmar en la actualidad.⁷³¹

349. En consecuencia, además de no ser razonables, las medidas tomadas por Bolivia contra las Concesiones Mineras de South American Silver, fueron discriminatorias y afectaron las inversiones del Demandante. Conforme a ello, el Tribunal debiera concluir que Bolivia violó el Artículo 2 del Tratado.

F. BOLIVIA LE DIO UN TRATO MENOS FAVORABLE A LAS INVERSIONES DEL DEMANDANTE QUE A LAS INVERSIONES DE SUS PROPIOS INVERSIONISTAS

350. El Artículo 3(1) del Tratado señala que “ninguna 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...”⁷³² Bolivia mantiene que para demostrar una violación a una norma de ese Tratado, South American Silver “SAS debe probar que la Reversión estaba motivada por su nacionalidad extranjera.”⁷³³

inspecciones, ¿y qué vemos? comunarios del lugar y de otras regiones trabajando quello que debíamos defender de las transnacionales...”

⁷²⁸ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 490-491.

⁷²⁹ **CLA-49**, *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 14 de enero de 2010 en ¶ 261.

⁷³⁰ *Ver supra* ¶¶ 278-284.

⁷³¹ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 492.

⁷³² **Prueba C-1**, Tratado, Artículo 3(1).

⁷³³ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 496.

351. Tal como se estableció antes, Bolivia nacionalizó las Concesiones Mineras de Malku Khota de South American Silver, al menos en parte, debido a su condición de empresa extranjera.⁷³⁴ El Demandante planteó este argumento en su Demanda Arbitral,⁷³⁵ y Bolivia no lo ha negado. South American Silver también demostró que no existe una justificación racional para la nacionalización.⁷³⁶ Por lo anterior, el Tribunal debiera sostener que los actos y omisiones de Bolivia también infringieron el Artículo 3 del Tratado.

VI. DAÑOS

A. SOUTH AMERICAN SILVER TIENE DERECHO A REPARACIÓN PLENA

352. En su Memorial de Contestación, Bolivia parece haber adoptado la posición de que South American Silver no debiera (según la opinión de Bolivia) tener derecho a compensación por daños, por lo que Bolivia no debiera preocuparse en ofrecer una estimación de los mismos ante el Tribunal.⁷³⁷ Bolivia reduce su discusión de los daños de South American Silver, calculados por los expertos de South American Silver de RPA y FTI, a una serie de críticas sin base. Bolivia, sin embargo, no ofrece una indicación respecto a cuáles debieran ser esos daños, aunque Bolivia claramente reconoce que el Proyecto Malku Khota contiene un importante recurso mineral. Por lo tanto, Bolivia deja al Tribunal preguntándose cuál es la posición que asume.

353. Tal como lo demostró South American Silver en su Memorial sobre el Fondo y en esta Réplica, tiene derecho a una compensación de US\$ 385,7 millones por daños y perjuicios (incluyendo US\$ 78,5 millones de intereses pre-laudo) como compensación por las infracciones al Tratado de Bolivia. Aun si se ordenara a Bolivia que devuelva el Proyecto Malku Khota a South American Silver, la Compañía tendría derecho a recibir la suma de US\$ 176,4 millones (incluyendo US\$ 35,9 millones en

⁷³⁴ *Ver supra* ¶¶ 347-348.

⁷³⁵ Memorial del Demandante en ¶ 160.

⁷³⁶ *Ver supra* ¶ 278 *et seq.*

⁷³⁷ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 501-09.

intereses pre-laudo) por los daños causados por la demora en devolver el Proyecto al Demandante.⁷³⁸

354. El Proyecto Malku Khota contiene aproximadamente 255 millones de toneladas de mineral en la categoría Medidos e Indicados, con 179,9 millones de toneladas de mineral adicionales en la categoría Inferida (excluyendo 50,1 millones de toneladas de Halo de Baja Ley que RPA re-clasificó con Potencial para Exploración) para un total de 434,9 millones de toneladas de mineral.⁷³⁹ En cuanto a la fecha de valoración, FTI calculó los Recursos del Proyecto utilizando el siguiente método de equivalencia de la onza de plata: 309,2 millones de onzas de plata equivalente en la categoría Medidos e Indicados, 169,2 millones de onzas de plata equivalente en la categoría Inferido para un total de 478,4 millones de onzas de plata equivalente, excluyendo 33,4 onzas de plata equivalente al Halo de Baja Ley que fueron reclasificadas en Potencial para Exploración.⁷⁴⁰ La medida de plata equivalente incluye plata, indio, galio, plomo, zinc y cobre.

355. Sobre la base de las onzas de plata contenidas en los Recursos y los niveles de producción anuales planificados, el Proyecto Malku Khota lidera los 10 proyectos de plata a nivel mundial en 2012, y es el de mayor magnitud en Bolivia.⁷⁴¹ Sin embargo Bolivia pretende que este Tribunal crea que, de alguna forma, el Proyecto no tiene valor y que South American Silver no debiera recibir una compensación. Para llegar a esta conclusión absurda, Bolivia recurre a una serie de tácticas cuestionables: mala aplicación de las metodologías utilizadas, interpretaciones erróneas de los argumentos de South American Silver y, lo más impresionante de todo, es que da instrucciones erróneas a sus testigos expertos. En vez de instruir a los Profesores Dagdelen y Brattle para que ofrecieran una estimación independiente del valor del Proyecto Malku Khota y de los daños de South American Silver, Bolivia les prohibió

⁷³⁸ CER-4, Segundo Informe de FTI Consulting en ¶ 3.13, Fig. 3, Nov.30, 2015, (“Segundo Informe FTI”).

⁷³⁹ CER-2, Primer Informe RPA en 5-7, Tabla 5-1.

⁷⁴⁰ CER-1, Primer Informe FTI en ¶ 5.29, Figura 3.

⁷⁴¹ CER-4, Segundo Informe FTI. Fig. 1 y CER-3, Declaración Testimonial del Perito Cooper en ¶ 37.

expresamente que calcularan tales montos.⁷⁴² Los esfuerzos de Bolivia por inducir al Tribunal a error no deben prosperar.

1. Normas de reparación

a. *South American Silver tiene derecho a una indemnización o al equivalente en dinero de su inversión en el Proyecto Malku Khota*

356. Tal como lo reconoce Bolivia, “como lo sugiere el artículo 36 de los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional, la restitución ha sido considerada históricamente como el medio de reparación por excelencia.”⁷⁴³ A pesar de lo anterior, Bolivia intenta menospreciar el derecho de South American Silver a perseguir una indemnización por el Proyecto Malku Khota, sugiriendo que en la práctica rara vez se otorga una indemnización.⁷⁴⁴ Este argumento no es serio. El hecho es que legalmente South American Silver tiene derecho a buscar restitución de su Proyecto Malku Khota, sin importar lo que otros tribunales de arbitraje hayan decidido –con base en distintos antecedentes de hecho y circunstancias, y sobre la base de otros instrumentos legales– respecto a ordenar una restitución en casos distintos.

357. No sólo existe la restitución, sino que es considerada como preferible en comparación a otras formas de reparación bajo el derecho internacional público.⁷⁴⁵ El Artículo 34 de la CDI enumera tres distintas formas de reparación disponibles según el grado de conveniencia: “Full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act shall take the form of restitution, compensation and satisfaction, either singly or in combination, in accordance with the provisions of this Chapter.”⁷⁴⁶ El Artículo 35 de la CDI es aún más directo al respecto:

A State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to make restitution, that is, to re-

⁷⁴² **RER-3**, The Brattle Group, Análisis de Cuantificación de Daños, Informe del Experto Económico (Sobre el Informe de Cuantificación de Daños de FTI), 30 de marzo de 2015 en ¶ 14 (“Informe Brattle”).

⁷⁴³ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 511.

⁷⁴⁴ *Id.*

⁷⁴⁵ **CLA-14**, James R. Crawford, THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY: INTRODUCTION, TEXT AND COMMENTARIES 213 (2002).

⁷⁴⁶ **CLA-160**, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, U.N. GAOR 6th Comm., 56th Sess., U.N. Doc. A/Res/56/83, 28 de enero de 2002, Artículo 34.

establish the situation which existed before the wrongful act was committed, provided and to the extent that restitution:

- (a) is not materially impossible;
- (b) does not involve a burden out of all proportion to the benefit deriving from restitution instead of compensation.⁷⁴⁷

358. El Profesor Crawford – en quien Bolivia se apoya para su discusión respecto al derecho de South American Silver a reclamar restitución – concluye al respecto que:

The primacy of restitution was confirmed by the Permanent Court in the *Factory at Chorzów* case when it said that the responsible State was “under the obligation to restore the undertaking and, if this be not possible, to pay its value at the time of the indemnification, which value is deigned to take the place of indemnization which has become impossible.” [...] It can be seen in operation in the cases where tribunals have considered compensación only after concluding, for one reason or another, indemnization could not be effected.⁷⁴⁸

359. En consecuencia, puede observarse que la primacía de una indemnización sobre la compensación está consagrada de manera muy firme en la ley internacional. Al contrario de lo que sugiere Bolivia, ninguno de los laudos a los que se refiere han rechazado esa supremacía o el principio de indemnización en sí. Por el contrario, explican que aunque sea preferible una compensación, no necesariamente resulta apropiada en las circunstancias particulares de esos casos.⁷⁴⁹ Bolivia también convenientemente omite mencionar el requisito que la indemnización sea otorgada a

⁷⁴⁷ *Id.* en Artículo 35.

⁷⁴⁸ **CLA-14**, James R. Crawford, THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY: INTRODUCTION, TEXT AND COMMENTARIES 213-14 (2002), citando Case Concerning the Factory en Chorzów (Alemania c. Polonia), Sentencia, 13 de septiembre de 1928 (“Chorzów Factory Case”), 1928 P.C.I.J. (ser. A), No. 17 en 48 (Sept. 13).

⁷⁴⁹ **CLA-161**, *Mohammad Ammar Al-Bahloul c. República de Tayikistán*, SCC Caso No. V064/2008, Laudo Final, 8 de junio de 2010 en ¶¶ 47, 50-51; **RLA-132**, *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company c. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Decisión sobre Medidas Provisionales, 17 de agosto de 2007 en ¶ 75; **CLA-05**, *CMS Gas Transmission Company c. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo de 2005 en ¶ 407.

menos que sea “materialmente imposible” y no meramente imposible.⁷⁵⁰ Conforme al Artículo 32 [CDI], el Estado responsable no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de la presente parte, y el simple hecho de que existan obstáculos administrativos o políticos para proceder con la indemnización no significan que exista una imposibilidad.”⁷⁵¹

360. Bolivia ni siquiera ha empezado a satisfacer su carga de probar las circunstancias que hacen que sea “materialmente imposible” promulgar un decreto supremo o adoptar una medida similar para restituir los derechos de South American Silver sobre las Concesiones Mineras de Malku Khota y pagar por los daños y perjuicios concomitantes causados por la demora en devolver el Proyecto al Demandante. En su lugar, Bolivia hace referencia a su incomodidad en restituir los derechos de South American Silver “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” – en otras palabras, el gobierno boliviano desea evitarse la vergüenza política de tener que realizar una acción que sugiere que, efectivamente, maltrató a la inversión de South American Silver.⁷⁵² Tal presunta excusa es impermisible y no exonera la responsabilidad de Bolivia.⁷⁵³

361. La sugerencia de Bolivia de que la restitución es imposible porque “la población local siente todavía los abusos y violaciones de sus derechos humanos, existiendo gran oposición a que SAS regrese al área” es igualmente incomprensible.⁷⁵⁴ Bolivia expropió el Proyecto Malku Khota hace más de tres años y desde entonces South American Silver no ha regresado al área del Proyecto. Consiguientemente, la

⁷⁵⁰ **CLA-160**, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, U.N. GAOR 6th Comm., 56th Sess., U.N. Doc. A/Res/56/83, Jan. 28, 2002, Artículo 35(a).

⁷⁵¹ **CLA-14**, James R. Crawford, THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY: INTRODUCTION, TEXT AND COMMENTARIES 216 (2002).

⁷⁵² Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 519.

⁷⁵³ **CLA-160**, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, U.N. GAOR 6th Comm., 56th Sess., U.N. Doc. A/Res/56/83, 28 de enero de 2002, Artículo 32; **CLA-14**, James R. Crawford, THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION'S ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY: INTRODUCTION, TEXT AND COMMENTARIES 216 (2002).

⁷⁵⁴ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 521.

responsabilidad por cualesquier “abuso y violaciones” que continúen existiendo recaería firmemente sobre la propia Bolivia y no, ciertamente, sobre South American Silver. Contrario a las meras afirmaciones de Bolivia, las comunidades locales no se oponen a South American Silver y, de hecho, han solicitado de forma reiterada que regrese la Compañía para seguir adelante con el Proyecto.⁷⁵⁵ Las mismas comunidades también expresaron su frustración ante la falta de avances por parte de Bolivia y COMIBOL respecto al desarrollo de Malku Khota.⁷⁵⁶ En consecuencia, no puede existir ninguna “imposibilidad material” que justifique que se niegue a South American Silver su derecho a la restitución del Proyecto Malku Khota.

362. Bolivia tampoco justifica cómo la restitución de los derechos de South American Silver sobre las Concesiones Mineras de Malku Khota supondría “una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización.”⁷⁵⁷ Bolivia no explica cómo el hacer esto “sólo contribuiría a reavivar el caos” cuando las comunidades locales han pedido reiteradamente que regrese South American Silver a Malku Khota para desarrollar el proyecto.⁷⁵⁸ Resulta claro, en cambio, que el único motivo por el cual Bolivia se opone a la restitución es porque desea quedarse con el Proyecto para sí misma y ejercer un control total sobre el mismo, el que carecía mientras el Proyecto era de la propiedad legal y legítima de la Compañía. Bolivia ha reconocido reiteradamente que Malku Khota contiene uno de los yacimientos de plata, indio y galio más grandes del mundo.⁷⁵⁹ Bolivia bien sabe que el valor del Proyecto Malku Khota es considerable y, en todo caso, sustancialmente más alto de lo que South American Silver puede reclamar como compensación en este Arbitraje. Por esta razón Bolivia actualmente está promocionando el yacimiento de Malku Khota a inversionistas extranjeros.⁷⁶⁰ La oposición por parte de Bolivia a la restitución está motivada por nada

⁷⁵⁵ **CWS-5**, Declaración Testimonial de Angulo en ¶ 19; **CWS-7**, Segunda Declaración Testimonial de Angulo en ¶ 55.

⁷⁵⁶ *Id.*

⁷⁵⁷ **CLA-160**, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, U.N. GAOR 6th Comm., 56th Sess., U.N. Doc. A/Res/56/83, 28 de enero de 2002, Artículo 35(b); Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 522-27.

⁷⁵⁸ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 526.

⁷⁵⁹ *Ver supra* en ¶ 28.

⁷⁶⁰ *Ver supra* en ¶¶ 28,147.

más que un deseo de obtener para sí misma el beneficio económico de Malku Khota, pagando a la vez una indemnización lo más baja posible a South American Silver – la misma razón por la cual Bolivia expropió el Proyecto en primer lugar.

363. En vista de las razones anteriormente expuestas, no existen obstáculos para que el Tribunal ordene la restitución del Proyecto Malku Khota a South American Silver. Tal como lo explicó el Demandante en considerable detalle en su Demanda Arbitral, la restitución debe acompañarse de una indemnización por daños para poder restablecer la situación que existiría si Bolivia no hubiera nacionalizado el Proyecto.⁷⁶¹

2. Como mínimo, South American Silver tiene derecho a la “compensación puntual, adecuada y efectiva” conforme al Tratado

364. Es evidente que la nacionalización por parte de Bolivia de las inversiones de South American Silver violaba el Tratado y, por ende, ilícita. Consiguientemente, y tal como se estipuló en la Demanda Arbitral, la medida de compensación debida a South American Silver por la nacionalización del Proyecto Malku Khota no es controlada por los términos del Artículo 5 del Tratado, sino que debe derivarse de los principios consuetudinarios del derecho internacional.⁷⁶² El Artículo 36.2 de la CDI dispone en este sentido que: “*The Compensation shall cover any financially assessable damage including loss of profits insofar as it is established.*”⁷⁶³

365. Bolivia no disputa el principio de compensación o la aplicabilidad del derecho internacional consuetudinario para determinar la medida de compensación en casos de expropiación ilegales. De hecho, Bolivia señala enfáticamente que “los supuestos perjuicios sufridos por SAS pueden ser íntegramente resarcidos mediante una compensación monetaria.”⁷⁶⁴ Bolivia alega, sin embargo, que la compensación en este caso debería calcularse en base al Artículo 5 del Tratado porque la expropiación de Malku Khota no debería considerarse como una expropiación ilegal.⁷⁶⁵

⁷⁶¹ Memorial del Demandante en el ¶ 183.

⁷⁶² *Id.* ¶¶ 168-83.

⁷⁶³ **CLA-160**, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, U.N. GAOR 6th Comm., 56th Sess., U.N. Doc. A/Res/56/83, 28 de enero de 2002, Artículo 36.2.

⁷⁶⁴ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 524.

⁷⁶⁵ *Id.* ¶¶ 642-62.

366. Si bien South American Silver ya abordó el carácter ilícito de las acciones de Bolivia en su Demanda Arbitral y anteriormente en esta Réplica, tendría de todas formas el derecho a una compensación puntual, adecuada y efectiva de acuerdo con el Artículo 5(2) del Tratado, aún si el Tribunal llegara a considerar lícita la expropiación de las inversiones South American Silver.⁷⁶⁶ El Artículo 5 del Tratado articula de manera efectiva los principales componentes del estándar de compensación según el derecho internacional consuetudinario:

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 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.⁷⁶⁷

367. Por consiguiente, si bien el derecho internacional consuetudinario y el Tratado ofrecen dos distintos caminos para determinar la compensación debida al Demandante, dicha compensación sería esencialmente idéntica de acuerdo a ambos planteamientos ya que equivaldría en ambos casos al valor justo de mercado del Proyecto Malku Khota inmediatamente antes de expropiarse. Tribunales de derecho internacional y arbitrales internacionales han equiparado consistentemente el resultado de compensación de acuerdo al derecho internacional consuetudinario y conforme a las disposiciones específicas de tratados de inversión. El Tribunal en *CME c. República Checa* explicó que: “*These concordant provisions are variations on an agreed, essential theme, namely, that when a State takes foreign property, full compensation must be paid.*”⁷⁶⁸ Asimismo, el Tribunal en *Biloune c. Ghana* señaló que: “*Under the principles of customary international law, a claimant whose property has been expropriated by a*

⁷⁶⁶ Memorial del Demandante en ¶¶ 184-93. Ver también *supra* en ¶¶ 264 – 267; Sección V.B.3.

⁷⁶⁷ **Prueba C-1**, Tratado, Artículo 5(1).

⁷⁶⁸ **CLA-75**, *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, Laudo Final, 14 de marzo de 2003 en el ¶ 497.

*foreign state is entitled to full—i.e., to prompt, adequate and effective—compensation.”*⁷⁶⁹

Los laudos del Tribunal de Reclamos Irán-EE.UU. también ha mostrado una casi unanimidad respecto a que el estándar de compensación por expropiación es de “plena” (“full”) compensación.⁷⁷⁰ El Profesor Crawford concluye en ese sentido que: “*Compensation reflecting the capital value of property taken or destroyed as the result of an internationally wrongful act is generally assessed on the basis of the ‘fair market value’ of the property lost.*”⁷⁷¹

368. En consecuencia, el Demandante reitera su posición de que aun en el caso que el Tribunal llegara a determinar que la expropiación de Bolivia de la inversión del Demandante cumplía con el Tratado (lo cual es imposible) o, como alternativa, que la expropiación fue ilícita pero que el estándar de compensación debería ser igual a aquel según el Artículo 5 por una expropiación legal, entonces South American Silver debería recibir “plena” compensación, equivalente al valor justo de mercado de su inversión.⁷⁷²

3. South American Silver tiene el derecho a plena compensación como consecuencia de los otros incumplimientos del Tratado por parte de Bolivia

369. Aunque el Tratado no asigna un estándar de compensación particular por infracciones distintas a la expropiación, el derecho internacional estipula claramente que South American Silver tiene derecho a recibir plena compensación por tales infracciones. El Artículo 31 de la CDI dispone en este sentido que: “[T]he responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally

⁷⁶⁹ **CLA-77**, *Biloune and Marine Drive Complex Ltd c. Ghana Investments Centre y el Gobierno de Ghana*, CNUDMI, Laudo sobre Daños y Costos, 20 de junio de 1990, 95 I.L.R. 210-211 (1994). “*Full and effective compensation*” también fue otorgada por ambos Tribunales de *Amco* (ver **CLA-78**, *Amco Asia Corp. c. Indonesia* (Primer Tribunal), Caso CIADI N° ARB/81/1, Laudo sobre el Fondo, 21 de noviembre de 1984 (“*Laudo Amco Asia* (Primer Tribunal)”), 24 I.L.M. 1022, 1038 ¶ 280 (1985); y **CLA-79**, *Amco Asia Corp. c. Indonesia* (Nueva presentación), Caso CIADI N° ARB/81/1, Laudo, 31 de mayo de 1990 en el ¶ 267.

⁷⁷⁰ **CLA-80**, John A. Westberg, *Compensation in Cases of Expropriation and Nationalization: Awards of the Iran-United States Claims Tribunal*, 5(2) ICSID Rev.– Foreign Inv. L.J. 256, 280-82 (1990). Ver también **CLA-81**, John A. Westberg, *Applicable Law, Expropriatory Takings and Compensation in Cases of Expropriation*; ICSID and Iran-United States Claims Tribunal Case Law Compared, 8(1) ICSID Rev.– Foreign Inv. L.J. 1, 16-18 (1993).

⁷⁷¹ **CLA-14**, James R. Crawford, *THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION’S ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY: INTRODUCTION, TEXT AND COMMENTARIES* 225 (2002).

⁷⁷² Memorial del Demandante en el ¶ 193.

wrongful act. Injury includes any damage, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act of a State.”⁷⁷³ La Corte Permanente de Arbitraje especificó con mayor detalle aún el contenido de la obligación de la reparación en el caso *Factory at Chorzów*:

The essential principle contained in the actual notion of an illegal act – a principle that seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals – is that reparation must, so far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed. Restitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear; the award, if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it – such are the principles which should serve to determine the amount of compensation due of an act contrary to international law.⁷⁷⁴

370. En este caso, determinar el monto de compensación debido a South American Silver como consecuencia de los actos ilegales de Bolivia (es decir, la serie de medidas que culminaron en el pronunciamiento y promulgación del Decreto Supremo N° 1308 que nacionalizó las Concesiones de Malku Khota) presupone identificar “*the situation which would, in all probability, have existed if [these acts] had not been committed.*”

371. Este primer paso es simple y directo: Bolivia nacionalizó las Concesiones de Malku Khota, y así transfirió la titularidad del Proyecto de South American Silver al Gobierno. Bolivia se convirtió en el propietario de un proyecto valioso y, a la vez, SAS perdió toda su inversión en Malku Khota. En otras palabras, si no fuera por (“*but-for*”) los actos ilícitos de Bolivia, South American Silver aún sería propietaria de las Concesiones de Malku Khota a través de su filial de su 100% propiedad, CMMK. Consiguientemente, la compensación debería consistir de “*a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear.*” El valor de las Concesiones de Malku

⁷⁷³ **CLA-160**, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, U.N. GAOR 6th Comm., 56th Sess., U.N. Doc. A/Res/56/83, 28 de enero de 2002, Artículo 31.

⁷⁷⁴ **CLA-69**, *Case Concerning the Factory at Chorzów (Alemania c. Polonia.)*, Sentencia, 13 de septiembre de 1928, P.C.I.J. (ser. A), No. 17 en 40. (énfasis agregado).

Khota equivale al valor del Proyecto Malku Khota. El Proyecto no tiene valor sin las Concesiones y las Concesiones tendrían tan solo un valor nominal si no fuese por el descubrimiento de los depósitos minerales y el desarrollo del Proyecto Malku Khota. Por ende, el valor justo de mercado del Proyecto Malku Khota (según los cálculos de FTI y RPA) constituye una medida adecuada de compensación para borrar todas las consecuencias acarreadas por las infracciones del Tratado por parte de Bolivia. Por supuesto, no incluiría la probable expansión del Proyecto o los nuevos proyectos basados en otros yacimientos de minerales descubiertos en las Concesiones de CMMK.

372. Tal como lo explica South American Silver en su Demanda Arbitral, numerosos tribunales arbitrales han sostenido que el valor justo de mercado constituye una medida apropiada de los daños para reclamos no expropiatorios cuando las medidas en cuestión dieron lugar a la pérdida de la inversión protegida.⁷⁷⁵ El Tribunal en *Gold Reserve c. Venezuela*, al emitir una decisión sobre circunstancias similares (la nacionalización de concesiones mineras de oro en Venezuela antes de iniciar construcción y su entrada en producción), no vaciló en usar el valor justo de mercado para determinar la compensación debida al demandante luego de concluir que las acciones de Venezuela no constituyeron una expropiación legal, sino que violaron el estándar del trato justo y equitativo.⁷⁷⁶

373. En su Memorial de Contestación, Bolivia adopta la posición de que el valor justo de mercado no se adapta para compensar infracciones a tratados distintas a la expropiación.⁷⁷⁷ Bolivia no entrega explicación alguna del por qué éste no debería ser el caso. Bolivia tampoco explica qué estándar de compensación debería aplicarse para dichas infracciones. En lugar de ello, Bolivia cita tres decisiones arbitrales sustentando la

⁷⁷⁵ Memorial del Demandante en ¶¶ 194-201. Ver también **CLA-47**, *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A., c. República de Chile*, Caso CIADI N° ARB/01/7, Laudo, 25 de mayo de 2004 en ¶ 238; **CLA-10**, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A., and Vivendi Universal c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/97/3, Laudo, 20 de agosto de 2007 en ¶ 8.2.7; **CLA-76**, *S.D. Myers, Inc., c. Canadá*, CNUDMI (TLCAN), Segundo Laudo Parcial, 21 de octubre de 2002 en ¶ 309; **CLA-05**, *CMS Gas Transmission Co., c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo de 2005 en el ¶ 410; **CLA-40**, *Azurix Corp., c. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/12, Laudo, 5 de octubre de 2012 en ¶¶ 424, 429-30.

⁷⁷⁶ **RLA-27**, *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N° ARB(AF)/09/1, Laudo, 22 de septiembre de 2014 en ¶ 674.

⁷⁷⁷ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 677-82.

propuesta de que el valor justo de mercado no aplica “necesariamente” a aquellas situaciones donde, a diferencia de ésta, las medidas en cuestión no dieron lugar a la pérdida de la inversión protegida.⁷⁷⁸ Evidentemente este no es el caso que aquí nos ocupa, en que las acciones de Bolivia dieron lugar a la nacionalización del Proyecto Malku Khota y a la pérdida total de la inversión de South American Silver.

374. En síntesis, South American Silver tiene el derecho a plena compensación por los incumplimientos por parte de Bolivia de las disposiciones del Tratado relativas al trato justo y equitativo, la cláusula general (“*the umbrella clause*”), medidas arbitrarias y discriminatorias, y plena protección y seguridad. Si bien el Demandante argumenta que Bolivia incumplió cada una de estas disposiciones en varios sentidos (como también la disposición sobre expropiación del Artículo 5), una infracción de cualquiera de ellas le daría derecho al Demandante a plena compensación.

4. Las acciones de Bolivia son la única causa de los daños de South American Silver

375. En su Memorial de Contestación, Bolivia adoptó la dudosa noción de que South American Silver era de cierta forma responsable por sus propios perjuicios y que la decisión de Bolivia de nacionalizar el Proyecto Malku Khota era solamente un “acto formal” y no la “real causante” de la toma de la inversión de South American Silver.⁷⁷⁹ Bolivia no aporta ningún fundamento legal para su teoría fantasmiosa sobre el “acto formal”. En lugar de ello, Bolivia se refiere a dos casos (*ELSI* y *Biwater*) donde los tribunales arbitrales observaron que la inversión de los demandantes ya estaba insolvente o casi insolvente al momento de la inversión.⁷⁸⁰ No es así en el caso de CMMK o del Proyecto Malku Khota, los cuales se encontraban con una base financiera sólida y avanzaban hacia las etapas de planificación y construcción luego del descubrimiento de un masivo recurso mineral de plata, indio y galio.

376. En marcado contraste con las meras afirmaciones de Bolivia, South American Silver ha establecido de manera concluyente en su Demanda Arbitral que sus perjuicios son única y directamente imputables a las acciones de Bolivia: South American

⁷⁷⁸ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 679-81.

⁷⁷⁹ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 569.

⁷⁸⁰ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 570-71.

Silver perdió su inversión en el momento en que Bolivia nacionalizó las Concesiones de Malku Khota.⁷⁸¹ Bolivia – y solamente Bolivia – tenía el poder de nacionalizar el Proyecto Malku Khota al emitir un decreto supremo que “revertía” las concesiones al “dominio originario del Estado.” Esto es precisamente lo que hizo Bolivia cuando anunció y emitió el Decreto Supremo N° 1308.⁷⁸² No se disputa que South American Silver era la propietaria indirecta de las Concesiones de Malku Khota antes de que Bolivia promulgara el Decreto Supremo N° 1308 y que dejó de ser la propietaria de estas concesiones tras la aprobación del Decreto Supremo N° 1308. Es absurdo que Bolivia sugiera que sus medidas no son la causa de los perjuicios de South American Silver en circunstancias que fueron precisamente las medidas de Bolivia (y particularmente el Decreto Supremo N° 1308) las que causaron que se nacionalizara la concesión de South American Silver y que ésta fuera transferida a Bolivia y COMIBOL.

377. Cabe también mencionar que Bolivia misma reconoció la causalidad directa entre el Decreto Supremo N° 1308 y la toma de las inversiones de South American Silver en el Proyecto Malku Khota. El Artículo 4 del Decreto Supremo N° 1308 expresamente prevé el pago de compensación por la nacionalización de las Concesiones de Malku Khota.⁷⁸³ Bolivia no puede hoy alegar que sus acciones no fueron la causa de los daños sufridos por South American Silver cuando el Decreto Supremo N° 1308 mismo reconoce expresamente que Bolivia tenía un deber de pagar compensación a South American Silver por la nacionalización de las Concesiones de Malku Khota.

378. Por si fuera poco, Bolivia también afirma que cualquier monto otorgado a South American Silver debería reducirse sumariamente por un factor de al menos 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.”⁷⁸⁴ Esto es acorde con la vacía estrategia estigmatizadora de Bolivia. Los esfuerzos de Bolivia por caracterizar sus propias medidas como si hubiesen sido motivadas por cualquier otra cosa salvo un deseo de obtener el masivo recurso mineral de Malku Khota para sí misma son, en el mejor de

⁷⁸¹ Memorial del Demandante en ¶¶ 118-27.

⁷⁸² **Prueba C-4**, Decreto Supremo N° 1308, 1° de agosto de 2012.

⁷⁸³ **Prueba C-4**, Decreto Supremo N° 1308, 1° de agosto de 2012.

⁷⁸⁴ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 725.

los casos, no convincentes. SAS siempre actuó lícitamente y no es responsable por la oposición motivada políticamente – la que el Gobierno alentó tácitamente y a veces expresamente – al proyecto que Bolivia ahora pretende usar como una hoja de parra para cubrir sus propias acciones ilícitas.⁷⁸⁵ No existe, por ende, fundamento alguno para que Bolivia llegue a sugerir que los daños y perjuicios de South American Silver deberían reducirse. Bolivia ni siquiera se molesta en entregar una explicación a su elección de “al menos 75%” como un factor para reducir los daños del Demandante, lo cual destaca la completa falta de seriedad de su posición.⁷⁸⁶

379. El caso *Abengoa c. México* involucra circunstancias similares a este caso, donde se alegaba que el demandante no implementó una estrategia de relaciones comunitarias efectiva y se afirmaba que el inversionista había contribuido a cualquier daño sufrido.⁷⁸⁷ Aunque el Tribunal de *Abengoa* reconoció que el demandante podría haber implementado medidas más efectivas al buscar el consentimiento de las comunidades para operar su planta de procesamiento de residuos peligrosos,⁷⁸⁸ en definitiva concluyó que dicha deficiencia no contribuía a los daños sufridos.⁷⁸⁹ El Tribunal determinó que no existía ningún marco regulatorio para definir las obligaciones del propietario de una planta de procesamiento de residuos tóxicos para con la comunidad,⁷⁹⁰ y que el Gobierno mexicano nunca pidió al inversionista implementar una estrategia de relaciones comunitarias o efectuar una estrategia más efectiva y nunca formuló comentarios negativos en relación a la estrategia del inversionista.⁷⁹¹ México fue privada de la posibilidad de basarse en las presuntas deficiencias del inversionista con las comunidades para excluir o reducir su responsabilidad y los daños.

380. Como se indicó más arriba, las circunstancias de este caso son similares a *Abengoa* con respecto a que: no existe ningún marco regulatorio en Bolivia que defina las

⁷⁸⁵ *Ver supra* en la Sección II.C.3.

⁷⁸⁶ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 725.

⁷⁸⁷ **CLA-162**, *Abengoa S.A. y COFIDES S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N° ARB(AF)/09/2, Laudo, 18 de abril de 2013 en el ¶ 659.

⁷⁸⁸ *Id.* ¶ 661.

⁷⁸⁹ **CLA-162**, *Abengoa c. México* en el ¶ 673

⁷⁹⁰ *Id.* ¶ 664

⁷⁹¹ *Id.* ¶ 667.

obligaciones de una Compañía de implementar un programa de relaciones comunitarias; no hubo ninguna petición específica por parte de Bolivia pidiendo que la Compañía implementara un programa de relaciones comunitarias; y no hubo comentarios específicos por parte de Bolivia respecto al programa de relaciones comunitarias de la Compañía.⁷⁹² En consecuencia, el Tribunal debería negar la petición de Bolivia de reducir la medida de daños que ésta debe pagar al Demandante.

381. El Artículo 39 de la CDI deja en claro que no toda acción u omisión que contribuye al daño sufrido es relevante para fines de determinar el monto de compensación.⁷⁹³ Más bien, según lo explica el Prof. Crawford, “[A]rticle 39 allows to be taken into account only those actions or omissions which can be considered as willful or negligent, i.e. which manifest a lack of due care on the part of the victim of the breach for his own property or rights.”⁷⁹⁴ Bolivia no ha cumplido con la carga de probar cómo South American Silver hubiera actuado “willfully” (dolosamente) o “negligently” (con culpa o negligencia) en relación a la nacionalización de Bolivia del Proyecto Malku Khota. Meras afirmaciones que aseveran que “SAS fue la responsable de la Reversión” no son suficientes para mostrar cómo cualquier acción por parte de South American Silver podría haber contribuido a sus perjuicios.⁷⁹⁵

382. No es motivo de controversia el hecho de que Bolivia nunca imputó a South American Silver, CMMK o a cualquiera de sus empleados dolo – o negligencia – en relación al descubrimiento y desarrollo del Proyecto Malku Khota.⁷⁹⁶ Si Bolivia tuviera prueba alguna de que South American Silver o CMMK actuó ilegalmente o con culpa, efectivamente hubiera presentado dicha evidencia antes de, o durante, este arbitraje. En su lugar, los funcionarios bolivianos admitieron al momento de la expropiación que: “El Gobierno boliviano tenía siempre la intención de suspender el contrato con la empresa y revertir esta concesión a favor del Estado desde hace más de un

⁷⁹² Ver *supra* sección II.B.5

⁷⁹³ **CLA-160**, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, U.N. GAOR 6th Comm., 56th Sess., U.N. Doc. A/Res/56/83, 28 de enero de 2002, Artículo 39.

⁷⁹⁴ **CLA-14**, James R. Crawford, THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION’S ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY: INTRODUCTION, TEXT AND COMMENTARIES 241 (2002).

⁷⁹⁵ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 737.

⁷⁹⁶ Ver *supra* en ¶¶ 20, 115.

año.”⁷⁹⁷ Además, otros funcionarios gubernamentales de alto rango confirmaron que la Compañía actuaba legalmente en relación al Proyecto Malku Khota. Por ejemplo, así lo avisó Óscar Iturri, Jefe de Unidad de Consulta Pública y Participación Ciudadana del Ministerio de Minería y Metalurgia, al Ministro Mario Virreira en un memorándum de fecha 21 de febrero de 2011.⁷⁹⁸

383. El Tribunal debe, por lo tanto, rechazar los intentos infundados de Bolivia de invocar negligencia contributiva por parte de la Compañía en un último intento desesperado de zafarse de su obligación de pagar compensación por la nacionalización del Proyecto Malku Khota.

B. CUANTÍA DE LA REPARACIÓN

384. Para comenzar, Bolivia no disputa los cálculos de South American Silver respecto al monto de daños adicionales adeudados en relación con la restitución de las Concesiones de Malku Khota. Bolivia cuestiona el monto de la compensación calculado por FTI y RPA pero no ofrece valor alguno por el Proyecto Malku Khota o por los daños adeudados a South American Silver. En lugar de ello, Bolivia simplemente reitera la directiva del Decreto Supremo N°1308 de que South American Silver sólo reciba un monto basado en las sumas invertidas en Malku Khota –independiente del valor real del Proyecto Malku Khota.⁷⁹⁹ Como el Demandante explica a continuación, el enfoque de Bolivia se basa en una serie de caracterizaciones erróneas de los informes RPA y FTI, y en serias fallas metodológicas –comenzando con la instrucción de Bolivia a sus expertos de que no entregaran un valor para el Proyecto Malku Khota.

1. Fecha de Valoración

⁷⁹⁷ **Prueba C-63**, *Gobierno dice que tenía hace un año la intención de anular contrato con minera en Malku Khota*, LA RAZÓN, 9 de julio de 2012.

⁷⁹⁸ *Ver supra*; ¶¶ 92, 233; **Prueba C-231**, Comunicación oficial de la oficina del Ministerio de Minería y Metalurgia a CMMK con fecha 16 de marzo de 2011 y Memorial emitido el 11 de febrero de 2011 por el Sr. Oscar Iturri, Jefe de Unidad de Consulta Pública y Participación Ciudadana; **Prueba C-230**, Comunicación oficial del Viceministro de Coordinación de Movimientos Sociales y Sociedad Civil del Ministerio de Minería a CMMK con fecha 10 de febrero de 2011 y el Criterio Jurídico emitido el 3 de febrero de 2011 por el Responsable de Análisis Estratégico del Viceministerio, el Sr. Alberto García Sandoval; **Prueba C-223**, *Explotación ilegal de oro es el origen del conflicto en Malku Khota*, LA PAZ, 21 de mayo de 2012; **Prueba C-224**, *Comunarios frenan operaciones mineras para iniciar trabajo ilegal*, PÁGINA SIETE, 21 de abril de 2012.

⁷⁹⁹ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 573.

385. Bolivia argumenta que la fecha de valoración debería ser el 9 de julio de 2012 (un día después de que la Compañía “informara al mercado” de su nacionalización) y no el 6 de julio de 2012 (el día hábil inmediatamente anterior a la firma del Memorandum de Acuerdo de fecha 7 de julio de 2012, que formalmente marca el comienzo del proceso de expropiación) según lo sugiere South American Silver.⁸⁰⁰ Bolivia se equivoca. El Tratado (que Bolivia argumenta que debería ser utilizado para determinar el estándar de valoración aplicable en este caso) expresamente establece que la “compensación deberá responder a 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, lo que ocurra primero”.⁸⁰¹ El Tratado no contempla una fecha posterior a la expropiación, como Bolivia ahora sugiere. Por consiguiente, se debe considerar el 6 de julio de 2012 como la fecha de valoración correcta para la determinación de la compensación adeudada al Demandante en este caso.

386. Sin perjuicio de haber reconocido que “de acuerdo a SAS, la fecha de valoración debe ser el 6 de julio de 2012,” Bolivia dedica 5 páginas adicionales de su Memorial de Contestación a argumentar en contra de usar la fecha del laudo como fecha de valoración en este caso.⁸⁰² La exposición de Bolivia no cumple propósito alguno más que mostrar las aproximaciones e inconsistencias de las que adolece su presentación. South American Silver reitera su selección del día inmediatamente anterior al Memorandum de Acuerdo del 7 de julio de 2012 (esto es, el 6 de julio de 2012) como la fecha de valoración en este caso.⁸⁰³

⁸⁰⁰ *Id.* ¶¶ 637-41. Asimismo, si bien Brattle no realizó un análisis de valoración independiente, el Demandado instruyó a Brattle que utilizara como fecha de valoración el 9 de julio de 2012, que de acuerdo a Brattle es “...el día antes de que SASC informara por primera vez a los inversionistas que Bolivia pretendía revertir las concesiones Malku Khota.” Brattle no señala su propia opinión respecto a qué fecha de valoración aplicar en este caso.

⁸⁰¹ **Prueba C-1**, Tratado, Artículo 5.

⁸⁰² Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 661-75.

⁸⁰³ Sin perjuicio de su selección de una fecha de valoración como la fecha inmediatamente anterior al inicio del proceso de expropiación, el Demandante se reserve el derecho de demandar cualquier aumento en la pérdida del valor justo de mercado de la inversión resultante de eventos sobrevinientes debido a la naturaleza ilícita de la toma. Ello es consistente con las líneas de casos de la *Fábrica de Chorzów* que han sido mencionados anteriormente, y es también consistente con ubicar al Demandante en la misma posición en la que se encontraría en ausencia de la expropiación de Bolivia de las inversiones del Demandante.

2. La metodología empleada por RPA y FTI refleja adecuadamente el valor justo de Mercado del Proyecto Malku Khota

387. Los informes emitidos por los peritos de Bolivia no ponen en duda ninguna de las metodologías de valoración empleadas por el Demandante señaladas en los informes RPA y FTI. Por el contrario, ellos apoyan la metodología del demandante para calcular el valor justo de mercado del Proyecto Malku Khota usando el enfoque de la transacción comparable, consenso de analistas y colocaciones privadas. Los expertos de Bolivia no están en desacuerdo con que existe un recurso mineral importante en Malku Khota. Esto es simplemente un hecho que ha sido reconocido por el Gobierno Boliviano por años y que explica por qué el Proyecto Malku Khota está incluido en el plan económico quinquenal de Bolivia.⁸⁰⁴ Este también es el motivo por el cual el Gobierno se encuentra promoviéndolo activamente entre inversionistas extranjeros, para así obtener el negocio que quiere, contrario a la propiedad total legal del Demandante conforme a concesiones válidas.

a. *Resumen de los Comentarios y Conclusiones de Brattle*

388. Brattle fue contratado por los abogados del Demandado para revisar y comentar el Informe FTI. Los peritos de Brattle no avalúan los daños del Demandante de forma independiente, señalando que a ellos “...no se les solicitó estimar el Valor Justo de Mercado del Proyecto de forma independiente”.⁸⁰⁵ Más bien, los abogados del Demandado instruyeron a Brattle que “... cuantificara los daños al Demandante [causados por la] supuesta expropiación sobre la presunción de que los daños deben reflejar los costos de inversión del Demandante antes de la reversión de las concesiones mineras”.⁸⁰⁶

389. Brattle rechaza las metodologías presentadas en el Informe FTI. Primero, la principal queja de Brattle con respecto al análisis de transacciones comparables de RPA es que no considera que las transacciones que RPA identificó como transacciones

⁸⁰⁴ **Prueba C-151**, *En debate documento preliminar de Plan Sectorial de Desarrollo Minero Metalúrgico 2015 – 2019*, MINERIA NOTICIAS, 5 de junio de 2015; **Prueba C-150**, Plan Sectorial de Desarrollo Minero Metalúrgico 2015-2019.

⁸⁰⁵ **RER-3**, Informe Brattle en ¶ 14.

⁸⁰⁶ **RER-3**, Informe Brattle en ¶ 2.

comparables sean suficientemente comparables con Malku Khota.⁸⁰⁷ Segundo, Brattle considera que los informes publicados por analistas financieros y de mercado que varían de \$196 millones a \$922 millones son “poco confiables” y señala que los propios analistas son “...ya sea no independientes o sus valoraciones *target* están parcializadas hacia arriba...”⁸⁰⁸. Finalmente, Brattle afirma que el valor implícito que consideran las transacciones de colocaciones privadas para las acciones de SASC exageran el valor de mercado de la compañía a la Fecha de Valoración ya que las mismas tuvieron lugar dos meses antes de la Fecha de Valoración dado que el precio de transacción bursátil de las acciones de SASC y otros indicadores de mercado decayeron durante este período.⁸⁰⁹

390. Brattle no ha realizado un análisis objetivo e independiente de las pérdidas del Demandante y no ha manifestado su opinión respecto de los daños sufridos por el Demandante como resultado de las acciones impropias que se alegan respecto del Demandado. El ámbito del análisis de Brattle se limitó estrictamente al mandato impuesto por Bolivia, que restringió el análisis a sólo criticar los enfoques de FTI y RPA para efectos de minimizar la demanda y para considerar solo los costos en que South American Silver incurrió directamente en exploración minera en el sitio del Proyecto como una medición de los daños.⁸¹⁰

391. Según se demuestra a continuación, las críticas de Brattle respecto a los enfoques y conclusiones del Informe FTI y del Informe RPA se basan en gran medida en argumentos infundados o incorrectos desde el punto de vista de los hechos o desde el punto de vista técnico.

b. Transacciones Comparables

392. La Demandante contrató a RPA para que preparara una opinión e informe independiente (el “Informe de Valoración de RPA”) respecto al valor justo de mercado del Proyecto Malku Khota al momento de su expropiación por Bolivia (6 de julio de

⁸⁰⁷ *Id.* ¶ 16.

⁸⁰⁸ *Id.* ¶ 20.

⁸⁰⁹ *Id.* ¶ 23.

⁸¹⁰ CER-4, Segundo Informe FTI en ¶ 4.12

2012).⁸¹¹ RPA usó el enfoque de mercado para valorar el Proyecto Malku Khota.⁸¹² Según ambos, RPA y FTI, lo señalan, el enfoque de transacciones comparables (enfoque de mercado) es un enfoque de valoración ampliamente aceptado para propiedades mineras en sus etapas iniciales y es reconocido como tal conforme a normas de valoración internacionalmente aceptadas como las *Standards and Guidelines for Valuation of Mineral Properties, Special Committee of the Canadian Institute of Mining, Metallurgy and Petroleum on Valuation of Mineral Properties* (“Normas y Guías para la Valoración de Propiedades Mineras, Comité Especial del Instituto Canadiense de Minería, Metalurgia y Petróleo sobre Valoración de Propiedades Mineras – CIMVAL”).⁸¹³ De hecho, también fue reconocido como tal por el perito de Bolivia Dr. Davis en su propio artículo sobre el tema el año 2003.⁸¹⁴ Se analizaron las transacciones de mercado en propiedades predominantemente de plata en la Cordillera con Recursos Minerales para derivar un Ratio de Transacción de Metales (MTR por sus siglas en inglés) a aplicar al total de los Recursos Mineros.⁸¹⁵ MTR es el ratio del valor de la transacción dividido por el contenido dólar bruto e in situ del Recurso Mineral transado, expresado como un porcentaje.⁸¹⁶ En la opinión de RPA, el valor justo de mercado del Proyecto Malku Khota al 6 de julio de 2012 era de US\$270 millones con un rango de US\$130 millones a US\$330 millones.⁸¹⁷ Este valor se estima considerando el contenido

⁸¹¹ **CER-5**, Roscoe, Postle and Associates, Informe Respuesta sobre el Proyecto Malku Khota, Departamento de Potosí, Bolivia, 30 de noviembre de 2015 en 1.1 (“Segundo Informe RPA”).

⁸¹² **CER-5**, Segundo Informe RPA en 3.7.

⁸¹³ **CER-5**, Segundo Informe RPA en 6.4; **CER-4**, Segundo Informe FTI en ¶ 4.16.

⁸¹⁴ Graham A. Davis. “Economic Theory and the Valuation of Mineral Assets.” *Journal of Business Valuation*. 15 de julio de 2003 en 402. (**CER-4, Prueba FTI -56**). El Demandante entiende que debido a su contratación por un número de estados soberanos cuando se alega a su respecto que han expropiado activos minerales en sus etapas iniciales, el Profesor Davis recientemente publicó un artículo que minimiza el rol de las transacciones comparables en la valoración de “activos target.” Graham A. Davis, “The Comparison Sales Approach to Valuation: Science or Black Magic.” Extracto del artículo presentado en la Newsletter del International Institute of Minerals Appraisers de febrero de 2015. (FTI 57). Sin perjuicio de esta evolución en la opinión del Profesor Davis, FTI entiende que los participantes en el Mercado y los mercados de capitales continúan haciendo un amplio uso de esta metodología, y que las normas de valoración aceptadas internacionalmente siguen reconociendo al mismo como un enfoque de valoración primario para minas en ciertas etapas de desarrollo (como Malku Khota).

⁸¹⁵ **CER-5**, Segundo Informe RPA en 1.2.

⁸¹⁶ *Id.*

⁸¹⁷ *Id.*

dólar in situ de US\$12,9 billones del total de los Recursos Minerales de Malku Khota usando un MTR de 2% dentro de un rango de 1,0% a 2,5%.⁸¹⁸

393. En respuesta al Informe RPA, Bolivia presentó informes del Profesor Kadri Dagdelen (el “Informe Dagdelen”) y de los Dres. Davis y Dorobantu del Grupo Brattle (el “Informe Brattle”).⁸¹⁹ Aun cuando su mandato no lo señala, el Informe Dagdelen revisa y comenta la Actualización de la PEA al 2011 del Proyecto Malku Khota y los aspectos técnicos de la Actualización de la PEA al 2011 a la que se refiere el Informe de Valoración RPA, en especial a la estimación del Recurso Mineral.⁸²⁰ De manera bastante engañosa, el Profesor Dagdelen también se refiere en numerosas ocasiones al PEA 2009 pese al hecho de que este documento ha sido sustituido por la Actualización de la PEA al 2011 y ya no es confiable.⁸²¹ Si bien el Informe Brattle principalmente revisa y comenta el Informe FTI, también revisa y comenta partes del Informe de Valoración RPA en las que el Informe FTI se apoya.⁸²²

c. Estimación del recurso

394. Como comentario preliminar, cabe mencionar que al preparar su propia estimación del Recurso Mineral, el Profesor Dagdelen confirmó el trabajo realizado por SAS al explorar y desarrollar la propiedad, y estuvo de acuerdo con que el Proyecto Malku Khota contiene un Recurso Mineral importante.⁸²³ Siguiendo su trabajo estimativo y evaluación, su estimación no es sustancialmente diferente a la contenida en la Actualización de la PEA al 2011 revisado por RPA.⁸²⁴ En su visita a terreno, vio las ubicaciones de los sondeos y tras su revisión de la base de datos de sondeos, la encontró aceptable para efectos de una estimación de Recurso Minero.⁸²⁵

⁸¹⁸ CER-5, Segundo Informe RPA en 1.2.

⁸¹⁹ Ver Gen. RER-2, Dr. Kadri Dagdelen & OptiTech Engineering Solutions Inc., Informe de Perito Minero de Kadri Dagdelen sobre El Informe de Valoración del Proyecto Malku Khota de RPA, 30 de marzo de 2015, (“Informe Dagdelen”); RER-3, Informe Brattle.

⁸²⁰ CER-5, Segundo Informe RPA en 1.3.

⁸²¹ RER-2, Informe Dagdelen en e.g. ¶¶ 70, 82.

⁸²² RER-3, Informe Brattle en ¶¶ 42-124.

⁸²³ CER-5, Segundo Informe RPA en 1.3.

⁸²⁴ CER-5, Segundo Informe RPA en 1.3-1.4.

⁸²⁵ CER-5, Segundo Informe RPA en 1.3.

395. El Informe Dagdelen presenta una estimación alternativa del Proyecto Malku Khota respecto de la presentada en la Actualización de la PEA al 2011 y revisado por RPA.⁸²⁶ Al preparar su propia estimación del Recurso Mineral usando la base de datos de SAS según la misma fue confirmada por GeoVector, el Profesor Dagdelen está de acuerdo con que existe un Recurso Mineral importante en el Proyecto Malku Khota.⁸²⁷

396. En general, el Recurso Mineral total en el modelo Dagdelen no fue sustancialmente diferente del Recurso Mineral de la Actualización de la PEA al 2011 de GeoVector reclasificado por RPA. El modelo Dagdelen reduce el tonelaje del yacimiento Malku Khota en 4,6% y el grado de Ag e In en 2,9% y 4,0%, respectivamente.⁸²⁸ Estas diferencias se encuentran dentro del rango esperado para estimaciones de recursos formuladas por distintos practicantes, y no son consideradas significativas.⁸²⁹ La mayor diferencia entre la Estimación de Recurso Mineral de la PEA Actualizado al 2011 y la del Profesor Dagdelen es la clasificación por la cual el Profesor Dagdelen considera más Recurso Mineral Inferido y menor Recurso Mineral Indicado que la estimación del PEA 2011.⁸³⁰ En opinión de RPA, ello se debe a una diferencia en el juicio profesional y en cualquier caso no afecta la valoración ya que las tres categorías del Recurso Mineral se usan en forma conjunta.⁸³¹ El Profesor Dagdelen señala que RPA encontró errores en la estimación de Recurso Mineral de la Actualización de la PEA al 2011 de GeoVector, reclasificando 50 millones de toneladas de Recursos Inferidos a exploración potencial.⁸³² RPA nunca hizo tal afirmación, y la reclasificación del Recurso Mineral Inferido realizada por RPA, correspondiente al Halo de Baja Ley, es una diferencia de opinión profesional respecto de la clasificación de parte del Recurso Inferido de la Actualización PEA 2011.⁸³³ En suma, el Recurso Mineral para el proyecto Malku Khota ha sido estimado/revisado por tres grupos profesionales independientes –GeoVector, RPA y el

⁸²⁶ CER-5, Segundo Informe RPA en 5.3.

⁸²⁷ *Id.* en 5.3.

⁸²⁸ *Id.* en 5.7.

⁸²⁹ *Id.* en 5.7.

⁸³⁰ RER-2, Informe Dagdelen en ¶ 123; CER-5, Segundo Informe RPA en 5.7.

⁸³¹ CER-5, Segundo Informe RPA en 5.7.

⁸³² RER-2, Informe Dagdelen en ¶ 72.

⁸³³ CER-5, Segundo Informe RPA en 5.4.

Profesor Dagdelen con la asistencia de Gustavson. Los tres están de acuerdo en que existe un Recurso Mineral importante en el Proyecto.

d. Uso de recursos inferidos en una valoración

397. Una parte importante del Informe Dagdelen se destina a la premisa que los Recursos Minerales Inferidos no pueden ser utilizados para la valoración de propiedades mineras.⁸³⁴ En opinión del Profesor Dagdelen, la inclusión de Recursos Inferidos hace que un análisis económico se vuelva inutilizable debido al menor nivel de confianza de una estimación inferida.⁸³⁵ Como lo destaca RPA, la mayoría de estos comentarios son inexactos y/o engañosos y demuestran una falta de entendimiento de parte del Profesor Dagdelen sobre algunos aspectos de la metodología de valoración de proyectos mineros.⁸³⁶

398. De hecho, los Recursos Inferidos pueden ser utilizados en un PEA, y transacciones de propiedades minerales se llevan a cabo habitualmente en el mercado con valoraciones basadas en todo o en parte en Recursos Inferidos.⁸³⁷ Las transacciones de propiedades minerales en sus etapas iniciales regularmente ocurren con el valor acordado por partes de mercado sobre la base de los Recursos Minerales Inferidos, o incluso sin Recurso Mineral alguno.⁸³⁸

399. El Profesor Dagdelen también se refiere a los comentarios en NI 43-101 y en las Normas de Definición CIM (CIM, 2010) respecto a la confiabilidad y al uso de Recursos Inferidos en los análisis económicos para divulgación pública.⁸³⁹ Estos

⁸³⁴ Relevantemente, la valoración de RPA se apoyaba en la estimación del Recurso Mineral de GeoVector y no en la Actualización de la PEA al 2011. La estimación del Recurso Mineral de GeoVector no clasifica el recurso mineral ni distingue entre recursos minerales medidos, indicados e inferidos. El Informe RPA entrega una valoración revisada independiente del recurso mineral Malku Khota y no se apoya en la clasificación NI 43-101 para hacerlo. Segundo Informe RPA en 5.1.

⁸³⁵ **RER-2**, Informe Dagdelen en ¶ 122.

⁸³⁶ **CER-5**, Segundo Informe RPA en 5.12-5.13. Pese a su posición errónea de que los Recursos Inferidos no pueden ser utilizados en una valoración, durante su informe, Dagdelen reconoce continuamente el hecho que el Proyecto Malku Khota sí cuenta con Recursos Minerales significativos y su propia estimación no es materialmente diferente de la estimación del Recurso Mineral de GeoVector utilizada en la valoración de RPA.

⁸³⁷ **CER-5**, Segundo Informe RPA en 5.12

⁸³⁸ **CER-5**, Segundo Informe RPA en 1.3 – 1.4, 5.1; *Ver también CER-3*, Declaración Testimonial del Perito Cooper en ¶¶ 52-55.

⁸³⁹ **RER-2**, Informe Dagdelen en ¶ 21.

comentarios están fuera de lugar y resultan engañosos ya que ni NI 43-101 ni las Normas de Definición CIM cubren la valoración.⁸⁴⁰ Los Recursos Inferidos, o parte de los mismos, son siempre considerados como parte de una valoración por cualquier metodología.⁸⁴¹ FTI confirma que los compradores en el mercado han demostrado que se encuentran dispuestos y capacitados para realizar *due diligence* para valorar las propiedades mineras con sólo recursos inferidos para poder materializar transacciones importantes.⁸⁴²

400. Basado en ello, la conclusión del Profesor Dagdelen de que “Los Recursos Inferidos no contribuyen ni pueden contribuir a la valoración de una propiedad o empresa minera” simplemente no es cierta.⁸⁴³

e. Análisis de Ratio de Transacción de Metales (MTR)

401. El Informe Brattle incluye una amplia crítica a la metodología MTR, a la comparabilidad de las transacciones de mercado, y al análisis de RPA de las transacciones comparables, sin embargo, no ofrece alternativa alguna para la valoración del Proyecto Malku Khota.⁸⁴⁴ Como explica RPA, el MTR es matemáticamente lo mismo que combinar más de un metal como el equivalente de un metal, calculando un valor de transacción por unidad de metal equivalente en el recurso, y dividiéndolo por el precio del metal en la fecha de la transacción.⁸⁴⁵ En el caso de propiedades minerales comparables con Malku Khota, un valor por onza de plata equivalente puede dividirse por el precio de la plata en la fecha de la transacción para obtener un ratio que es el mismo que el MTR.

⁸⁴⁰ **RER-2, Informe Dagdelen, Prueba DAG-1**, Normas de Definición CIM para Recursos Minerales y Reservas Minerales; preparado por el CIM Standing Committee on Reserve Definitions, Canadian Institute of Mining, Metallurgy and Petroleum (CIM), 27 de noviembre de 2010; **RER-2, Informe Dagdelen, Prueba DAG-3**, NI 43-101, 2011, National Instrument 43-101 Normas para revelación de Proyectos Minerales, 24 de junio de 2011.

⁸⁴¹ **CER-5**, Segundo Informe RPA en 5.12.

⁸⁴² **CER-4**, Segundo Informe FTI, 5.11-5.14 y Figura 5.

⁸⁴³ **CER-5**, Segundo Informe RPA en 5.12.

⁸⁴⁴ Tanto Brattle como Dagdelen son de la opinión de que el valor solo puede ser establecido por el método del Ingreso. Nuevamente, esto no es efectivo. El mercado usa métodos de transacciones comparables, como el MTR, para transar propiedades en etapas iniciales. **CER-5**, Segundo Informe RPA en 1.4, 5.1.

⁸⁴⁵ **CER-5**, Segundo Informe RPA en 3.9,-3.10, 6.5.

402. El Informe Brattle señala que las propiedades mineras usadas por RPA para el análisis de transacciones comparables no son comparables con el Proyecto Malku Khota.⁸⁴⁶ Si bien hay ciertas diferencias entre las transacciones comparables utilizadas y la propiedad Malku Khota, las propiedades seleccionadas son lo suficientemente similares para servir de base en un análisis de transacciones comparables, a fin de determinar un rango apropiado de valores a aplicarse a la propiedad Malku Khota.⁸⁴⁷ RPA seleccionó cuidadosa y metódicamente las propiedades comparables sobre la base de los siguientes factores:

- **Ubicación Geográfica y Geológica:** Las propiedades comparables se encuentran todas ubicadas en la Cordillera al oeste de Sudamérica, América Central y México, lo que representa una región geológica y metalogénica distintiva. La selección de transacciones comparables en propiedades ubicadas en la línea del cinturón Ag-Pb-Zn de México hasta Chile resultó en un nivel importante de comparabilidad geológica y metalogénica a la propiedad Malku Khota.⁸⁴⁸
- **Mezcla de Metales:** La plata es el mayor componente en todas las transacciones comparables, en un rango entre 41% y 100%, promediando 75%, lo que es similar a la propiedad Malku Khota que promedia 74% de plata. El oro es generalmente bajo como componente del contenido dólar in situ de las propiedades comparables, en un rango entre cero a 31% y promediando 6%, comparado con cero de la propiedad Malku Khota. Metales distintos de la plata alcanzan a un total de 19% en promedio para las propiedades comparables, comparado con el 26% de la propiedad Malku Khota. En la opinión de RPA, la mezcla de metales en los Recursos Minerales de las propiedades comparables es suficientemente similar a la propiedad Malku Khota para permitir un análisis de transacciones comparables.⁸⁴⁹
- **Ley:** Contrario a lo que sugiere el Informe Brattle, una mayor ley no necesariamente equivale a un mayor valor, ya que también deben ser considerados el tonelaje y contenido de metal.⁸⁵⁰ Un análisis de las propiedades comparables utilizadas por RPA revela que los valores de las

⁸⁴⁶ RER-3, Informe Brattle en ¶¶ 62, 84.

⁸⁴⁷ CER-5, Segundo Informe RPA en 6.8.

⁸⁴⁸ CER-5, Segundo Informe RPA en 6.11-6.12.

⁸⁴⁹ *Id.* en 6.13- 6.14.

⁸⁵⁰ RER-3, Informe Brattle en ¶¶ 65- 67; CER-5, Segundo Informe RPA en 6.14.

propiedades no aumentan con una ley equivalente de plata más alta. Con respecto a los costos, depósitos de menor ley normalmente tienen menores costos que los depósitos con mayor ley, lo opuesto a las conclusiones del Informe Brattle a este respecto.⁸⁵¹ Ello se debe a que los depósitos de mayor ley necesitan ser más grandes para ser explotados a un rango más alto para alcanzar las economías de escala y consecuentemente tener menores costos de operación que depósitos más pequeños de ley más alta.⁸⁵²

- **Etapas de la Exploración o Desarrollo:** El Informe Brattle argumenta que ninguna de las 14 transacciones comparables de RPA son comparables basándose en la etapa de exploración o desarrollo, ya que las propiedades en una etapa de desarrollo más avanzada deberían tener valores más altos.⁸⁵³ En la experiencia de RPA, el tamaño del Recurso Mineral es una consideración más importante en los acuerdos de adquisición de propiedad que la etapa de exploración o desarrollo salvo que se hayan demostrado las Reservas Minerales. Ninguna de las transacciones comparables tenía Reservas Minerales reportadas, como tampoco las tenía el Proyecto Malku Khota.⁸⁵⁴ En la fecha de valoración de 6 de julio de 2012, el proyecto Malku Khota se consideraba como una Propiedad de Recursos Minerales.⁸⁵⁵ RPA considera que todas las propiedades usadas en su análisis de transacciones comparables son también Propiedades de Recursos Minerales y como tales, comparables al Proyecto Malku Khota.⁸⁵⁶
- **Tamaño del Recurso Mineral:** El Informe Brattle argumenta que el tamaño del recurso de plata Malku Khota es considerablemente más grande que todos salvo uno de los recursos de plata en las transacciones comparables de RPA y que no pueden efectuarse ajustes de valores de manera razonable.⁸⁵⁷ RPA no está de acuerdo y considera que el rango MTR derivado del análisis de transacciones comparables es de aplicación razonable al recurso mineral Malku Khota.⁸⁵⁸

⁸⁵¹ *Id.*

⁸⁵² **CER-5**, Segundo Informe RPA en 6.14.

⁸⁵³ **RER-3**, Informe Brattle en ¶¶ 68-74.

⁸⁵⁴ **CER-5**, Segundo Informe RPA en 6.15 - 6.16.

⁸⁵⁵ **CER-5**, Segundo Informe RPA en 3.6; **CER-4**, Segundo Informe FTI en ¶ 9.14.

⁸⁵⁶ **CER-5**, Segundo Informe RPA en 6.17.

⁸⁵⁷ **RER-3**, Informe Brattle en ¶ 76.

⁸⁵⁸ **CER-5**, Segundo Informe RPA en 6.16.

- **Fechas de las Transacciones Comparables:** El Informe Brattle señala que las transacciones comparables de RPA cubren un período de más de 5 años antes de la valoración del 6 de julio de 2012.⁸⁵⁹ Si bien las guías generales para transacciones comparables sugieren un máximo de dos años antes de la fecha de valoración, RPA considera que se puede justificar un período más largo usando el método MTR dado que el mismo realiza ajustes por cambios en los precios de los metales en el tiempo.⁸⁶⁰

403. El Informe Brattle también intenta establecer que el método MTR no es válido porque se basa en el valor “bruto in situ” y no considera los costos de desarrollo y operacionales y el valor tiempo de los ingresos y egresos.⁸⁶¹ De hecho, el método MTR no toma los mismos en consideración, al estimar un valor que es solo un porcentaje muy básico del valor “bruto in situ” de los metales.⁸⁶² El Informe Brattle también sugiere que los futuros precios de los metales a lo largo de la vida de la mina deberían ser utilizados en lugar de precios spot, que RPA utilizó en el análisis MTR.⁸⁶³ El Informe Brattle aparentemente está confundiendo el Enfoque de Ingresos (análisis DCF) con el Enfoque de Mercado (análisis MTR) ya que usa expresiones como “el output de las minas serán vendidos muchos años en el futuro”, “precios esperados sobre la vida de la mina”, “tiempos esperados de los flujos de caja de la producción” y “tiempo de los flujos de caja futuros”.⁸⁶⁴ En la experiencia de RPA, las Propiedades de Recursos Mineros transan más en la base de precios de metales spot que en la base de precios futuros a largo plazo de los metales.⁸⁶⁵

404. Basado en lo anterior, no cabe duda de que las propiedades escogidas para análisis en el Informe de Valoración RPA son razonablemente comparables con la propiedad mineral Malku Khota, y que el análisis MTR utilizado para analizar las transacciones comparables es un método aceptable de transacciones comparables.⁸⁶⁶ En

⁸⁵⁹ **RER-3**, Informe Brattle en ¶¶ 94-96, Fig. 6.

⁸⁶⁰ **CER-5**, Segundo Informe RPA en 6.18.

⁸⁶¹ **RER-3**, Informe Brattle en ¶ 100.

⁸⁶² **CER-5**, Segundo Informe RPA en 6.6

⁸⁶³ **RER-3**, Informe Brattle en ¶ 104

⁸⁶⁴ **RER-3**, Informe Brattle en ¶ 104; **CER-5**, Segundo Informe RPA en 6.7.

⁸⁶⁵ **CER-5**, Segundo Informe RPA en 6.7.

⁸⁶⁶ *Id.*

opinión de RPA, resulta razonable aplicar el rango MTR de 1,0% a 2,5% con un valor preferente de 2,0%, según se deriva de las transacciones comparables, al contenido dólar in situ de la propiedad mineral Malku Khota.⁸⁶⁷

f. Proceso Metalúrgico

405. El proceso metalúrgico desarrollado por SAS para el Proyecto Malku Khota ha sido demostrado a escala de laboratorio y los pasos individuales del proceso son utilizados a escala comercial en otras plantas procesadoras a nivel mundial . El Dr. Dreisinger resume los elementos clave del proceso de SAS, la variedad de muestras de mineral recolectadas, y el rango de pruebas metalúrgicas realizadas en muestras compuestas para desarrollar el diagrama de flujos del proceso.⁸⁶⁸ El Dr. Dreisinger también enfatiza que el desarrollo del ciclo del proceso para el Proyecto Malku Khota es similar al de otros proyectos exitosos en los que él ha participado, incluyendo Mount Gordon (Australia), Sepon (Laos), Boleo (México), y Northmet (Minnesota, EEUU).⁸⁶⁹ Contrario a lo sugerido por el Profesion Dagdelen, hay muchos ejemplos de lixiviación de varios metales con ácido clorhídrico.⁸⁷⁰ El Dr. Dreisinger describe varias operaciones metalúrgicas actuales e históricas, que son precursoras para los pasos de procesales individuales encontrados en el Proceso de SAS.⁸⁷¹

406. En opinión de RPA, el programa de pruebas metalúrgicas desarrollado para el Proyecto Malku Khota fue detallado y sistemático en su enfoque y siguió un sólido camino de desarrollo.⁸⁷² El proceso hidrometalúrgico desarrollado para el Proyecto Malku Khota puede recuperar selectivamente Ag/Au, Cu, In/Ga, Pb y Zn de minerales producidos en Malku Khota. Los pasos individuales del proceso son de práctica habitual en la industria y han sido combinados en una forma única para permitir la extracción del metal en el Proyecto Malku Khota.⁸⁷³

⁸⁶⁷ *Id.* en 6.234.

⁸⁶⁸ **CWS-6**, Segunda Declaración Testimonial de David B. Dreisinger, 23 de noviembre de 2015 en ¶¶ 18-50 (“Segunda Declaración Testimonial de Dreisinger”).

⁸⁶⁹ **CWS-6**, Segunda Declaración Testimonial de Dreisinger en ¶¶ 13-17, 51-52.

⁸⁷⁰ **RER-2**, Declaración Testimonial Dagdelen en ¶¶ 88-91; **CER-5**, Segundo Informe RPA en 5.10.

⁸⁷¹ **CWS-6**, Segunda Declaración Testimonial de Dreisinger en ¶ 53.

⁸⁷² **CER-5**, Segundo Informe RPA en 5.10.

⁸⁷³ *Id.* en 5.11.

g. Conclusión sobre transacciones comparables

407. Basado en lo anterior, RPA concluye que no hay razón para cambiar el resultado del valor en el Informe de Valoración RPA. La opinión de RPA sigue siendo que el Valor de Mercado del proyecto Malku Khota al 6 de julio de 2012 fue de \$270 millones dentro de un rango de \$130 millones y \$330 millones.⁸⁷⁴

408. Asimismo, FTI también concluye que el estándar con el que Brattle analiza el método de transacciones comparables es poco realista e irrazonable, así como inconsistente con su uso en la práctica para valorar transacciones reales.⁸⁷⁵ FTI revisó las transacciones aplicadas en el Informe RPA y si bien existen diferencias entre las transacciones comparables y el Proyecto, ello es de esperarse al comparar propiedades minerales.⁸⁷⁶ Pese a estas diferencias, FTI concluye que los actores de mercado considerarían estas transacciones como un punto de referencia para determinar el monto en que ellos estarían dispuestos a comprar/vender el Proyecto en una transacción a nivel de mercado –junto con otra información disponible según se señala en detalle en el Informe FTI.⁸⁷⁷ Así, FTI atribuye una ponderación de 50,0% al análisis de valoración de transacciones comparables establecido en el Informe RPA.⁸⁷⁸

h. Valoraciones de Analistas de la Industria

409. Los comentarios de Brattle con respecto al rol de los analistas de la industria y los análisis de valoración publicados por ellos son en su mayoría arbitrarios y no comprobados siquiera con un mínimo de evidencia.⁸⁷⁹ Según lo explica FTI, Brattle claramente no ha entendido las metodologías aplicadas por los analistas de la industria para determinar el valor del Proyecto y no contactó a los analistas para discutir las preocupaciones planteadas en el Informe Brattle.⁸⁸⁰

⁸⁷⁴ *Id.* en 1.4.

⁸⁷⁵ **CER-4**, Segundo Informe FTI en ¶ 4.16(i).

⁸⁷⁶ *Id.* ¶ 9.53(i).

⁸⁷⁷ **CER-4**, Segundo Informe FTI en ¶ 4.16(i).

⁸⁷⁸ *Id.* ¶ 5.15.

⁸⁷⁹ **RER-3**, Informe Brattle en ¶¶ 125-49.

⁸⁸⁰ **CER-4**, Segundo Informe FTI en ¶¶ 6.5-6.8.

410. Contrario a lo que sugiere Brattle, los analistas cumplen una importante función en la eficiencia del mercado de capital a través de la diseminación y el análisis de la información y están obligados por códigos de conducta profesionales que requieren “...actuar con debida prudencia y criterio para lograr y mantener la independencia y la objetividad en sus actividades profesionales”.⁸⁸¹ Según lo explica el señor Barry Cooper, uno de los más prominentes analistas que ha participado en el sector minero y testigo en este arbitraje, si los analistas fueran sistemáticamente parciales o estuvieran habitualmente equivocados, los inversionistas dejarían de seguirlos y tendrían que abandonar el negocio”⁸⁸². Los analistas que prepararon las valoraciones de SASC contaban con muchos años de experiencia en la industria, y tienen un conocimiento detallado de la industria minera, del Proyecto y de la administración de SASC.⁸⁸³ Todos estos analistas continúan desempeñándose como tales al día de hoy.

411. El comentario de Brattle en cuanto a que el precio de la acción de una Compañía debería inmediatamente moverse al precio target de un analista demuestra una falta de entendimiento del cálculo de un precio target y del funcionamiento del mercado de valores. Según lo ha señalado el señor Cooper, no es sorprendente que el informe de estos analistas no “...llevaran a una compra significativa de las acciones de South American Silver para empujar el precio de mercado cerca de los precios target de los analistas... eso no quiere decir que los informes, las actualizaciones de los analistas y piezas de iniciación sean de menor calidad que las de las grandes empresas, o que su análisis no sea detallado, preciso y confiable”.⁸⁸⁴

412. Brattle sugiere que FTI no realizó un *due diligence* suficiente para apoyarse en los reportes de los analistas y que debió haber “corregido” las valoraciones de los analistas por varios temas o errores percibidos que ellos identificaron.⁸⁸⁵ Por el contrario, al preparar su informe, los expertos de FTI hablaron largamente con cada analista para comprender sus análisis, y se encontraron satisfechos respecto de que cada

⁸⁸¹ CER-4, Prueba FTI-58, CFA Institute. “Code of Ethics and Standards of Professional Conduct.”

⁸⁸² CER-3, Declaración Testimonial del Perito Cooper en ¶ 33.

⁸⁸³ CER-4, Segundo Informe FTI en ¶ 4.16.

⁸⁸⁴ CER-3, Declaración Testimonial del Perito Cooper en ¶ 26.

⁸⁸⁵ RER-3, Informe Brattle en ¶ ¶ 138-49.

uno realizó un análisis razonado y profesional.⁸⁸⁶ Como se señala claramente en el Informe FTI, FTI presentó intencionalmente las opiniones de los analistas respecto al valor sin imponer nuestras propias opiniones, ya que esas eran sus visiones al momento en que estaban informando al mercado y habrían sido consideradas por compradores y vendedores hipotéticos en la determinación del precio en el cual ellos transarían, consistente con la definición de valor justo de mercado.⁸⁸⁷ No sólo no hay necesidad de realizar ajustes a las valoraciones de los analistas sino que, de hecho, hacerlo frustraría por completo el propósito de apoyarse en el consenso de estos analistas desde el inicio.

413. Finalmente, uno sólo puede considerar las valoraciones realizadas por los analistas como un modelo de los tipos de análisis que los propios vendedores y compradores hipotéticos habrían realizado en ese momento.⁸⁸⁸ Al considerar un promedio, FTI efectivamente eliminó los valores altos y bajos para llegar al número estimado, a fin de lograr el consenso de los analistas en cuanto a que un comprador y vendedor de mercado lo habrían negociado en la Fecha de Valoración del Proyecto.⁸⁸⁹ Según se hizo presente, FTI aplicó una ponderación de 25,0% al valor de US\$572,1 millones alcanzado basándose en los tipos de análisis realizados por los analistas de la industria ya que ellos “*no se basaron en información de transacción objetiva, sino en valoraciones de los analistas, cuyos puntos de vista diferían significativamente*”⁸⁹⁰

414. Basado en lo anterior, FTI determinó que los comentarios de Brattle no justificaban ningún ajuste a su análisis.⁸⁹¹

i. Colocaciones Privadas

415. Los comentarios de Brattle respecto a las transacciones de colocaciones privadas en las que se apoyó el Informe FTI ignora las diferencias entre una colocación privada y una transacción minorista.⁸⁹² Estas diferencias hacen que las transacciones de

⁸⁸⁶ CER-4, Segundo Informe FTI en ¶ 6.21.

⁸⁸⁷ CER-1, Primer Informe FTI en ¶ 9.42.

⁸⁸⁸ CER-4, Segundo Informe FTI en ¶ 4.16(ii)(4).

⁸⁸⁹ *Id.*

⁸⁹⁰ CER-1, Primer Informe FTI en ¶ 9.53(ii).

⁸⁹¹ CER-4, Segundo Informe FTI en ¶ 6.73.

⁸⁹² *Id.* ¶¶ 7.7-7.12.

colocaciones privadas sean más útiles como indicadores del valor justo de mercado del Proyecto en la Fecha de Valoración (reconociendo la etapa de financiamiento en que la empresa/proyecto se encuentra) que un precio comercial diario.⁸⁹³ Aunque por lo general las transacciones de colocación privada se materializan con una prima o descuento al precio comercial, dichas transacciones involucran a inversionistas sofisticados y habrían estado sujetas a un nivel mayor de *due diligence* que la que un típico inversionista minorista habría sido capaz de realizar. Más aún, estas transacciones fueron necesarias para que la Compañía continuara avanzando con el Proyecto y ocurrieron sólo dos meses antes de la Fecha de Valoración. Así, las colocaciones privadas son adecuadamente consideradas en un análisis de valoración integral. Considerando estos factores en contra de las deficiencias del valor de la acción, FTI aplicó un 25% de ponderación al valor implícito de US\$116,7 millones del Proyecto de las transacciones de colocaciones privadas.⁸⁹⁴

j. Conclusión respecto de la Cuantía de los Daños

416. FTI calculó los daños sufridos por South American Silver basado en el principio establecido en el caso de Chorzów Factory, de que los daños “...as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed.”⁸⁹⁵ FTI preparó una estimación de daños en dos variantes: Daños Compensatorios y Daños Restitutorios. Los Daños Compensatorios fueron determinados como el valor justo de mercado de los intereses del Demandante en el proyecto a la Fecha de Valoración del 6 de julio de 2012.⁸⁹⁶

417. Conforme a las normas internacionalmente aceptadas sobre valoración y a las normas específicas sobre valoración de propiedades minerales, los expertos de FTI

⁸⁹³ *Id.* ¶ 4.16(iii).

⁸⁹⁴ *Id.*

⁸⁹⁵ **CLA-69**, *Case Concerning the Factory in Chorzów (Ger. v. Pol.)*, *Sentencia*, 13 de septiembre de 1928, P.C.I.J. (ser. A), No. 17 en 40.

⁸⁹⁶ **CER-4**, Segundo Informe FTI en ¶ 3.3. Valor justo de mercado se define como “the price, expressed in terms of cash equivalents, in which property would change hands between a hypothetical willing and able buyer and a hypothetical willing and able seller, acting in arm’s length in an open and unrestricted market, when neither is under compulsion to buy or sell and when both have reasonable knowledge of the relevant facts.” *Id.* en ¶ 8.8.

consideraron múltiples enfoques y metodologías de valoración en sus análisis. Para el cálculo de los Daños Compensatorios, seleccionaron el enfoque de mercado para valorar cuál es consistente con las normas CIMVAL para un proyecto en la etapa de desarrollo de la Propiedad de Recurso Mineral. Como se señaló anteriormente, ellos usaron tres fuentes de información de mercado: Transacciones comparables; Informes de analistas sobre la sociedad matriz del Demandante SASC; y, Transacciones de colocaciones privadas de acciones de SASC en el período anterior a la Fecha de Valoración.⁸⁹⁷

418. FTI luego ponderó los valores obtenidos de estas tres fuentes basándose en su evaluación de las relativas fortalezas y debilidades en 50,0% del valor suministrado por el análisis de transacciones comparables realizado por RPA, 25,0% de valores del Proyecto obtenidos por los analistas de mercado, y 25,0% del valor implícito de las transacciones de colocaciones privadas.⁸⁹⁸ La figura siguiente muestra un resumen de la conclusión de FTI respecto al valor justo de mercado del proyecto en la Fecha de Valoración según la misma se presenta en el Informe FTI y las ponderaciones relativas aplicadas a cada una de estas tres fuentes de información de mercado:

Market Approach Valuation Methodology	Unweighted			Weighting Applied	Weighted		
	Low FMV Estimate	High FMV Estimate	Point Estimate		Low FMV Estimate	High FMV Estimate	Point Estimate
Comparable Transactions	\$ 130.0	\$ 330.0	\$ 270.0	50%	\$ 65.0	\$ 165.0	\$ 135.0
Analyst Reports	\$ 195.9	\$ 922.2	\$ 572.1	25%	\$ 49.0	\$ 230.5	\$ 143.0
SASC Private Placements	\$ 116.7	\$ 116.7	\$ 116.7	25%	\$ 29.2	\$ 29.2	\$ 29.2
Project FMV					\$ 143.2	\$ 424.7	\$ 307.2

Fig. 2: Resumen de Daños Compensatorios⁸⁹⁹

419. FTI también calculó los Daños Restitutorios al Demandante bajo la presunción de que el Proyecto le sería devuelto en mayo de 2016.⁹⁰⁰ FTI calculó los

⁸⁹⁷ CER-1, Primer Informe FTI en ¶ 2.3.

⁸⁹⁸ CER-1, Primer Informe FTI en ¶ 9.53; CER-4, Segundo Informe FTI en ¶ 3.6.

⁸⁹⁹ CER-4, Segundo Informe FTI en ¶ 3.8 – Fig. 2.

⁹⁰⁰ CER-1, Primer Informe FTI en ¶ 2.5.

daños restitutorios como la diferencia entre el valor justo de mercado del Proyecto en la Fecha de Valoración sin considerar las supuestas infracciones del demandado sin las cuales no existiría el daño (el valor justo de mercado del proyecto determinado en relación con el cómputo de los Daños Compensatorios), y el valor estimado del Proyecto a la Fecha de Valoración considerando las supuestas infracciones, presumiendo una demora de 4 a 6 años en el cronograma del proyecto.⁹⁰¹ Basándose en este enfoque, FTI calculó los Daños Restitutorios a South American Silver en \$140,5 millones.⁹⁰²

3. Las sumas invertidas por South American Silver no reflejan el valor justo de mercado del Proyecto Malku Khota

420. Como se señaló, Brattle no determinó de manera independiente la metodología que consideraba apropiada para calcular los daños al Demandante sino que fue instruido por los abogados del Demandado en cuanto a que “SASC no debería ser compensada por la reversión de las concesiones mineras debido a que el prospecto del Proyecto y su valor son inciertos... como máximo, la corresponde a la Demandante los costos que incurrió para adquirir y desarrollar el Proyecto hasta la fecha en que las concesiones fueron revertidas”.⁹⁰³ Usando el marco de referencia de daños que le entregara el Demandado, Brattle calculó los costos incurridos por el Demandante en \$18,7 millones, basándose en los costos de exploración reportados por SASC en sus balances financieros auditados.⁹⁰⁴

421. Como destaca FTI, el enfoque de Brattle de sólo utilizar los costos invertidos por el Demandante es también inconsistente con los términos del Tratado que específicamente hacen referencia al “valor de mercado de la inversión”⁹⁰⁵ y la definición de valor de mercado, un principio clave del cual es que el valor es prospectivo, es decir, es una función de los flujos de caja potenciales que el Proyecto generaría durante su ciclo de vida.⁹⁰⁶ También es inconsistente con las normas internacionalmente aceptadas para la

⁹⁰¹ *Id.* ¶ 2.6.

⁹⁰² *Id.* ¶ 11.9.

⁹⁰³ **RER-3**, Informe Brattle en ¶ 24.

⁹⁰⁴ *Id.* ¶ 25.

⁹⁰⁵ **Prueba C-1**, Tratado, Artículo 5.

⁹⁰⁶ **CER-4**, Segundo Informe FTI en ¶ 4.14.

valoración de propiedades minerales en la etapa de desarrollo de Malku Khota, según se establece en las directrices de Canadá, Sudáfrica y Australia.⁹⁰⁷

422. Reembolsar los costos incurridos en el Proyecto tampoco eliminaría las consecuencias de las infracciones del Demandado que se alegan. Ello principalmente porque no compensarían al Demandante por el retorno perdido correspondiente a los riesgos que debió superar hasta la fecha en que ocurrieron las infracciones que se alegan, o por la pérdida de la oportunidad de obtener retornos adicionales al continuar con el avance del desarrollo del Proyecto hacia una mina productiva, de no haber existido las infracciones.⁹⁰⁸ En la medida que un proyecto avanza y se mueve a través de las diferentes etapas de desarrollo, su valor aumenta en la medida que el activo pasa a estar libre de riesgos.⁹⁰⁹ Un laudo restringido a los costos incurridos por el Demandante tampoco compensaría la pérdida de oportunidad del Demandante de continuar con el desarrollo del Proyecto hacia una mina productiva, y ganar retornos adicionales de la misma.⁹¹⁰

423. Aún más, según explica FTI, las implicancias económicas de la metodología para estimar daños del Demandado son ilógicas.⁹¹¹ Si una compañía minera puede sufrir la toma de su proyecto una vez que se ha hecho un descubrimiento importante y sólo recibir los costos directos en que ha incurrido (tras incurrir además en costos y riesgos de litigación para recuperarlos), ningún inversionista racional invertiría en dichas actividades de exploración ya que se enfrentarían a todos los riesgos negativos y el gobierno podría despojarlo de todo el potencial positivo.⁹¹² Anticipando obtener un retorno importante, South American Silver puso su propio capital en riesgo al explorar y desarrollar Malku Khota, South American Silver luego encontró y definió un importante

⁹⁰⁷ **CER-5, Prueba RPA-1**, CIMVal, 2003, Standards and Guidelines for Valuation of Mineral Properties, Special Committee of the Canadian Institute of Mining, Metallurgy and Petroleum on Valuation of Mineral Properties, Febrero de 2003; **Prueba RPA-2**, SAMREC Code, 2009, The South African Code for the Reporting of Exploration Results, Mineral Resources and Mineral Reserves, Julio de 2009 (2007, ed.); **Prueba RPA-3**, JORC, 2012, Australasian Code for Reporting of Exploration Results, Minerals Resources and Ore Reserves, The JORC Code, 20 de diciembre de 2012 (2012 ed).

⁹⁰⁸ **CER-4**, Segundo Informe FTI en ¶ 9.12.

⁹⁰⁹ **CER-4, Prueba FTI-63**, Credit Suisse. “Financing life cycle of junior miners” en 1.

⁹¹⁰ **CER-4**, Segundo Informe FTI en ¶ 4.15.

⁹¹¹ *Id.* ¶ 9.16.

⁹¹² *Id.* ¶ 9.16.

recurso de plata-indio galio que potencialmente podría ser una de las 10 más grandes minas de plata del mundo. No se le debería permitir a Bolivia tomar el Proyecto Malku Khota y simplemente reembolsar al Demandante por los gastos efectuados previo a la toma. Ello premiaría a los Estados por expropiar inversiones en un momento anterior, sin importar cuan indignante sea su conducta.

424. Brattle también excluyó sumariamente los gastos generales y administrativos (“G&A”) de las inversiones del Demandante en el Proyecto Malku Khota desde el inicio hasta el 30 de septiembre de 2012 según lo calculado por FTI.⁹¹³ FTI imputó US\$ 12,9 millones de los gastos G&A de SASC al proyecto Malku Khota basado en los costos de exploración relativos entre los dos proyectos de SASC en el tiempo.⁹¹⁴ Brattle no atribuyó ninguno de estos gastos como daños según la definición del Demandado, aunque está de acuerdo con que “...*en principio, es posible que algunos de los gastos G & A están directamente relacionados con la inversión en el proyecto, a falta de mayor información, el cálculo de cuánto es arbitrario.*”⁹¹⁵ El enfoque de Brattle es erróneo y está manifiestamente orientado hacia reducir los daños del Demandante a la menor cantidad posible. Según FTU explica, es correcto incluir una imputación de los gastos G&A como un costo de la inversión del Demandante en el Proyecto, ya que los inversionistas esperarían un retorno de todos los gastos incurridos para llevar adelante el Proyecto, no sólo los gastos de sondaje y exploración.⁹¹⁶ Sin el proyecto Malku Khota, nunca se habría incurrido en una parte importante de los gastos G&A.⁹¹⁷

425. En otro esfuerzo por reducir el monto de la compensación adeudada al Demandante, Brattle afirma que SASC se encuentra en posesión de resultados de pruebas metalúrgicas e información geológica confidenciales y que dado que “*Un comprador de las concesiones podría comprar esta información a SASC o repetir la campaña de perforación y los estudios metalúrgicos para continuar el desarrollo del proyecto... esta información podría tener algún valor en el mercado que debería ser deducido de*

⁹¹³ **RER-3**, Informe Brattle en ¶ 166.

⁹¹⁴ **CER-1**, Primer Informe FTI en ¶ 5.27; **CER-4**, Segundo Informe FTI en ¶ 9.4 – 9.5.

⁹¹⁵ **RER-3**, Informe Brattle en ¶ 166.

⁹¹⁶ **CER-4**, Segundo Informe FTI en ¶ 9.5.

⁹¹⁷ FTI se refiere a la tabulación de costos de Brattle en el Anexo 3 del Segundo Informe FTI.

cualquier monto laudado a la Demandante.”⁹¹⁸ No está claro, sin embargo, si esta es la posición propia de Brattle o si esta posición también fue entregada a ellos por el Demandado. Brattle no intenta fijar un valor para esta información.⁹¹⁹ Como lo explica FTI, en cualquier caso, la información del Proyecto que se encuentre aún en posesión del Demandante sólo tendría valor para el Demandado, el actual operador de las concesiones a través de COMIBOL, o un futuro socio.⁹²⁰ FTI no está de acuerdo con que los costos invertidos por SASC, CMMK y la Demandante menos el valor de mercado de esta información (de tener alguno) representaría el valor de mercado del Proyecto inmediatamente antes de la expropiación de acuerdo al Tratado, o el adecuado monto de compensación requerido para eliminar los efectos de la expropiación.⁹²¹

426. En suma, sin perjuicio del hecho que Brattle fue instruido por el Demandante a no calcular de manera independiente el valor justo de mercado del Proyecto Malku Khota (una tarea que cae apropiadamente dentro del área de experiencia de un experto en daños calificado e independiente), su conclusión implícita de que el proyecto no era valorizable a la Fecha de Valoración no está sustentada.⁹²² Brattle acepta, sin crítica, que el costo de la inversión es el estándar de compensación adecuado para las infracciones que se alegan cometió el Demandado. Como FTI lo explica, esto no es justificación suficiente para recurrir a los costos incurridos como una legítima medición de daños económicos.⁹²³ La conclusión que está implícita en la metodología de daños entregada a Brattle por el Demandado es que el Proyecto no era un activo valorable a la fecha de expropiación. Esta conclusión claramente carece de sustento en la evidencia objetiva de mercado que se encuentra disponible según lo ilustra la siguiente figura:

⁹¹⁸ **RER-3**, Informe Brattle en ¶ 28.

⁹¹⁹ **CER-4**, Segundo Informe FTI en ¶ 4.8.

⁹²⁰ **CER-4**, Segundo Informe FTI en ¶ 4.9.

⁹²¹ *Id.* ¶ 4.9.

⁹²² **RER-3**, Informe Brattle en ¶ ¶ 14.

⁹²³ **CER-4**, Segundo Informe FTI en ¶ 4.18.

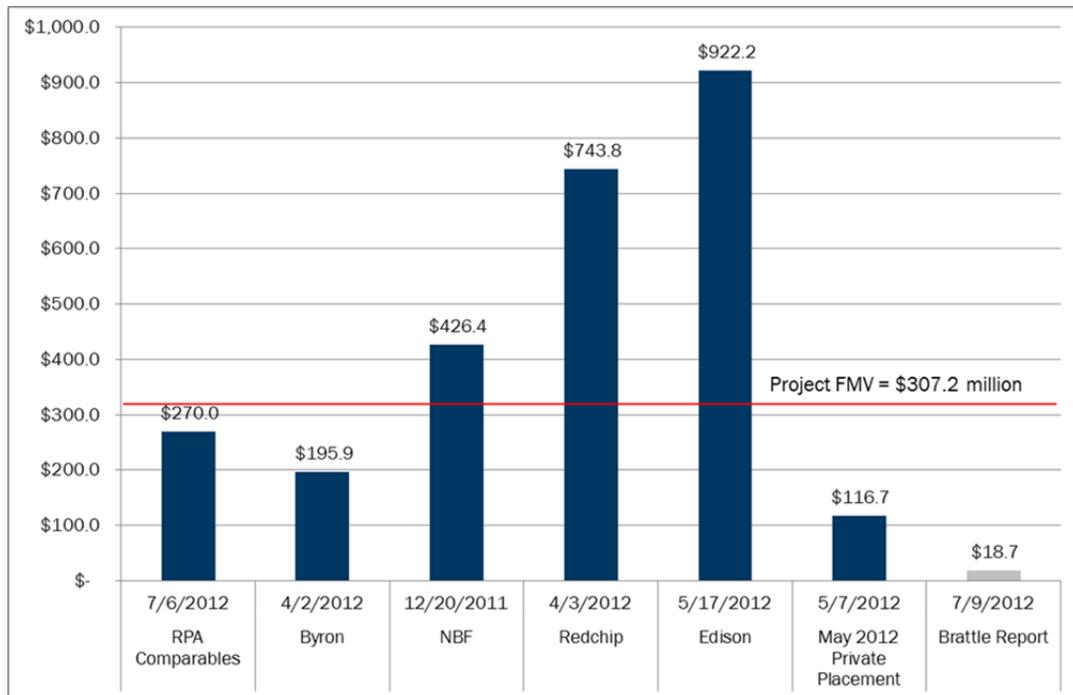


Fig. 4: Indicaciones de valor consideradas en el Informe FTI, Valor Justo de Mercado según el Informe FTI y Costos según Informe Brattle (millones de USD).

C. INTERÉS COMPUESTO POST-LAUDO

1. Tasa de Interés

427. El Artículo 5 del Tratado señala expresamente que la compensación por expropiación “comprenderá los intereses conforme al tipo normal comercial o legal [...]”.⁹²⁴ Consecuentemente, FTI seleccionó la tasa legal de Bolivia de 6,00% como tasa de interés pre-laudo. Como es comercialmente razonable, el interés pre-laudo se calculó anualmente. Brattle no objeta la elección de la tasa de interés legal boliviana pero, instruido por los abogados del Demandado, requiere que el interés se calcule como interés simple, no compuesto.⁹²⁵ Brattle también planteó dos tasas de interés de referencia alternativas (la tasa de préstamos soberana de Bolivia y la tasa de interés simple libre de riesgos) que finalmente no utiliza para calcular el interés pre-laudo. Según FTI observa,

⁹²⁴ Prueba C-1, Tratado, Artículo 5.

⁹²⁵ RER-3, Informe Brattle en ¶ 180.

ninguna de esas tasas constituyen “tasas comerciales o legales normales.”⁹²⁶ De acuerdo con ello, éstas no pueden ser usadas para calcular el interés pre-laudo conforme al Artículo 5 del Tratado.

428. En línea con el enfoque seguido por el Tribunal de *Rurelec c. Bolivia*,⁹²⁷ FTI también individualizó la tasa de interés comercial informada en el Banco Central de Bolivia desde julio de 2012 (la fecha de valoración) hasta el final de octubre de 2015, la que varía entre 6,5% y 7,0%.⁹²⁸ Por ello, según lo plantea FTI, la tasa legal de 6,0% es una tasa de interés mínima aplicable y la tasa de interés comercial del Banco Central de Bolivia sería más alta (entre 6,5% y 7%).⁹²⁹

2. Interés Compuesto

429. Según el Demandante lo explicó en su Demanda, en la actualidad el derecho internacional reconoce el otorgamiento de interés compuesto como el estándar de compensación generalmente aceptado en los arbitrajes internacionales de inversión.⁹³⁰ Un

⁹²⁶ **CER-4**, Segundo Informe FTI en ¶¶ 10.13-10.22

⁹²⁷ **CLA-1**, *Guaracachi America, Inc. et al. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CPA N° 2011-17, CNUDMI, Laudo, 31 de enero de 2014 en ¶ 615.

⁹²⁸ **CER-4**, Segundo Informe FTI en ¶ 10.7

⁹²⁹ **CER-4**, Segundo Informe FTI en ¶ 10.7.

⁹³⁰ Memorial del Demandante en ¶ 222, citando e.g., **CLA-87**, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI N° ARB/96/1, Laudo, 17 de febrero de 2000, 15 ICSID Rev.–Foreign Inv. L.J. 169 (2000) en ¶ 104 (“[W]here an owner of property has in some earlier time lost the value of his asset but has not received the monetary equivalent that then becomes due to him, the amount of compensation should reflect [...] the additional sum that his money would have earned, had it, and the income generated by it, been reinvested each year in generally prevailing rates of interest [...] [Compound interest] is a mechanism to ensure that the compensation awarded the Claimant is appropriate in the circumstances.”); **CLA-64**, *Wena Hotels Ltd. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N° ARB/98/4, Laudo, 8 de diciembre de 2000, 41 I.L.M. 896 (2002) en ¶ 129; **CLA-10**, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A., y Vivendi Universal c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/97/3, Laudo, 20 de agosto de 2007 en ¶ 9.2.6; **CLA-9**, *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N° ARB/99/6, Laudo, 12 de abril de 2002 en ¶ 174; **CLA-88**, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. & LG&E International c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/1, Laudo, 25 de julio de 2007 en ¶ 103; **CLA-35**, *ADC c. Hungría*, Caso CIADI N° ARB/03/16, Laudo, 2 de octubre de 2006 en ¶ 522; **CLA-40**, *Azurix Corp. c. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/12, Laudo, 14 de julio de 2006 en ¶ 440; **CLA-47**, *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. c. República de Chile*, Caso CIADI N° ARB/01/7, Laudo, 25 de mayo de 2004 en ¶ 251; **CLA-13**, *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N° ARB (AF/00/2), Laudo, 29 de mayo de 2003 en ¶ 196; **CLA-2**, *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/8, Laudo, 6 de febrero de 2007 en ¶ 399; **CLA-51**, *PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, y Konya Ingin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi c. Turquía*, Caso CIADI N° ARB/02/5, Laudo, 19 de enero de 2007 en ¶ 348; **CLA-59**, *Maffezini c. España*, Caso CIADI N° ARB/97/7, Laudo sobre el Fondo, 13 de noviembre de 2000 en ¶ 96; **CLA-58**, *Enron Corp. and Ponderosa Assets c. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/3,

estudio reciente realizado por la destacada firma auditora PwC confirma a este respecto que el interés compuesto “actualmente se aplica en la gran mayoría de los casos” creciendo al 86% de todos los laudos dictados entre 2011 y 2015.⁹³¹ Como FTI lo confirma, la realidad económica moderna, así como la equidad, requiere que las partes perjudicadas sean compensadas con interés compuesto con el objeto de ser completa.⁹³² Como tal, no quedan dudas respecto a que el derecho internacional ahora reconoce que otorgar interés compuesto es el estándar generalmente aceptado en los arbitrajes internacionales de inversión.

430. Aun así Bolivia instruyó a sus peritos aplicar la tasa de interés simple, ya que el Artículo 412 del Código Boliviano ordena el uso de interés simple para ciertas transacciones locales.⁹³³ Usando el interés simple en lugar del compuesto, Brattle concluye que el interés pre-laudo debe ser US\$72,0 millones en lugar de US\$78,5 millones y US\$32,9 millones en lugar de US\$35,9 millones en los escenarios de compensación y restitución, respectivamente.⁹³⁴

431. Si bien esta diferencia es relativamente menor, está basado en una falsa premisa debido a que la prohibición del Código Civil boliviano contra el interés compuesto no se aplica en este procedimiento. Bolivia planteó exactamente este mismo argumento en el caso Rurelec, el que fue categóricamente rechazado por el Tribunal:

En cuanto a la cuestión de si el interés debe ser simple o compuesto, el Tribunal considera que este tema no es abarcado por la referencia del TBI Reino Unido-Bolivia a la tasa que “haya de aplicarse en el territorio de la Parte Contratante”. Además, el Tribunal duda que cualquier prohibición de interés compuesto que pudiera existir en el Derecho de Bolivia resulte aplicable a operaciones

Laudo, 22 de mayo de 2007 en Laudo Enron ¶¶ 451-52; **CLA-5**, *CMS Gas Transmission Co. c. República Argentina* Caso CIADI N° ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo de 2005 en ¶ 471. Ver también **CLA-76**, *S.D. Myers, Inc. c. Canadá*, CNUDMI (TLCAN, Segundo Laudo Parcial, 21 de octubre de 2002 en S.D. Myers Segundo Laudo Parcial ¶ 307; **CLA-89**, *Pope & Talbot, Inc. c. Canadá*, CNUDMI (TLCAN), Laudo sobre Daños, 31 de mayo de 2002 en ¶¶ 89-90; **CLA-17**, *Metalclad Corp. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N° ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000 en ¶ 128.

⁹³¹ **CER-4**, Segundo Informe FTI, Prueba FTI-65, PWC “2015 – International arbitration damages research” en 9.

⁹³² **CER-4**, Segundo Informe FTI en ¶¶ 10.8-10.12

⁹³³ **RER-3**, Informe Brattle en ¶¶ 180.

⁹³⁴ **CER-4**, Segundo Informe FTI en ¶¶ 10.3-10.4.

comerciales o financieras, en oposición a préstamos a consumidores, y se cuestiona si debería permitirse a Bolivia hacer uso de los potenciales límites impuestos por el TBI sobre la compensación que no ha proporcionado, no “sin demora” pero en absoluto. Por ello, el Tribunal ha decidido emplear el interés compuesto de acuerdo con la práctica comercial habitual.⁹³⁵

432. Basado en lo anterior, no hay base para que FTI cambie su cálculo del interés pre-laudo basándose en los comentarios del Informe Brattle. FTI sigue aplicando una tasa de interés pre-laudo de 6,0% anual y calculando el interés pre-laudo sobre una base compuesta.⁹³⁶

D. RESUMEN DE DAÑOS

433. Basado en el análisis anterior, FTI calculó el interés pre-laudo a una fecha estimada de audiencia del 31 de mayo de 2016, y cuantificó los daños de South American Silver de la siguiente manera:

	Scenario 1 Compensation		Scenario 2 Restitution	
Damages	\$	307.2	\$	140.5
Pre-Award Interest	\$	78.5	\$	35.9
Total	\$	385.7	\$	176.4

Fig. 3: Resumen de las Conclusiones sobre Daños del Informe FTI (Millones de USD)⁹³⁷

VII. PETICIÓN DE REPARACIÓN DEL DEMANDANTE

Por las razones mencionadas anteriormente, el Demandante, South American Silver, solicita un laudo otorgando lo siguiente:

- (i) Una declaración de que Bolivia ha violado el Tratado;

⁹³⁵ **CLA-1**, *Guaracachi America, Inc. et al. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CPA N° 2011-17, CNUDMI, Laudo, 31 de enero de 2014 en ¶ 616.

⁹³⁶ **CER-4**, Segundo Informe FTI en ¶ 10.23.

⁹³⁷ **CER-4**, Segundo Informe FTI en ¶ 3.13, Fig. 3.

- (ii) Una declaración de que las acciones y omisiones en discusión y aquellas de sus entidades por las cuales es internacionalmente responsable son ilícitas, constituyen una nacionalización o expropiación o medidas con un efecto equivalente al de la nacionalización o expropiación sin una puntual, adecuada y efectiva compensación, que no cumplió con su obligación de tratar a las inversiones de South American Silver de manera justa y equitativa y de otorgar plena protección y seguridad a las inversiones de South American Silver, y perjudicó las inversiones de South American Silver mediante medidas no razonables y discriminatorias y trató las inversiones de South American Silver de manera menos favorable en comparación con las inversiones de sus propios inversionistas;
- (iii) Un laudo otorgando a South American Silver plena restitución o el equivalente monetario de todos los daños causados a sus inversiones, incluyendo daños históricos y consecuenciales;
- (iv) Un laudo otorgando a South American Silver todos los costos de este procedimiento, incluyendo honorarios de abogados; e
- (v) Intereses post-laudo sobre todas las sumas anteriores, calculados trimestralmente, hasta que Bolivia las haya pagado en su totalidad.

Respetuosamente,

Henry G. Burnett
Cedric Soule
Fernando Rodríguez-Cortina
Louis-Alexis Bret
KING & SPALDING LLP
1185 Avenue of the Americas
Nueva York, NY-10036
Estados Unidos de América

Roberto Aguirre Luzi
Eldy Roché
KING & SPALDING LLP
1100 Louisiana Street
Houston, TX-77002
Estados Unidos de América