

CPA Caso N.º 2013-15

EN EL CASO DE UN ARBITRAJE DE CONFORMIDAD CON EL 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, DE FECHA 24 DE MAYO DE 1988

- y -

EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA CNUDMI (REVISADO EN 2010)

- entre -

SOUTH AMERICAN SILVER LIMITED (BERMUDAS)

(la “Demandante”)

- y -

EL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

(la “Demandada”, y conjuntamente con la Demandante, las “Partes”)

LAUDO

Tribunal

Dr. Eduardo Zuleta Jaramillo (Árbitro Presidente)
Prof. Francisco Orrego Vicuña
Sr. Osvaldo César Guglielmino

Secretario del Tribunal
Martín Doe Rodríguez

Fecha de envío a las Partes: 22 de noviembre de 2018

página intencionalmente dejada en blanco

ÍNDICE

I	INTRODUCCIÓN	1
A.	Las Partes	1
B.	Antecedentes del Arbitraje	2
C.	Acuerdo Arbitral	3
II	HISTORIA PROCESAL	4
A.	Constitución del Tribunal	4
1.	Recusación al árbitro Osvaldo César Guglielmino.....	4
2.	Recusación al árbitro Francisco Orrego Vicuña	4
3.	Nombramiento del árbitro presidente	5
B.	Desarrollo del procedimiento	5
C.	Audiencia	12
D.	Procedimiento posterior a la Audiencia	14
E.	Cierre de Audiencias	15
III	ANTECEDENTES DE HECHO	16
IV	PETITUM	40
A.	Petitum de la Demandante	40
B.	Petitum de la Demandada	41
V	DERECHO APLICABLE	42
1.	Posición de la Demandante	42
2.	Posición de la Demandada	44
3.	Consideraciones del Tribunal	48
VI	OBJECIONES A LA JURISDICCIÓN Y ADMISIBILIDAD	53
A.	El Tribunal carece de jurisdicción sobre la totalidad de los reclamos al no tener SAS una inversión protegida por el Tratado por cuanto no ha probado ser la verdadera propietaria de las Concesiones Mineras.	53
1.	Posición de la Demandada	53
2.	Posición de la Demandante	63
3.	Consideraciones del Tribunal	73
B.	Los totalidad de los reclamos son inadmisibles al no contar SAS con <i>clean hands</i> y no cumplir con el requisito de legalidad de la inversión	90
1.	Posición de la Demandada	90
2.	Posición de la Demandante	103
3.	Consideraciones del Tribunal	115
VII	FONDO	125
A.	Consideraciones preliminares del Tribunal sobre los hechos	125
B.	La reclamación por expropiación	135
1.	Posición de la Demandante	135
2.	Posición de la Demandada	141

3.	Consideraciones del Tribunal	147
C.	Las otras reclamaciones de la Demandante.....	173
1.	La reclamación de trato justo y equitativo	174
2.	La reclamación de plena seguridad y protección.....	186
3.	La reclamación por medidas irrazonables o discriminatorias.....	192
4.	La reclamación por trato menos favorable que a los inversionistas bolivianos.....	196
VIII	DAÑOS	199
A.	Posición de la Demandante	199
1.	Derecho a la compensación.....	199
2.	Estándar de compensación por expropiación	203
3.	Estándar de valuación por expropiación.....	204
4.	Fecha de valuación	206
5.	Método de valuación	207
6.	Compensación por otras violaciones del Tratado	213
7.	Intereses.....	214
B.	Posición de la Demandada	215
1.	Derecho a la compensación.....	215
2.	Estándar de compensación por expropiación	221
3.	Estándar de valuación por expropiación.....	222
4.	Fecha de valuación de la expropiación.....	223
5.	Método de valuación de la expropiación.....	224
6.	Compensación por otras violaciones del Tratado	233
7.	Intereses.....	234
C.	Consideraciones del Tribunal	235
1.	El estado de desarrollo del Proyecto a la fecha de la expropiación.....	238
2.	Los métodos de valuación presentados por las Partes	242
IX	COSTAS.....	261
A.	Posición de la Demandante	261
B.	Posición de la Demandada	264
C.	Consideraciones del Tribunal	269
X	DECISIÓN.....	272

LISTA DE ABREVIATURAS

Acta de Entendimiento	Acuerdo para pacificar la zona del Proyecto de fecha 7 de julio de 2016
Acuerdo con la Gobernación	Acuerdo entre la Gobernación y miembros de la comunidad de fecha 9 de mayo 2012
Artículos sobre Responsabilidad del Estado	Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional de 2002
Audiencia	Audiencia sobre jurisdicción y fondo del arbitraje celebrada del 11 al 22 de julio de 2016, excluyendo los días 16 y 17 de julio de 2016, en las instalaciones del Banco Mundial en Washington, D.C., EE.UU.
Bolivia	Estado Plurinacional de Bolivia
Brattle	The Brattle Group, Inc.
BSR	<i>Business for Corporate Responsibility</i>
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CMMK	Compañía Minera Malku Khota
Comentarios al Escrito sobre Costas de Bolivia	Escrito de comentarios de SAS al Escrito sobre Costas de Bolivia, de fecha 12 de diciembre de 2016
Comentarios al Escrito sobre Costas de SAS	Escrito de comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de SAS, de fecha 12 de diciembre de 2016
COMIBOL	Corporación Minera de Bolivia
Compañía	Compañía Minera Malku Khota
Comunidades Originarias	Comunidades originarias indígenas que habitan en la zona del Proyecto, colectivamente
CONAMAQ	Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu
Concesiones Mineras	Las 10 concesiones mineras de CMMK en las que se realizaba el proyecto minero en el área de Malku Khota (Daniel, Cobra, Alkasi, Takhuaní, Takhaua, Jalsuri, Silluata, Antacuna, Viento y Norma)
Contestación a la Demanda	Memorial de Objeciones a la Jurisdicción, Admisibilidad de los Reclamos y Contestación a la Demanda de Bolivia, de fecha 31 de marzo de 2015
Convención de Viena	Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969

Convenio CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados del 18 de marzo de 1965
COTOA-6A	Coordinadora Territorial Originaria Autónoma de los Seis Ayllus
CPA	Corte Permanente de Arbitraje
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
Declaración de Chajmi	Declaración testimonial del Sr. Andrés Chajmi Rikusqnanta Willakuy de fecha 24 de febrero de 2016
Declaración de Dreisinger	Declaración testimonial del Sr. David B. Dreisinger de fecha 23 de noviembre de 2015
Declaración de Testigo X	Declaración testimonial de Testigo X de fecha 23 de febrero de 2016
Declaración del Ministro Navarro	Declaración testimonial del Sr. Félix César Navarro Miranda de fecha 23 de febrero de 2016
Decreto de Reversión	Decreto Supremo N.º 1308 de 1 de agosto de 2012 acordando la reversión de las Concesiones Mineras
Demandada	Estado Plurinacional de Bolivia
Demandante	South American Silver Limited
Dúplica de la Demandada	Dúplica sobre el Fondo y Réplica a las Objeciones a la Jurisdicción de la Demandada, de fecha 21 de marzo de 2016
Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante	Dúplica de la Demandante a las Objeciones a la Jurisdicción y Admisibilidad del Demandado, de fecha 2 de mayo de 2016
Escrito de Demanda	Escrito de Demanda y Memorial de la Demandante, de fecha 24 de septiembre de 2014
Escrito sobre Costas de Bolivia	Escrito sobre costas de la Demandada, de fecha 28 de noviembre de 2016
Escrito sobre Costas de SAS	Escrito sobre costas de la Demandante, de fecha 28 de noviembre de 2016
FAOI-NP	Federación de Ayllus Originarios Indígenas del Norte de Potosí
FTI	FTI Consulting Canada ULC
General Minerals	General Minerals Corporation Limited, nombre bajo el que se constituyó SAS en 1994
Información Protegida	Información altamente confidencial protegida mediante la Orden de Protección adjunta a la Orden Procesal N.º 3, descrita en el Anexo A de la Orden de Protección, y las Órdenes Procesales N.º 8 y 9
Informe de Cooper	Informe del Sr. Barry Cooper de fecha 22 de noviembre de 2015
Informe de Quality	Informe de la empresa valuadora Quality Audit Consultores y Contadores Públicos S.R.L de fecha 27 de junio de 2014
Informe de Taylor	Informe de experto del Sr. Patrick R. Taylor de fecha 18 de marzo de 2016

Informe del Prof. Uño	Informe de experto del Sr. Liborio Uño Acebo de fecha 26 de marzo de 2015
Medmin	Fundación Medmin
Memorial Post-Audiencia de Bolivia	Memorial Post-Audiencia de Bolivia de fecha 31 de octubre de 2016
Memorial Post-Audiencia de SAS	Memorial Post-Audiencia de la Demandante de fecha 31 de octubre de 2016
MTR	<i>Metal Transaction Ratio</i>
Notificación de Arbitraje	Notificación de Arbitraje de fecha 30 de abril de 2013
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
Orden de Protección de la Información Protegida	Orden de Protección, Adjunto A de la Orden Procesal N.º 3, de fecha 14 de enero de 2015
Partes	Demandante y Demandada conjuntamente
PEA	<i>Preliminary Economic Assessment</i>
PEA 2009	<i>Preliminary Economic Assessment Technical Report</i> del Proyecto Malku Khota de fecha 13 de marzo de 2009
PEA 2011	Actualización de la <i>Preliminary Economic Assessment Technical Report</i> del Proyecto Malku Khota de fecha 10 de mayo de 2011
Primer Informe de Brattle	Informe de experto de Brattle de fecha 30 de marzo de 2015
Primer Informe de FTI	Informe de experto de FTI de fecha 23 de septiembre de 2014
Primer Informe de RPA	Informe de experto de RPA de fecha 16 de septiembre de 2014
Primer Informe del Dr. Dagdelen	Informe de experto del Dr. Kadri Dagdelen de fecha 30 de marzo de 2015
Primera Declaración de Angulo	Declaración testimonial del Sr. Santiago Angulo de fecha 18 de julio de 2014
Primera Declaración de Fitch	Declaración testimonial del Sr. Ralph G. Fitch de fecha 16 de septiembre de 2014
Primera Declaración de Gonzales Yutronic	Declaración testimonial del Sr. Xavier Gonzales Yutronic de fecha 18 de julio de 2014
Primera Declaración de Malbran	Declaración testimonial del Sr. Felipe Malbran de fecha 18 de septiembre de 2014
Primera Declaración de Mallory	Declaración testimonial del Sr. W.J. Mallory de fecha 12 de septiembre de 2014
Primera Declaración del Gob. Gonzales	Declaración testimonial del Sr. Félix Gonzales Bernal de fecha 26 de marzo de 2015
Proceso Metalúrgico	Proceso de extracción de metales a través de lixiviación con ácido clorhídrico
Proyecto	Proyecto minero de CMMK en el área de Malku Khota

RCA	Acuerdos de Cooperación Recíproca
RDD	<i>Redfern Schedule</i> preparado por la Demandada
RDT	<i>Redfern Schedule</i> preparado por la Demandante
Reglamento CNUDMI	Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010)
Réplica de la Demandante	Réplica de la Demandante a la Contestación a la Demanda sobre el Fondo de la Demandada y Respuesta a las Objeciones de la Demandada a la Jurisdicción y a la Admisibilidad, de fecha 30 de noviembre de 2015
Respuesta a la Notificación de Arbitraje	Respuesta a la Notificación de Arbitraje, de fecha 28 de junio de 2013
Reversión	Decreto Supremo N.º 1308 de fecha 1 de agosto de 2012 acordando la reversión de las Concesiones Mineras
RPA	Roscoe Postle and Associates, Inc.
SAS	South American Silver Limited
SASC	South American Silver Corporation
Segunda Declaración de Angulo	Declaración testimonial del Sr. Santiago Angulo de fecha 14 de noviembre de 2015
Segunda Declaración de Fitch	Declaración testimonial del Sr. Ralph G. Fitch de fecha 29 de abril de 2016
Segunda Declaración de Gonzales Yutronic	Declaración testimonial del Sr. Xavier Gonzales Yutronic de fecha 13 de noviembre de 2015
Segunda Declaración de Malbran	Declaración testimonial del Sr. Felipe Malbran de fecha 12 de noviembre de 2015
Segunda Declaración de Mallory	Declaración testimonial del Sr. W.J. Mallory de fecha 14 de noviembre de 2015
Segunda Declaración del Gob. Gonzales	Declaración testimonial del Sr. Félix Gonzales Bernal de fecha 22 de febrero de 2016
Segundo Informe de Brattle	Informe de Brattle de fecha 21 de marzo de 2016
Segundo Informe de FTI	Informe de FTI de fecha 30 de noviembre de 2015
Segundo Informe de RPA	Informe de RPA de fecha 30 de noviembre de 2015
Segundo Informe del Dr. Dagdelen	Informe del Dr. Kadri Dagdelen de fecha 21 de marzo de 2016
TBI	Tratado bilateral de inversión
Tercera Declaración de Gonzales Yutronic	Declaración testimonial del Sr. Xavier Gonzales Yutronic de fecha 27 de abril de 2016
Tercera Declaración de Mallory	Declaración testimonial del Sr. W.J. Mallory de fecha 29 de abril de 2016
Testigo X	Testigo cuya identidad queda protegida bajo la Orden de Protección, Anexo A de la Orden Procesal N.º 14, de fecha 1º de abril de 2016

Tratado	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 1988 y en vigor desde el 16 de febrero de 1990
TriMetals	TriMetals Mining Inc.
US\$	Dólares estadounidenses
Valuación RPA	Valuación del Proyecto con base en las transacciones comparables de RPA

I INTRODUCCIÓN

A. LAS PARTES

1. La parte demandante en el presente arbitraje es South American Silver Limited (anteriormente General Minerals Corporation Limited), una compañía constituida conforme a la legislación de Islas Bermudas (la “**Demandante**” o “**SAS**”). La Demandante tiene su domicilio en Jardine House, 33-35 Reid Street, Hamilton, Islas Bermudas.
2. La Demandante está representada en este arbitraje por:

Sr. Henry G. Burnett
Sr. Fernando Rodríguez Cortina
Sra. Verónica García
Sra. Caline Mouawad
Sr. Cedric Soule
Sra. Eldy Roche

King & Spalding LLP
1185 Avenue of the Americas, Piso 34
Nueva York, NY 10036-2222
Estados Unidos de América

Sr. Roberto Aguirre Luzi
Sr. Craig S. Miles

King & Spalding LLP
1100 Louisiana Street, Suite 4000
Houston, TX 77002-5213
United States of America

Sr. Ramiro Guevara
Sr. Enrique Barrios

Guevara & Gutiérrez S.C.
Calle 15 N.º 7715
esquina Calle Sánchez Bustamante
Torre Ketal, Piso 4 Oficina N.º 2
Casilla Postal 9332
La Paz
Bolivia

3. La parte demandada en el presente arbitraje es el Estado Plurinacional de Bolivia (“**Bolivia**” o la “**Demandada**”, y junto con la Demandante, las “**Partes**”).

4. La Demandada está representada en este arbitraje por:

Dr. Pablo Menacho Diederich, Procurador General del Estado

Dr. Ernesto Rosell Arteaga, Subprocurador de Defensa y Representación Legal del Estado

Dr. Waldo Alvarado Vasquez

Procuraduría General del Estado

Calle Martín Cárdenas N.º 109

Zona Ferropetrol

El Alto, La Paz

Bolivia

Sr. Eduardo Silva Romero

Sr. José Manuel García Represa

Sra. Erica Stein

Sr. Álvaro Galindo

Sr. Juan Felipe Merizalde

Dechert (Paris) LLP

32 Rue de Monceau

París, 75008

Francia

B. ANTECEDENTES DEL ARBITRAJE

5. Según la Demandante, ha surgido una controversia entre las Partes en el marco 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, suscrito el 24 de mayo de 1988 y en vigor desde el 16 de febrero de 1990 (el “**Tratado**”), y cuya aplicación fue extendida a Islas Bermudas a partir del 9 de diciembre de 1992 mediante un intercambio de notas entre Bolivia y el Reino Unido de fechas 3 y 9 de diciembre de 1992.

6. Mediante Notificación de Arbitraje de fecha 30 de abril de 2013 (la “**Notificación de Arbitraje**”), la Demandante inició el presente arbitraje contra la Demandada de conformidad con el artículo 8 del Tratado y el artículo 3 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, revisado en 2010 (el “**Reglamento CNUDMI**”).

7. De conformidad con el artículo 3.2 del Reglamento CNUDMI, el presente procedimiento arbitral fue iniciado el 30 de abril de 2013, fecha en que la Demandada recibió la Notificación de Arbitraje.

8. La Notificación de Arbitraje fue recibida por la Demandada en la misma fecha y, previo acuerdo de las Partes, la Demandada presentó su Respuesta a la Notificación de Arbitraje el 28 de junio de 2013 (la “**Respuesta a la Notificación de Arbitraje**”)¹.

C. ACUERDO ARBITRAL

9. El artículo 8 del Tratado dispone²:

Artículo VIII

Arreglo de Diferencias entre un Inversionista y un país Receptor

(1) Las diferencias entre un nacional o una sociedad de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante concernientes a una obligación de la última conforme a este Convenio y en relación con una inversión de la primera que no hayan sido arregladas legalmente y amigablemente, pasado 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.

(2) En el caso de que la diferencia se refiera a arbitraje internacional, el inversionista y la Parte Contratante en la diferencia podrán consentir en someter la controversia:

- (a) al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (teniendo en cuenta, cuando proceda, las disposiciones del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, y la Facilidad Adicional para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje e Investigación; o*
- (b) al Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional; o*
- (c) a un árbitro internacional o a tribunal de arbitraje ad hoc a ser designado por un acuerdo especial o establecido conforme a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Comercial Internacional.*

Si, después de un período de seis meses a partir de la notificación escrita del reclamo, un procedimiento alternativo no hubiese sido acordado, las partes en la diferencia tendrán la obligación de someterla a arbitraje conforme a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Comercial Internacional vigentes en ese momento. Las partes en la diferencia podrán acordar por escrito la modificación de dichas Reglas.

¹ Acompañada de los anexos R-1 a R-8.

² C-1, Tratado.

II HISTORIA PROCESAL

A. CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL

10. Mediante su Notificación de Arbitraje, la Demandante nombró al Prof. Francisco Orrego Vicuña como primer árbitro.
11. Mediante carta de 31 de mayo de 2013, la Demandante informó a la Corte Permanente de Arbitraje (la “CPA”) que las Partes habían acordado que el Secretario General de la CPA actuase como autoridad nominadora en el presente arbitraje y que la CPA actuase como entidad administradora del mismo.
12. Mediante su Respuesta a la Notificación de Arbitraje, la Demandada nombró al Sr. Osvaldo César Guglielmino como segundo árbitro.

1. Recusación al árbitro Osvaldo César Guglielmino

13. El 12 de julio de 2013, la Demandante presentó su Notificación de Recusación de Osvaldo Guglielmino como Árbitro. El 26 de julio de 2013, la Demandada presentó su Rechazo a la Recusación a Osvaldo César Guglielmino como Árbitro de Parte.
14. Mediante carta del 7 de agosto de 2013, la Demandante solicitó al Secretario General de la CPA que decidiese la recusación del Sr. Guglielmino en virtud del artículo 13.4 del Reglamento CNUDMI. Luego de que las Partes y el Sr. Guglielmino formularan sus comentarios respecto de dicha recusación, el 30 de octubre de 2013, el Secretario General de la CPA emitió su decisión rechazando la recusación al árbitro Osvaldo César Guglielmino.

2. Recusación al árbitro Francisco Orrego Vicuña

15. El 31 de julio de 2013, la Demandada presentó su Notificación de Recusación a Francisco Orrego Vicuña. El 14 de agosto de 2013, la Demandante presentó su Respuesta a la recusación a Francisco Orrego Vicuña como Árbitro.
16. Mediante carta del 30 de agosto de 2013, la Demandada solicitó al Secretario General de la CPA que decidiese la recusación de Francisco Orrego Vicuña en virtud del artículo 13.4 del Reglamento CNUDMI. Luego de que las Partes y el Sr. Orrego Vicuña formularan sus comentarios respecto de dicha recusación, el 30 de octubre de 2013, el Secretario General de la CPA emitió su decisión rechazando la recusación al árbitro Francisco Orrego Vicuña.

3. Nombramiento del árbitro presidente

17. El 5 de diciembre de 2013, los dos coárbitros notificaron a las Partes y la CPA que no habían conseguido alcanzar un acuerdo respecto del nombramiento del árbitro presidente.
18. Mediante el Acta de Nombramiento de Árbitro Presidente de fecha 22 de enero de 2014, el Secretario General de la CPA nombró al Dr. Eduardo Zuleta Jaramillo como árbitro presidente.
19. El 22 de enero de 2014, el Dr. Eduardo Zuleta Jaramillo aceptó su nombramiento como árbitro. El mismo día, quedó constituido el Tribunal Arbitral.

B. DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO

20. A lo largo del arbitraje, el Tribunal Arbitral emitió 23 órdenes procesales, cuyo contenido se resume en seguida. Para efectos de brevedad, el Tribunal se remite a los antecedentes específicos que motivaron cada una de estas decisiones, que se describen en las órdenes procesales respectivas.
21. Mediante carta del 4 de febrero de 2014, el Tribunal circuló a las Partes para sus comentarios los borradores de Acta de Constitución y Orden Procesal N.º 1.
22. Las Partes y el Tribunal suscribieron el Acta de Constitución de fecha 4 de marzo de 2014.
23. El 13 de mayo de 2014, las Partes y el Tribunal celebraron la primera reunión procesal en las instalaciones del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, Colombia.
24. Las siguientes personas participaron en esta primera reunión procesal en representación de la Demandante: el señor Ralph Fitch, Presidente y Director de SAS, y los señores Henry G. Burnett y Louis-Alexis Bret, ambos abogados de King & Spalding, LLP. En representación de la Demandada participaron la doctora Carmaña Llorente, Directora General de Defensa Jurisdiccional y Arbitral de Inversiones, y la doctora Paola Valeria Bonadona Quiroga, abogada, ambas de la Procuraduría General del Estado.
25. Al final de la reunión, la grabación de audio de la reunión fue distribuida a las Partes. Posteriormente, mediante carta del 7 de agosto de 2014, la CPA distribuyó las versiones definitivas de la transcripción de la reunión en inglés y en español.
26. El 27 de mayo de 2014, el Tribunal emitió la Orden Procesal N.º 1. Entre otros, la Orden Procesal N.º 1 fijó La Haya, Países Bajos, como la sede legal del arbitraje, así como el calendario procesal.

27. El 24 de septiembre de 2014, la Demandante presentó el Escrito de Demanda y Memorial de la Demandante (el “**Escrito de Demanda**”), junto con las declaraciones de los testigos Ralph G. Fitch (la “**Primera Declaración de Fitch**”), Felipe Malbran (la “**Primera Declaración de Malbran**”), W. J. Mallory (la “**Primera Declaración de Mallory**”), Xavier Gonzales Yutronic (“**Primera Declaración de Gonzales Yutronic**”) y Santiago Angulo (la “**Primera Declaración de Angulo**”), los informes periciales de FTI Consulting Canada ULC (“**FTI**”, y su informe, el “**Primer Informe de FTI**”, con sus anexos FTI-01 a FTI-55) y Roscoe Postle and Associates, Inc. (“**RPA**”, y su informe, el “**Primer Informe de RPA**”, con sus anexos de referencias), los anexos C-1 a C-94 y las autoridades legales CLA-1 a CLA-94.
28. Mediante la Orden Procesal N.º 2, de fecha 1 de diciembre de 2014, el Tribunal admitió la solicitud de la Demandante de que se clasificara cierta información que fue empleada por RPA como “altamente confidencial” y clasificó como tal la información en cuestión, descrita en el Anexo A del Adjunto A de dicha Orden Procesal. Asimismo, el Tribunal dictó una Orden de Protección, incluida como Adjunto A de la Orden Procesal N.º 2, regulando el acceso por parte de los abogados externos y peritos independientes de la Demandada a la información que había clasificado como “altamente confidencial”.
29. El 9 de diciembre de 2014, la Demandada informó que había contratado a Dechert (Paris) LLP como sus abogados externos.
30. El 14 de enero de 2015, el Tribunal dictó, por mayoría, la Orden Procesal N.º 3, que modificó, en su totalidad, la Orden de Protección adjunta a la Orden Procesal N.º 2, quedando ésta reemplazada por la Orden de Protección recogida en el Adjunto A de la Orden Procesal N.º 3 (la “**Orden de Protección de la Información Protegida**”).
31. El 26 de enero de 2015, el Tribunal emitió la Orden Procesal N.º 4 ordenando a la Demandante entregar a la Demandada algunos de los documentos solicitados por ésta. Estos documentos se agregaron al expediente como anexos C-95 a C-100, mediante carta del 28 de enero de 2015.
32. El 17 de febrero de 2015, el Tribunal Arbitral emitió la Orden Procesal N.º 5, por medio de la cual otorgó a la Demandada una extensión del plazo para presentar el Memorial de Contestación a la Demanda hasta el 31 de marzo de 2015.
33. El 31 de marzo de 2015, la Demandada presentó su Memorial de Objeciones a la Jurisdicción, Admisibilidad de los Reclamos y Contestación a la Demanda (la “**Contestación a la Demanda**”), junto con la declaración del testigo Félix Gonzales Bernal (la “**Primera Declaración del Gob. Gonzales**”), los informes periciales de Liborio Uño Acebo (el “**Informe del Prof. Uño**”), de

Kadri Dagdelen (el “**Primer Informe del Dr. Dagdelen**”, con sus anexos DAG-0 a DAG-18) y de The Brattle Group, Inc. (“**Brattle**”, y su primer informe, el “**Primer Informe de Brattle**”, junto con los anexos BR-01 a BR-73), los anexos R-9 a R-146 y las autoridades legales RLA-1 a RLA-175.

34. El 14 de abril de 2015, el Tribunal comunicó a las Partes las nuevas fechas del calendario procesal resultantes de la modificación de la fecha de presentación de la Contestación a la Demanda.
35. El 21 de abril de 2015, el Tribunal dictó la Orden Procesal N.º 6 decidiendo que no había en ese momento circunstancias que justificasen un cambio en el calendario procesal, sin perjuicio de que el Tribunal pudiese modificarlo en el curso del procedimiento si así lo requiriesen las circunstancias.
36. El 19 de junio de 2015, el Tribunal confirmó las modificaciones al calendario procesal acordadas por las Partes.
37. El 7 de julio de 2015, las Partes presentaron para decisión del Tribunal sus respectivas solicitudes pendientes de exhibición de documentos. El 21 de julio de 2015, el Tribunal dictó la Orden Procesal N.º 7, sobre Exhibición de Documentos, donde decidió sobre las solicitudes pendientes en el *Redfern Schedule* preparado por la Demandante (el “**RDT**”) y en el *Redfern Schedule* preparado por la Demandada (el “**RDD**”). El Tribunal solicitó a la Demandante que aclarase ciertas cuestiones en relación con la categoría 18 del RDD y pospuso la decisión sobre los documentos de esta categoría hasta tener dichas aclaraciones y los comentarios de la Demandada respecto a éstas.
38. Mediante la Orden Procesal N.º 8, de fecha 26 de agosto de 2015, el Tribunal: (i) clasificó como “altamente confidencial” uno de los documentos de la categoría 18 del RDD; (ii) confirmó que uno de los documentos de la categoría 18 ya formaba parte de la Información Protegida; (iii) rechazó la solicitud de clasificar como “altamente confidencial” el resto de los documentos de la categoría 18; y (iv) ordenó a la Demandante exhibir la información de la categoría 18 que aún no había sido exhibida. Con respecto a la solicitud de Bolivia relativa al acceso a la Información Protegida, el Tribunal: (i) confirmó que los expertos de la Demandada podían tomar las notas de la Información Protegida que estimasen oportunas para poder elaborar su informe pericial; (ii) rechazó las demás condiciones solicitadas por la Demandada; (iii) reiteró que, en el caso de haber problemas de acceso o diferencias entre las Partes a la hora de revisar la Información

Protegida, éstos debían comunicarse al Tribunal mientras se lleva a cabo la revisión y no *a posteriori*³; e (iv) invitó a las Partes a acordar la sede del *Data Room*.

39. El 2 de octubre de 2015, el Tribunal emitió la Orden Procesal N.º 9 confirmando todos los extremos de la Orden Procesal N.º 8. El Tribunal confirmó que ciertos documentos sobre los que versaba la solicitud ya estaban incluidos en la Información Protegida, pero solamente en la medida en que se tratasen de resúmenes de reportes expresamente incluidos en el Anexo A de la Orden de Protección de la Información Protegida.
40. El 8 de octubre de 2015, la Demandada presentó su Solicitud de *Cautio Judicatum Solvi* y Comunicación de Información, junto con los anexos R-147 a R-154 y autoridades legales RLA-176 a RLA-184. Por solicitud de la Demandante, el plazo para responder a la solicitud de la Demandada se fijó hasta el 14 de diciembre de 2015.
41. El 30 de noviembre de 2015, la Demandante presentó su Réplica a la Contestación a la Demanda sobre el Fondo de la Demandada y Respuesta a las Objeciones de la Demandada a la Jurisdicción y a la Admisibilidad (la “**Réplica de la Demandante**”), junto con la declaración del testigo David B. Dreisinger (la “**Declaración de Dreisinger**”) y las declaraciones adicionales de los testigos Santiago Angulo (la “**Segunda Declaración de Angulo**”), Xavier Gonzales Yutronic (la “**Segunda Declaración de Gonzales Yutronic**”), Felipe Malbran (la “**Segunda Declaración de Malbran**”) y W. J. Mallory (la “**Segunda Declaración de Mallory**”), los informes periciales de Barry Cooper (el “**Informe de Cooper**”), FTI (el “**Segundo Informe de FTI**”, con sus anexos FTI 56 a FTI 71) y RPA (el “**Segundo Informe de RPA**”, con sus anexos RPA-01 a RPA-15 y Otras Fuentes), los anexos C-101 a C-296 y las autoridades legales CLA-14 (actualizada) y CLA-95 a CLA-163.
42. El 14 de diciembre de 2015, la Demandante presentó su Oposición a la Solicitud de *Cautio Judicatum Solvi* y Comunicación de Información de la Demandada, junto con los anexos C-297 a C-299 y las autoridades legales CLA-164 a CLA-178.
43. El 11 de enero de 2016, el Tribunal dictó la Orden Procesal N.º 10: (i) negando la solicitud de Bolivia de *cautio judicatum solvi*; (ii) ordenando a la Demandante informar al Tribunal los nombres de los terceros que hayan otorgado financiación a la Demandante en este arbitraje; y (iii) negando la solicitud de Bolivia de que se aporte al expediente el acuerdo de financiación entre la Demandante y el tercero financiador.

³ Durante la Audiencia, la Demandada reiteró su reserva de derechos con relación al acceso que había tenido a los documentos clasificados como Información Protegida. Véase Transcripción de la Audiencia, Día 1, 268:17 – 270:16 (español).

44. Mediante carta del 19 de enero de 2016, la Demandante informó la identidad del tercero financiador, indicando que dicha información es confidencial.
45. Mediante la Orden Procesal N.º 11, de fecha 28 de enero de 2016, el Tribunal, con base en las solicitudes previas de las Partes, concedió a Bolivia una extensión hasta el 21 de marzo de 2016 para presentar su dúplica y ordenó a la Demandante remitir a Bolivia una transcripción mecanografiada de las notas solicitadas por Bolivia.
46. A través de la Orden Procesal N.º 12, del 8 de marzo de 2016, el Tribunal, entre otras, rechazó en parte la solicitud de la Demandada de que la Demandante comunicara ciertos documentos y confirmara información sobre una de las categorías, al considerarla extemporánea conforme a lo establecido al respecto en la Orden Procesal N.º 1.
47. El 16 de marzo de 2016, la Demandada presentó al Tribunal su solicitud de protección de un testigo que solicitó protección por temor a las represalias en su contra por su declaración (el “**Testigo X**”), la cual fue objetada por la Demandante a través de comunicación del 17 de marzo de 2016. En la Orden Procesal N.º 13, de fecha 21 de marzo de 2016, el Tribunal solicitó a la Demandada entregar, en la fecha prevista para la entrega de su memorial de dúplica, una versión completa del testimonio del Testigo X, sin expurgaciones (*unredacted*), únicamente al Tribunal, y pospuso la decisión sobre la protección del Testigo X, sin que se entendiera tal decisión como admisión o aceptación del testimonio del Testigo X o de su contenido.
48. El 21 de marzo de 2016, la Demandada presentó su Dúplica sobre el Fondo y Réplica a las Objeciones a la Jurisdicción (la “**Dúplica de la Demandada**”), junto con las declaraciones de los testigos Félix César Navarro Miranda (la “**Declaración del Ministro Navarro**”), Andrés Chajmi (la “**Declaración de Chajmi**”), RWS-5, RWS-6 y Testigo X (la “**Declaración de Testigo X**”) y la declaración adicional del testigo Félix Gonzales Bernal (la “**Segunda Declaración del Gob. Gonzales**”), los informes periciales adicionales de Kadri Dagdelen (el “**Segundo Informe del Dr. Dagdelen**”, con sus anexos DAG-19 a DAG-23) y de Brattle (el “**Segundo Informe de Brattle**”, con sus anexos BR-74 a BR-122), y el informe pericial de Patrick R. Taylor (el “**Informe de Taylor**”, con sus anexos TAY-0 a TAY-10), los anexos R-155 a R-295 y las autoridades legales RLA-185 a RLA-280. Conforme a las instrucciones del Tribunal, Bolivia entregó versiones sin expurgaciones del testimonio del Testigo X y de su Dúplica únicamente a la CPA y al Tribunal.
49. Mediante carta del 23 de marzo de 2016, la Demandante impugnó la incorporación al expediente de cuatro testimonios presentados por la Demandada con su Dúplica y solicitó una prórroga de 45 días del plazo para presentar su Dúplica a las Objeciones a la Jurisdicción.

50. Mediante la Orden Procesal N.º 14, de fecha 1 de abril de 2016, el Tribunal encontró procedente proteger la identidad del Testigo X y ordenó la suscripción de una Orden de Protección (adjunta como Anexo A a la Orden Procesal) previo a que la Demandante, sus apoderados, testigos y expertos pudiesen tener conocimiento de la identidad del Testigo X y de su testimonio.
51. Mediante la Orden Procesal N.º 15, de fecha 9 de abril de 2016, el Tribunal admitió al expediente dos de los cuatro testimonios impugnados por la Demandante (Declaración del Ministro Navarro y Declaración de Chajmi) y excluyó los otros dos (RWS-5 y RWS-6), y otorgó a la Demandante una prórroga de hasta el 2 de mayo de 2016 para presentar su Dúplica a las Objeciones a la Jurisdicción.
52. El 22 de abril de 2016, mediante la Orden Procesal N.º 16, el Tribunal rechazó la solicitud de la Demandada de reconsiderar la decisión adoptada en la Orden Procesal N.º 15 y confirmó en su totalidad dicha decisión.
53. El 29 de abril de 2016, mediante la Orden Procesal N.º 17, el Tribunal rechazó la solicitud de la Demandante de que se aceptara un procedimiento específico para presentar e interrogar dos testigos cuyas declaraciones testimoniales aportaría con su Dúplica sobre Jurisdicción.
54. El 2 de mayo de 2016, la Demandante presentó su Dúplica a las Objeciones a la Jurisdicción y Admisibilidad del Demandado (la “**Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante**”), junto con versiones expurgadas (*redacted*) de los dos mencionados testimonios (CWS-14 y CWS-15), la declaración adicional del testigo Ralph Fitch (la “**Segunda Declaración de Fitch**”), las terceras declaraciones de los testigos W.J. Mallory (la “**Tercera Declaración de Mallory**”) y Xavier Gonzales Yutronic (la “**Tercera Declaración de Gonzales Yutronic**”), los anexos C-300 a C-335 y las autoridades legales CLA-129 (actualizada) y CLA-179 a CLA-200.
55. Mediante la Orden Procesal N.º 18, de fecha 6 de mayo de 2016, el Tribunal rechazó la solicitud de la Demandante de adoptar un nuevo procedimiento especial para la presentación de los dos testimonios sobre los que versaba la Orden Procesal N.º 17.
56. Mediante la Orden Procesal N.º 19, de fecha 17 de mayo de 2016, el Tribunal excluyó del expediente arbitral los dos testimonios en cuestión (CWS-14 y CWS-15) y aceptó que la Secretaria del Tribunal destruyese las versiones sin expurgaciones (*unredacted*) presentadas.
57. Mediante respectivas cartas del 26 de mayo de 2016, las Partes comunicaron a la CPA y al Tribunal la lista de testigos y peritos de la contraparte que convocaban a la Audiencia. La CPA transmitió las respectivas listas de cada Parte a la otra Parte el 27 de mayo de 2016.

58. El 1 de junio de 2016, el Tribunal emitió la Orden Procesal N.º 20, mediante la cual excluyó del expediente los documentos que la Demandante había presentado con su Dúplica sobre Jurisdicción y a cuya exclusión había consentido la Demandante y rechazó la solicitud de la Demandada respecto de la exclusión de ciertas secciones de dicho escrito y de otros documentos que se habían acompañado al mismo.
59. El 6 de junio de 2016, las Partes, el Tribunal y la CPA celebraron una conferencia telefónica para tratar las cuestiones relacionadas con la preparación de la Audiencia, sobre las cuales las Partes ya habían tenido oportunidad de discutir y de alcanzar algunos acuerdos. En esta conferencia telefónica participaron: (i) en representación de la Demandante, Henry G. Burnett y Cedric Soule, ambos de King & Spalding, LLP, y (ii) en representación de la Demandada, Carmiña Llorenti, Pablo Menacho, Marcelo Fernández y María Virginia Martínez, todos ellos de la Procuraduría General del Estado, y Eduardo Silva Romero, José Manuel García Represa y Juan Felipe Merizalde, todos ellos de Dechert LLP. Mediante correo electrónico del 7 de junio de 2016, la CPA comunicó a las Partes la disponibilidad de la grabación de audio de dicha conferencia telefónica en la extranet de la CPA.
60. El 9 de junio de 2016, el Tribunal emitió la Orden Procesal N.º 21 relativa a la Audiencia.
61. El 30 de junio de 2016, el Tribunal emitió la Orden Procesal N.º 22 en la que rechazó la solicitud de la Demandante de excluir cierta información del expediente pero autorizó la incorporación de las autoridades legales propuestas. Asimismo, el Tribunal observó que las fotografías de las hojas en blanco obraban en el expediente y afirmó que, de persistir la objeción a la autenticidad de las mismas, el tema de la inspección de estas hojas sería tratado al cierre de la Audiencia. El Tribunal rechazó parcialmente la incorporación de ciertos documentos solicitados por la Demandada, admitiendo ciertos documentos nuevos al expediente.
62. El 28 de junio de 2016, la Demandada informó al Tribunal que había recibido ciertos documentos del Gobierno canadiense que podían ser relevantes para el presente arbitraje, Bolivia había informado con la presentación de su Dúplica que había solicitado estos documentos y había formulado una reserva de derechos a presentar los documentos una vez los recibiese. Mediante carta del 28 de junio, Bolivia reiteró su reserva de derechos a solicitar que dichos documentos pudiesen ser aportados al expediente.
63. Mediante correo electrónico del 5 de julio de 2016, la Demandante solicitó al Tribunal que ordenase a la Demandada la aportación al expediente con referencia “R-” de algunos de los documentos cuya incorporación había admitido el Tribunal en su Orden Procesal N.º 22, o, subsidiariamente, que permitiese a la Demandante aportarlos con referencia “C-”.

64. Mediante carta del 6 de julio de 2016, el Tribunal, *inter alia*, solicitó a la Demandante incluir en el expediente como anexos bajo la numeración “C-” los documentos a los que hacía referencia el correo electrónico de la Demandante. Dichos documentos fueron otorgados la numeración C-335 y C-336.
65. Mediante carta del 8 de julio de 2016, la Demandada solicitó al Tribunal que ordenase a la Demandante la exhibición, bajo la categoría 11 del RDD, de versiones sin expurgar de cinco de los documentos comunicados por el Gobierno de Canadá a la Demandada, cuyas versiones expurgadas comunicadas por el Gobierno canadiense fueron presentadas como anexos a dicha carta⁴.

C. AUDIENCIA

66. Del 11 al 22 de julio de 2016 (excluyendo los días 16 y 17 de julio de 2016), las Partes y el Tribunal celebraron la audiencia sobre jurisdicción y fondo del arbitraje (la “**Audiencia**”), en las instalaciones del Banco Mundial en Washington, D.C., EE.UU.
67. Comparecieron en la Audiencia:

Tribunal Arbitral

Dr. Eduardo Zuleta Jaramillo, Árbitro Presidente
Prof. Francisco Orrego Vicuña
Sr. Osvaldo César Guglielmino

Demandante

Sr. Ralph Fitch, South American Silver Ltd.
Sr. Henry G. Burnett, King & Spalding, LLP
Sr. Craig Miles, King & Spalding, LLP
Sr. Fernando Rodríguez Cortina, King & Spalding, LLP
Sr. Cedric Soule, King & Spalding, LLP
Sra. Eldy Roche, King & Spalding, LLP
Sra. Veronica García, King & Spalding, LLP
Sr. Luis Alonso Navarro, King & Spalding, LLP
Sr. Enrique Barrios, Guevara & Gutiérrez
Sr. Rodrigo Rivera, Guevara & Gutiérrez
Sr. Richard J. Lambert, RPA Inc.
Sra. Katharine Masun, RPA Inc.
Sra. Brenna Scholey, RPA Inc.
Sr. Alexander Lee, FTI Consulting Canada ULC

⁴ Véase *infra* párr. 69.

Demandada

Sr. Héctor E. Arce Zaconeta, Procuraduría General del Estado
Sra. Carmiña Llorenti Barrientos, Procuraduría General del Estado
Sr. Pablo Menacho Diederich, Procuraduría General del Estado
Sra. María Virginia Martínez Mansilla, Procuraduría General del Estado
Sra. Mariana Daniela Arce Peñaloza, Procuraduría General del Estado
Sr. Karel Chávez Uriona, Ministerio de Minería y Metalurgia
Sr. Alejandro Balboa La Vieja, Embajada de Bolivia en Washington D.C.
Sr. Eduardo Silva Romero, Dechert LLP
Sr. José Manuel García Represa, Dechert LLP
Sr. Juan Felipe Merizalde, Dechert LLP
Sr. Luis Miguel Velarde Saffer, Dechert LLP
Sra. Catalina Echeverri Gallego, Dechert LLP
Sr. Javier Echeverri Díaz, Dechert LLP
Sra. Ruxandra Esanu, Dechert LLP
Sr. Francisco Paredes, Dechert LLP
Sra. Madeline Tutman, Dechert LLP
Sr. Nathaniel Morales, Dechert LLP
Sr. Thomas Matthews, Gustavson & Associates
Sr. Alexis Maniatis, The Brattle Group, Inc.

Secretaría: Corte Permanente de Arbitraje

Sra. Hyun Jung Lee, Consejera Legal
Sra. Julia Solana Álvarez, Consejera Legal Adjunta

Intérpretes

Sra. Silvia Colla
Sr. Daniel Giglio

Estenotipistas

Sr. Dante Rinaldi (*español*)
Sr. Leandro Iezzi (*español*)
Sr. Dionisio Rinaldi (*español*)
Sr. David Kasdan (*inglés*)

68. Los siguientes testigos y peritos fueron interrogados en la Audiencia:

Testigos de hecho

Sr. Ralph Fitch
Sr. William James Mallory
Sr. Santiago Angulo
Sr. Xavier Gonzales Yutronic
Sr. Felipe Malbran

Sr. David Dreisinger
Sr. Félix César Navarro Miranda
Sr. Félix Gonzales Bernal
Sr. Andrés Chajmi Rikusqnmanta
Testigo X

Peritos

Dr. William E. Roscoe, RPA Inc.
Sr. Graham G. Clow, RPA Inc.
Dr. Kadri Dagdelen
Sr. Patrick R. Taylor
Sr. Howard N. Rosen, FTI Consulting Canada ULC
Sr. Chris Milburn, FTI Consulting Canada ULC
Sr. Barry Cooper
Sr. Graham Davis, The Brattle Group, Inc.
Sr. Florin A. Dorobantu, The Brattle Group, Inc.

69. En el segundo día de la Audiencia, el 12 de julio de 2016, el Tribunal ordenó a la Demandante la exhibición, bajo la categoría 11 del RDD, de versiones sin expurgar de los documentos comunicados por el Gobierno de Canadá a la Demandada contenidos en los anexos 2 a 6 de la carta de la Demandada del 8 de julio de 2016 (véase párr. 65 *supra*)⁵, tres de esos anexos fueron parcialmente incorporados al expediente, sin expurgaciones, con las referencias R-299 a R-301.

D. PROCEDIMIENTO POSTERIOR A LA AUDIENCIA

70. El 11 de agosto de 2016, el Tribunal emitió la Orden Procesal N.º 23, mediante la cual rechazó la solicitud de la Demandante de incorporar al expediente un documento relativo a la valuación con base en el valor accionario.
71. El 19 de septiembre de 2016, las Partes comunicaron al Tribunal que habían llegado a un acuerdo sobre las revisiones de la transcripción de la Audiencia y recordaron el acuerdo de las Partes de que, a la hora de citar, sólo se utilizasen las transcripciones en su idioma original.
72. El 31 de octubre de 2016, las Partes presentaron sus respectivos Memoriales Post-Audiencia.
73. El 28 de noviembre de 2016, las Partes presentaron sus respectivos escritos sobre costas.
74. El 12 de diciembre de 2016, las Partes presentaron sus respectivos comentarios al escrito sobre costas de la contraparte.

⁵ Transcripción de la Audiencia, Día 2, 418:3-15 (español).

75. El 9 de diciembre de 2017, tras una solicitud de la Demandada a la que no se objeto la Demandante, el Tribunal incorporó al expediente el laudo final en el caso *Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú*.⁶

E. CIERRE DE AUDIENCIAS

76. Mediante comunicación del 16 de febrero de 2017, el Tribunal declaró cerradas las audiencias en este arbitraje, de conformidad con el artículo 31.1 del Reglamento CNUDMI.

⁶ *Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/14/21, laudo, 30 de noviembre de 2017.

III ANTECEDENTES DE HECHO

77. El 24 de mayo de 1988, Bolivia y el Reino Unido firmaron el Tratado, que entró en vigor el 16 de febrero de 1990⁷. En septiembre de 1990, Bolivia aprobó la Ley de Inversiones N.º 1182⁸. El Tratado se extendió a Bermudas el 9 de diciembre de 1992⁹.
78. En 1997, Bolivia llevó a cabo una reforma del marco legal del sector minero mediante la Ley N.º 1777, que —según la Demandante— implementa una serie de reformas para alentar la inversión en el sector minero¹⁰.

Estructura Corporativa de la Demandante

79. SAS fue constituida el 7 de octubre de 1994 en Hamilton, Bermudas bajo el nombre de General Minerals Corporation Limited (“**General Minerals**”)¹¹. Según la Demandante, el propósito de esta compañía —creada por un grupo de geólogos, incluido el señor Ralph Fitch, testigo en este arbitraje— era identificar, explorar y desarrollar propiedades minerales alrededor del mundo, particularmente en Suramérica¹².
80. El 7 de noviembre de 2003, los señores Felipe Malbran, Fernando Rojas y Carlos Ferreira constituyeron en La Paz, Bolivia, la Compañía Minera Malku Khota (“**CMMK**” o la “**Compañía**”) “*con el fin de explorar, desarrollar, administrar y explotar el Proyecto Minero Malku Khota*”¹³.
81. Las acciones de CMMK fueron posteriormente transferidas a Malku Khota Ltd., el 12 de diciembre de 2003, a Productora Ltd., el 15 de octubre de 2007, y a G.M. Campana Ltd., el 16 de octubre de 2007¹⁴.

⁷ C-1, el Tratado.

⁸ C-5, Ley de Inversiones N.º 1182, publicado en la Gaceta Oficial N.º 1662 el 17 de septiembre de 1990.

⁹ C-2, Declaración del Reino Unido sobre el Intercambio de Notas en La Paz (con fecha 3 y 9 de diciembre de 1992) extendiendo el Tratado a Bermudas.

¹⁰ C-30, Código minero boliviano, Ley N.º 1777, publicado en la Gaceta Oficial N.º 1987, 17 de marzo de 1997. Véase también Escrito de Demanda, párr. 19.

¹¹ C-10, Certificado de Constitución de General Minerals, Certificado de Constitución de Cambio de Nombre certificando el cambio de nombre a South American Silver Limited, Registro de Miembros y Certificado de Cumplimiento de South American Silver Limited. El cambio de nombre tuvo lugar el 22 de octubre de 2008 (véase *infra* párr. 84).

¹² Escrito de Demanda, párr. 14.

¹³ Escrito de Demanda, párrs. 27, 29; C-11, Constitución de CMMK, Escritura Pública N.º 204/2003 y Escritura Pública N.º 228/2003; CWS-2, Primera Declaración de Malbran, párr. 31.

¹⁴ C-9, Certificado de acciones emitido por CMMK a favor de Productora Ltd., Malku Khota Ltd. y G.M. Campana Ltd. (Título 4); C-37, Acta de Apertura de CMMK para Productora Ltd., Malku Khota Ltd. y G.M. Campana Ltd.; CWS-2, Primera Declaración de Malbran, párr. 31.

- Malku Khota Ltd. fue constituida en Nassau, Bahamas, el 27 de octubre de 2003¹⁵. El 100% de su capital social es de propiedad de General Minerals (ahora SAS), desde el 27 de octubre de 2003¹⁶.
 - Productora Ltd. fue constituida en Nassau, Bahamas, el 10 de octubre de 1994. Su capital social fue asignado a General Minerals (ahora SAS), el 19 de diciembre de 1995¹⁷.
 - G.M. Campana Ltd. fue constituida en Nassau, Bahamas, el 8 de septiembre de 1994, con un capital social adjudicado a General Minerals (ahora SAS), en las fechas 10 de octubre de 1994, 31 de diciembre de 1994 y 5 de diciembre de 2003, respectivamente¹⁸.
82. Así, SAS es la propietaria de: (i) el 100% de Malku Khota Ltd. y, por tanto, es propietaria indirecta del 96% de CMMK a través de dicha compañía¹⁹; (ii) el 100% de Productora Ltd. y, en consecuencia, es propietaria indirecta del 2% de CMMK a través de ésta²⁰; y (iii) el 100% de G.M. Campana Ltd. y, de este modo, propietaria indirecta del 2% de CMMK a través de G.M. Campana Ltd.²¹. En consecuencia, SAS es propietaria indirecta del 100% de CMMK.
83. El 28 de septiembre de 2006, cuatro ejecutivos de General Minerals (ahora SAS) —Ralph Fitch, Felipe Malbran, William Filtness y Richard Doran— crearon South American Silver Corporation (“SASC”), una sociedad de Canadá especializada en el desarrollo y explotación de proyectos mineros de plata en Sudamérica²². El 7 de febrero de 2007, SASC cotizó sus acciones en la Bolsa de Valores de Toronto²³.

¹⁵ C-6, Certificado de Constitución, Certificado de Vigencia y Registro de Miembros de Malku Khota Ltd.

¹⁶ C-6, Certificado de Constitución, Certificado de Vigencia y Registro de Miembros de Malku Khota Ltd.

¹⁷ C-7, Certificado de Constitución, Certificado de Vigencia y Registro de Miembros de Productora Ltd., certificados de acciones

¹⁸ C-8, Certificado de Constitución, Certificado de Vigencia y Registro de Miembros de G.M. Campana Ltd.

¹⁹ C-6, Certificado de Constitución, Certificado de Vigencia y Registro de Miembros de Malku Khota Ltd.

²⁰ C-9, Certificado de acciones emitido por CMMK a favor de Productora Ltd., Malku Khota Ltd. y G.M. Campana Ltda. (Título 8).

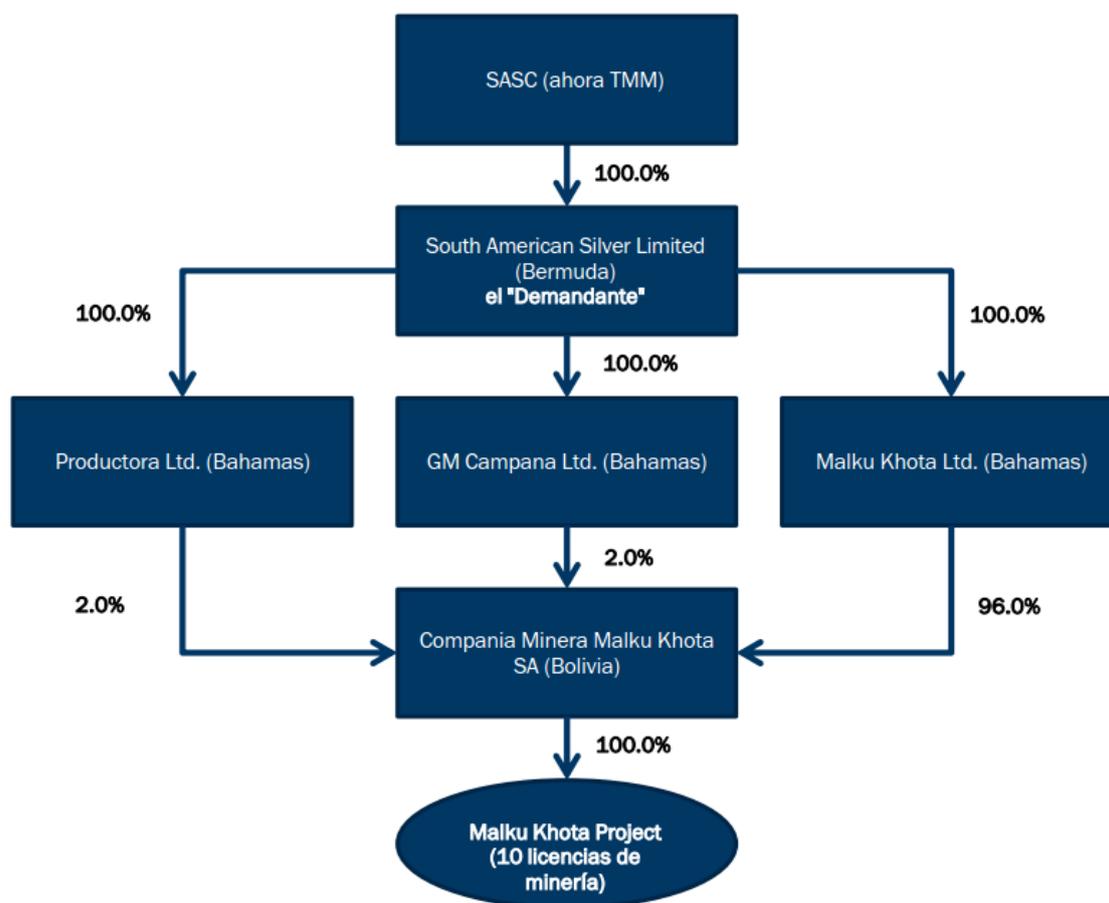
²¹ C-9, Certificado de acciones emitido por CMMK a favor de Productora Ltd., Malku Khota Ltd. y G.M. Campana Ltda. (Título 8). Véase Transcripción de la Audiencia, Día 1, 173:12 – 174:11 (español).

²² Escrito de Demanda, párr. 16; Réplica de la Demandante, párr. 18; CWS-2, Primera Declaración de Malbran, párr. 9; R-150, *Annual Information Form 2014* de TriMetals Mining Inc. del 23 de marzo de 2015.

²³ Escrito de Demanda, párr. 16; R-150, *Annual Information Form 2014* de TriMetals del 23 de marzo de 2015.

84. El 18 de diciembre de 2006, SASC adquirió todas las acciones ordinarias emitidas en circulación de General Minerals²⁴. El 22 de octubre de 2008, General Minerals cambió su nombre a South American Silver Limited²⁵.

85. El organigrama de SAS, presentado por la Demandante, se refleja a continuación²⁶:



Contexto

86. La presencia de SAS en Bolivia se remonta a 1994²⁷. Según la Demandante, el Gobierno de Bolivia la alentó a través de los años a que invirtiera en el país y continuara efectuando actividades de exploración en Bolivia, lo que habría resultado en inversiones de SAS en Bolivia durante 18

²⁴ C-10, Certificado de Constitución de General Minerals Corporation Limited, Certificado de Constitución de Cambio de Nombre certificando el cambio de nombre a South American Silver Limited, Registro de Miembros y Certificado de Cumplimiento de South American Silver Limited.

²⁵ C-10, Certificado de Constitución de General Minerals, Certificado de Constitución de Cambio de Nombre certificando el cambio de nombre a South American Silver Limited, Registro de Miembros y Certificado de Cumplimiento de South American Silver Limited; R-150, *Annual Information Form 2014* de TriMetals del 23 de marzo de 2015.

²⁶ Escrito de Demanda, párr. 33; CER-1, Primer Informe de FTI, con fecha 23 de septiembre de 2014, Fig. 2, párr. 5.11.

²⁷ Réplica de la Demandante, párr. 17. Véase Escrito de Demanda, párrs. 20-24.

años²⁸. Antes de Malku Khota, SAS había estado involucrada en cinco proyectos mineros de gran escala en Bolivia²⁹.

87. El 30 de julio de 2003, General Minerals Bolivia —una de las subsidiarias de SAS en Bolivia— suscribió una promesa unilateral de venta por las concesiones mineras *Daniel* y *Cobra* de propiedad de Patricia Urquiza de Kempff y Francisco Rolando Kempff Mercado, respectivamente³⁰. Posteriormente, General Minerals Bolivia cedió la promesa unilateral de venta a CMMK, quien adquirió las concesiones el 30 de marzo de 2007³¹.
88. El 4 de mayo de 2005, CMMK adquirió las concesiones mineras *Alkasi*, *Takhuani*, *Takhaua* y *Jalsuri* del señor Malbran³². Posteriormente, el 22 de septiembre de 2006, CMMK adquirió las concesiones mineras Antacuna y Silluta de Silex Bolivia S.A.³³. Casi dos años después, el 22 de abril de 2008, CMMK adquirió la concesión minera *Norma* de Hugo Murillo Velazco³⁴. Finalmente, el 5 de abril de 2007, la Superintendencia Regional de Minería de Potosí-Chuquisaca otorgó a CMMK la concesión minera *Viento*³⁵.
89. Estas diez concesiones mineras (las “**Concesiones Mineras**”) conformaban 219 bloques mineros ubicados sobre 5.475 hectáreas y constituyeron la totalidad del área del proyecto minero Malku Khota (el “**Proyecto**”)³⁶.
90. Entre 2004 y 2005, CMMK realizó su primera campaña de exploración del terreno recolectando y analizando muestras³⁷. Posteriormente, en 2005, CMMK se asoció con Silex Bolivia, S.A., una empresa de servicios mineros, para finalizar un programa de toma de muestras en superficie y

²⁸ Réplica de la Demandante, párr. 17. Véase Escrito de Demanda, párrs. 51-53; CWS-1, Primera Declaración de Fitch, párr. 17; CWS-2, Primera Declaración de Malbran, párr. 26; CWS-9, Segunda Declaración de Malbran, párr. 2. Véase Transcripción de la Audiencia, Día 1, 20:3-11 (inglés).

²⁹ Escrito de Demanda, párrs. 20-24; CWS-1, Primera Declaración de Fitch, párrs. 6-11; CWS-2, Primera Declaración de Malbran, párrs. 14, 16-17, 20-23; C-31, Acuerdo entre José Luis Velasco, Ralph Fitch y Compañía Minera General Minerals (Bolivia) S.A., 12 de mayo de 1995.

³⁰ CWS-2, Primera Declaración de Malbran, párr. 29. Véase también Escrito de Demanda, párrs. 25, 36; CWS-1, Primera Declaración de Fitch, párr. 12; C-32, Ejercicio de promesa Unilateral de Venta de las Concesiones Mineras Daniel y Cobra suscrito entre Francisco R. Kempff Mercado, Patricia Inéz Urquiza de Kempff y Compañía Minera Malku Khota S.A., 30 de marzo de 2007.

³¹ C-32, Ejercicio de Promesa Unilateral de Venta de las Concesiones Mineras Daniel y Cobra Mining suscrito entre Francisco R. Kempff Mercado, Patricia Inéz Urquiza de Kempff y Compañía Minera Malku Khota S.A., 30 de marzo de 2007.

³² C-33, Compraventa de las Concesiones Mineras Alkasi, Jalsuri, Takhaua y Takhuani celebrada entre Felipe B. Malbran Hourton y Compañía Minera Malku Khota S.A., 4 de mayo de 2005.

³³ C-36, Compraventa de Concesiones Mineras entre Silex Bolivia S.A. y Compañía Minera Malku Khota, 22 de septiembre de 2006.

³⁴ C-35, Escritura Pública de Compraventa de la Concesión Minera Norma suscrita por Hugo Murillo Velazco y Compañía Minera Malku Khota S.A., 22 de abril de 2008.

³⁵ C-34, Concesión Minera Viento, 5 de junio de 2007.

³⁶ C-4, Decreto de Reversión, 1 de agosto de 2012.

³⁷ Escrito de Demanda, párr. 39; CER-2, Primer Informe de RPA, pág. 8.1; C-13, *Preliminar Economic Assessment Technical Report* del Proyecto de Malku Khota de 13 de marzo de 2009.

subterráneas³⁸. Estas actividades resultaron en la identificación de tres áreas objetivo: Limosna, Wara Wara y Sucre³⁹.

91. El 5 de octubre de 2006, el entonces Gobernador de Potosí, Mario Virreira Iporre, otorgó a CMMK el Certificado de Dispensación para las Actividades de Exploración Minera⁴⁰. Desde 2005, CMMK había contratado a la Fundación Medmin (“**Medmin**”), una firma consultora boliviana, para que la asistiese en el desarrollo de su programa medioambiental y asegurar la licencia medioambiental⁴¹. Entre 2006 y 2012, Medmin efectuó “*más de ocho estudios ambientales y socioeconómicos, incluyendo informes de cumplimiento que se presentaron ante el Departamento de Medio Ambiente del Gobierno de Potosí*”⁴².
92. Desde mayo de 2007 hasta diciembre de 2010, CMMK llevó a cabo un programa de exploración subterránea⁴³. Basándose en las estimaciones de recursos de noviembre de 2008, la consultora minera Pincock Allen & Holt finalizó en marzo de 2009 una *Preliminary Economic Assessment* para el Proyecto (el “**PEA 2009**”)⁴⁴.
93. El 31 de marzo de 2011, CMMK publicó los resultados de la actualización del PEA de GeoVector y el 10 de mayo de 2011, emitió el correspondiente informe técnico completo (el “**PEA 2011**”)⁴⁵. El PEA 2011 explicaba los datos adicionales recolectados y los avances de la empresa en la creación de un proceso hidrometalúrgico para recuperar los distintos metales preciosos y otros contenidos dentro de las areniscas de Malku Khota⁴⁶.
94. Para poder extraer los metales de las areniscas obtenidas en Malku Khota, la Demandante y su matriz —SASC— inventaron y patentaron un proceso hidrometalúrgico de propiedad exclusiva⁴⁷.

³⁸ Escrito de Demanda, párr. 40; CER-2, Primer Informe de RPA, pág. 8-1.

³⁹ Escrito de Demanda, párr. 40; CER-2, Primer Informe de RPA, pág. 8-1.

⁴⁰ C-140, Certificado de Dispensación para Actividades de Exploración-Minera, suscrito por el Ing. Mario Virreira I., Prefecto y Comandante General del Departamento de Potosí, 5 de septiembre de 2006.

⁴¹ Réplica de la Demandante, párr. 23. Véase Transcripción de la Audiencia, Día 1, 33:4-17 (inglés).

⁴² Réplica de la Demandante, párr. 23, haciendo referencia a los Anexos C-141 a C-148.

⁴³ Escrito de Demanda, párr. 41; CER-2, Primer Informe de RPA, pág. 8-1; C-14, PEA 2011. Véase Transcripción de la Audiencia, Día 1, 14:9-13 (inglés), 197:7-16 (español).

⁴⁴ C-13, *Preliminary Economic Assessment Technical Report* del Proyecto de Malku Khota de 13 de marzo de 2009. Véase Transcripción de la Audiencia, Día 1, 14:13-17 (inglés).

⁴⁵ Escrito de Demanda, párr. 42; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 49:23 – 50:2 (inglés). Véase C-14, PEA 2011; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 20:12-17 (inglés).

⁴⁶ C-14, PEA 2011, sección 1.2.

⁴⁷ Escrito de Demanda, párr. 44; C-38, Patente de los EE.UU. No US8,585,991 B2, *Method for Recovering Indium, Silver, Gold and Rare, Precious and Base Metals from Complex Oxide and Sulfide Ores*, 19 de noviembre de 2013. Véase Transcripción de la Audiencia, Día 1, 107:8 – 109:3 (inglés).

Con este fin, SASC contrató a David Dreisinger, profesor y Jefe del Departamento de Metalurgia de la Universidad de British Columbia, como Vicepresidente de Metalurgia⁴⁸.

95. El 26 de abril de 2011, el Gobierno emitió la Resolución DGAJ-0073/2001 declarando “Zona de Inmovilización – Área de Interés de COMIBOL” un área que rodeaba las Concesiones Mineras de la Demandante, lo que prohibía la adquisición o concesión de esta zona a cualquier otra persona⁴⁹.
96. El 23 de julio de 2011, la Compañía se reunió con el entonces Gobernador de Potosí, Félix Gonzales, para organizar una reunión con las comunidades locales del área del Proyecto⁵⁰. Según la Demandante, en dicha reunión se planteó por primera vez la participación del Gobierno en el Proyecto, interés que se habría reiterado en reuniones posteriores⁵¹.
97. Según la Demandante, el 9 de mayo de 2012, “*un individuo que se negó a dar su nombre, pero quien declaraba ser empleado de la Procuraduría General del Estado de Bolivia*” entregó en las oficinas de CMMK en La Paz un memorándum interno de la Directora de la Unidad de Gestión Ambiental del Gobierno de Potosí para el Secretario Departamento de la Madre Tierra del Gobierno de Potosí, con fecha 7 de mayo de 2012⁵². Según la Demandante, este informe indicaba que la Autoridad Departamental pretendía revocar la licencia ambiental con base en fundamentos falsos⁵³.
98. El 15 de mayo de 2012, el señor Mallory se reunió con el Viceministro de Política Minera, quien, según el señor Mallory, le habría solicitado en reiteradas ocasiones que la Compañía le entregase información extremadamente confidencial relacionada con los trabajos de sondaje y exploración de CMMK⁵⁴.
99. Según la Demandante, el 18 de mayo de 2012, un Congresista llamó a la oficina de CMMK para informar que congresistas del partido político del Presidente Morales se habían reunido ese mismo

⁴⁸ Escrito de Demanda, párr. 44; C-38, Patente de los EE.UU. No US8,585,991 B2, *Method for Recovering Indium, Silver, Gold and Rare, Precious and Base Metals from Complex Oxide and Sulfide Ores*, 19 de noviembre de 2013.

⁴⁹ R-119, Resolución DGAJ-0073/2001 dictada por COMIBOL, 26 de abril de 2011; Escrito de Demanda, párr. 55; C-42, V. Díaz C., *La Vigencia de la Legislación en Minería*, PetroPress.

⁵⁰ Escrito de Demanda, párrs. 58-59; R-32, Acta de la reunión de socialización del Proyecto del 23 de julio de 2011; CWS-4, Primera Declaración de Gonzales Yutronic, párrs. 8-9; CWS-3, Primera Declaración de Mallory, párr. 19. Véase reunión del 23 de julio de 2011, *infra* párr. 135. Véase Transcripción de la Audiencia, Día 1, 210:21 – 211:3; 218:18-25 (español), Día 9, 1654:1 – 1655:9 (inglés).

⁵¹ Escrito de Demanda, párrs. 61-66. Véase Transcripción de la Audiencia, Día 1, 50:3-25 (inglés).

⁵² Escrito de Demanda, párr. 69; C-52, Correo electrónico de Jim Mallory a Walker San Miguel y Danilo Bocángel, 9 de mayo de 2012.

⁵³ Véase C-53, Memorándum de Teresa B. Paredes a Wilfredo B. Alfaro, *Environmental License Report “Malku Khota Mining Exploration Project”*, 7 de mayo de 2012; Escrito de Demanda, párr. 69.

⁵⁴ Escrito de Demanda, párr. 70; CWS-3, Primera Declaración de Mallory, párr. 34.

día y habían decidido apoyar a la oposición que buscaba nacionalizar el Proyecto y expulsar a la Demandante de Bolivia⁵⁵.

100. Según la declaración del señor Angulo, el Gobernador Gonzales organizó una reunión con miembros de las comunidades que apoyaban a CMMK el o alrededor del día 23 de mayo de 2012, a la que CMMK no habría sido invitada, pero que él acudió como miembro de la comunidad⁵⁶. En dicha reunión, el Gobernador habría “*expu[esto] a los presentes que su gobierno nunca apoyaría a una empresa extranjera*”⁵⁷.
101. El 28 de mayo de 2012, tuvo lugar una reunión entre funcionarios del Gobierno y las comunidades, sin estar presente la Compañía, pero con la asistencia a la misma del señor Angulo como miembro de la comunidad⁵⁸. El acta de esta reunión recoge que CMMK continuaría con su actividad de exploración y se retomarían las ayudas que ésta prestaba a las comunidades⁵⁹. Sin embargo, según el señor Angulo, el Ministro de Minería le habría dicho a los miembros de la comunidad presentes que el Vicepresidente de Bolivia había sugerido que dejaran de apoyar el Proyecto y de solicitar el apoyo del Gobierno en ese respecto⁶⁰.
102. El 12 de junio de 2012, las autoridades que habían creado la Coordinadora Territorial Originaria Autónoma de los Seis Ayllus (“**COTOA-6A**”) se reunieron con Saúl Reque, Guillermo Funes y Xavier Gonzales para trasladarle demandas de colaboración y asistencia a la organización así como que ayudase a garantizar la seguridad de la zona⁶¹.
103. El 19 de junio de 2012, Xavier Gonzales se reunió con el Viceministro de Minería, el Director Legal del Ministerio de Minería y el Director General de Medioambiente del Ministerio de Minería. Según el señor Gonzales, en dicha reunión, “[ellos] *ofrecieron dos opciones para sobreponerse a [la] oposición: ya sea entrar en una asociación (Contrato de Asociación) con el Gobierno, o realizar una consulta previa a las diferentes partes interesadas*”⁶².

⁵⁵ Escrito de Demanda, párr. 71; C-54, Correo electrónico de Ariannet Morgado Ramos a Guillermo Funes, et al., 18 de mayo de 2012.

⁵⁶ Escrito de Demanda, párr. 73; CWS-5, Declaración testimonial de Angulo, párrs. 10-17.

⁵⁷ CWS-5, Declaración testimonial de Angulo, párr. 10.

⁵⁸ Escrito de Demanda, párr. 75; CWS-5, Declaración testimonial de Angulo, párr. 17.

⁵⁹ C-15, Acta de la Reunión entre las Comunidades y Funcionarios gubernamentales, 28 de mayo de 2012.

⁶⁰ CWS-5, Declaración testimonial de Angulo, párr. 17.

⁶¹ C-57, Certificado de Garantías de la Organización COTOA-6A, 12 de junio de 2012.

⁶² CWS-4, Primera Declaración de Gonzales Yutronic, párr. 24.

La Dimensión Social del Proyecto

104. La zona en la que se encuentran las Concesiones Mineras está habitada principalmente por indígenas, aymara y quechua, que se organizan en comunidades que a su vez se agrupan en *ayllus*⁶³. Esta organización tiene una forma de liderazgo y toma de decisiones definida, caracterizada principalmente por el consenso⁶⁴.
105. Desde diciembre de 2003, la Compañía contrató a trabajadores de las comunidades Malku Khota, Ovejería y Kalachaca para la fase de exploración del Proyecto⁶⁵.
106. SAS afirma que desde 2007 estableció su programa de relaciones con la comunidad⁶⁶. Desde entonces, la Compañía habría mantenido numerosas reuniones con las comunidades, incluyendo las de Kalachaca y Malku Khota, para analizar el Proyecto y sus implicaciones⁶⁷.
107. Entre 2007 y 2011, las solicitudes de las comunidades se anotaron en las Actas de Compromiso, que posteriormente se registraba el cumplimiento en “Actas de Cumplimiento” o “Actas de Entrega”⁶⁸. Conforme a estas actas firmadas con las comunidades, los proyectos sociales de SAS

⁶³ Escrito de Demanda, párr. 45.

⁶⁴ RER-1, Informe del Prof. Uño, párr. 53.

⁶⁵ Réplica de la Demandante, párr. 30; CWS-2, Primera Declaración de Malbran, párr. 32; CWS-9, Segunda Declaración de Malbran, párr. 4. Véase, por ejemplo, C-184, Fernando Cáceres, Informe Mensual Proyecto Minero Malku Khota, mayo 2007; C-261, Fernando Cáceres, Informe Mensual Proyecto Minero Malku Khota, junio 2008. Véase Transcripción de la Audiencia, Día 9, 1668:14-23 (inglés).

⁶⁶ Réplica de la Demandante, párr. 21; CWS-7, Segunda Declaración de Angulo, 14 de noviembre de 2015, párr. 3; CWS-9, Segunda Declaración de Malbran, párrs. 5-7. Véase Transcripción de la Audiencia, Día 1, 24:9-21 (inglés).

⁶⁷ Réplica de la Demandante, párr. 32; CWS-9, Segunda Declaración de Malbran, párr. 19; CWS-7, Segunda Declaración de Angulo, párrs. 6-7, 18-21, 25-27; C-155, Memorándum de Santiago Angulo a Felipe Malbran, *Informe Mensual Proyecto Malku Khota*, mayo de 2009; C-156, Memorándum de Santiago Angulo a Felipe Malbran, *Informe relacionen comunitarias Proyecto Malku Khota*, junio de 2009; C-157, Memorándum de Santiago Angulo a Felipe Malbran, *Informe Mensual Proyecto Malku Khota*, julio de 2009; C-158, Memorándum de Santiago Angulo a Fernando Cáceres, *Informe relacionen comunitarias Noviembre 2009*, noviembre de 2009; C-159, Memorándum de Santiago Angulo a Fernando Cáceres, *Informe relacionen comunitarias*, diciembre de 2009; C-160, Fernando Cáceres, *Informe Mensual Proyecto Minero Malku Khota*, octubre de 2010; C-161, Memorándum de Santiago Angulo a Fernando Cáceres, *Informe correspondiente al mes de noviembre de 2010*, 2 de diciembre de 2010; C-162, Fernando Cáceres, *Informe Mensual Proyecto Minero Malku Khota*, noviembre de 2010; C-163, Memorándum de Santiago Angulo a Felipe Malbran, *Informe Mensual Proyecto Malku Khota*, marzo de 2008; C-164, Memorándum de Santiago Angulo a Felipe Malbran, *Informe Mensual Proyecto Malku Khota*, febrero de 2009. Véase Transcripción de la Audiencia, Día 1, 27:6 – 28:5 (inglés).

⁶⁸ Réplica de la Demandante, párr. 50. Véase, por ejemplo, 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.

habrían incluido mejoras en los caminos⁶⁹; renovaciones, construcción y materiales de construcción y el transporte de materiales⁷⁰; asistencia en la pesca⁷¹ y becas para educación⁷².

108. En 2008, CMMK contrató a Cumbre del Sajama S.A., firma boliviana experta en consultoría a la industria minera, para apoyar sus esfuerzos en las relaciones con la comunidad⁷³. Una parte de este apoyo consistía en la realización de talleres para “*educar a las comunidades en cuanto a los aspectos sociales, mineros y ambientales*” del Proyecto⁷⁴. La Demandante señala 35 talleres efectuados con Cumbre del Sajama S.A. entre julio de 2008 y septiembre de 2011⁷⁵. Estos talleres incluyeron (i) introducción a la minería⁷⁶; (ii) desarrollo minero y participación de la comunidad en la mina⁷⁷; (iii) impacto ambiental del Proyecto y cómo proteger el ambiente⁷⁸; y

⁶⁹ 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 S.A., de 16 de diciembre de 2007; C-174, Fernando Cáceres, Informe Mensual Proyecto Minero Malku Khota, junio de 2007.

⁷⁰ 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; 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; 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; C-178, Carta de Comunidad Kalachaca to Compañía Minera Malku Khota, 31 de julio de 2007; 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; C-180, 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; 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; C-182, Memorándum de Santiago Angulo a Felipe Malbran, *Informe Mensual Proyecto Malku Khota*, abril de 2008; C-183, Memorándum de Santiago Angulo a Felipe Malbran, *Informe Mensual*, junio de 2008; C-156, Memorándum de Santiago Angulo a Felipe Malbran, *Informe relacionen comunitarias Proyecto Malku Khota*, junio de 2009; C-157, Memorándum de Santiago Angulo a Felipe Malbran, *Informe Mensual Proyecto Malku Khota*, julio de 2009; C-158, Memorándum de Santiago Angulo a Fernando Cáceres, *Informe relacionen comunitarias*, noviembre de 2009; C-159, Memorándum de Santiago Angulo a Fernando Cáceres, *Informe relaciones comunitarias*, diciembre de 2009; C-156, Memorándum de Santiago Angulo a Felipe Malbran, *Informe relacionen comunitarias Proyecto Malku Khota*, junio de 2009; 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; C-174, Fernando Cáceres, *Informe Mensual Proyecto Minero Malku Khota*, junio de 2007.

⁷¹ 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; 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; 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 S.A., 20 de octubre de 2007.

⁷² C-194, SASC, *Operations Report* - Marzo 2012.

⁷³ Réplica de la Demandante, párrs. 22, 34. Véase Transcripción de la Audiencia, Día 1, 24:12-13 (inglés).

⁷⁴ Réplica de la Demandante, párr. 34.

⁷⁵ Réplica de la Demandante, párrs. 34-37.

⁷⁶ C-139, SASC & Cumbre del Sajama S.A., Informe Final, “*Conociendo la Minería*,” 2008.

⁷⁷ C-165, Cumbre del Sajama S.A., Talleres “*Una Exploración Minera en Marcha Hacia el Futuro*”, febrero de 2010.

⁷⁸ C-166, SASC & Cumbre del Sajama S.A., Talleres “*Conociendo y Cuidando Nuestro Medio Ambiente Comunitario*”, mayo de 2009.

(iv) identificación de las necesidades de las comunidades y potenciales proyectos a desarrollar⁷⁹. La Demandante señala que la propia CMMK también organizó talleres adicionales⁸⁰.

109. A principios de 2009, SASC contrató a *Business for Social Responsibility* (“BSR”), con el objetivo de evaluar su programa de relaciones sociales y de que la ayudase a implementar programas con las comunidades del área de influencia del Proyecto⁸¹.
110. El 16 de mayo de 2009, en una reunión que el señor Angulo mantuvo con la comunidad Kalachaca, los miembros de la comunidad habrían propuesto 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. La Demandante señala esta propuesta como un antecedente a la creación de la COTOA-6A⁸².
111. En mayo de 2009, BSR emitió un informe evaluando los riesgos y oportunidades sociales para el Proyecto⁸³. Éste identificaba algunas carencias en el programa de CMMK y proponía líneas de actuación para remediarlas⁸⁴.

Eventos del 2010

112. En 2010, con la expansión del programa de exploración y perforación, CMMK contrató a miembros locales para efectuar trabajos en terreno realizando actividades de perforación⁸⁵.
113. El 6 de febrero de 2010, una organización sindical a la que pertenecían miembros de las comunidades de la zona denunció la contaminación ambiental de lugares sagrados para las comunidades por las actividades de CMMK⁸⁶.

⁷⁹ C-167, Cumbre del Sajama, Informe Taller “Identificación y Priorización de Demandas / Proyectos de Desarrollo Comunitario”, 2011.

⁸⁰ Réplica de la Demandante, párr. 38. Véase C-168, Memorandum de Carmen Huanca a Felipe Malbran, *Informe correspondiente al mes de abril de 2010*, 30 de abril de 2010.

⁸¹ Réplica de la Demandante, párrs. 22, 34. Véase Transcripción de la Audiencia, Día 1, 24:13-18 (inglés).

⁸² Réplica de la Demandante, párr. 33; C-155, Memorandum de Santiago Angulo a Felipe Malbran, *Informe Mensual Proyecto Malku Khota*, mayo de 2009.

⁸³ C-154, BSR, *Social Risks and Opportunities for South American Silver Corporation’s Malku Khota Project in Potosí*, mayo de 2009.

⁸⁴ Véase, por ejemplo C-154, BSR, *Social Risks and Opportunities for South American Silver Corporation’s Malku Khota Project in Potosí*, mayo de 2009, pp. 8, 15-16, 22-23.

⁸⁵ Réplica de la Demandante, párr. 55. Véase C-195, Fernando Cáceres, Informe Mensual Proyecto Minero Malku Khota, mayo de 2010; C-196, Fernando Cáceres, Informe Mensual Proyecto Minero Malku Khota, junio de 2010; C-197, Fernando Cáceres, Informe Mensual Proyecto Minero Malku Khota, julio de 2010; C-198, Fernando Cáceres, Informe Mensual Proyecto Minero Malku Khota, agosto de 2010.

⁸⁶ Véase R-54, Resolución de la Primera Sección de la Central Sindical de Trabajadores Originarios de San Pedro Buenavista de Potosí del 6 de febrero de 2010.

114. El 11 de diciembre de 2010, los Ayllus Sullka Jilatikani, Takahuani, Urinsaya y Samka aprobaron un voto resolutivo en el que se señalaba que CMMK debía suspender los trabajos, entre otras razones, porque había cometido abusos, contaminaba, faltaba al respeto a las autoridades originarias, había engañado y amenazado a miembros de la comunidad y había sido responsable de violaciones a mujeres de la comunidad⁸⁷.
115. El 19 de diciembre de 2010 se aprobó una resolución de Cabildo de los Ayllus Sullka Jilatikani, Takahuani, Urinsaya y Samka, en la que se afirmaba, entre otras cosas, que la presencia de CMMK era ilegal y había vulnerado ciertos derechos colectivos de las Comunidades Originarias, habría incurrido en abusos, violaciones y amenazas, y generaba división en las comunidades⁸⁸.
116. El 21 de diciembre de 2010, CMMK solicitó la intervención de la Gobernación con ocasión de los votos resolutivos⁸⁹. La Demandante sostiene que el Gobernador Gonzales no respondió a esta comunicación.
117. El 22 de diciembre de 2010, se suspendieron temporalmente las actividades de CMMK⁹⁰.
118. El 27 de diciembre de 2010, el Ayllu Jatun Urinsaya manifestó que autoridades de los *ayllus* habían sido forzadas a firmar las resoluciones y solicitó al Gobierno provincial y municipal que tomara nota de la situación⁹¹. Una comunicación similar fue enviada el 7 de enero de 2011 de parte del Ayllu Qullana⁹².

Eventos del 2011

119. Desde principios de 2011 y por solicitud de CMMK, funcionarios de la Gobernación visitaron la zona del Proyecto para evaluar la gravedad del conflicto así como las posibles alternativas para su solución⁹³.
120. El 11 de enero de 2011, representantes de la Gobernación participaron en una reunión convocada por la Federación de Ayllus Originarios Indígenas del Norte de Potosí (“FAOI-NP”) y el señor

⁸⁷ R-46, Voto resolutivo de los Ayllus Sullka Jilatikani, Takahuani, Urinsaya y Samka del 11 de diciembre de 2010.

⁸⁸ R-49, Resolución de Cabildo de los Ayllus Sullka Jilatikani, Takahuani, Urinsaya y Samka del 19 de diciembre de 2010.

⁸⁹ R-55, Carta de Xavier Gonzales Yutronic al Gobernador de Potosí del 21 de diciembre de 2010. Véase Transcripción de la Audiencia, Día 1, 46:8-16 (inglés), 209:13 – 210:1, 219:17-22 (español).

⁹⁰ Réplica de la Demandante, párr. 89.

⁹¹ 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.

⁹² C-228, Declaración emitida por el Ayllu Qullana, 7 de enero de 2011.

⁹³ R-55, Carta de Xavier Gonzales Yutronic al Gobernador de Potosí del 21 de diciembre de 2010, p. 4; RWS-1, Primera Declaración del Gob. Gonzales, párr. 20.

Fitch informó al directorio de SASC que el Gobierno seguía apoyando a la corporación en sus esfuerzos por resolver el problema⁹⁴.

121. En la misma fecha, la FAOI-NP aprobó una resolución en la que se afirma que la presencia de CMMK era ilegal y habría vulnerado los derechos colectivos de las Comunidades Originarias y cometido otra serie de abusos⁹⁵.
122. El 26 de enero de 2011, CMMK solicitó al alcalde y concejales de Sacaca que: (a) mediasen en la controversia surgida con los Ayllus Sullka-Jilatikani y Tacahuani para buscar una pronta solución a la controversia surgida, dado que tenían el respaldo de los Ayllus Urinsaya y Samca del sector; (b) se hiciese respetar la presencia del Estado y se hiciese prevalecer el ordenamiento jurídico que garantiza las actividades de exploración a los titulares de las concesiones mineras; y (c) se permitiese a CMMK reiniciar y proseguir las actividades mineras de exploración en el área donde se encontraban sus concesiones mineras recuperando la pacífica posesión y el pleno ejercicio del derecho al trabajo⁹⁶. Asimismo, escribió a los Ministerios de la Presidencia y de Minería y Metalurgia.
123. El 31 de enero de 2011, una comunicación similar [fue enviada] al Ministerio de Minas y Metalurgia y al Viceministro de Movimientos Sociales y Sociedad Civil del Ministerio de Minería⁹⁷.
124. Mediante carta de 10 de febrero de 2011, el Viceministro de Coordinación de Movimientos Sociales y Sociedad Civil comunicó a CMMK un criterio jurídico que concluía que “*no es competencia del [Viceministro], dar curso favorable al petitorio efectuado por el representante de [CMMK]*”⁹⁸.
125. El 15 de febrero de 2011, el Ayllu Sullka Jilakitani emitió un voto resolutorio en el que reiteró que CMMK debía retirarse definitivamente, pues había ocasionado violencia, divisiones políticas a la organización, abusos y violaciones de mujeres (cuyos nombres adjuntaba), no consultaba a ciertos *ayllus* y estaba destruyendo a “la Madre Tierra”⁹⁹.

⁹⁴ Dúplica de la Demandante, párr. 116; R-170, Acta del directorio de SASC del 12 de enero de 2011, p. 1.

⁹⁵ R-50, Resolución de FAOI-NP del 11 de enero de 2011.

⁹⁶ C-273, Carta de Xavier Gonzales Yutronic al Alcalde y Concejales del Municipio de Sacaca del 26 de enero de 2011.

⁹⁷ 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. Véase Transcripción de la Audiencia, Día 1, 46:20-25 (inglés).

⁹⁸ C-230, Criterio jurídico anexo a la carta del Viceministro de Coordinación de Movimientos Sociales y Sociedad Civil del 10 de febrero de 2011, p. 6.

⁹⁹ R-51, Resolución del Ayllu Sullka Jilatikani del 15 de febrero de 2011.

126. Respecto de las mujeres que habrían sido víctimas de violencia sexual, SAS afirma que “*solo tuvo conocimiento de incidentes que involucran a cuatro de las ocho mujeres que aparecen en la lista*” y que sobre la base de la información suministrada a CMMK, esos cuatro casos se trataban de relaciones consensuadas, con empleados de los contratistas bolivianos de CMMK y con un empleado de una empresa eléctrica¹⁰⁰. Según la Demandante, en uno de los casos relacionados con contratistas de CMMK, se trataba de una relación extramatrimonial en la que la mujer quedó embarazada¹⁰¹. Al respecto, la Demandante afirma que acudió a la administradora del contratista para que atendiera la situación, afirma que el empleado fue despedido y que la situación concluyó con un acuerdo por escrito de indemnización¹⁰².
127. El 28 de febrero de 2011, la FAOI-NP aprobó una resolución en términos similares a los de la resolución del 11 de enero de 2011¹⁰³.
128. En atención a la comunicación de CMMK del 31 de enero de 2011, el 16 de marzo de ese año, el Ministerio de Minería y Metalurgia remitió a CMMK el informe realizado por la Unidad de Consulta Pública de dicha cartera en relación con las resoluciones de FAOI-NP y del Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu (“**CONAMAQ**”) del 19 de diciembre de 2010 y el 11 de enero de 2011¹⁰⁴.
129. A partir de abril de 2011, Jim Mallory ocupó el puesto de Vicepresidente de Operaciones y Responsabilidad Social de SASC¹⁰⁵ y aumentó el Área de Influencia del Proyecto de 2,5 kilómetros a unos 15 kilómetros para incluir a la totalidad de comunidades de los seis *ayllus*¹⁰⁶.
130. Según la Demandante, “*Jim Mallory presented the Company’s community relations program in May 2011 to the Communities and to the Director of Public Consultation of the Ministry of Mining and Metallurgy, Oscar Iturri*”¹⁰⁷.

¹⁰⁰ Réplica de la Demandante, párr. 126.

¹⁰¹ Véase también RWS-3, Declaración de Chajmi, párr. 16.

¹⁰² Réplica de la Demandante, párr. 127 (notas al pie omitidas). Véase CWS-9, Segunda Declaración de Malbran, párr. 31; CWS-7, Segunda Declaración de Angulo, párr. 51; C-237, Carta de Entendimiento entre Alberto Mamani Ramos, Santusa Gabriel Chambi de Mendoza y Máximo Mendoza Chiri, 19 de marzo de 2008.

¹⁰³ R-52, Resolución de FAOI-NP del 28 de febrero de 2011.

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ CWS-3, Primera Declaración de Mallory, párr. 1.

¹⁰⁶ CWS-3, Primera Declaración de Mallory, párr. 11; Réplica de la Demandante, párrs. 69-72.

¹⁰⁷ Véase Transcripción de la Audiencia, Día 1, 34:7-10 (inglés).

131. El 1 de mayo de 2011, el Ayllu Sullka Jilatikani escribió al Presidente Morales afirmando que había determinado no permitir el ingreso de empresas mineras bajo ningún título para que desarrollaran actividades mineras en su territorio ancestral¹⁰⁸.
132. El 10 de mayo de 2011, los funcionarios de la Gobernación visitaron de nuevo el área y se reunieron con los comunarios, quienes manifestaron que no admitirían a CMMK pues estaba contaminando¹⁰⁹.
133. [REDACTED]
[REDACTED]¹¹⁰.
134. Durante el año 2011, CMMK negoció Acuerdos de Cooperación Recíproca (los “RCA”), firmando el primero con el Ayllu Jatun Urinsaya el 3 de julio de 2011¹¹¹ y otros cuatro antes de septiembre de ese año¹¹². 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*¹¹³. En los RCA, los cinco *ayllus* expresaron su respaldo a la continuación del Proyecto y CMMK adquirió compromisos en materia de capacitación de recursos humanos, trabajos rotativos, apoyo en proyectos de infraestructura básica, salud y ganadería, capacitación medioambiental y apoyo en educación¹¹⁴.
135. El 23 de julio de 2011, tuvo lugar una reunión en Toro Toro entre CMMK, las Comunidades Originarias y el entonces Gobernador Gonzales¹¹⁵. El Acta de esta reunión recoge dos propuestas: (i) la creación de una comisión interinstitucional con participación de las Comunidades Originarias afectadas, las instancias de gobierno municipal, departamental y nacional, y CMMK;

¹⁰⁸ R-60, Carta del Ayllu Sullka Jilatikani al Presidente de la República del 1 de mayo de 2011. Véase también R-61, Carta del Ayllu Sullka Jilatikani al Ministro de Minería y Metalurgia del 1 de mayo de 2011.

¹⁰⁹ R-59, Acta de visita de la Secretaría Departamental de la Madre Tierra a la Comunidad de Mallku Khota del 10 de mayo de 2011.

¹¹⁰ [REDACTED]

[REDACTED] La Demandada afirma que la llegada de Testigo X permitió confirmar el mal manejo de las relaciones comunitarias de CMMK. Véase R-247, Correo electrónico de Testigo X a Fernando Cáceres del 12 de octubre de 2011; R-248, Correo electrónico de Testigo X a Jim Mallory del 7 de diciembre de 2011. Véase, asimismo, Transcripción de la Audiencia, Día 1, 213:11 – 2014:23 (español).

¹¹¹ C-206, RCA entre el Ayllu Jatun Urinsaya y CMMK, 3 de julio de 2011.

¹¹² Réplica de la Demandante, párrs. 44, 62-64. Véase C-207, RCA entre el Ayllu Samca y CMMK, 30 de julio de 2011; C-208, RCA entre el Ayllu Sullka Jilatikani y CMMK, 29 de agosto de 2011; C-209, RCA entre el Ayllu Qullana y CMMK, 10 de agosto de 2011; C-210, RCA entre el Ayllu Tacahuani y CMMK, 21 de agosto de 2011. Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 1, 31:8 – 32:2 (inglés).

¹¹³ Réplica de la Demandante, párr. 67; C-211, Lista de promotores territoriales contratados desde septiembre de 2011.

¹¹⁴ Véase cláusula “Objetivos del Convenio” de los RCA.

¹¹⁵ Escrito de Demanda, párr. 59; Contestación a la Demanda, párr. 131; Dúplica de la Demandada, párrs. 122-130. Véase Transcripción de la Audiencia, Día 1, 220:4-7 (español).

y (ii) formar una empresa mixta con participación de Bolivia¹¹⁶. Según el Gobernador Gonzales, la segunda propuesta fue la única que “*contó con una aceptación parcial de las Comunidades de Calchaca [sic] y Mallku Khota*”¹¹⁷, las principales opositoras. En dicha reunión, se acordó tener una segunda reunión¹¹⁸.

136. El 31 de agosto de 2011 tuvo lugar la segunda reunión de socialización en Toro Toro¹¹⁹. El Gobernador fue representado por Secretarios Departamentales de Minería y Metalurgia, quienes prepararon un informe de la reunión¹²⁰. La Gobernación propuso reuniones con delegaciones más pequeñas para intentar conciliar¹²¹.
137. El 25 de septiembre de 2011, tuvo lugar un cabildo convocado por la FAOI-NP¹²². El Director de Minería y Desarrollo para el Gobierno de Potosí realizó un informe de dicha reunión en el que recogió quejas de las Comunidades Originarias ante la FAOI-NP y la CONAMAQ en conexión con las acciones de CMMK y la relación de ésta con las Comunidades Originarias¹²³.
138. A principios de octubre de 2011 aparece COTOA-6A, una nueva organización indígena favorable al Proyecto que intenta establecer contacto con el Gobierno¹²⁴. Las Partes discuten sobre la legitimidad de esta organización¹²⁵.
139. El 17 de noviembre de 2011 tuvo lugar otro cabildo¹²⁶. Las Partes difieren en cuanto a la representatividad del mismo y otorgan distinta importancia a la falta de participación de las Comunidades de Malku Khota y Kalachaca en el cabildo y la oposición al Proyecto¹²⁷. Este

¹¹⁶ R-32, Acta de la reunión de socialización del proyecto del 23 de julio de 2011, pp. 5, 8.

¹¹⁷ RWS-1, Primera Declaración del Gob. Gonzales, párr. 32.

¹¹⁸ Dúplica de la Demandada, párr. 130; Réplica de la Demandante, párr. 105.

¹¹⁹ Réplica de la Demandante, párrs. 105-107; Dúplica de la Demandada, párrs. 131-133. Véase Transcripción de la Audiencia, Día 1, 34:10-14, (inglés), 220:20 – 220:23 (español). Véase R-63, Informe de la segunda reunión de socialización del Proyecto Malku Khota del 6 de septiembre de 2011.

¹²⁰ R-63, Informe de la segunda reunión de socialización del Proyecto Malku Khota del 6 de septiembre de 2011.

¹²¹ Réplica de la Demandante, párr. 107; Dúplica de la Demandada, párr. 133. Véase Transcripción de la Audiencia, Día 1, 221:3 – 221:5 (español).

¹²² R-64, Convocatoria al Cabildo del 25 de septiembre de 2011.

¹²³ R-65, Acta e informe sobre el Cabildo del 25 de septiembre de 2011.

¹²⁴ C-233, Carta de la COTOA-6A al Presidente Evo Morales, 10 de octubre de 2011; C-234, Carta de la COTOA-6A al Ministro de Minería, 10 de octubre de 2011; R-66, Acta de reunión en el Palacio de Gobierno de La Paz con COTOA-6A del 24 de noviembre de 2011.

¹²⁵ Véase, por ejemplo, Contestación de la Demanda, párrs. 124-126; Dúplica de la Demandada, párr. 104; Réplica de las Demandantes, párrs. 94-97.

¹²⁶ Réplica de la Demandante, párrs. 107-108; Dúplica de la Demandada, párr. 134.

¹²⁷ Réplica de la Demandante, párr. 109; Dúplica de la Demandada, párr. 137. Mientras que la Demandante hace hincapié en que “*existía un apoyo abrumador al Proyecto*” (véase C-68, Acta de la Reunión con el Consejo en Malku Khota, 17 de noviembre de 2011), la Demandada enfatiza el hecho de que las principales comunidades opositoras, Malku Khota y Kalachaca, y en cuyo territorio se encuentra emplazado el Proyecto, no participaron en esta reunión (véase RWS-4, Segunda Declaración del Gob. Gonzales, párr. 34; RWS-2, Declaración del Ministro Navarro, párrs. 33-34). Véase Transcripción de la Audiencia, Día 1, 218:18-25, 221:20 – 222:15 (español), 48:7-12 (inglés).

cabildo fue presidido por el Viceministro de Coordinación con los Movimientos Sociales y la Sociedad Civil, quien solicitó al entonces Gobernador que coordinara una reunión con los líderes de las Comunidades de Malku Khota y Kalachaca¹²⁸. El acta de esta reunión fue protocolizada ante notario¹²⁹.

140. El 24 de noviembre de 2011 tuvo lugar una reunión entre COTOA-6A, el Viceministro de Coordinación con Movimientos Sociales, y el Viceministro de Política Minera. En ésta, COTOA-6A expresó su apoyo a la continuación del Proyecto y el Viceministro propuso que el Ministerio de Minería y la Gobernación convocasen a las dos comunidades opositoras “*con el fin de conciliación y consenso*”¹³⁰. La Demandante señala que en el acta de esta reunión se recoge “[e]n el punto de la opinión de la FAOINP con respecto a la consulta solo se debe realizar a los seis Ayllus la dicha consulta”¹³¹.
141. El 13 de diciembre de 2011, en una resolución de su Consejo de Gobierno, CONAMAQ denunció y exigió “*deponer las acciones divisionistas a la empresa Mallku Qota*”¹³².
142. El 15 de diciembre de 2011 tuvo lugar en La Paz una reunión informativa convocada por el Viceministro de Desarrollo Productivo, y presidida por el Viceministro de Política Minera, el Director de Consultas Públicas, y la Directora de Medio Ambiente en el Ministerio de Minería y Metalurgia¹³³. A pesar de que había representantes de Comunidades Originarias, no asistieron los representantes de las comunidades de Malku Khota y Kalachaca¹³⁴.

Eventos del 2012

143. A principios de enero de 2012 se celebró una reunión en la Paz entre los funcionarios de CMMK. Sobre la base del testimonio de Testigo X, la Demandada sostiene que en esta reunión se habría expuesto la existencia de dos planes: vender la información sobre la exploración a otra compañía minera (‘Plan A’) o provocar la expropiación de la inversión (‘Plan B’) ¹³⁵. La Demandante niega

¹²⁸ Réplica de la Demandante, párr. 109; Dúplica de la Demandada, párr. 138; R-133, Informe sobre el cabildo del 21 de noviembre de 2011. Véase también R-68, Carta del Viceministro de Coordinación de Movimientos Sociales al Gobernador de Potosí, 28 de noviembre de 2011.

¹²⁹ C-68, Acta de la Reunión con el Consejo en Malku Khota, 17 de noviembre de 2011.

¹³⁰ R-66, Acta de reunión en el Palacio de Gobierno de La Paz con COTOA-6A, 24 de noviembre de 2011. Véase Transcripción de la Audiencia, Día 1, 38:17 – 39:4, 48:22 – 49:1 (inglés), Día 9, 1661:1 – 1661:3, 1670:5-23 (inglés). Para la confirmación de que el Ministro Navarro dio estas instrucciones, véase Transcripción de la Audiencia, Día 3, 742:16:21 (español); para la confirmación del Gobernador de que las recibió, véase Transcripción de la Audiencia, Día 4, 845:9 – 846:5 (español).

¹³¹ R-66, Acta de reunión en el Palacio de Gobierno de La Paz con COTOA-6A, 24 de noviembre de 2011. Véase también R-261, Correo electrónico de Testigo X a CMMK, 25 de noviembre de 2011.

¹³² R-71, Resolución del Consejo de Gobierno de CONAMAQ del 13 de diciembre de 2011.

¹³³ Réplica de la Demandante, párr. 110; Dúplica de la Demandada, párr. 138.

¹³⁴ Dúplica de la Demandada, párr. 138.

¹³⁵ RWS-7, Declaración de Testigo X, párrs. 23, 35. Véase Transcripción de la Audiencia, Día 1, 174:19 – 175:16 (español).

la existencia de un Plan B, así como que éstos fuesen los planes discutidos en la reunión sino que se discutió sobre aspectos prácticos del Proyecto¹³⁶.

144. Durante la primera mitad de 2012, hubo varias reuniones en las que participaron las Comunidades Originarias (por ejemplo, el 14 y 16 de febrero de 2012, el 28 de marzo de 2012 y el 28 de mayo de 2012¹³⁷); las Partes no están de acuerdo en las descripciones de las mismas¹³⁸. Mientras que la Demandante afirma que éstas “*confirman la estrategia del Gobierno para tomar control del Proyecto*”¹³⁹, la Demandada sostiene que “*demuestran que, a pesar de la creciente tensión a causa de las acciones de CMMK y COTOA-6A, la Gobernación seguía intentando crear espacios de diálogo*”¹⁴⁰.
145. El 1 de febrero de 2012, las autoridades del Ayllu Sullka Jilatikani solicitaron a CONAMAQ y a FAOI-NP que interviniesen para determinar la existencia de “*falsos líderes [sic]*” en relación con la CMMK¹⁴¹.
146. El 22 de febrero de 2012, la Compañía solicitó ayuda al Gobierno, denunciando la minería ilegal en la zona del Proyecto¹⁴². Según la Demandante, éste no le proporcionó ningún apoyo significativo¹⁴³.
147. El 1 de abril de 2012, comunarios partidarios de CMMK secuestraron a Benedicto Gabriel, otro comunario que estaba intentando organizar una reunión en Malku Khota en apoyo de la formación de una cooperativa¹⁴⁴. Ese mismo día, los miembros de la comunidad de Malku Khota tomaron

¹³⁶ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párrs. 48-52; CWS-11, Tercera Declaración de Mallory, párrs. 17-18; CWS-12, Tercera Declaración de Gonzales Yutronic, párr. 22. Véase Transcripción de la Audiencia, Día 1 58:23 – 59:21 (inglés). La Demandante afirma que el mejor resumen de los planes de la Compañía se encuentra en el informe corporativo de SASC de 2011, publicado en 2012 (C-300, South American Silver Corp., *Corporate Report 2011*, 2 de mayo de 2012). Véase también C-18, Carta de Felipe Malbran y Xavier Gonzales a Mario V. Iporre, 21 de julio de 2012; C-133, SGS Canada Inc., An Investigation into Metal Recovery from Malku Khota Leach Liquors, 19 de agosto de 2013; C-134, SGS Canada Inc., An Investigation into Standard Soak Tests for Silver and Indium Extraction from the Malku Khota Deposit Samples 11-6 through 11-19, 16 de julio de 2012.

¹³⁷ C-15, Acta de la Reunión sobre el Caso Malku Khota, 28 de mayo de 2012.

¹³⁸ Réplica de la Demandante, párr. 111; Dúplica de la Demandada, párr. 139.

¹³⁹ Réplica de la Demandante, párr. 111.

¹⁴⁰ Dúplica de la Demandada, párr. 139.

¹⁴¹ R-72, Carta del Ayllu Sullka Jilatikani a FAOI-NP del 1 de febrero de 2012.

¹⁴² C-70, Carta de Jim Mallory y Xavier Gonzales al Gobernador Félix Gonzales, 22 de febrero de 2012. Véase también la denuncia de minería ilegal en la zona contenida en C-46, Resolución adoptada por el ayllu Sulka Jilatikani, 16 de marzo de 2012, y C-48, Voto de las comunidades del ayllu de Sakaka, 27 de mayo de 2012. Véase Transcripción de la Audiencia, Día 1, 49:2-11 (inglés).

¹⁴³ Réplica de la Demandante, párr. 83. Véase Transcripción de la Audiencia, Día 1, 49:12-15 (inglés).

¹⁴⁴ Réplica de la Demandante, párr. 133; Dúplica de la Demandada, párr. 149; R-70, Acta de declaración sobre abusos en contra de miembros de las Comunidades Originarias. Para apoyo de Andrés Chajmi a la idea de la cooperativa, véase C-169, Correo electrónico de S. Angulo a F. Malbran, 11 de diciembre de 2007; C-216, Correo electrónico de S. Angulo a X. Gonzales, 16 de marzo de 2012. Véase, asimismo, Transcripción de la Audiencia, Día 1, 226:2-8 (español), Día 4, 922:4-22 (español).

de rehén a Saúl Reque, Coordinador de Relaciones Comunitarias de CMMK¹⁴⁵. El señor Reque fue liberado en la mañana del 2 de abril¹⁴⁶. Benedicto Gabriel fue liberado el 3 de abril¹⁴⁷.

148. El 11 de abril de 2012, el señor Xavier Gonzales, Gerente General de CMMK, presentó una demanda penal, a petición y en representación del señor Reque, contra las personas que este último identificó como sus captores¹⁴⁸. Ésta fue archivada el 28 de febrero de 2014¹⁴⁹.
149. El 18 de abril de 2012 tuvo lugar una reunión entre miembros de la COTOA-6A y el Jefe de la Unidad de Consulta Pública y Participación Ciudadana del Ministerio de Minería y Metalurgia. En el acta de esta reunión, se indica que el objeto de la reunión es tratar asuntos relacionados con el proceso de consulta pública¹⁵⁰.
150. En la madrugada del 5 de mayo de 2012 hubo un enfrentamiento violento entre los comunarios y la policía en la zona del Proyecto; dos policías fueron retenidos¹⁵¹. El mismo 5 de mayo, funcionarios de CMMK se reunieron en el Ministerio de Minería y Metalurgia. En esta reunión, el señor Gonzales Yutronic rechazó la propuesta de dar un compás de espera de tres meses a la exploración en vista de las circunstancias¹⁵². Según la Demandante, las tensiones se intensificaron con el ataque el 6 de mayo de 2012 por parte de pobladores de Malku Khota a una torre de perforación contratada por la Compañía¹⁵³.
151. El 9 mayo de 2012, se suscribió el acta de acuerdo entre la Gobernación y miembros de la comunidad (el “**Acuerdo con la Gobernación**”) liberando los comunarios a los policías y accediendo a llevar a cabo una reunión en Acasio el 18 de mayo de 2012¹⁵⁴.
152. El 18 de mayo de 2012, cuando debía llevarse a cabo la reunión en Acasio, se produjeron enfrentamientos violentos¹⁵⁵. La Demandada culpa a CMMK de estos enfrentamientos y alega

¹⁴⁵ CWS-10, Segunda Declaración de Mallory, párr. 42.

¹⁴⁶ CWS-10, Segunda Declaración de Mallory, párr. 43.

¹⁴⁷ R-70, Acta de declaración sobre abusos en contra de miembros de las Comunidades Originarias.

¹⁴⁸ Réplica de la Demandante, párr. 135; CWS-8, Segunda Declaración de Gonzales Yutronic, párr. 47.

¹⁴⁹ R-75, Resolución de archivo de la denuncia de Xavier Gonzales Yutronic contra miembros de las Comunidades Originarias del 28 de febrero de 2014.

¹⁵⁰ C-314, Acta de Reunión entre Funcionarios del Ministerio de Minería, Óscar Iturri y Emil Balcázar, con los ayllus de la Provincia de Alonso de Ibáñez, 18 de abril de 2012.

¹⁵¹ Dúplica de la Demandada, párr. 157; R-78, Nota de prensa, El Potosí, *Confirman que hay un rehén en Malku Khota* del 5 de mayo de 2012; R-76, Denuncia de las Comunidades Originarias de la intervención policial del 8 de mayo de 2012. Véase Transcripción de la Audiencia, Día 1, 53:3-4 (inglés), 229:19 – 229:25 (español).

¹⁵² Dúplica de la Demandada, párr. 158; R-265, Correo electrónico de Testigo X a Jim Mallory del 5 de mayo de 2012.

¹⁵³ Escrito de Demanda, párr. 67.

¹⁵⁴ C-51, Acta de acuerdo entre la Gobernación y miembros de la comunidad.

¹⁵⁵ R-174, Noticias Fides, *Enfrentamientos en Mallque Qhuta*, video publicado el 18 de mayo de 2012; R-80, Nota de prensa, *Pelea por Mallku Khota deja 10 heridos y 12 desaparecidos* del 19 de mayo de 2012.

que ésta financió la movilidad de un gran número de comunarios afiliados a COTOA-6A¹⁵⁶. La Demandante sostiene que quienes incitaron a la violencia fueron miembros de la comunidad de Malku Khota, incluyendo mineros ilegales, así como personas ajenas a la zona, mientras que CMMK en todo momento actuó pacíficamente¹⁵⁷.

153. El 21 de mayo de 2012, el Kuraka Cancio Rojas fue arrestado por su supuesta participación en los enfrentamientos del 18 de mayo¹⁵⁸. En el momento de su arresto, el Kuraka habría sido retenido por comunarios del COTOA-6A en La Paz¹⁵⁹.
154. El 25 de mayo de 2012, CONAMAQ convocó una marcha de comunarios que llegó a La Paz el 7 de junio, donde se produjeron fuertes disturbios¹⁶⁰.
155. El 28 de mayo de 2012 hubo una reunión convocada por la Gobernación y el Ministerio de Minería y Metalurgia en la que se habría manifestado un gran apoyo de las comunidades al Proyecto. En esta reunión no participaron los comunarios que se oponían al Proyecto.
156. El 8 de junio de 2012 tuvo lugar el que la Demandante ha denominado ‘gran cabildo histórico’ en el que habrían participado 800 familias de 42 Comunidades Originarias¹⁶¹.
157. El 12 de junio de 2012, los opositores al Proyecto bloquearon la ruta de acceso al área del Proyecto y declararon el lugar como una ‘zona roja’, prohibiendo el ingreso de los empleados de CMMK y aquellos que apoyaban el Proyecto a dicha zona¹⁶².

¹⁵⁶ R-79, Recibos de pago para la movilización de comunidades a la reunión de Acasio del 9 y 10 de mayo de 2012. Véase Transcripción de la Audiencia, Día 1, 232:6 – 233:23 (español).

¹⁵⁷ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 33; C-316, Informe “Situación de Conflicto Malku Khota – Informe de Acontecimientos,” preparado por el Testigo X, 19 de mayo de 2012. Véase también R-255, Correo electrónico de Testigo X a CMMK y SASC, 6 de mayo de 2012; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 53:25 – 55:19, 1667:14 – 1668:3 (inglés).

¹⁵⁸ Dúplica de la Demandada, párr. 171; R-83, Nota de prensa, El Potosí, *Acusan a líder indígena por ocho delitos por el aso Malku Khota* del 23 de mayo de 2012.

¹⁵⁹ RWS-7, Declaración de Testigo X, párr. 32; R-257, Cadena de respuestas en el Correo electrónico de Testigo X a directivos de CMMK y SASC del 26 de mayo de 2012; R-247, Correo electrónico de Testigo X a Fernando Cáceres del 12 de octubre de 2011. Véase Transcripción de la Audiencia, Día 1, 170:1-16 (español).

¹⁶⁰ R-86, Entrevista a Félix Becerra, miembro de la CONAMAQ, video, mayo de 2012; R-85, Artículo de prensa, Boris Bernal Mansilla, *La marcha de Malku Khota llega este jueves a La Paz y no se irán hasta que atiendan sus demandas*, 7 de junio de 2012; R-175, Página Siete, *Comunarios de Malku Khota marcharán el lunes pidiendo la liberación de Cancio Rojas*, video publicado el 24 de mayo de 2012; R-176, Página Siete, *Comisión de la marcha de comunarios piden audiencia con el presidente*, video publicado el 4 de junio de 2012; R-89, CF Noticias, *Comunarios de Malku Khota agredieron a policías en La Paz*, video, 8 de junio de 2012,.

¹⁶¹ Escrito de Demanda, párr. 77.

¹⁶² C-55, *Comunarios de Malku Khota toman un campamento minero*, Opinión.com.bo, 13 de junio de 2012; C-56, *Comunarios toman un campamento minero*, La Razón, 13 de junio de 2012

158. El 13 de junio de 2012, la denuncia contra el Kuraka Cancio Rojas fue sobreseída “*en razón a que a la fecha del pronunciamiento del presente requerimiento las pruebas son insuficientes para fundamentar una acusación*”¹⁶³.
159. El 27 de junio de 2012, el Ministro de Minería y Metalurgia convocó a una reunión en Cochabamba el 2 de julio con el objetivo de “*encontrar definitivamente una solución al conflicto suscitado entre comunarios que están de acuerdo y desacuerdo con la actividad minera que desarrolla actualmente la Compañía Minera Malku Khota*”¹⁶⁴.
160. El 28 de junio de 2012, los señores Agustín Cáceres y Fernando Fernández, funcionarios de CMMK, fueron secuestrados por las Comunidades Originarias¹⁶⁵. La Demandada sostiene que éstos estaban intentando infiltrarse en reuniones de las Comunidades Originarias¹⁶⁶, mientras que la Demandante niega estos hechos y explica su presencia en el área del Proyecto manifestando que estaban “*recolecta[ndo] información y toma[ndo] fotografías de la contaminación ambiental provocada por las actividades de minería ilegal*”¹⁶⁷.
161. El 2 de julio de 2012, los opositores al Proyecto saquearon uno de los campamentos de perforación de CMMK¹⁶⁸. Ese mismo día, el Ministerio de Minería y la Gobernación habían convocado una reunión en la que los comunarios opositores al Proyecto se negaron a participar a última hora¹⁶⁹.
162. El 5 y 6 de julio de 2012 intervino la policía en el área de Malku Khota. Esta intervención desencadenó enfrentamientos violentos los que murió el señor José Mamani, de la comunidad de Malku Khota, y fueron heridas 13 personas¹⁷⁰. Asimismo, tres policías fueron secuestrados y agredidos físicamente por los manifestantes¹⁷¹. La muerte del comunario provocó la intervención

¹⁶³ R-84, Resolución de sobreseimiento de la denuncia presentada contra Cancio Rojas, 13 de junio de 2014.

¹⁶⁴ R-92, Convocatoria del Ministro de Minería y Metalurgia, 27 de junio de 2012.

¹⁶⁵ C-241, Memorándum de Agustín Cárdenas y Fernando Fernández a Fernando Cáceres, *Informe Incidente del 28 de Junio 2012*, 25 de julio de 2012.

¹⁶⁶ Contestación a la Demanda, párr. 168; R-17, Centro de Documentación e Información Bolivia, *Mallku Khota: Minería Tierra y Territorio* de noviembre de 2012, p. 4. Véase también Dúplica de la Demandada, párr. 183. Véase Transcripción de la Audiencia, Día 1, 238:25 – 239:16 (español).

¹⁶⁷ Réplica de la Demandante, párr. 140; Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 45; C-241, Memorándum de Agustín Cárdenas y Fernando Fernández a Fernando Cáceres, *Informe Incidente del 28 de junio de 2012*, 25 de julio de 2012.

¹⁶⁸ C-60, *Compañía minera se pronuncia*, El Diario, 4 de julio de 2012.

¹⁶⁹ R-93, Respuesta de las Comunidades Originarias al Ministro de Minería y Metalurgia y al Gobernador de Potosí, 1 de julio de 2012.

¹⁷⁰ Véase R-96, Noticias PAT, *1 muerto 8 heridos tras enfrentamiento en Mallku Khota*, video; R-97, Informe Anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las actividades de su oficina en el Estado Plurinacional de Bolivia para 2012, párr. 67.

¹⁷¹ R-97, Informe Anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las actividades de su oficina en el Estado Plurinacional de Bolivia para 2012, párr. 67.

de una comisión interinstitucional del Gobierno que se había instalado desde el 4 de julio en Chiro Qh'asa¹⁷².

163. El 7 de julio de 2012, la comisión interinstitucional del Gobierno que se había instalado en Chiro Qh'asa y las Comunidades llegaron a un acuerdo para pacificar la zona. El 8 de julio de 2012, se firmó el correspondiente Acta de Entendimiento reflejando que se acordaba la anulación y reversión de las Concesiones Mineras (el “**Acta de Entendimiento**”)¹⁷³.

La Reversión

164. El Acta de Entendimiento se hizo pública el 8 de julio de 2012¹⁷⁴.
165. El acuerdo del Acta de Entendimiento fue refrendado el 10 de julio de 2012 con los siguientes puntos:

“Se conformará una comisión técnica legal, a fin de elaborar el proyecto de Decreto Supremo de reversión de todas las concesiones mineras registradas a nombre de la Compañía Minera Malku Khota S.A., con la participación de los delegados de ambos sectores, representantes del Gobierno Nacional y la Gobernación de Potosí.

Se suspenden todas las actividades, de exploración, prospección y todas las formas de explotación de los minerales de este yacimiento mineralógico.

El Estado se hará cargo del Centro Minero de Mallku Qhota, en toda su cadena productiva.

Se garantiza la convivencia pacífica, la paz social, el libre tránsito entre todas las comunidades, estantes y habitantes de la región. Asimismo, las viviendas ocupadas deberán ser devueltas a sus legítimos propietarios.

El Ministerio Público en atención a sus específicas funciones, procederá a realizar las investigaciones que correspondan sobre los hechos acaecidos en la región.

Impulsar la pronta elaboración y aprobación de la Ley Minera.”¹⁷⁵

166. El 14 de julio de 2012, el señor Malbran se reunió con el Presidente de COMIBOL, quien habría expresado su sorpresa por la decisión del Presidente boliviano, habría sugerido que se trataba de

¹⁷² Contestación a la Demanda, párr. 171; Dúplica de la Demandada, párr. 178; R-95, Nota de prensa, El Potosí, *Comisión gubernamental instalará diálogo en la zona de Chiro Khasa* del 5 de julio de 2012. Véase Transcripción de la Audiencia, Día 1, 240:17-25 (español).

¹⁷³ C-16, Acta de entendimiento, 8 de julio de 2012.

¹⁷⁴ C-61, *Morales confirma nacionalización de Malku Khota*, Agencia Boliviana de Información, 8 de julio de 2012; C-62, *Gobierno firma acuerdo con dirigentes de Malku Khota y los últimos tres rehenes son liberados*, La Razón, 8 de julio de 2012.

¹⁷⁵ C-17, Acta del acuerdo del 10 de julio de 2012.

meras amenazas y habría reiterado que la posibilidad de establecer una asociación entre la Compañía, COMIBOL y las Comunidades Originarias¹⁷⁶.

167. El 21 de julio de 2012, los señores Malbran y Gonzales solicitaron de parte de CMMK una reunión al Ministro Virreira supuestamente “*en un intento por impedir la nacionalización*”¹⁷⁷.
168. El 31 de julio de 2012, los señores Fitch y Johnson escribieron una carta de parte de SAS al Vicepresidente de Bolivia solicitando “*una reunión para discutir sobre una potencial resolución de la situación*”¹⁷⁸.
169. El 1 de agosto de 2012, Bolivia emitió el Decreto Supremo N.º 1308 (el “**Decreto de Reversión**” o la “**Reversión**”), que la Demandante califica de “expropiación”¹⁷⁹. Éste dispone:

“Artículo 1.- A partir de la publicación del presente Decreto Supremo se revierte el dominio originario del Estado las Autorizaciones Transitorias Especiales mineras denominadas: [b) ‘Jalsuri’, ‘Alkasi’, ‘Cobra’, ‘Viento’, ‘Takhuanoi’, ‘Takhaua’, ‘Daniel’, ‘Antacuna’, ‘Norma’, y ‘Silluta’] [...]

Artículo 2.-I. [...] COMIBOL se hará cargo de la administración y desarrollo minero de las [Concesiones Mineras] [...]

Artículo.3.-I. [...] COMIBOL ejecutará las actividades de prospección y exploración, en coordinación con [el Servicio Nacional de Geología y Técnico de Minas de Bolivia.] [...]

Artículo 4.-I. [...] COMIBOL contratará a una empresa independiente que realice un proceso de valuación de las inversiones realizadas por [CMMK] en el plazo máximo de ciento veinte (120) días hábiles.

II. A partir de los resultados de la valuación, COMIBOL establecerá el monto y condiciones bajo las cuales el gobierno boliviano reconocerá las inversiones realizadas [por CMMK]”¹⁸⁰.

170. El 8 de agosto de 2012, la prensa recogió declaraciones del Presidente de COMIBOL anunciando que ésta pretendía asociarse con una empresa minera extranjera para desarrollar la mina en Malku Khota¹⁸¹.

¹⁷⁶ CWS-2, Primera Declaración de Malbran, párr. 63.

¹⁷⁷ Escrito de Demanda, párr. 100; C-18, Carta de Felipe Malbran y Xavier Gonzales a Mario V. Iporre, 21 de julio de 2012.

¹⁷⁸ Escrito de Demanda, párr. 100; C-19, Carta de Ralph G. Fitch y Greg Johnson a Álvaro García Linera, 31 de julio de 2012.

¹⁷⁹ C-4, Decreto de Reversión, 1 de agosto de 2012. Véase Transcripción de la Audiencia, Día 1, 23:11-19, 61:11-16, (inglés), Día 9, 1650:24-25 (inglés).

¹⁸⁰ C-4, Decreto de Reversión, 1 de agosto de 2012.

¹⁸¹ Declaración de Héctor Córdova recogida en la prensa, véase C-65, *Comibol busca apoyo técnico para explotar indio*, La Prensa, 8 de agosto de 2012. Véase también C-66, *Comibol busca que China asuma la exploración en Malku Khota*, Página Siete, 12 de agosto de 2012. SAS mantiene que el Tribunal debe hacer inferencias adversas en conexión con los contactos de Bolivia con empresas chinas pues SAS solicitó a Bolivia los documentos relativos a éstos en la fase de exhibición de documentos y Bolivia respondió que no había documentos en respuesta. Véase Réplica de la Demandante, párr. 145; Memorial Post-Audiencia de SAS, párrs. 7, 107, nota al pie 10; Transcripción de la Audiencia, Día 3, 699:14 – 700:4 (español); R-177,

171. Mediante carta de fecha 24 de agosto de 2012 a SAS, recibida en las oficinas de CMMK el 27 de agosto, el señor Córdova invitó a los representantes de SAS “*a una reunión para el día martes 28.08.12 a horas 09:00, a efectos de realizar la entrega de toda documentación pertinente que hacen a desarrollo de las actividades de*[1] *yacimiento minero [de Malku Khota]*”¹⁸².
172. Mediante carta de 4 de septiembre de 2012, SAS se disculpó por no haber asistido a la reunión alegando que le había resultado “*prácticamente imposible acudir a la misma con tan reducido margen de tiempo y debido a que no tenemos personal de SAS residiendo en La Paz*”¹⁸³. Asimismo, solicitó a COMIBOL coordinar una reunión en alguna fecha cercana que pudiera ser mutuamente aceptable para ambas partes para discutir la propuesta¹⁸⁴.
173. La Demandante afirma que COMIBOL nunca respondió a esta comunicación¹⁸⁵.
174. El 22 de octubre de 2012, SAS presentó su Notificación de Controversia.
175. El 9 de diciembre de 2012, COMIBOL publicó en la prensa una invitación a presentar manifestaciones de interés para contratar a una empresa valuadora independiente¹⁸⁶. Entre el 10 y el 12 de diciembre, COMIBOL envió invitaciones especiales a nueve compañías para que manifestaran su interés¹⁸⁷. Sólo una compañía respondió a esta invitación¹⁸⁸.
176. El 14 de febrero de 2013, la Gerencia Técnica y de Operaciones de COMIBOL recibió una nueva versión de los términos de referencia¹⁸⁹. Tras la realización de un inventario de los activos que CMMK había dejado en la zona¹⁹⁰, COMIBOL realizó una nueva invitación para recibir ofertas, que fue anulada el 31 de marzo de 2013 por errores técnicos durante el procedimiento de reformulación de los términos de referencia¹⁹¹.
177. Los nuevos términos de referencia fueron enviados directamente a las compañías Mineral Processing S.R.L. y Quality Audit Consultores y Contadores Públicos S.R.L, quienes presentaron

Carta de COMIBOL a la Procuraduría General del Estado del 12 de mayo de 2015 sobre la categorías Nos. 4, 5 y 6 de la Solicitud de Exhibición de Documentos de SAS; Carta de Eduardo Silva Romero y José Manuel García Represa, abogados de Bolivia, a Harry Burnett y otros, abogados de SAS, 5 de junio de 2015, Anexo 1, 6(6).

¹⁸² C-20, Carta de COMIBOL dirigida a SAS, 24 de agosto de 2012.

¹⁸³ C-21, Carta de SAS a COMIBOL, 4 de septiembre de 2012.

¹⁸⁴ C-21, Carta de SAS a COMIBOL, 4 de septiembre de 2012.

¹⁸⁵ Escrito de Demanda, párr. 104.

¹⁸⁶ R-98, Invitación a presentar manifestaciones de interés publicadas por COMIBOL en la prensa el 9 de diciembre de 2012.

¹⁸⁷ R-99, Invitaciones a presentar expresiones de interés enviadas por COMIBOL en diciembre de 2012.

¹⁸⁸ R-100, Acta de recepción de propuestas del 14 de diciembre de 2012.

¹⁸⁹ R-102, Informe de remisión de los términos de referencia corregidos del 14 de febrero de 2013.

¹⁹⁰ R-103, Inventario realizado por COMIBOL en la zona de Malku Khota entre el 19 y el 28 de febrero de 2013.

¹⁹¹ Contestación a la Demanda, párr. 183; R-104, Resolución de anulación del procedimiento de contratación del 31 de marzo de 2013.

sus propuestas el 7 de abril de 2014¹⁹². Tras el análisis del comité de evaluación de propuestas¹⁹³, el 23 de abril de 2014, COMIBOL adjudicó la realización de la valuación independiente de las inversiones a la compañía Quality Audit Consultores y Contadores Públicos S.R.L¹⁹⁴. El 8 de mayo de 2014, esta empresa y COMIBOL celebraron el Contrato para “*el Estudio y Valuación de las Inversiones Efectuadas por la Compañía Minera Mallku Khota S.A. y Exploraciones Santa Cruz LTDA. – EMICRUZ LTDA*”¹⁹⁵.

178. El 27 de junio de 2014, Quality presentó su informe de valuación de los gastos incurridos por CMMK y EMICRUZ Ltda. hasta la fecha de la Reversión (el “**Informe de Quality**”), el cual estima la inversión efectuada en US\$ 17.047.190,01¹⁹⁶.
179. Un año después, el 5 de junio de 2015, el Ministerio de Minas de Bolivia publicó un “Plan Sectorial de Desarrollo Minero Metalúrgico 2015–2019” preliminar¹⁹⁷, en el que se afirma que el Proyecto Malku Khota “*es una de las mayores reservas no desarrolladas de plata e indio en el mundo*”¹⁹⁸. 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*”¹⁹⁹.
180. El 2 de octubre de 2015, el Servicio Geológico Minero de Bolivia inició la perforación de cuatro sondajes en Malku Khota para verificar las reservas minerales²⁰⁰.
181. Poco después, 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, el Gobierno boliviano promovió el Proyecto Malku Khota entre potenciales inversionistas²⁰¹.

¹⁹² R-105, Acta de recepción de ofertas, 7 de abril de 2014.

¹⁹³ R-106, Análisis del comité de evaluación de propuestas, 8 de abril de 2014.

¹⁹⁴ R-107, Resolución de autorización de la contratación de Quality, 23 de abril de 2014; R-108, Orden de servicio para la contratación de una consultoría dirigida a Quality, 25 de abril de 2014.

¹⁹⁵ R-109, Contrato de prestación de servicios para la valuación de las inversiones de CMMK y EMICRUZ Ltda. del 8 de mayo de 2014.

¹⁹⁶ R-110, Carta de Quality a COMIBOL, 27 de junio de 2014; R-111, Informe de valuación de las inversiones efectuadas por la Compañía Minera Mallku Khota S.A. de junio de 2014, p. 18.

¹⁹⁷ C-150, Plan Sectorial de Desarrollo Minero Metalúrgico 2015–2019; C-151, *En debate documento preliminar de Plan Sectorial de Desarrollo Minero Metalúrgico 2015–2019*, Minería Noticias, 5 de junio de 2015.

¹⁹⁸ C-151, *En debate documento preliminar de Plan Sectorial de Desarrollo Minero Metalúrgico 2015–2019*, Minería Noticias, 5 de junio de 2015, p. 32.

¹⁹⁹ C-150, Plan Sectorial de Desarrollo Minero Metalúrgico 2015–2019; C-151, *En debate documento preliminar de Plan Sectorial de Desarrollo Minero Metalúrgico 2015–2019*, Minería Noticias, 5 de junio de 2015, p. 56.

²⁰⁰ C-249, Segeomini iniciará perforación exploratoria en Mallku Khota, boliviaminera.blogspot.com, 5 de octubre de 2015.

²⁰¹ C-152, Navarro busca atraer inversiones para la minería en Bolivia, Ministerio de Minería y Metalurgia, 26 de octubre de 2015; C-153, Gobierno ofertó mina Mallku Khota en Nueva York, Erbol Digital, 28 de octubre de 2015.

IV PETITUM

A. PETITUM DE LA DEMANDANTE

182. En su Escrito de Demanda, la Demandante solicita lo siguiente:

- “(i) *Una declaración de que Bolivia ha violado el Tratado;*
- (ii) *Una declaración señalando que las acciones y omisiones de Bolivia en discusión y aquellas de sus agentes, por las cuales es internacionalmente responsable, son ilícitas, constituyen nacionalización o expropiación o medidas que tienen un efecto equivalente a la nacionalización o expropiación sin compensación puntual, adecuada y efectiva, no dio trato justo y equitativo a las inversiones de South American Silver, ni otorgó plena protección y seguridad a las mismas, y menoscabó las inversiones de South American Silver mediante medidas arbitrarias y discriminatorias y trató a las inversiones de South American Silver de manera menos favorable que a las inversiones de sus propios inversionistas;*
- (iii) *Un laudo concediendo a South American Silver la restitución total o su equivalente monetario de todos los daños causados a sus inversiones, incluyendo daño histórico y emergente;*
- (iv) *Un laudo concediendo a South American Silver todos los costos de este procedimiento, incluyendo honorarios de abogados; y [sic]*
- (v) *Intereses posteriores al laudo respecto de todos los montos anteriores, compuestos trimestralmente, hasta que Bolivia pague en su totalidad”²⁰².*

183. En la Dúplica sobre Jurisdicción, además de reiterar el petitum reproducido en el párrafo anterior²⁰³, SAS solicita un laudo otorgando lo siguiente:

- “(i) *Una declaración de que la controversia sea de la competencia del Tribunal;*
- (ii) *Una decisión que desestime todas las objeciones por parte de Bolivia a la admisibilidad de los reclamos y la jurisdicción del Tribunal”²⁰⁴.*

184. Durante la Audiencia, la Demandante desistió de su pretensión a la restitución²⁰⁵.

²⁰² Escrito de Demanda, párr. 230; Réplica de la Demandante, pp. 209-210. Véase también Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, p. 86.

²⁰³ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, p. 86.

²⁰⁴ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, p. 85.

²⁰⁵ Transcripción de la Audiencia, Día 1, 17:11-24, 117:9-11, 258:1-5 (inglés).

B. PETITUM DE LA DEMANDADA

185. En su Dúplica, la Demandada solicita lo siguiente²⁰⁶:

“9.1 En cuanto a la jurisdicción y admisibilidad

715. Declare:

- a. que carece de jurisdicción sobre la totalidad de los reclamos al no tener SAS una inversión protegida por el Tratado por cuanto no ha probado ser la verdadera propietaria de las Concesiones Mineras;*
- b. de manera subsidiaria, que dichos reclamos son inadmisibles al no contar SAS con “clean hands” y no cumplir con el requisito de legalidad de la inversión; y*

716. Ordene:

- a. a SAS reembolsar íntegramente a Bolivia los costos en los que ha incurrido en la defensa de sus intereses en el presente arbitraje, junto con intereses a una tasa comercial razonable a juicio el Tribunal Arbitral desde el momento en que el Estado incurrió en dichas costas hasta la fecha de su pago efectivo; y*
- b. cualquier otra medida de satisfacción al Estado que el Tribunal Arbitral estime oportuna.*

9.2 En cuanto a fondo

717. Si, par impossible, el Tribunal Arbitral decide que tiene jurisdicción y los reclamos son admisibles, declare:

- a. que Bolivia ha actuado de conformidad con el Tratado y el derecho internacional al declarar la Reversión;*
- b. que Bolivia ha actuado de conformidad con su obligación de otorgar un trato justo y equitativo a la inversión;*
- c. que Bolivia ha actuado de conformidad con su obligación de no adoptar medidas arbitrarias y discriminatorias que obstaculicen el uso y disfrute de la inversión;*
- d. que Bolivia ha actuado de conformidad con su obligación de no proveer un trato menos favorable a las inversiones de SAS que a las de sus propios inversionistas; y*
- e. que, en cualquier caso, SAS ha contribuido a la producción del daño que reclama y fije dicha contribución en, al menos, un 75%, reduciéndose en esa medida la compensación que eventualmente pueda fijar el Tribunal Arbitral; y*

718. Ordene:

- a. a SAS a reembolsar íntegramente a Bolivia los costos en los que ha incurrido en la defensa de sus intereses en el presente arbitraje, junto con intereses a una tasa comercial razonable a juicio del Tribunal Arbitral desde el momento en que el Estado incurrió en dichas costas hasta la fecha de su pago efectivo; y*
- b. cualquier otra medida de satisfacción al Estado que el Tribunal Arbitral estime oportuna.”*

²⁰⁶ Dúplica de la Demandada, párrs. 715-718. En su Memorial Post-Audiencia, la Demandada solicitó al Tribunal acoger el petitorio presentado por Bolivia en su Dúplica de la Demandada. (Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 164)

V DERECHO APLICABLE

1. Posición de la Demandante

186. La Demandante sostiene que sus reclamos se basan en las disposiciones del Tratado, complementadas por el derecho internacional²⁰⁷. SAS afirma que el derecho aplicable en arbitrajes de inversión es el tratado en sí, como fuente primaria²⁰⁸ y *lex specialis*, complementado con principios de derecho internacional general, de ser necesario²⁰⁹. De acuerdo con la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (la “**Convención de Viena**”), el derecho internacional rige los tratados internacionales y tiene primacía sobre el derecho interno en materia de responsabilidad internacional²¹⁰.
187. La Demandante se opone al argumento de la Demandada sobre la ausencia de designación de las Partes del derecho aplicable que regirá la controversia, puesto que el Tratado, complementado por los principios relevantes del derecho internacional en aquellos aspectos en que haya lagunas, fue la ley aplicable seleccionada²¹¹. SAS sostiene que al prestar su consentimiento a que las controversias que surgieran del Tratado se resolvieran por vía de arbitraje, las Partes efectivamente escogieron al Tratado como ley aplicable, el cual constituye *lex specialis* en la relación entre SAS y Bolivia²¹². En consecuencia, el Tribunal no cuenta con amplia discreción para determinar el derecho aplicable²¹³.
188. En segundo lugar, la Demandante considera que el alcance de los derechos de las comunidades indígenas en el derecho internacional no es claro y no puede prevalecer sobre las protecciones conferidas por el Tratado. Según SAS, el artículo 31 de la Convención de Viena contiene la regla general de derecho consuetudinario para la interpretación de tratados, la cual supone una visión holística que busca descifrar el sentido real de los términos del tratado, teniendo en cuenta de manera conjunta, el texto, el contexto y, el objeto y fin del tratado²¹⁴. La regla prevista en el artículo 31.1 es la regla primaria para la interpretación de tratados y en ese sentido, la regla del artículo 31.3.c es parte de un proceso interpretativo más largo, al cual sólo se llega después de considerar el sentido del texto en su contexto y a la luz del objeto y fin del tratado²¹⁵.

²⁰⁷ Escrito de Demanda, párr. 116.

²⁰⁸ Réplica de la Demandante, párrs. 240 y 261.

²⁰⁹ Escrito de Demanda, párr. 116.

²¹⁰ Escrito de Demanda, párr. 117.

²¹¹ Réplica de la Demandante, párrs. 237-239.

²¹² Réplica de la Demandante, párr. 239.

²¹³ Réplica de la Demandante, párr. 240.

²¹⁴ Réplica de la Demandante, párrs. 154-155; párr. 243.

²¹⁵ Réplica de la Demandante, párr. 244.

189. En cualquier caso, SAS comparte la visión de que los tratados deben construirse en armonía con el derecho internacional, pero anota que Bolivia no logró demostrar que el principio de interpretación sistémica efectivamente resultaría en que se redujeran las protecciones a SAS bajo el Tratado²¹⁶. Bolivia tampoco 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 consuetudinario²¹⁷. La Demandante afirma que existen tres condiciones para la aplicación de otras normas bajo el artículo 31.3.c de la Convención de Viena: (i) que el instrumento de derechos humanos particular constituya una fuente vinculante de derecho internacional identificada en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ (condición *sine qua non*); (ii) que la regla sea relevante y (iii) que la regla sea aplicable a las relaciones entre las Partes²¹⁸.
190. Según la Demandante, tres de los instrumentos mencionados por la Demandada 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 consuetudinario²¹⁹. Respecto de los tres convenios mencionados por la Demandada —la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, la Convención Inter-Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de 1994, y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo— la Demandante afirma que estos solamente pueden ser vinculantes si las Partes fuesen partes contratantes de dichos tratados²²⁰, y la Demandante señala que el Reino Unido no es parte de ninguno de los tres convenios²²¹. La Demandante sostiene que como ninguno de estos instrumentos constituye derecho internacional consuetudinario ni principios generales de derecho, tampoco podría el Tribunal tenerlos en cuenta como “normas” pertinentes de derecho internacional conforme al artículo 31.3.c de la Convención de Viena²²².
191. La Demandante afirma que tribunales en arbitrajes internacionales de inversión han tenido la oportunidad de hacer que cuestiones relativas a los derechos de las Comunidades Originarias tengan efectos determinantes, pero no lo han hecho²²³. Puntualmente, SAS se refiere a *Grand River c. Estados Unidos*, *Glamis Gold c. Estados Unidos* y *von Pezold c. Zimbabwe*²²⁴.

²¹⁶ Réplica de la Demandante, párr. 245.

²¹⁷ Réplica de la Demandante, párr. 246.

²¹⁸ Réplica de la Demandante, párr. 246.

²¹⁹ Réplica de la Demandante, párr. 247, refiriéndose a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales.

²²⁰ Réplica de la Demandante, párr. 248.

²²¹ Réplica de la Demandante, párr. 249.

²²² Réplica de la Demandante, párr. 251.

²²³ Réplica de la Demandante, párr. 252.

²²⁴ Réplica de la Demandante, párrs. 252-256.

192. La Demandante concluye afirmando que la Demandada no satisfizo la carga de la prueba con relación a su alegación sobre la prevalencia de los derechos de las Comunidades Originarias sobre las protecciones otorgadas a la Demandante conforme al Tratado como norma de conflicto²²⁵. Según la Demandante, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la que se apoya Bolivia es inaplicable aquí porque el Reino Unido no es parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969²²⁶ y porque la Demandada no presentó pruebas que permitan concluir que las obligaciones estatales *erga omnes* incluyen la protección de los derechos de las Comunidades Originarias²²⁷.
193. Finalmente, la Demandante sostiene que el derecho boliviano tiene una relevancia limitada en la controversia²²⁸. La Demandante no disputa que el derecho boliviano pueda ser relevante respecto de ciertas áreas limitadas de la controversia (p. ej., respecto de la “Doctrina de Legalidad”); pero ello no conduce a que éste sea parte del derecho aplicable al fondo del procedimiento arbitral²²⁹. El Tribunal debe tratar el derecho boliviano como una circunstancia de hecho a tenerse en cuenta al examinar si Bolivia incumplió sus obligaciones conforme al Tratado como ya se ha hecho en otras decisiones en arbitrajes de inversión²³⁰.

2. Posición de la Demandada

194. La Demandada afirma que debido a que el Tratado no contiene una cláusula de derecho aplicable y a que no existe acuerdo de las Partes al respecto, el Tribunal goza de amplia discrecionalidad para determinar las normas de derecho aplicables dadas las circunstancias del caso. Esta potestad emana del artículo 35.1 del Reglamento CNUDMI y el artículo 1054 de la Ley de Arbitraje de los Países Bajos, sede del arbitraje²³¹. En ejercicio de esta amplia discrecionalidad, el Tribunal deberá concluir que es apropiado y necesario en este 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 Proyecto²³².
195. En primer lugar, la Demandada propone una “interpretación sistémica” del Tratado en virtud del artículo 31.3.c de la Convención de Viena, entendido de una manera amplia que no se limita a

²²⁵ Réplica de la Demandante, párr. 257.

²²⁶ Réplica de la Demandante, párr. 258.

²²⁷ Réplica de la Demandante, párr. 259.

²²⁸ Réplica de la Demandante, párr. 261.

²²⁹ Réplica de la Demandante, párr. 261.

²³⁰ Réplica de la Demandante, párr. 261.

²³¹ Contestación a la Demanda, párrs. 189-190.

²³² Contestación a la Demanda, párr. 192.

normas que resultan vinculantes para ambas Partes²³³. La interpretación sistémica permite complementar el Tratado con otras disposiciones de derecho internacional²³⁴ y acudir a una norma de conflicto según la cual un tratado no puede violar obligaciones internacionales de las partes, por lo que es necesario interpretarlo de manera consistente con aquéllas²³⁵. En consecuencia, según la Demandada, el Tribunal debe acudir a las fuentes de derecho que propenden por la protección de los derechos de las Comunidades Originarias para dar contenido a ciertos conceptos que se encuentran en constante evolución como el trato justo y equitativo, la plena protección y seguridad, la arbitrariedad y la licitud o ilicitud de una expropiación²³⁶. Bolivia señala que SAS adopta una postura excesivamente formalista respecto del artículo 31.3.c de la Convención de Viena y que el artículo 31 no establece jerarquía entre sus subsecciones²³⁷.

196. En este sentido, la Demandada, apoyándose en un caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en pronunciamientos de la Comisión de Derecho Internacional (la “**CDI**”)²³⁸, afirma que en aquellos casos de conflicto, cuando la interpretación sistémica no pueda asegurar la armonía entre normas, el tribunal arbitral deberá tener en cuenta que bajo el derecho internacional público prevalecen las obligaciones relativas a los derechos fundamentales de las Comunidades Originarias y no las obligaciones en materia de protección a la inversión extranjera²³⁹. Esta primacía se sustenta en dos factores identificados por la CDI: el artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas y el carácter *erga omnes* de los principios y normas relativos a los derechos fundamentales de las personas²⁴⁰. A su vez, el respeto de los derechos humanos implica el respeto de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas²⁴¹.
197. La Demandada argumenta que además del derecho internacional, el Tribunal debe aplicar y considerar el derecho boliviano al interpretar el alcance de los derechos y obligaciones previstos en el Tratado²⁴², y afirma que esto resulta particularmente apropiado cuando no existe incompatibilidad entre el derecho internacional y el derecho interno²⁴³. Bolivia se refiere a

²³³ Contestación a la Demanda, párr. 201.

²³⁴ Contestación a la Demanda, párrs. 193-195.

²³⁵ Contestación a la Demanda, párr. 197.

²³⁶ Contestación a la Demanda, párr. 199.

²³⁷ Dúplica de la Demandada, nota al pie 353 refiriéndose a la Réplica de la Demandante, párr. 216.

²³⁸ Contestación a la Demanda, párrs. 202-206; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 246:16 – 248:7 (español).

²³⁹ Contestación a la Demanda, párr. 202.

²⁴⁰ Contestación a la Demanda, párrs. 204-206.

²⁴¹ Contestación a la Demanda, párr. 208.

²⁴² Contestación a la Demanda, párr. 210.

²⁴³ Contestación a la Demanda, párr. 210.

algunas decisiones de tribunales internacionales que han aplicado el derecho interno del Estado receptor de la inversión para ciertas cuestiones²⁴⁴.

198. Según la Demandada, el derecho boliviano resulta relevante para la determinación de al menos tres cuestiones fundamentales de este caso: (i) si se ha cumplido o no con la obligación de otorgar un trato justo y equitativo²⁴⁵; (ii) la determinación de la existencia de motivos de utilidad pública en caso de expropiación²⁴⁶, y (iii) la determinación de si la inversión se ha desarrollado según las normas relevantes de derecho interno para establecer si las pretensiones de SAS son admisibles²⁴⁷.
199. Para garantizar la protección a las Comunidades Originarias, el Tribunal deberá interpretar el Tratado en armonía con cinco instrumentos de derecho boliviano y de derecho internacional: (i) la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969²⁴⁸; (ii) la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer de 1994²⁴⁹; (iii) el Convenio 169 de la OIT²⁵⁰; (iv) la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007²⁵¹, y (v) la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.
200. Por último, la Demandada arguye que, en su labor interpretativa, el Tribunal debe tener en cuenta: (i) los principios generales de derecho, cuya aplicación es particularmente importante cuando el tratado no dice nada sobre el derecho aplicable, incluyendo los principios de *clean hands*, buena fe y *nemo auditur propriam turpitudinem* y *nullus commodum capere de sua injuria propria*²⁵²; (ii) la costumbre internacional, que exige la protección de los derechos fundamentales de las Comunidades Originarias²⁵³, y (iii) dentro de los usos comerciales aplicables y como evidencia del orden público internacional, instrumentos como los Principios Rectores de las Naciones

²⁴⁴ RLA-26, *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011, párr. 135; RLA-27, *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/09/01, Laudo, 22 de septiembre de 2014, párrs. 534 y 535; RLA-28, *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. República Socialista de Sri Lanka*, Caso CIADI N.º ARB/87/3, Laudo, 27 de junio de 1990, p. 533.

²⁴⁵ Contestación a la Demanda, párr. 213.

²⁴⁶ Contestación a la Demanda, párr. 214.

²⁴⁷ Contestación a la Demanda, párr. 215.

²⁴⁸ Ratificada por Bolivia el 20 de enero de 1979 e incorporada al ordenamiento jurídico boliviano como ley nacional N.º 1430 de 1993, la cual forma parte de su bloque de constitucionalidad. Contestación a la Demanda, párr. 217(a).

²⁴⁹ Ratificada por Bolivia el 12 de noviembre de 1994 e incorporada a su ordenamiento jurídico interno como ley nacional N.º 1599 del 12 de junio de 1996. Contestación a la Demanda, párr. 217(b).

²⁵⁰ Ratificado por Bolivia e incorporado a su ordenamiento como ley nacional N.º 1257 de 1991, la cual también forma parte de su bloque de constitucionalidad y resulta directamente aplicable al sector minero según el artículo 15 del Código Minero de 1997. Contestación a la Demanda, párr. 217(c).

²⁵¹ Incorporada al ordenamiento jurídico boliviano como ley nacional N.º 3760 de 2007, la cual también forma parte del bloque constitucional boliviano. Contestación a la Demanda, párr. 217(d).

²⁵² Contestación a la Demanda, párr. 218.

²⁵³ Contestación a la Demanda, párr. 219.

Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos y las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos para Empresas Multinacionales²⁵⁴.

201. En la Dúplica, Bolivia abordó los argumentos presentados por la Demandante sobre la aplicación de las disposiciones de derechos humanos e indígenas a la presente controversia.
202. En primer lugar, la Demandada señaló que dicha aplicación se justificaba dadas las extraordinarias circunstancias de hecho que motivan esta controversia. El derecho boliviano, que debe ser aplicado para complementar las normas del Tratado, prevé, desde su más alta jerarquía, la protección de las Comunidades Originarias e incorpora normas sobre protección de los derechos humanos e indígenas de obligatorio cumplimiento para el Estado y los particulares, teniendo el Estado el deber jurídico de prevenir razonablemente las violaciones de dichos derechos²⁵⁵. Estos instrumentos internacionales tienen rango constitucional en el derecho interno²⁵⁶. El ordenamiento boliviano viene reconociendo este rango a la autonomía y el derecho al autogobierno de los pueblos indígenas, e incorporando este tipo de instrumentos desde 1967²⁵⁷.
203. La Demandada alega que estas disposiciones de derecho boliviano e internacional deben ser aplicadas como normas complementarias y no como elementos de hecho²⁵⁸. En los casos citados por la Demandante, los tribunales no tuvieron que analizar la aplicabilidad de estas normas ya que decidieron la disputa en base a otros fundamentos de derecho²⁵⁹. Además, algunos de los casos citados por SAS confirman que la legislación nacional y el derecho internacional son aplicables a cuestiones no reguladas por el Tratado, siempre que no impliquen reclamos independientes²⁶⁰.
204. En cualquier caso, dados los hechos “*singulares y graves de este caso*”²⁶¹, las normas de protección de los derechos humanos e indígenas resultan fundamentales para la resolución de la disputa porque: (i) los casos citados por SAS confirman que la legislación nacional y el derecho internacional son aplicables a cuestiones no reguladas por el Tratado, siempre y cuando éstas no impliquen reclamos independientes²⁶²; (ii) no está en duda que CMMK estaba obligada a cumplir

²⁵⁴ Contestación a la Demanda, párr. 220.

²⁵⁵ Dúplica de la Demandada, párrs. 207-209 y 238; Esto incluye la aplicación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (también ratificado por el Reino Unido), el Convenio 169 de la OIT y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²⁵⁶ Dúplica de la Demandada, párr. 209; Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 1, 246:2-15 (español).

²⁵⁷ Dúplica de la Demandada, párr. 209.

²⁵⁸ Dúplica de la Demandada, párr. 211.

²⁵⁹ Dúplica de la Demandada, párr. 212.

²⁶⁰ Dúplica de la Demandada, párr. 213

²⁶¹ Dúplica de la Demandada, párr. 212.

²⁶² Dúplica de la Demandada, párr. 213.

la legislación aplicable a un proyecto extractivo en Bolivia, el cual incorpora las normas de protección a las comunidades²⁶³; (iii) el Tribunal debe considerar las obligaciones de Bolivia según las normas citadas para decidir, entre otras cosas, que la Reversión fue un ejercicio legítimo del poder público, perseguía fines de interés público válidos y era compatible con las expectativas legítimas que protege el Tratado²⁶⁴, y (iv) el Tribunal debe buscar una interpretación armoniosa de las obligaciones internacionales de Bolivia²⁶⁵. Sobre este último punto, Bolivia señala que el Tribunal en la búsqueda de una interpretación armoniosa de las obligaciones internacionales de Bolivia, si ello resultare imposible hacerlo, debe priorizar las obligaciones relativas a la protección de los derechos humanos. Bolivia señala que el propio Tratado hace relevante otras fuentes de derecho internacional para establecer que éste efectivamente cumplió con sus obligaciones, por ejemplo, al referirse al ejercicio de los poderes de policía²⁶⁶.

3. Consideraciones del Tribunal

205. Las alegaciones de las Partes sobre el derecho aplicable suscitan tres cuestiones que el Tribunal debe abordar como punto de partida de su análisis, a saber: (i) si existe una elección de las Partes sobre el derecho aplicable a la controversia; (ii) cuál es el alcance de los criterios de interpretación de tratados internacionales que debe tener en cuenta el Tribunal para efectos de interpretar el Tratado; y (iii) cuál es la relevancia y el alcance del derecho boliviano y de los instrumentos de protección de los derechos humanos e indígenas como derecho aplicable a la presente controversia. El Tribunal examinará cada una de estas cuestiones en el orden en el que han sido planteadas.
206. En primer lugar, las Partes discrepan sobre si existe una determinación sobre el derecho aplicable a la controversia. La Demandante sostiene que sus reclamos se basan en el Tratado, complementados por el derecho aplicable, y discrepa de la posición de Bolivia de que no existe un acuerdo entre las Partes para escoger el derecho aplicable a la controversia²⁶⁷. La Demandada, por su parte, señala que en ausencia de una cláusula de selección de derecho aplicable en el Tratado y de acuerdo entre las Partes al respecto, el Tribunal goza de amplia discreción para determinar el derecho aplicable, teniendo en cuenta las especiales circunstancias de este caso, las

²⁶³ Dúplica de la Demandada, párr. 214.

²⁶⁴ Dúplica de la Demandada, párr. 215.

²⁶⁵ Dúplica de la Demandada, párr. 216.

²⁶⁶ Dúplica de la Demandada, párrs. 217-218.

²⁶⁷ Véase *infra* párrs. 186 *et seq.*

cuales ameritan interpretar el Tratado a la luz de las fuentes de derecho internacional e interno que garantizan la protección de los derechos de las Comunidades Originarias²⁶⁸.

207. El Tribunal observa que efectivamente el Tratado no contiene una disposición expresa mediante la cual los Estados parte hayan seleccionado el derecho aplicable a las controversias que pudieran surgir entre ellos y los nacionales o las sociedades del otro Estado. Sin embargo, el Tribunal observa que, conforme lo señaló la Demandante, las Partes concurren en que el punto de partida para el Tribunal es el Tratado²⁶⁹. Las Partes prestaron su consentimiento para someter a arbitraje diferencias entre ellas “...*concernientes a una obligación de la última* [Parte Contratante] *conforme a este Convenio...*”²⁷⁰. Para el Tribunal, la ausencia de elección expresa de ley aplicable en el Tratado no implica que las partes contratantes hayan dejado a libertad del adjudicador la determinación de dicha ley en forma tal que pueda dejar de aplicar el Tratado o de darle prelación como fuente primaria para aplicar otras fuentes de derecho.
208. En consecuencia, el Tribunal encuentra que el Tratado es el instrumento principal con base en el cual debe resolver la controversia entre las Partes y que a partir de éste debe determinar (i) si SAS es un inversionista protegido por el Tratado; (ii) si ha realizado una inversión en Bolivia que esté protegida por el Tratado; (iii) si los reclamos de SAS son admisibles; (iv) si Bolivia ha violado el Tratado, y (v) si, como consecuencia de lo anterior, Bolivia debe pagar una compensación a SAS.
209. Las alegaciones de las Partes, y las cuestiones subsiguientes, dan cuenta de que el centro de la diferencia entre las Partes sobre el derecho aplicable no radica en la aplicación del Tratado a la resolución de la controversia, sino en la manera en la que deben entenderse los criterios de interpretación aplicables y el alcance y la relevancia que tienen el derecho boliviano y los instrumentos de derechos humanos y derecho indígena en este proceso.
210. En efecto, las Partes concuerdan en que el artículo 31 de la Convención de Viena contiene los criterios de interpretación del Tratado. La Demandada considera que dichos criterios apuntan a una *interpretación sistémica* que permita integrar y armonizar las demás obligaciones internacionales e internas con el texto del Tratado, y en caso de conflicto, dar primacía a las normas de protección de los derechos humanos e indígenas²⁷¹. La Demandante, por su parte, arguye que el artículo 31 de la Convención de Viena trae un proceso interpretativo en el que debe primar el sentido del texto, entendido de buena fe y dentro del contexto del tratado y conforme a

²⁶⁸ Ver *infra* párrs. 194 *et seq.*

²⁶⁹ Réplica de la Demandante, párr. 240; Contestación de la Demanda, párrs. 189-192; Dúplica de la Demandada, párr. 207.

²⁷⁰ C-1, Tratado, artículo 8.1. Las partes contratantes prestaron su consentimiento en el Tratado, mientras que SAS lo prestó al someter esta controversia a arbitraje.

²⁷¹ Véase *infra* 195.

su objeto y fin²⁷². La Demandante no niega que se deba propender por una *interpretación sistémica*, sin embargo, sostiene que Bolivia no logró demostrar que en efecto las normas de protección de los derechos humanos e indígenas tuvieran la preeminencia alegada²⁷³.

211. El artículo 31 de la Convención de Viena contiene la regla de interpretación de los tratados internacionales, la cual es parte de las normas del derecho internacional consuetudinario²⁷⁴. Según esta disposición, los tratados internacionales deben interpretarse de buena fe, conforme al sentido literal de su texto, en su contexto y de acuerdo con el objeto y fin del tratado²⁷⁵. El artículo 31.2 señala qué se debe entender por contexto de un tratado internacional y el artículo 31.3 describe otros elementos a tener en cuenta junto con el contexto, dentro de los que se incluye “(c) *toda norma de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes*”. El artículo 31.4 se refiere al sentido especial que debe dársele a los términos definidos por las Partes.
212. El Tribunal encuentra que los diferentes elementos a los que se refiere el artículo 31 hacen parte de una misma operación hermenéutica, la cual, en modo alguno se limita a una operación literal de definir el significado de cada una de las palabras empleadas por el tratado. Como lo señala el encabezado del artículo 31 de la Convención de Viena, se trata de una única regla de interpretación de tratados. En ese sentido, el Tribunal comparte la apreciación de las Partes sobre la existencia de la *interpretación sistemática* como herramienta para la interpretación de los tratados. Esta herramienta, sin embargo, no es irrestricta y debe aplicarse con cautela.
213. Las Partes presentaron artículos de reconocidos autores que admitían las bondades de la interpretación sistemática para armonizar las normas de derecho internacional, pero al tiempo señalaban algunos de los retos o dificultades con los que puede enfrentarse un tribunal para dar aplicación al artículo 31.3.c de la Convención de Viena.
214. En particular, las Partes se refirieron al artículo de un destacado autor sobre el principio de interpretación sistemática y el artículo 31.3.c de la Convención de Viena. En dicho artículo, el autor señala una diferencia precisa entre la labor de interpretar y la existencia de normas para dirimir conflictos, pues en su opinión, la labor de interpretación es algo que precede las técnicas para dirimir conflictos²⁷⁶. Así, la técnica de interpretación que trae el artículo 31.3.c de la

²⁷² Véase *infra* 188.

²⁷³ Véase *infra* 189.

²⁷⁴ RLA-8, C. McLachlan, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, 54 *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, pág. 293; RLA-14, *Oil Platforms (República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América)*, caso CIJ, sentencia del 6 de noviembre de 2003, párr. 41.

²⁷⁵ Convención de Viena, artículo 31.1.

²⁷⁶ RLA-8, C. McLachlan, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, 54 *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, pág. 286. (“*Interpretation, on the other hand, precedes all of these techniques, since it is only by means of a process of interpretation that it is possible to determine whether there is in fact a true conflict of norms*”).

Convención de Viena no está equipada para resolver autónomamente conflictos de normas en derecho internacional²⁷⁷, sin perjuicio de que pueda contribuir a evitar conflictos y a armonizar las normas de derecho internacional por vía de la interpretación²⁷⁸. Esta percepción parece ser compartida por otro de los autores a los que las Partes se refirieron, el juez Bruno Simma, quien advierte que la interpretación sistémica permite la armonización por vía de la interpretación, pero que ella en sí misma no puede emplearse para modificar un tratado²⁷⁹.

215. Adicionalmente, Bolivia se refirió expresamente al caso de *Oil Platforms (Irán c. EE.UU.)*, en el cual la Corte Internacional de Justicia interpretó un tratado de amistad con base en el artículo 31.3.c de la Convención de Viena e incorporó las disposiciones del uso de la fuerza en el derecho internacional²⁸⁰. Algunos de los autores referidos por las Partes consideran que dicha decisión debe estudiarse con cautela²⁸¹ y, remitiéndose a algunos de los salvamentos de voto, señalan algunas de las dificultades que puede revestir la aplicación del artículo 31.3.c de la Convención de Viena en materia de jurisdicción y de normas de conflictos. En efecto, a través del artículo 31.3.c de la Convención de Viena no se puede extender la jurisdicción de la CIJ a otros tratados sobre los cuales los Estados no han prestado su consentimiento a dicha jurisdicción, ni introducirlos en el litigio “por la puerta de atrás”²⁸². Tampoco es posible desplazar el derecho aplicable invocando el principio de interpretación de tratados²⁸³.

at all. By the same token, the application of a technique of interpretation that permits reference to other rules of international law offers the enticing prospect of averting conflict of norms, by enabling the harmonization of rules rather than the application of one norm to the exclusion of another. It is therefore to the process of interpretation that we must now turn.”)

²⁷⁷ RLA-8, C. McLachlan, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, 54 *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, pág. 318.

²⁷⁸ RLA-8, C. McLachlan, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, 54 *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, pág. 318.

²⁷⁹ RLA-18, B. Simma, *Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?*, 60 *INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY* 573, 584 (2011), CLA-136, B. Simma y T. Kill, *Harmonizing Investment Protection and International Human Rights: First Steps Towards a Methodology*, en —*International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, 2009, pág. 694.

²⁸⁰ RLA-14, *Oil Platforms (República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América)*, caso CIJ, sentencia del 6 de noviembre de 2003, párr. 41. (“*The Court cannot accept that Article XX, paragraph 1 (d), of the 1955 Treaty was intended to operate wholly independently of the relevant rules of international law on the use of force, so as to be capable of being successfully invoked, even in the limited context of a claim for breach of the Treaty, in relation to an unlawful use of force. The application of the relevant rules of international law relating to this question thus forms an integral part of the task of interpretation entrusted to the Court by Article XXI, paragraph 2, of the 1955 Treaty.*”)

²⁸¹ RLA-13, D. French, *Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules*, 55 *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, pág. 288.

²⁸² Refiriéndose a la opinión separada del juez Buergenthal, RLA-13, D. French, *Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules*, 55 *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, págs. 286-287; RLA-8, C. McLachlan, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, 54 *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, pág. 307.

²⁸³ Refiriéndose a la opinión separada de la jueza Higgins, RLA-13, D. French, *Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules*, 55 *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, pág. 288; RLA-8, C. McLachlan, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, 54 *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, pág. 308.

216. Partiendo de lo anterior, el Tribunal encuentra que el principio de interpretación sistémica hace parte de las reglas de interpretación de tratados internacionales previstas en el artículo 31 de la Convención de Viena, pero que éste debe aplicarse en armonía con el resto de disposiciones del mismo artículo y de manera cauta para evitar exceder la jurisdicción del tribunal e incorporar normas aplicables al litigio frente a las cuales las Partes no han prestado su consentimiento.
217. No está en discusión que el artículo 31.3.c de la Convención de Viena constituye una regla para la interpretación del Tratado. Con base en esta disposición, Bolivia alega que el Tribunal debe aplicar ciertas normas internacionales de protección de derechos humanos. Sin embargo, no ha justificado por qué en este caso particular el Tribunal debe aplicar ciertas normas que no hacen parte del derecho consuetudinario y tampoco ha demostrado que tanto Bolivia como el Reino Unido son parte de los tratados de protección de derechos humanos invocados. La Demandada tampoco ha explicado cómo esas normas invocadas entran en conflicto con el Tratado y por qué deben prevalecer frente a sus disposiciones.
218. La cuestión final que debe evaluar el Tribunal en cuanto al derecho aplicable se refiere al alcance que debe dársele al derecho boliviano. Las Partes concurren en que el derecho boliviano puede ser relevante para ciertas cuestiones en este arbitraje (por ejemplo, la determinación de la legalidad de la inversión)²⁸⁴. Para el Tribunal no hay duda de que el derecho boliviano — incluyendo aquellos tratados internacionales que han sido incorporados a éste— es relevante para el análisis de ciertas cuestiones en este arbitraje, que se verán en las secciones subsiguientes del laudo. Sin embargo, el Tribunal no encuentra que pueda establecerse una regla general según la cual las disposiciones del derecho boliviano siempre prevalecerán sobre las del Tratado.

²⁸⁴ Réplica de la Demandante, párr. 261; Contestación a la Demanda, párrs. 212-216.

VI OBJECIONES A LA JURISDICCIÓN Y ADMISIBILIDAD

219. La Demandada sostiene que el Tribunal no tiene jurisdicción porque la Demandante no es propietaria de la inversión protegida por el Tratado (A). Asimismo, la Demandada alega que, aun en el caso de que el Tribunal encuentre que tiene jurisdicción, la falta de *clean hands* de la Demandante y la violación del principio de legalidad harían que las pretensiones de la Demandante no sean admisibles (B).

A. EL TRIBUNAL CARECE DE JURISDICCIÓN SOBRE LA TOTALIDAD DE LOS RECLAMOS AL NO TENER SAS UNA INVERSIÓN PROTEGIDA POR EL TRATADO POR CUANTO NO HA PROBADO SER LA VERDADERA PROPIETARIA DE LAS CONCESIONES MINERAS.

220. Las Partes no disputan que la Demandante es una sociedad en los términos establecidos por el artículo 1.d. del Tratado²⁸⁵ y en que las acciones en CMMK y las Concesiones Mineras se encuadran en la definición de ‘inversión’ del Tratado²⁸⁶. Sin embargo, según la Demandada el Tratado no protege a SAS y la verdadera entidad que tiene la propiedad de la inversión es SASC, que no está protegida por el Tratado al ser canadiense. Al decir de la Demandada, la Demandante es una mera *shell company* que no está protegida por el Tratado. La Demandada fundamenta su objeción especialmente en el texto del artículo 8.1 del Tratado.

1. Posición de la Demandada

(a) El alcance del artículo 8.1 del Tratado

221. Según la Demandada, la propiedad es un requisito *sine qua non* para la jurisdicción del Tribunal²⁸⁷ y la Demandante no es la verdadera propietaria de la inversión²⁸⁸.

222. El artículo 8.1 del Tratado prevé el arbitraje internacional para el arreglo de “[l]as 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

²⁸⁵ Escrito de Demanda, párrs. 107-108; Contestación a la Demanda, párr. 224; C-1, Tratado, artículo 1.d.i: “(d) el concepto ‘sociedades’ designa: (i) en relación con el Reino Unido: corporaciones, firmas, o asociaciones incorporadas o constituidas en virtud de las leyes vigentes en cualquier parte del Reino Unido o en cualquier territorio al que el presente Convenio se extienda conforme a las disposiciones del Artículo XI”.

²⁸⁶ Escrito de Demanda, párrs. 109-110; Contestación a la Demanda, párr. 224; C-1, Tratado, artículo 1.a: “(a) el concepto ‘inversiones’ significa toda clase de bienes capaces de producir rentas y en particular, aunque no exclusivamente, comprende: [...] (ii) acciones, títulos y obligaciones de sociedades o participación en los bienes de dichas sociedades; [...] (v) cualesquiera concesiones de tipo comercial otorgadas por las Partes Contratantes de conformidad con sus respectivas leyes, incluidas las concesiones para la exploración, cultivación, extracción o explotación de recursos naturales.”

²⁸⁷ Contestación a la Demanda, párr. 225.

²⁸⁸ Contestación a la Demanda, párr. 224; Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 11.

*inversión de la primera [...]*²⁸⁹. Según la Demandada, el requisito del vínculo de propiedad viene indicado por el uso de la preposición ‘de’, que denota pertenencia, en las palabras “*en relación con una inversión de la primera*”. La preposición ‘of’, en la versión en inglés del Tratado, también denota pertenencia²⁹⁰. Afirma la Demandada que las preposiciones ‘de’ y ‘of’ suponen necesariamente una conexión directa entre el inversionista y la inversión²⁹¹.

223. La Demandada sostiene que el Tribunal carece de jurisdicción puesto que las titulares de las acciones de CMMK son Malku Khota Ltd., G.M. Campana Ltd. y Productora Ltd., sociedades constituidas en las Bahamas, y CMMK, titular de las Concesiones Mineras, es una compañía constituida en Bolivia. Ninguna de las sociedades citadas goza de protección bajo el Tratado al no ser compañías constituidas en el Reino Unido. No existe un vínculo directo entre la Demandante y la inversión²⁹², y no es una cuestión controvertida que las propietarias directas de la inversión en este caso son compañías que no gozan de la protección del Tratado²⁹³.
224. La Demandada afirma que una lectura del artículo 8.1 conforme al sentido corriente que ha de atribuirse a los términos del Tratado a la luz del artículo 31 de la Convención de Viena²⁹⁴, permite concluir que es requisito fundamental para la jurisdicción que la Demandante sea la propietaria de la inversión²⁹⁵ y que la propiedad sea directa²⁹⁶. Para la Demandada “*el texto [del artículo 31 de la Convención de Viena], aunado al del art. 8(1) [...] confirma que la intención de las partes contratantes del Tratado era proteger las inversiones directas. In claris non fit interpretatio*”²⁹⁷.
225. Entiende la Demandada que para encuadrar en el término “propiedad” fenómenos relativamente modernos como la propiedad a través de sociedades intermedias utilizando sofisticadas estructuras corporativas se requiere la inclusión en el Tratado de una referencia expresa a la propiedad ‘indirecta’²⁹⁸. De lo contrario se estaría reescribiendo el Tratado, como si la letra del

²⁸⁹ C-1, Tratado, artículo 8.1.

²⁹⁰ Contestación a la Demanda, párr. 228.

²⁹¹ Dúplica de la Demandada, párr. 253.

²⁹² Contestación a la Demanda, párr. 241.

²⁹³ La Demandada anota, además que el artículo V.2 del Tratado dispone que: “*En el caso de que una Parte Contratante expropie los bienes de una sociedad, incorporada o constituida conforme a las leyes vigentes en cualquier parte de su territorio y en la que nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante tengan acciones, la misma asegurará la satisfacción de las disposiciones prescritas en el párrafo (1) de este Artículo, en lo que respecta a garantizar la puntual, adecuada y efectiva compensación en lo referente a las inversiones de capital de los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante que son propietarios de dichas acciones*” (resaltado de la Demandada).

²⁹⁴ RLA-11, Naciones Unidas, *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*, 23 de mayo de 1969, artículo 31.1.

²⁹⁵ Contestación a la Demanda, párr. 228.

²⁹⁶ Contestación a la Demanda, párr. 231.

²⁹⁷ Dúplica de la Demandada, párr. 253.

²⁹⁸ Contestación a la Demanda, párr. 232 y nota al pie 343 señalando que la jurisprudencia internacional ha confirmado el efecto modificatorio del término “indirectamente” e indicando como ejemplo la opinión disidente del Juez Read en el caso *Anglo-Iranian Oil* quien consideró, en cuanto al efecto de la expresión “directa e indirecta” contenida en la declaración de Irán sobre la jurisdicción del Tribunal que “[i]f the words ‘directly or indirectly’ had been omitted from the Declaration, it would have

mismo dijera “*en relación con una inversión [directa o indirectamente] de la primera*”. Las partes han incluido aquellos términos que querían incluir y sobre los que han llegado a un acuerdo y omitido los que no querían incluir sobre los que no llegaron a un acuerdo²⁹⁹.

226. El Tratado no menciona las inversiones indirectas al consagrar el consentimiento de las partes al arbitraje y si hubiesen querido que éstas quedasen bajo la jurisdicción de un tribunal, lo habrían señalado expresamente³⁰⁰. La Demandada sostiene que, contrario a lo que sostiene la Demandante, “*la CIJ en el caso ELSI dejó claro que todos los reclamos de una parte deben cumplir con los requisitos para acceder a la jurisdicción y ser admisibles, salvo que exista una renuncia manifiesta*”³⁰¹.
227. Según la Demandada, es un principio de derecho internacional consuetudinario que los tribunales sólo tienen jurisdicción sobre controversias respecto de las cuales existe consentimiento expreso³⁰² y que, siguiendo el razonamiento de la CIJ en *ELSI*, el Tribunal sólo podría dejar de aplicar este principio si existieran “*words making clear and intention to do so*”, lo que no es el caso³⁰³.
228. Señala la Demandada que aún si la interpretación bajo las reglas de la Convención de Viena dejase oscuro el sentido de la preposición ‘de’, aplicando el artículo 32 de la Convención de Viena se llegaría a la misma conclusión si se toman en consideración las circunstancias que rodearon la celebración del Tratado³⁰⁴. Según la Demandada, cuando Bolivia acepta proteger la propiedad

been possible to assume that the jurisdiction was restricted to situations or facts which related directly to treaties or conventions accepted by Persia” (RLA-50, *Anglo-Iranian Oil Co. (Reino Unido c. Irán)*, 1952, caso CIJ, sentencia del 22 de julio de 1952, opinión disidente del juez Read).

²⁹⁹ Contestación a la Demanda, párr. 232; en referencia a RLA-51, *Brown c. Stott*, Consejo Privado del Reino Unido, fallo de Lord Bingham of Cornhill del 5 de diciembre de 2000, 1 AC 681, 2003, p. 703.

³⁰⁰ Dúplica de la Demandada, párrs. 250-251; *Brown c. Stott*, Consejo Privado del Reino Unido, fallo de Lord Bingham of Cornhill del 5 de diciembre de 2000, 1 AC 681, 2003, p. 703.

³⁰¹ Dúplica de la Demandada, párr. 257. Véase RLA-17, *Elettronica Sicula SpA (ELSI) (Estados Unidos de América c. Italia)*, caso CIJ, sentencia del 20 de julio de 1989, párr. 50 (“*The Chamber has no doubt that the parties to a treaty can therein either agree that the local remedies rule shall not apply to claims based on alleged breaches of that treaty; or confirm that it shall apply. Yet the Chamber finds itself unable to accept that an important principle of customary international law should be held to have been tacitly dispensed with, in the absence of any words making clear an intention to do so*”).

³⁰² Dúplica de la Demandada, párr. 257.

³⁰³ Dúplica de la Demandada, párr. 257.

³⁰⁴ Contestación a la Demanda, párrs. 233-234; Dúplica de la Demandada, párr. 258.

indirecta lo hace expresamente como lo demuestra la comparación de varios tratados contemporáneos³⁰⁵. Esta elección de las partes debe traducirse en efectos jurídicos³⁰⁶.

229. La Demandada señala que, contrariamente a lo sostenido por la Demandante, el citado artículo 32 de la Convención de Viena no limita las fuentes a los *travaux préparatoires*, sino que admite que se tengan en cuenta “*todas las circunstancias de su celebración*” y si el texto del Tratado es ambiguo, como sostiene la Demandante³⁰⁷, otros tratados contemporáneos celebrados por Bolivia son relevantes bajo la regla de interpretación del citado artículo 32 de la Convención de Viena³⁰⁸.
230. Después de referirse a los laudos citados por la Demandante, la Demandada concluye que la Demandante no puede gozar de la protección del Tratado ya que CMMK, la propietaria directa de las Concesiones Mineras, es una compañía boliviana³⁰⁹ y las sociedades propietarias *directas* de la supuesta inversión, es decir, los accionistas de CMMK (Malku Khota Ltd., Productora Ltd. y GM Campana Ltd.³¹⁰), están constituidas conforme a la legislación de Bahamas³¹¹, territorio al que no se aplica el Tratado.

(b) Sobre la protección de los inversionistas indirectos por el Tratado

231. La Demandada sostiene que el Tribunal no tendría jurisdicción aunque el Tratado protegiese la propiedad indirecta (*quod non*), ya que en este caso, la verdadera propietaria *indirecta* de la

³⁰⁵ Contestación a la Demanda, párrs. 234-235; Dúplica de la Demandada, párr. 258. La Demandada señala como ejemplos los tratados de protección de inversión con Alemania y Suiza que Bolivia firmó en 1987, un año antes de la celebración del Tratado, en los que en el primero no se incluye la referencia “directa o indirectamente” mientras que en el segundo sí. En el tratado con Suiza el artículo 1.b.aa dispone que “[e]l término “sociedad” significa: (aa) con respecto a la Confederación Suiza, las personas jurídicas o sociedades de personas sin personalidad jurídica, pero capaces de tener un patrimonio, en el que existe, directa o indirectamente, un interés suizo preponderante”, RLA-52, Tratado entre la Confederación Suiza y la República de Bolivia sobre la promoción y la protección recíprocas de inversiones, celebrado el 6 de noviembre de 1987 y en vigor desde el 17 de mayo de 1991. Véase también RLA-212, Tratado entre la República Federal de Alemania y la República de Bolivia sobre la promoción y protección de inversiones, celebrado el 23 de marzo de 1987, art. 1. La Demandada señala también los tratados con Francia (1989) y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa (1990) como ejemplos de tratados que extienden la protección a la propiedad indirecta y como ejemplos de tratados donde quedó excluida los celebrados con Suecia (1990) e Italia (1990). Véase RLA-210, Tratado entre la Unión económica Belgo-Luxemburguesa y la República de Bolivia sobre la promoción y protección recíprocas de inversiones, celebrado el 25 de abril de 1990, art. 1.2; RLA-52, Tratado entre la Confederación Suiza y la República de Bolivia sobre la promoción y la protección recíprocas de inversiones, celebrado el 6 de noviembre de 1987 y en vigor desde el 17 de mayo de 1991, art. 1.b; RLA-211, Tratado entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de la República de Bolivia sobre la promoción y protección recíprocas de inversiones, celebrado el 25 de octubre de 1989, art. 1.3; RLA-213, Tratado entre la República Italiana y el Gobierno de la República de Bolivia sobre la promoción y la protección de inversiones, celebrado el 30 de abril de 1990, art. 1.1; RLA-214, Tratado entre el Reino de Suecia y la República de Bolivia sobre la promoción y protección de inversiones, celebrado el 20 de septiembre de 1990, art. 1.1.

³⁰⁶ Contestación a la Demanda, párr. 236.

³⁰⁷ Véase *infra* 246-259.

³⁰⁸ Dúplica de la Demandada, párr. 262.

³⁰⁹ Dúplica de la Demandada, párr. 254; C-9, Certificados de acciones de CMMK; C-11, Escritura pública de constitución de CMMK.

³¹⁰ Dúplica de la Demandada, párr. 254; R-179, Certificado de la composición accionaria de CMMK.

³¹¹ Dúplica de la Demandada, párr. 254; C-7, Certificado de constitución de Productora, Ltd.; C-8, Certificado de constitución de GM Campana, Ltd.; C-6, Certificado de constitución de Malku Khota, Ltd.

supuesta inversión afectada por la Reversión es una sociedad canadiense³¹². La Demandada afirma que SASC utiliza a SAS, constituida conforme a la legislación de Bermudas, para acceder a la protección del Tratado y que esto es una maniobra de ‘*treaty shopping*’ que desconoce el texto del Tratado y debe ser desestimada por el Tribunal³¹³.

232. Según la Demandada, el propietario en última instancia es quien puede beneficiarse de los tratados que protegen la propiedad indirecta³¹⁴. La Demandada afirma que sólo justificaría que fuese “*irrelevante si un inversionista de un país es propietario [...] de una inversión [...] a través de una o más entidades corporativas intermediarias*”, como afirma la Demandante, si se busca al propietario en última instancia, siendo las entidades intermediarias meramente instrumentales y sin voluntad propia y por ello no afectando la disposición del bien por parte del propietario indirecto³¹⁵.

233. La Demandada basa su premisa en los siguientes tres argumentos:

- (a) En primer lugar, la Demandada señala que el Tribunal tiene la obligación de interpretar el Tratado “*de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en el contexto éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin*” (resaltado de la Demandada)³¹⁶, y que el objeto y fin del Tratado es fomentar el flujo de capital proveniente del Reino Unido, y no de otro país, en Bolivia³¹⁷.
- (b) En segundo lugar, la Demandada afirma que cuando se protege la propiedad indirecta, ésta no puede ser meramente formal, ya que los tratados de protección de inversión buscan una

³¹² Contestación a la Demanda, sección 5.1.3; Dúplica de la Demandada, párr. 254. Véase *infra* párrs. 235-238(a); R-180, Lista de propiedades de SASC; C-10, Certificados de constitución y cambio de nombre de SASC.

³¹³ Dúplica de la Demandante, párr. 255.

³¹⁴ Contestación a la Demanda, párrs. 242, 243.

³¹⁵ Contestación a la Demanda, párr. 245, citando el Escrito de Demanda, párr. 110.

³¹⁶ Contestación a la Demanda, párr. 247; RLA-11, Naciones Unidas, *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*, 23 de mayo de 1969, artículo 31.

³¹⁷ Contestación a la Demanda, párr. 248, apoyándose en RLA-59, *Caratube International Oil Company LLP c. República de Kazakstán*, Caso CIADI N.º ARB/08/12, Laudo, 5 de junio de 2012, párr. 351: “*Article I(1)(a) of the BIT defines ‘investment’ from the perspective of assets, claims and rights to be protected (or accorded specific treatment, prescribed in the following provisions of the BIT). As one of the goals of the BIT is the stimulation of flow of private capital, BIT protection is not granted simply to any formally held asset, but to an asset which is the result of such a flow of capital. Thus, even though the BIT definition of ‘investment’ does not expressly qualify the contributions by way of which the investment is made, the existence of such a contribution as a prerequisite to the protection of the BIT is implied*” (resaltado de la Demandada), y en C-1, Tratado, preámbulo (“[a]nimados del deseo de crear condiciones favorables para mayores inversiones de capital de los nacionales o sociedades de un Estado en el territorio del otro Estado”). Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 1, 249:2 – 253-8 (español).

transferencia de valor de un Estado parte del tratado al otro, como reconoció el tribunal en el caso *Standard Chartered Bank c. Tanzania*³¹⁸.

- (c) Por último, según la Demandada, los casos citados por SAS³¹⁹ demuestran que cuando un tratado protege la propiedad indirecta, protege únicamente al beneficiario o propietario en última instancia de la inversión.³²⁰ En *Siemens*, el tribunal otorgó protección a la empresa dueña última de la inversión ya que el Tratado “*no dispon[ía] que no [hubiera] sociedades interpuestas entre la inversión y quien sea el propietario en última instancia de la sociedad*” (resaltado de la Demandada)³²¹. Basándose en el caso *Siemens*, los tribunales en *Rurelec y Kardassopoulos* otorgaron protección a los demandantes en esos casos por ser los dueños últimos de la inversión³²². También en el caso *BG Group c. Argentina*, el tribunal otorgó protección a la demandante a pesar de no tener un vínculo directo con la inversión ya que era su propietaria en última instancia³²³.

234. En este caso, la propietaria indirecta de la inversión no es la Demandante sino SASC, una compañía canadiense, y, por tanto, el Tribunal debe declinar su jurisdicción y rechazar la reclamación que se le presenta³²⁴. Es la Demandante quien tiene que probar que concurren los elementos que fundan la jurisdicción del Tribunal³²⁵, entre los cuales se encuentra la propiedad³²⁶.
235. La Demandada insiste en que el artículo 8.1 del Tratado atribuye jurisdicción únicamente a inversiones “*de una sociedad de una Parte Contratante*” (resaltado de la Demandada)³²⁷ y que para que un activo constituya una inversión *de* una compañía, ésta debe tener un vínculo objetivo con ese activo: debe haber participado activamente en la realización de la inversión en el Estado receptor (resaltado de la Demandada)³²⁸.
236. Invocando el llamado “test *Salini*”, señala la Demandada que el acto de invertir implica que se verifiquen cuatro elementos: (i) la adquisición de la inversión con un correspondiente aporte de

³¹⁸ Transcripción de la Audiencia, Día 1, 249:14 – 251:20 (español); Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 17; Contestación a la Demanda, párr. 249, citando el caso *Standard Chartered Bank c. Tanzania*, (RLA-60, *Standard Chartered Bank c. República de Tanzania*, Caso CIADI N.º ARB/10/12, Laudo, 2 de noviembre de 2012, párrs. 230-232).

³¹⁹ Contestación a la Demanda, párr. 250, refiriéndose al Escrito de Demanda, notas al pie 227 y 228.

³²⁰ Contestación a la Demanda, párr. 250.

³²¹ Contestación a la Demanda, párr. 251.

³²² Contestación a la Demanda, párrs. 252-253.

³²³ Contestación a la Demanda, párr. 254; CLA-4, *BG Group PLC c. Argentine Republic*, Caso CNUDMI, Laudo Final, 24 de diciembre de 2007.

³²⁴ Contestación a la Demanda, párrs. 255-256.

³²⁵ Contestación a la Demanda, párr. 256.

³²⁶ Contestación a la Demanda, párr. 256.

³²⁷ C-1, Tratado, artículo 8.1.

³²⁸ Dúplica de la Demandada, párr. 265; Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 17; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 251:3 – 252:22 (español); Día 9, 1865:6 – 1867:5 (español).

recursos; (ii) la asunción de riesgos para obtener un rendimiento; (iii) una duración temporal mínima; y (iv) la contribución al desarrollo económico del Estado receptor³²⁹. La Demandada añade que, además de estos factores, la forma que puede tomar una inversión viene determinada por el propio tratado, lo que se añade como un requisito más a los enumerados por *Salini*³³⁰.

237. La Demandada apoya su postura en la decisión del caso *Quiborax*, para sostener que la mera propiedad de acciones es insuficiente para probar una inversión en dinero o en especie.³³¹ Además, cita los casos *Caratube* y *Standard Chartered Bank*, para destacar que el objeto y fin de los tratados de inversión exigen que sólo haya lugar a la jurisdicción de los tribunales respecto de aquellos activos que hayan estimulado el flujo de capitales entre ciertos Estados, los firmantes del TBI en cuestión³³². De lo contrario, se estaría interpretando el Tratado en contra del principio del efecto relativo de los tratados³³³.

238. Según la Demandada, la única propietaria indirecta de la inversión es SASC, mientras que la Demandante “*es simplemente uno más de los eslabones de la cadena que llevan a la verdadera propietaria indirecta de la inversión*”³³⁴ ya que SAS no es titular de una inversión conforme a los factores *Salini*³³⁵ en cuanto³³⁶:

(a) SAS no ha realizado ninguna contribución ni monetaria, ni de contactos, *know-how* o *expertise*³³⁷, ni ha asumido ninguno de los riesgos asociados a la inversión³³⁸, por lo que

³²⁹ Dúplica de la Demandada, párr. 266; RLA-215, *Salini Costruttori S.P.A. y Italstrade S.P.A. c. Reino de Marruecos*, Caso CIADI N.º ARB/00/4, decisión sobre jurisdicción del 23 de julio de 2001, párr. 52.

³³⁰ Dúplica de la Demandada, párr. 267.

³³¹ RLA-56, *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI N.º ARB/06/2, Decisión sobre Jurisdicción, 27 de septiembre de 2012, párr. 233.

³³² Dúplica de la Demandada, párrs. 268-269; RLA-59, *Caratube International Oil Company LLP c. República de Kazakstán*, Caso CIADI N.º ARB/08/12, Laudo, 5 de junio de 2012, párr. 351. El tribunal en *Caratube* observó que, “[a]s one of the goals of the BIT is the stimulation of flow of private capital, BIT protection is not granted simply to any *formally held asset*, but to an asset which is the result of such a flow of capital” y concluyó que, “even though the BIT definition of ‘investment’ does not expressly qualify the contributions by way of which the investment is made, the existence of such a contribution as a prerequisite to the protection of the BIT is implied” (resaltado de la Demandada). Véase también RLA-60, *Standard Chartered Bank c. República de Tanzania*, Caso CIADI N.º ARB/10/12, Laudo, 2 de noviembre de 2012, párr. 232 (“for an investment to be ‘of’ an investor in the present context, some activity of investing is needed, which implicates the claimant’s control over the investment or an action of transferring something of value (money, know-how, contacts, or expertise) from one treaty-country to the other”). Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 9, 1867:6 – 1868:19 (español).

³³³ Dúplica de la Demandada, párrs. 268-269; RLA-59, *Caratube International Oil Company LLP c. República de Kazakstán*, Caso CIADI N.º ARB/08/12, Laudo, 5 de junio de 2012, párr. 351; RLA-60, *Standard Chartered Bank c. República de Tanzania*, Caso CIADI N.º ARB/10/12, Laudo, 2 de noviembre de 2012, párr. 232.

³³⁴ Contestación a la Demanda, párrs. 256-257.

³³⁵ Dúplica de la Demandada, párr. 271.

³³⁶ Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 9, 1860:17-21, 1861:10-15, 1862:9 – 1864:11, 1864:15-24, 1865:10-22 (español).

³³⁷ Dúplica de la Demandada, párr. 272.

³³⁸ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 14. Transcripción de la Audiencia, Día 3, 647:13-22 (español); Día 2, 356:1-3 (inglés).

no tenía expectativa de retorno sobre la inversión, sino que el riesgo y el potencial beneficio correspondían únicamente a SASC³³⁹.

- (b) El Informe de FTI admite que cualquier suma invertida en Bolivia ha sido aportada por la canadiense SASC y no por la Demandante³⁴⁰. Por su parte el Presidente y CEO de SASC reconoce que fueron las emisiones de acciones de SASC las que permitieron financiar las actividades de exploración en Malku Khota³⁴¹. Además SAS solamente comunicó los estados financieros interinos consolidados de SASC y no los suyos, y estos documentos no permiten identificar si la fuente de los flujos de efectivo proviene de SAS³⁴².
- (c) La Demandante admite que SASC inventó y patentó el proceso metalúrgico³⁴³ y que éste pertenece a SASC³⁴⁴ por lo que no está probado que esta transferencia de *know-how* provendría del Reino Unido³⁴⁵.
- (d) La Demandada enumera también una serie de contratos y gestiones relacionadas con diversas consultorías para el desarrollo del Proyecto de las que, según la Demandada, era SASC quien tenía derechos respecto de Malku Khota³⁴⁶, y fue SASC quien celebró los contratos y quien negoció y acordó las consultorías³⁴⁷.
- (e) Señala además la Demandada que era la junta directiva de SASC quien tomaba las decisiones fundamentales para el Proyecto³⁴⁸ y que SASC no dudó en calificar el Proyecto como una inversión canadiense ante las autoridades de Canadá para solicitar protección diplomática³⁴⁹.
- (f) La Demandada también señala que todas las declaraciones de prensa se refieren a SASC como propietaria última de la inversión³⁵⁰ y que es SASC quien financia este arbitraje³⁵¹.

³³⁹ Dúplica de la Demandada, párr. 273.

³⁴⁰ Contestación a la Demanda, párr. 259.

³⁴¹ Contestación a la Demanda, párr. 260.

³⁴² Contestación a la Demanda, párr. 261; Anexo FTI-10, Estados Financieros de SASC, de 30 de septiembre de 2012.

³⁴³ Contestación a la Demanda, párr. 262, refiriéndose al Escrito de Demanda, párr. 44.

³⁴⁴ Contestación a la Demanda, párr. 262; Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 13; haciendo referencia a C-38, United States Patent N.º US8,585,991 B2, *Method for Recovering Indium, Silver, Gold and Rare, Precious and Base Metals from Complex Oxide and Sulfide Ores*, 19 de noviembre de 2013.

³⁴⁵ Contestación a la Demanda, párr. 262.

³⁴⁶ Dúplica de la Demandada, párr. 272; Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 12.

³⁴⁷ Dúplica de la Demandada, párr. 272.

³⁴⁸ Dúplica de la Demandada, párr. 272.

³⁴⁹ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 15. Véase también Contestación a la Demanda, párr. 263, refiriéndose al Escrito de Demanda, párrs. 52-54.

³⁵⁰ Contestación a la Demanda, párr. 264.

³⁵¹ Contestación a la Demanda, párr. 265.

- (g) Concluye la Demandada que cualquier contribución al desarrollo económico de Bolivia habría sido realizada por SASC³⁵², aunque cuestiona que el Proyecto pueda considerarse como desarrollo económico en vista del impacto negativo que tuvo en el orden público y las Comunidades Originarias³⁵³.

239. En consecuencia, si el Tribunal interpretara que el Tratado protege la propiedad indirecta, debe rechazar la reclamación de SAS por falta de legitimación activa al no ser ésta quien realizó la inversión cuya protección reclama: ni tiene el título legal, ni es la beneficiaria de la inversión³⁵⁴. De lo contrario, el Tribunal estaría instaurando un tratado de protección de inversión entre Canadá y Bolivia, lo que es “*ilegal, absurdo e injusto*”³⁵⁵.

(c) Sobre si SAS es una parte interesada en la presente controversia

240. La Demandada sostiene que la premisa de la jurisdicción en un arbitraje de inversión no puede ser la protección de una *shell company*³⁵⁶. Según la Demandada, la Demandante no niega ser una *shell company* ni ha refutado la prueba presentada por la Demandada al respecto³⁵⁷.

241. En primer lugar, la Demandante alega que la disputa que presenta una *shell company* no puede ser dirimida al amparo del Tratado si no existe jurisdicción sobre la sociedad controlante³⁵⁸.

- (a) Primero, el Tratado otorga jurisdicción únicamente respecto de aquellas compañías cuyos intereses se encuentran en disputa³⁵⁹. La Demandada arguye que como las *shell companies* no existen como realidad económica independiente, no son una parte con un interés en la resolución de la disputa³⁶⁰. Según la Demandada, esto no implica incorporar un requisito jurisdiccional al Tratado como argumenta la Demandante³⁶¹, sino que el Tratado establece textualmente que la controversia sea entre una compañía de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante; por lo que, concluir que en este caso no hay jurisdicción es aplicar el

³⁵² Dúplica de la Demandada, párr. 274. Según la Demandada, así lo demuestran las partidas del presupuesto que eran aprobadas por SASC para ser ejecutadas en Bolivia por CMMK.

³⁵³ Dúplica de la Demandada, párr. 274. Véase también Dúplica de la Demandada, sección 3.2.

³⁵⁴ Contestación a la Demanda, párr. 266; Dúplica de la Demandada, párr. 275.

³⁵⁵ Contestación a la Demanda, párr. 267.

³⁵⁶ Dúplica de la Demandada, párr. 276.

³⁵⁷ Dúplica de la Demandada, párr. 277; Contestación a la Demanda, párrs. 258-265.

³⁵⁸ Dúplica de la Demandada, párr. 278.

³⁵⁹ Dúplica de la Demandada, párr. 279; C-1, Tratado, artículo 8.1 (“*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 [...]*”).

³⁶⁰ Dúplica de la Demandada, párr. 280.

³⁶¹ Véase *infra* párrs. 266 *et seq.*

texto del Tratado pues la controversia en este caso es con una empresa canadiense y no del Reino Unido³⁶².

- (b) Segundo, la Demandada aduce que el objeto y fin del Tratado confirman esta exigencia pues la promoción y protección de la inversión sólo incumbe a inversionistas del Reino Unido y Bolivia. *Ex* artículo 31 de la Convención de Viena, el objeto y fin de un tratado tienen el mismo valor que sus disposiciones a efectos de interpretar su significado³⁶³. La Demandada argumenta que el objeto y fin del Tratado enunciados en el preámbulo no son proporcionar protección a inversiones y jurisdicción arbitral a cualquier compañía del mundo y señala que Bolivia no ha celebrado un tratado de inversión con Canadá para proteger a compañías canadienses como lo es SASC³⁶⁴. Así, la Demandada concluye que permitir el uso de una *shell company* para establecer la jurisdicción desconocería el consentimiento de Bolivia³⁶⁵.
- (c) Tercero, según la Demandada, la jurisprudencia arbitral (casos *Loewen*, *Venoklim Holding* y *TSA Spectrum*) también ha confirmado que el contenido, objeto y fin del Tratado impiden la jurisdicción sobre una controversia presentada por una *shell company*³⁶⁶. La Demandada hace referencia al caso *Loewen*, en el que la demandante cambió de nacionalidad en el curso del arbitraje y el tribunal concluyó que ésta había dejado de estar protegida por el tratado³⁶⁷, y al caso *Venoklim Holding*, en el que el tribunal levantó el velo corporativo para identificar a la verdadera parte en la controversia lo que implicó que el tribunal concluyese que carecía de jurisdicción³⁶⁸. La Demandada añade, aunque se trate de casos CIADI, es relevante que estos tribunales hayan ordenado el levantamiento del velo corporativo con este propósito, pues el Convenio CIADI contiene una disposición análoga a la del Tratado³⁶⁹. La Demandada mantiene que SAS se limita a referirse a decisiones de tribunales que se declararon competentes pero que éstos no sustentan su posición pues no resuelven la misma cuestión jurídica que debe resolver el Tribunal en este caso³⁷⁰.

242. En segundo lugar, la Demandada alega que los hechos de este caso demuestran que la controversia no es con la Demandante (SAS), sino con SASC, quien tiene *ab initio* un interés económico en

³⁶² Dúplica de la Demandada, párr. 281.

³⁶³ Dúplica de la Demandada, párr. 282.

³⁶⁴ Dúplica de la Demandada, párr. 283. Véase Transcripción de la Audiencia, Día 2, 418:3-15 (español).

³⁶⁵ Dúplica de la Demandada, párr. 283.

³⁶⁶ Dúplica de la Demandada, párr. 285.

³⁶⁷ Dúplica de la Demandada, párr. 286.

³⁶⁸ Dúplica de la Demandada, párr. 287.

³⁶⁹ Dúplica de la Demandada, párrs. 288-289.

³⁷⁰ Dúplica de la Demandada, párr. 290.

este arbitraje y quien ha celebrado y garantizado acuerdos para la financiación del mismo³⁷¹. La Demandada añade que SASC ha emitido acciones de clase especial cuyos rendimientos dependen de los resultados de este arbitraje³⁷². La Demandada indica que en virtud del acuerdo con el tercero financiador del arbitraje, éste también podría tener un interés directo en la decisión del Tribunal³⁷³.

243. La Demandada concluye que SASC es la única compañía que realizó una supuesta inversión y la única que tiene un interés en este arbitraje. No obstante, al ser SASC empresa canadiense, ésta no está protegida por el Tratado ya que no satisface el requisito de nacionalidad que éste impone³⁷⁴.

2. Posición de la Demandante

(a) El alcance del artículo 8.1 del Tratado

244. La Demandante alega que el Tratado establece una definición en términos generales de lo que constituye una ‘inversión’ y que tanto los tribunales de arbitraje internacional como la doctrina reconocen que la noción de ‘inversiones’ en los tratados bilaterales de inversión se extiende tanto a inversiones directas como indirectas³⁷⁵.

245. En el caso de inversiones indirectas con entidades intermediarias constituidas conforme a la legislación del Estado receptor, la inversión protegida consistiría en las acciones del inversionista en la sociedad local y los bienes de dicha sociedad local³⁷⁶.

246. La Demandante afirma que el artículo 8.1 del Tratado “*claramente aplica tanto a los propietarios directos como indirectos de una inversión que califica*”³⁷⁷. En opinión de la Demandante, la Demandada realiza una aplicación incorrecta de los principios interpretativos de la Convención de Viena en cuanto se basa “*exclusivamente en diccionarios para explicar su interpretación*” y examina únicamente el texto del artículo 8.1 del Tratado para abordar la cuestión de “*qué entidades tienen derecho a la protección de un tratado para ‘inversiones’ cubiertas*”³⁷⁸. Citando la decisión en el caso *Aguas del Tunari c. Bolivia*, señala la Demandante que la interpretación apropiada del artículo 8.1, teniendo en cuenta los distintos elementos previstos en el artículo 31

³⁷¹ Dúplica de la Demandada, párrs. 291-292. Véase también Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 16.

³⁷² Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 16.

³⁷³ Dúplica de la Demandada, párr. 292.

³⁷⁴ Dúplica de la Demandada, párr. 293; Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 18.

³⁷⁵ Escrito de Demanda, párrs. 109-110.

³⁷⁶ Escrito de Demanda, párr. 110.

³⁷⁷ Réplica de la Demandante, párr. 153.

³⁷⁸ Réplica de la Demandante, párr. 155.

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 por el Tratado³⁷⁹.

247. La Demandante afirma que la propiedad directa no es el único sentido corriente de la frase “inversión de la primera”³⁸⁰ y que podría igualmente ser indicativa de una relación contribuyente entre el demandante y la inversión³⁸¹. La Demandante sostiene que “[s]in mayor calificación del lenguaje, la frase ‘inversión de la primera’ en el [a]rtículo 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”³⁸².

248. Citando *CEMEX c. Venezuela*, la Demandante argumenta que el lenguaje del tratado bilateral de inversiones aplicable a ese caso era muy similar al del artículo 8.1 del Tratado y que el tribunal en ese caso señaló:

*“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 en el Tratado. Pero ello no entraña que dichos nacionales deban tener la propiedad directa de esas inversiones.”*³⁸³ (resaltado de la Demandante).

249. Igualmente, citando *Rurelec*, la Demandante afirma que el tribunal, que aplicaba el mismo tratado que se aplica en este arbitraje, confirmó la interpretación de *CEMEX c. Venezuela*, señalando que tenía jurisdicción respecto de las inversiones indirectas de *Rurelec*³⁸⁴.

250. Concluye la Demandante que 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 propiedad directa o indirecta del inversionista, y que no existe razón textual para la interpretación restrictiva propuesta por la Demandada³⁸⁵.

251. Señala la Demandante que el contexto, el objeto y el fin del Tratado demuestran que el artículo 8.1 se aplica por igual a los propietarios directos y a los indirectos. Respecto del contexto, la

³⁷⁹ Réplica de la Demandante, párr. 155 y 156.

³⁸⁰ Réplica de la Demandante, párr. 157; RLA-60, *Standard Chartered Bank c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI N.º ARB/10/12, Laudo, 2 de noviembre de 2012, párr. 216. Véase también Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 57.

³⁸¹ Réplica de la Demandante, párr. 157.

³⁸² Réplica de la Demandante, párr. 158, refiriéndose a Contestación a la Demanda, párrs. 229, 231-232.

³⁸³ CLA-100, *CEMEX Caracas Investments B.V. et al. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB/08/15, Decisión sobre Jurisdicción, 30 de diciembre de 2010, párr. 157.

³⁸⁴ Réplica de la Demandante, párr. 161; CLA-1, *Guaracachi America, Inc. et al. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CPA N.º 2011-17, Laudo, 31 de enero de 2014, párrs. 356, 365 y Capítulo XII(c).

³⁸⁵ Réplica de la Demandante, párr. 162; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 121:18 – 122:16 (inglés).

Demandante argumenta que, a la luz del artículo 31.2 de la Convención de Viena, el texto entero del Tratado, y no sólo el artículo 8.1, es altamente relevante, ya que dicho artículo 8.1 forma parte del contexto que informa la interpretación de la frase “inversión de la primera”³⁸⁶.

252. Según la Demandante, un primer elemento contextual es el artículo 1.a del Tratado –que resulta particularmente instructivo–, a cuyo tenor ‘inversiones’ se concibe de manera muy amplia e incluye necesariamente, en virtud de las frases “toda clase de bienes” y “participación en los bienes de dichas sociedades”, inversiones indirectas como las efectuadas por la Demandante³⁸⁷.
253. La Demandante sostiene que un segundo elemento contextual relevante es la inexistencia de exclusión expresa de las inversiones indirectas en el Tratado³⁸⁸. Según la Demandante, la Demandada se equivoca al afirmar que la inclusión de una referencia a la propiedad indirecta habría sido necesaria si se hubiesen querido incluir las inversiones indirectas³⁸⁹. La Demandante se apoya en la decisión de la CIJ en el caso *ELSI*³⁹⁰, en el razonamiento del tribunal en *Tza Yap Shum c. Perú*³⁹¹ y en la decisión del caso *Rurelec*, que en aplicación del Tratado sostuvo 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”³⁹². Según la Demandante, los tribunales de inversión han rehusado excluir las inversiones indirectas de la protección de los tratados cuando no hay un lenguaje expreso al efecto³⁹³.
254. Según la Demandante, a falta de un lenguaje excluyente claro y específico, y teniendo en cuenta la amplia definición de inversiones del artículo 1.a que comprende inversiones indirectas, la 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 califican³⁹⁴.

³⁸⁶ Réplica de la Demandante, párr. 164. Véase también Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 42.

³⁸⁷ Réplica de la Demandante, párr. 164; Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 58; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 122:13-25 (inglés).

³⁸⁸ Réplica de la Demandante, párr. 168; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 124:5-21 (inglés).

³⁸⁹ Réplica de la Demandante, párr. 170. Véase *supra* párr. 225.

³⁹⁰ CLA-107, *Elettronica Sicula SpA. (ELSI)*, Sentencia, Informes CIJ 1989, p. 15, párr. 50.

³⁹¹ Réplica de la Demandante, párr. 169; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 124:22 – 125:2 (inglés); CLA-104, *Tza Yap Shum c. República del Perú*, Caso CIADI N.º ARB/07/6, Decisión sobre Jurisdicción, 19 de junio de 2009, párrs. 106-107: “el Tribunal no encuentra indicaciones en el APPRI que lo lleven por principio a excluir del ámbito de aplicación del Tratado las inversiones indirectas [...] particularmente cuando se prueba que ejercen la propiedad y el control sobre las mismas. El Tribunal esperaría 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”.

³⁹² Réplica de la Demandante, párr. 170; CLA-1, *Guaracachi America, Inc. et al. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CPA N.º 2011-17, Laudo, 31 de enero de 2014, párr. 353.

³⁹³ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 59; CLA-1, *Guaracachi America, Inc. et al. c. The Plurinational State of Bolivia*, Caso CPA N.º 2011-17, Laudo, 31 de enero de 2014, párr. 353; CLA-104, *Tza Yap Shum c. The Republic of Peru*, Caso CIADI N.º ARB/07/6, Decisión sobre Jurisdicción, 19 de junio de 2009, párrs. 106-107.

³⁹⁴ Réplica de la Demandante, párr. 171.

255. La Demandante aclara que, contrariamente a lo sugerido por la Demandada³⁹⁵, no está sugiriendo dejar de lado el principio de que los tribunales tienen jurisdicción sobre las controversias respecto de las cuales existe consentimiento expreso³⁹⁶, sino que su posición es que las partes del Tratado *han consentido expresamente al arbitraje respecto de las inversiones indirectas porque el artículo 8.1 se refiere a dichas inversiones* (resaltado de la Demandante)³⁹⁷.
256. La Demandante pasa a continuación a desacreditar la relevancia de las instancias legales sobre las que la Demandada habría fundamentado su posición³⁹⁸. En cuanto a la opinión disidente del Juez Read en *Anglo-Iranian Oil*, la Demandante sostiene que ésta no sólo no reflejaba el punto de vista mayoritario de la CIJ, sino que su debate sobre el efecto de omitir los términos “directa o indirectamente” es una declaración *obiter dicta* especulativa incluida en una opinión disidente, lo que, según la Demandante, “*es difícilmente evidencia convincente y debería ser desestimada*”³⁹⁹.
257. Por lo que respecta al caso *Brown c. Scott*, la Demandante alega que la Demandada habría hecho una cita interesada del razonamiento expuesto en ese caso, omitiendo que, según la Demandante, éste destacó que la presunción general en la que se basa la Demandada: “*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*”⁴⁰⁰. Según la Demandante, “*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*”⁴⁰¹.

³⁹⁵ Véase *supra* párr. 227.

³⁹⁶ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 60. La Demandante destaca que, en cualquier caso, la doctrina y la jurisprudencia que Bolivia cita en respaldo de su alegación se refiere a cláusulas de nación más favorecida y tanto es irrelevante. Véase Dúplica de la Demandada, párr. 257, nota al pie 419.

³⁹⁷ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 60.

³⁹⁸ Véase *supra* párr. 256, nota al pie 298, párr. 259.

³⁹⁹ Réplica de la Demandante, párr. 172; RLA-50, *Anglo-Iranian Oil Co. (Reino Unido c. Irán)*, 1952, caso CIJ, sentencia del 22 de julio de 1952, ICJ Reports 1952, en 93, 145. La Demandante sostiene que la Demandada se basa en la siguiente declaración de 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.*”

⁴⁰⁰ Réplica de la Demandante, párr. 173; RLA-51, *Brown c. Stott*, [2003] 1 AC 681, p. 703.

⁴⁰¹ Réplica de la Demandante, párr. 173.

258. Por último, la Demandante aborda 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 tratado⁴⁰². Según la Demandante, la Demandada no logra cuadrar este punto de vista con la regla 33 del propio tratado de Douglas, el cual, afirma la Demandante, 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”⁴⁰³. La Demandante califica como revelador que el profesor Douglas no incluya lo opuesto como regla y añade que, además, éste se refiere a dos casos en 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”⁴⁰⁴. La Demandante afirma que existen varios casos más en este sentido, referidos anteriormente, que en el contrario⁴⁰⁵.
259. En cuanto al objeto y al fin del Tratado, según la Demandante también éstos apoyan el punto de vista de que el artículo 8.1 se aplica tanto a los propietarios directos como a los indirectos⁴⁰⁶. La Demandante se refiere al título del Tratado⁴⁰⁷, su preámbulo⁴⁰⁸ y al artículo 2.1⁴⁰⁹ para afirmar que éstos sugieren que las partes del Tratado deseaban maximizar el flujo de inversiones, que, según la Demandante, incluirían las inversiones indirectas en ausencia de algún lenguaje que indique lo contrario⁴¹⁰.
260. La Demandante concluye que su posición respecto del artículo 8.1 “*se mantiene, con creces, indiscutida*” y que esto debería llevar al Tribunal a concluir que tiene jurisdicción sobre sus pretensiones en este arbitraje⁴¹¹.

⁴⁰² Réplica de la Demandante, párr. 174; RLA-53, Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, p. 311, párr. 580.

⁴⁰³ Réplica de la Demandante, párr. 174; RLA-53, Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, p. 310.

⁴⁰⁴ Réplica de la Demandante, párr. 174; RLA-53, Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, p. 311, párr. 580.

⁴⁰⁵ Réplica de la Demandante, párr. 174; véase también *supra* párrs. 251-253.

⁴⁰⁶ Réplica de la Demandante, párr. 175; Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 58.

⁴⁰⁷ C-1, Tratado (“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 1988, y en vigor desde el 16 de febrero de 1990”).

⁴⁰⁸ C-1, Tratado. Según la Demandante, 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*”.

⁴⁰⁹ C-1, Tratado, artículo 2.1 (“[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...”).

⁴¹⁰ Réplica de la Demandante, párr. 175.

⁴¹¹ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 61. La Demandante señala que Bolivia no ha rebatido las críticas de SAS respecto de la opinión disidente del Juez Read en *Anglo Iranian Oil* y de la decisión de *Brown c. Stott* (véase *supra* párrs.

261. La Demandante considera que no es necesario acudir a medios de interpretación complementarios⁴¹² en este caso. El artículo 32 de la Convención de Viena no se refiere a medios de interpretación alternativos u autónomos, sino de un auxilio a la regla general de interpretación⁴¹³.
262. En este caso, “*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’*”⁴¹⁴ por lo que, según la Demandante, no existe razón para acudir a los medios de interpretación complementarios.
263. Pero aún si el Tribunal decidiese basarse en medios de interpretación complementarios, que incluirían “*los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración*” según el artículo 32 de la Convención de Viena⁴¹⁵, los tratados invocados por la Demandada no son parte de dichas circunstancias⁴¹⁶. Las circunstancias a que se refiere la disposición citada se refieren a las circunstancias contemporáneas “*y el contexto histórico en que se concluyó el tratado*”⁴¹⁷ y por lo tanto no pueden incluir tratados concluidos con posterioridad a la firma del Tratado⁴¹⁸.
264. Con respecto a los tratados firmados antes de la firma del Tratado, la Demandada no ha establecido que formen parte de esas circunstancias⁴¹⁹, ya que no ha demostrado que las partes del Tratado discutiesen los tratados bilaterales de inversión Bolivia-Suiza y Bolivia-Alemania en sus negociaciones, o que el Reino Unido tuviese (o hubiese tenido que tener) conocimiento de estos dos tratados. La Demandante califica de revelador el hecho de que la Demandada no haya

256-257), en los que Bolivia se basa en la Contestación a la Demanda para respaldar sus objeciones a la jurisdicción. La Demandante añade que si bien Bolivia ya no se apoya en la opinión disidente del Juez Read en su Dúplica, sí cita nuevamente a *Brown c. Stott* como si no hubiera nada incorrecto (véase *supra* párr. 226).

⁴¹² Réplica de la Demandante, párr. 177. La Demandante se refiere a y describe el argumento de la Demandada de 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 (véase *supra* párr. 228).

⁴¹³ Réplica de la Demandante, párr. 179.

⁴¹⁴ Réplica de la Demandante, párr. 180; Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 62.

⁴¹⁵ CLA-11, Convención de Viena, artículo 32.

⁴¹⁶ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 64; véase *supra* párr. 228 y nota al pie 305.

⁴¹⁷ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 64; CLA-179, Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, “Third Report on the law of treaties,” en *Yearbook of the International Law Commission* (1964), vol. II, pág. 59, en 22.

⁴¹⁸ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 64; refiriéndose a los TBI Bolivia-Francia, Bolivia-BLEU, Bolivia-Suecia y Bolivia-Italia. Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 1, 125:15 – 126:2 (inglés);

⁴¹⁹ Transcripción de la Audiencia, Día 1, 126:3-8 (inglés);

presentado los *travaux préparatoires* a pesar de que la Demandante ya había señalado su ausencia en su Réplica⁴²⁰.

265. La Demandante añade que la jurisprudencia en arbitraje de inversiones ha rehusado frecuentemente basarse en otros tratados al interpretar las disposiciones de un tratado específico⁴²¹ y concluye señalando que, en consecuencia, el artículo 32 de la Convención de Viena no presta apoyo alguno a la errónea interpretación del artículo 8.1 del Tratado que hace la Demandada⁴²².

(b) Sobre la protección de los inversionistas indirectos por el Tratado

266. La Demandante afirma que para la jurisdicción del Tribunal es suficiente que la Demandante pueda demostrar que cumple con la definición del Tratado de ‘nacional’ o ‘sociedad’ (artículos 1.c o 1.d), que su inversión cumple los requisitos establecidos del artículo 1.a, y que es el propietario, directo o indirecto, de la inversión⁴²³. No existe ningún otro requisito conforme al Tratado y la Demandada ha admitido que SAS es una sociedad protegida bajo el Tratado y que es propietaria de inversiones que califican en Bolivia⁴²⁴. La Demandante añade que: “*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*”⁴²⁵.

267. Según la Demandante la propiedad en última instancia es irrelevante para la jurisdicción del Tribunal⁴²⁶.

268. En primer lugar, la Demandada no identifica cuál es la disposición del Tratado que exigiría que el inversionista sea el propietario final y que el preámbulo, citado por la Demandada⁴²⁷ no prevé dicho requerimiento⁴²⁸. El laudo del caso *Lemire*, que según la Demandante aplicaba un TBI con un preámbulo similar al Tratado, señaló que no se puede exigir o inferir un requisito de origen de

⁴²⁰ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 64. Véase Réplica de la Demandante, párr. 181.

⁴²¹ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 65; Réplica del Demandante, párr. 182; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 126:9-18 (inglés).

⁴²² Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 65.

⁴²³ Dúplica sobre jurisdicción de la Demandante, párr. 66; Réplica de la Demandante, párr. 186; Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 44.

⁴²⁴ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 66.

⁴²⁵ Réplica de la Demandante, párr. 187; Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 67; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 127:6 – 128:3 (inglés); Memorial Post-Audiencia de SAS, párrs. 40-47.

⁴²⁶ Réplica de la Demandante, párr. 184.

⁴²⁷ Véase *supra* párr. 233.

⁴²⁸ Réplica de la Demandante, párr. 185. Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 1, 128:21 – 129:13 (inglés); Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 40.

capital⁴²⁹. En cuanto a los demás laudos arbitrales citados por la Demandada en los que se interpretó la definición de “inversión”, se trata de casos CIADI que resultan completamente improcedentes con respecto a este procedimiento arbitral en virtud del Reglamento CNUDMI conforme al Tratado, entre el Reino Unido y Bolivia⁴³⁰.

269. En síntesis, el Tratado protege a los propietarios indirectos, aunque no sean los propietarios finales de las inversiones que califican, porque no existe requisito en el Tratado que prevea lo contrario⁴³¹.
270. En segundo lugar, según la Demandante, ninguno de los laudos citados por la Demandada dice, como lo asevera Bolivia, que cuando un tratado de inversión protege la propiedad indirecta únicamente protege a los propietarios finales⁴³². Afirma la Demandante que ni en *Siemens c. Argentina*, ni en *Kardassopoulos c. Georgia*, ni en *BG Group c. Argentina* y menos aún en *Rurelec*, el tribunal indicó que la propiedad final fuese una condición obligatoria que debía ser observada para poder beneficiarse de un tratado que protege la propiedad indirecta. Por el contrario, varios tribunales han sostenido que tenían jurisdicción sobre demandantes que eran propietarios indirectos de inversiones que califican sin ser a la vez los propietarios finales de dichas inversiones⁴³³.
271. Pero adicionalmente, como parte que objeta la jurisdicción, la Demandada tiene la carga de demostrar que únicamente los propietarios indirectos finales tienen protección, y la Demandada no ha presentado un argumento concluyente de por qué el Tratado al proteger la propiedad indirecta se limita a proteger a los propietarios finales⁴³⁴.
272. Señala la Demandante que, en su escrito de Dúplica, la Demandada parecería haber abandonado su pretensión relativa a la ausencia de protección del propietario final bajo el Tratado, para pasar a argumentar que el Tribunal carece de competencia porque SAS no “realizó” ninguna inversión en Bolivia⁴³⁵. La Demandante critica la interpretación de la Demandada en cuanto a que la expresión “inversión de la primera” contenida en el artículo 8.1 del Tratado exige que la Demandante haya participado activamente en la realización de la inversión⁴³⁶. Lo que el artículo

⁴²⁹ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 41; CLA-49, *Lemire*, Decision on Jurisdiction & Liability, párrs. 56-57.

⁴³⁰ Réplica de la Demandante, párr. 185. Véase *supra* párrs. 233-233(a).

⁴³¹ Réplica de la Demandante, párr. 188.

⁴³² Réplica de la Demandante, párr. 189.

⁴³³ Réplica de la Demandante, párr. 194.

⁴³⁴ Réplica de la Demandante, párr. 195.

⁴³⁵ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 70, en referencia a la Dúplica de la Demandada, párrs. 264-265.

⁴³⁶ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 70, en referencia a la Dúplica de la Demandada, párrs. 264-265.

8.1 exige es que la inversión *pertenezca* al demandante directa o indirectamente, y no una participación activa en la realización de la inversión⁴³⁷.

273. El Tratado tampoco contiene dicho requisito y los casos *Caratube* y *Standard Chartered Bank* no sustentan la posición de la Demandada en cuanto los tratados subyacentes en tales casos no son suficientemente similares al que es materia de este arbitraje y los supuestos de hecho eran también diferentes⁴³⁸. En efecto, en el presente arbitraje no se debate el tema de control extranjero, como en el caso *Caratube*⁴³⁹, ni el Tratado contiene el lenguaje que dispone que una inversión debe “realizarse” (“*made*”) en el territorio de la Parte Contratante, como en el caso *Standard Chartered Bank*⁴⁴⁰. La Demandante afirma, además, que “[a]quí, no existe controversia alguna respecto a que *South American Silver Ltd.* ‘hizo algo como parte del proceso de inversión’”⁴⁴¹, a diferencia de en *Standard Chartered Bank*, donde la conexión entre la demandante y la inversión era muy tenue⁴⁴².
274. Por último, la Demandante niega la existencia de la llamada noción objetiva de ‘inversión’⁴⁴³ y señala que el *test Salini* no tiene el reconocimiento y aceptación que señala la Demandada⁴⁴⁴. Se trata de un test desarrollado en el marco de los arbitrajes CIADI⁴⁴⁵ y que ni siquiera es adoptado siempre en esos arbitrajes⁴⁴⁶. Además de los dos casos referenciados por la Demandada - como casos en que se ha aplicado el *test Salini* sin ser arbitrajes CIADI - uno de ellos ni siquiera menciona el citado test y el otro fue criticado por haberlo hecho (*Romak*)⁴⁴⁷. La Demandante

⁴³⁷ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 71; RLA-48, Oxford English Dictionary (la preposición “*of*” (“*de*”) podría indicar “*an association between two entities, typically one of belonging*”). Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 1, 129:14 – 130:2 (inglés).

⁴³⁸ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 72, en referencia a la Dúplica de la Demandada, párrs. 268-270, y párr. 76. Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 1, 130:3-7 (inglés).

⁴³⁹ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 73.

⁴⁴⁰ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 74; Memorial Post-Audiencia de SAS, párrs. 45-46.

⁴⁴¹ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 75. Véase Escrito de Demanda, párr. 33 (Fig. 1). La Demandante expone la estructura que la relaciona con la inversión (su participación al 100% de sus filiales bahameñas y la participación de éstas al 100% en CMMK, propietaria de las Concesiones Mineras que constituyen el Proyecto).

⁴⁴² La Demandante explica que se trataba de una compra de préstamos realizada exclusivamente por la filial hongkonesa de la demandante (entidad de Reino Unido) sobre la que además no tenía el control. Véase Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 46.

⁴⁴³ Memorial Post-Audiencia de SAS, párrs. 53-54. La Demandante aborda la referencia de la Demandada al caso *Saba Fakes c. Turquía* y afirma que es irrelevante puesto que el tribunal de ese caso se refería a la definición de ‘inversión’ en el sentido del artículo 25.1 del Convenio CIADI, no a un significado objetivo del término fuera del marco del Convenio CIADI.

⁴⁴⁴ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 77, citando la Dúplica de la Demandada, párr. 266.

⁴⁴⁵ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 77; Memorial Post-Audiencia de SAS, párrs. 48-50.

⁴⁴⁶ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 77; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 131:11-17 (inglés); Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 49.

⁴⁴⁷ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 79. La Demandante señala que, comentando sobre el uso del *Salini test* por parte del tribunal de *Romak*, el tribunal de *Rurelec* destacó que su aplicación fue “*exceptional*” y “*fact-specific*”.

señala además que el caso *Romak* tenía unas circunstancias fácticas y consideraciones de *policy* que no concurren en el presente caso⁴⁴⁸.

275. En conclusión, no existe razón alguna para que el Tribunal aplique el *test Salini* en este caso. El Tribunal únicamente necesita cerciorarse de que las inversiones de SAS satisfacen la definición de ‘inversión’ del artículo 1.a del Tratado para establecer su jurisdicción⁴⁴⁹. Pero incluso si los requisitos del *test Salini* fuesen aplicables (lo cual la Demandante niega) no es posible discutir que las acciones de CMMK y las Concesiones, esto es, la inversión en discusión en este caso, satisfacen los requisitos de dicho test de contribución de recursos, riesgo, duración y contribución al desarrollo económico del Estado receptor (en este caso, Bolivia)⁴⁵⁰.

(c) Sobre si SAS es una parte interesada en la presente controversia

276. La Demandante sostiene que aceptar el argumento de la Demandada a favor de que se levante el velo corporativo supondría un requisito adicional a la jurisdicción del Tribunal no previsto en el Tratado⁴⁵¹. La Demandante alega que ni el artículo 8.1 del Tratado ni su preámbulo exigen que el Tribunal tenga en consideración la nacionalidad del propietario final de SAS para poder decidir sobre su jurisdicción⁴⁵².

277. La Demandante afirma que la jurisprudencia es unánime en cuanto a que, en relación con la consideración de la nacionalidad del demandante a efectos jurisdiccionales, el velo corporativo no debe levantarse salvo en circunstancias excepcionales, como en caso de fraude⁴⁵³. La Demandante señala que ni existe ni se ha alegado tal circunstancia en el presente arbitraje⁴⁵⁴. En cuanto a las decisiones invocadas por la Demandada, la Demandante mantiene que son irrelevantes por basarse en un conjunto de elementos jurídicos ausentes en este arbitraje⁴⁵⁵.

278. En relación a *TSA Spectrum c. Argentina*, la Demandante señala que la decisión del tribunal de levantar el velo corporativo se basó en el lenguaje específico del Convenio CIADI, que es irrelevante para el presente arbitraje⁴⁵⁶.

⁴⁴⁸ Memorial Post-Audiencia de SAS, párrs. 51-52.

⁴⁴⁹ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 80; Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 50.

⁴⁵⁰ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 50.

⁴⁵¹ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 81.

⁴⁵² Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 82.

⁴⁵³ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 82; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 132:4-8 (inglés).

⁴⁵⁴ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 82.

⁴⁵⁵ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 82.

⁴⁵⁶ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 83; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 132:19 – 133:2 (inglés).

279. Según la Demandante, tampoco es aplicable el caso *Venoklim Holding c Venezuela*, arbitraje iniciado conforme a la Ley de Promoción y Protección de Inversiones venezolana⁴⁵⁷. La Demandante señala que la decisión del tribunal de levantar el velo corporativo se basó en la definición de la ley venezolana de ‘inversor’, que exigía un control efectivo sobre la inversión; lo cual no está aquí en cuestión⁴⁵⁸.
280. En cuanto al caso *Loewen*, la Demandante señala que el levantamiento del velo se realizó sobre la base de la norma de nacionalidad continua ya que uno de los demandantes cambió de nacionalidad durante el arbitraje⁴⁵⁹. La Demandante arguye que este caso es irrelevante para el presente arbitraje puesto que dicha norma ni ha sido invocada ni es aplicable⁴⁶⁰. Añade que la decisión fue criticada por destacados comentaristas⁴⁶¹.
281. Así, la Demandante concluye que ni el Tratado ni la jurisprudencia relativa a tratados de inversión justifican el levantamiento del velo corporativo en este caso⁴⁶².

3. Consideraciones del Tribunal

(a) El alcance del artículo 8.1 del Tratado en relación con la propiedad indirecta

282. Las Partes no disputan que la interpretación del Tratado en general, y la interpretación del artículo 8.1 del Tratado en particular, debe hacerse atendiendo a lo dispuesto por los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena.
283. Tampoco disputan las Partes que (a) la Demandante es una sociedad constituida en Bermudas⁴⁶³, que es uno de los territorios a los cuales se extiende el Tratado de conformidad con el artículo 11 del mismo⁴⁶⁴; (b) la Demandante es la única accionista de cada una de las sociedades Malku Khota Ltd., G.M. Campana Ltd. y Productora Ltd., sociedades constituidas en las Bahamas⁴⁶⁵; (c) Malku

⁴⁵⁷ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 84; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 133:3-7 (inglés).

⁴⁵⁸ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 84.

⁴⁵⁹ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 85; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 133:8-13 (inglés); RLA-223, *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. United States of America*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/98/3, Laudo, 26 de junio de 2003, párr. 225.

⁴⁶⁰ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 85.

⁴⁶¹ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 85. Véase, por ejemplo, CLA-190, Maurice Mendelson, “Runaway Train: The ‘Continuous Nationality’ Rule from the *Panavezys-Saldutiskis Railway* case to *Loewen*”, en Todd Weiler (ed.), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (Cameron May, 2005) en 51.

⁴⁶² Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 86.

⁴⁶³ C-10.

⁴⁶⁴ C-1, artículo 11 y C-2.

⁴⁶⁵ C-6, pág. 11; C-7, págs. 16-17; C-8, pág. 11.

Khota Ltd., G.M. Campana Ltd. y Productora Ltd., son las únicas accionistas de CMMK⁴⁶⁶; y (d) CMMK es una compañía constituida en Bolivia⁴⁶⁷, titular de las Concesiones Mineras⁴⁶⁸. Se trata entonces de una situación en que claramente la Demandante detenta la totalidad de las acciones de quienes son a su vez accionistas de la sociedad titular de las Concesiones Mineras (CMMK).

284. La disputa, en lo que se refiere a la objeción jurisdiccional que se analiza, se centra específicamente en determinar si el hecho de que la Demandante detente la totalidad de las acciones de las únicas accionistas de CMMK, y no sea la Demandante la accionista directa de CMMK resulta, a la luz del artículo 8.1 del Tratado, en que el Tribunal no tendría jurisdicción por no ser la Demandante la propietaria directa de las acciones.

285. El artículo 8.1 del Tratado, cuya interpretación discuten las Partes señala:

(1) Las diferencias entre un nacional o una sociedad de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante concernientes a una obligación de la última conforme a este Convenio y en relación con una inversión de la primera que no hayan sido arregladas legalmente y amigablemente, pasado un periodo 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. (subraya el Tribunal).

286. Según la Demandada, por las razones que se expusieron en el resumen de su posición, el consentimiento al arbitraje en el artículo 8.1 del Tratado se dio para diferencias entre Bolivia e inversionistas del Reino Unido concernientes a obligaciones de Bolivia con una sociedad del Reino Unido en relación con una inversión “de” esa sociedad. La expresión “de”, según la Demandada, implica que el inversionista debe ser propietario o titular directo de la inversión. Como la Demandante no tiene la propiedad directa de las acciones de CMMK ni de las Concesiones Mineras, alega la Demandada que no habría jurisdicción del Tribunal porque la controversia no tendría relación con una inversión “de” la Demandante.

287. La labor que le corresponde al Tribunal en este caso no es la de establecer una doctrina general sobre la protección de las llamadas “inversiones indirectas”, ni la de pronunciarse, en términos generales, sobre los eventuales derechos de los accionistas de una sociedad por las actuaciones de un Estado que lleguen a afectar a la sociedad de la cual son accionistas. La excepción jurisdiccional planteada por la Demandada se refiere específicamente al Tratado y al alcance del consentimiento de la Demandada en el Tratado. En ese orden de ideas, el Tribunal analizará la

⁴⁶⁶ C-9 y C-37.

⁴⁶⁷ C-11.

⁴⁶⁸ Véase C-31; C-32; C-33; C-34; C-35; C-36.

excepción jurisdiccional tal como fue planteada, en relación con el Tratado, e interpretará el Tratado a la luz de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena.

288. Disponen las citadas reglas de interpretación de la Convención de Viena:

“Artículo 31. Regla general de interpretación

1.- Un 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.

2.- Para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3.- Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) Toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4.- Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Artículo 32. Medios de interpretación complementarios

Se podrán 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.”

289. De la lectura de estas normas de la Convención de Viena resultan dos conclusiones. En primer lugar, que la regla de interpretación contenida en el artículo 31 es una sola regla integral que se debe aplicar en su totalidad y no tomando el texto, contexto, objeto y fin como elementos aislados o separados. El artículo 31 citado consagra una “Regla General de Interpretación” —no reglas de interpretación independientes— según la cual el Tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en su contexto y teniendo en cuenta su

objeto y fin, considerando, además que hacen parte del contexto del Tratado su preámbulo, sus anexos, todo acuerdo o práctica entre los Estados parte referido al Tratado o a su interpretación o aplicación. El Tribunal también deberá aplicar el principio de interpretación sistémica, conforme lo indicó en el párrafo 212 y siguientes del laudo.

290. En segundo lugar, que la regla de interpretación contenida en el artículo 32 es complementaria y sólo procede cuando se pretenda confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido de un término cuando, al aplicar la regla del artículo 31, éste resulta ser ambiguo, oscuro o conduce a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.
291. Es decir, el Tribunal debe hacer un esfuerzo por interpretar el Tratado otorgándole primacía al sentido corriente del texto, tomando en consideración su contexto y su objeto y fin. Para confirmar el sentido resultante de este ejercicio interpretativo, o en la medida en que dicha interpretación deje algún grado de ambigüedad u oscuridad en cuanto al sentido de algún término, o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable, el Tribunal podrá acudir a los medios de interpretación complementarios contemplados en el artículo 32 de la Convención de Viena, es decir, a los trabajos preparatorios del Tratado o las circunstancias de su celebración.
292. Es cierto, como lo anota la Demandada, que tanto en el idioma inglés como en el español la preposición “de” denota pertenencia. Así lo señalan el Diccionario de la Real Academia Española y *Oxford Dictionaries* citados por la Demandada. En principio este sería el sentido corriente de la expresión. Pero aún si el Tribunal se detuviera solamente en el sentido corriente de la palabra, partiendo de los mismos diccionarios citados por la Demandada, el término “pertenencia” no significa solamente “propiedad” y menos aún “propiedad directa”⁴⁶⁹.
293. La regla de interpretación del artículo 31 de la Convención de Viena no permite, como ya lo señaló el Tribunal, detenerse solamente en el sentido corriente del texto, sino que el mismo debe analizarse teniendo en cuenta el contexto, con todos sus elementos, y el objeto y fin del Tratado.
294. Dentro del contexto encuentra el Tribunal que es claramente relevante la definición de inversión contenida en el artículo 1 del Tratado según la cual:

Para los fines del presente Convenio

(a) el concepto "inversiones" significa toda clase de bienes capaces de producir rentas y en particular, aunque no exclusivamente, comprende:

⁴⁶⁹ Si bien el Diccionario de la Real Academia Española incluye “cosa que es propiedad de alguien determinado” como acepción de la palabra pertenencia, incluye también, por ejemplo, “relación de una cosa con quien tiene derecho a ella”. Por su parte *Oxford Dictionaries*, igualmente citado por la Demandada, no limita la preposición “of” a una acepción de propiedad.

(i) bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales, como hipotecas y derechos de prenda;

(ii) acciones, títulos y obligaciones de sociedades o participación en los bienes de dichas sociedades;

(iii) derechos a fondos o a prestaciones bajo contrato que tengan un valor económico;

(iv) derechos de propiedad intelectual y goodwill;

(v) cualesquiera concesiones de tipo comercial otorgadas por las Partes Contratantes de conformidad con sus respectivas leyes, incluidas las concesiones para la exploración, cultivación, extracción o explotación de recursos naturales.

Un cambio de la forma de inversión de los bienes no afecta su condición de inversiones.

Las inversiones realizadas antes de la fecha de entrada en vigor así como las realizadas después de la entrada en vigor se beneficiaran de las disposiciones del presente Convenio.

(b) el concepto "rentas" designa las cantidades que corresponden a una inversión de capital y en particular, aunque no exclusivamente, comprende beneficios, intereses, ganancias de capital, dividendos, cánones y honorarios.

295. No está en discusión que las acciones de sociedades, por una parte, y las concesiones para la exploración de recursos minerales, por la otra, se califican como inversiones bajo el Tratado⁴⁷⁰. El citado artículo contiene una definición amplia, en la que se parte de la equiparación de la inversión con “*bienes capaces de producir rentas*” y se listan una serie de bienes y derechos que constituyen inversiones. La misma disposición señala que se trata de un listado que no es limitativo. Si bien los ejemplos allí listados sirven de referencia a lo que los Estados en el Tratado quisieron proteger como inversión, nada en el texto de la definición de inversión del Tratado, ni en las inversiones listadas a título de ejemplo sugiere que la “pertenencia” a la que se refiere la preposición “de” contenida en el artículo 8.1 esté limitada a la propiedad directa. En el presente caso, las Partes no disputan que tanto las acciones en CMMK como las Concesiones Mineras se encuadran en la definición de inversión bajo el artículo 1 del Tratado⁴⁷¹.

⁴⁷⁰ En efecto, así lo ha reconocido expresamente la Demandada al afirmar: “*En este caso, aunque SAS se encuadra en la definición de inversionista y tanto las acciones en CMMK como las Concesiones Mineras se encuadran en la definición de inversión, SAS no es su verdadera propietaria.*” (Contestación a la Demanda, párr. 224). Véase también Contestación a la Demanda, párr. 240 (“Cuando una objeción se refiere a la definición de ‘inversión’, critica la forma que toma el bien que se reputa inversión (v.gr., ¿es el bien en cuestión en realidad una concesión, acción, o título?), **que no es el caso que nos ocupa.**”) (Énfasis añadido)

⁴⁷¹ Escrito de Demanda, párr. 110; Contestación a la Demanda, párr. 224; Réplica de la Demandante, párr. 150; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 120:20-24 y 210:2-3 (inglés).

296. Siguiendo con el contexto, de la revisión de sus disposiciones resulta claro para la mayoría del Tribunal que no hay ningún artículo del Tratado que, aisladamente o en contexto con los demás, corrobore o sugiera como posible, una interpretación como la que propone la Demandada para el artículo 8.1 o que permita concluir que debe excluirse la propiedad indirecta.
297. Con respecto al objeto y fin del Tratado, su preámbulo, que también hace parte del contexto según el artículo 31.2 de la Convención de Viena, señala que los Estados parte en el mismo están animados por el “*deseo de crear condiciones favorables para mayores inversiones de capital de los nacionales o sociedades de un Estado en el territorio del otro Estado*” y reconocen que “*el fomento y la protección recíproca mediante acuerdos internacionales de esas inversiones de capital pueden servir para estimular la iniciativa económica privada y aumentará la prosperidad de ambos Estados*”.
298. Por su parte, el artículo 2.1 del Tratado dispone que cada Estado parte en el Tratado “*fomentará y creará condiciones favorables para nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante para realizar inversiones de capital dentro de su respectivo territorio y, conforme a su derecho de ejercer los poderes conferidos por sus respectivas leyes, admitirá dicho capital*”. La mayoría del Tribunal observa que el preámbulo utiliza un lenguaje amplio en el que los Estados parte se comprometen a crear condiciones favorables para la inversión, sin que parezca que se restringe en forma alguna la manera en que puede realizarse la inversión cuando de sociedades se trata.
299. En síntesis, no encuentra la mayoría del Tribunal que la interpretación del Tratado bajo la regla del artículo 31 de la Convención de Viena pueda conducir a una conclusión como la que plantea Bolivia respecto del alcance del artículo 8.1 del Tratado.
300. En cuanto al artículo 32 de la Convención de Viena, la conclusión a la que llega la mayoría del Tribunal respecto del artículo 8.1 no conduce a un resultado manifiestamente absurdo ni irrazonable ni implica que el texto del Tratado sea ambiguo u oscuro. Pero aún si fuere preciso confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31 de la Convención de Viena, o si éste fuere ambiguo u oscuro, o manifiestamente absurdo o irrazonable, [REDACTED]
301. Tratándose específicamente de la estructura societaria, no surge del texto, contexto, objeto y fin del Tratado, ni está demostrado con pruebas contemporáneas a la negociación o celebración del Tratado que, como lo sugiere la Demandada, la estructura societaria mediante la cual una sociedad adquiere el control total de otra sociedad a través de una o más sociedades sea una figura novedosa en el derecho societario que no se tuvo en cuenta al momento de celebrar el Tratado. Pero además, encuentra el Tribunal que no se trata de una estructura particularmente sofisticada ni ajena al

mundo societario como para considerar que ese tipo de estructura no era previsible por los Estados parte en el Tratado si hubieren querido restringirla o prohibirla.

302. La Demandada sostiene que dentro de las circunstancias de la celebración del Tratado de que trata el artículo 32 de la Convención de Viena deben tenerse en cuenta tratados contemporáneos celebrados por Bolivia en la época en que se celebró el Tratado. En esos tratados, según la Demandada, se incluyó la propiedad indirecta, lo que demostraría que cuando ha querido incluirla la Demandada lo ha hecho expresamente.
303. La mayoría del Tribunal no está de acuerdo. En primer lugar, porque las circunstancias a que se refiere el artículo 32 de la Convención de Viena son las circunstancias de la celebración del Tratado (“*las circunstancias de su celebración*”) y el contexto histórico en que se concluyó el Tratado, no otros tratados respecto de los cuales no esté demostrado que hayan sido parte de las circunstancias de la celebración del Tratado. En segundo lugar, porque no ha probado la Demandada que los tratados firmados antes o coetáneamente con el Tratado, o las disposiciones sobre propiedad contenidas en esos tratados, formaron parte de las circunstancias de la celebración del Tratado, de las discusiones entre Bolivia y el Reino Unido en relación con el contenido del Tratado, o fueron considerados o tenidos en cuenta por ambos Estados parte – no por uno solo de ellos –, al negociar y suscribir el Tratado. En tercer lugar, porque aún si fuere necesario en este caso aplicar el artículo 32 de la Convención de Viena, no existiendo prueba de que los tratados invocados por Bolivia formaron parte de las circunstancias de la celebración del Tratado, no podría el Tribunal restringir o ampliar el texto y el contexto del Tratado mediante el simple ejercicio de comparación textual del Tratado con otros tratados celebrados por terceros Estados con la Demandada. Finalmente, no encuentra el Tribunal alegado ni demostrado por qué se puede hacer un análisis contemporáneo de las circunstancias de la celebración del Tratado sin tener en cuenta hechos o documentos que reflejen cuál era la posición del otro Estado parte en el Tratado que se analiza.
304. En relación con las decisiones citadas por las Partes, la mayoría del Tribunal encuentra que dos de ellas son particularmente relevantes. La primera, por tratarse de un texto casi idéntico al del Tratado, la decisión de jurisdicción en el caso *Cemex c. Venezuela* en la cual el tribunal, frente al texto que se refería a la “inversión de” concluyó:

“157. 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 en el Tratado. Pero ello no entraña que dichos nacionales deban tener la propiedad directa de esas inversiones. Análogamente, cuando en el TBI se menciona a las inversiones hechas ‘en’ el territorio de una Parte Contratante, todo lo que exige es

que el lugar en que se realice la misma inversión se encuentre en ese territorio. Ello no entraña que esas inversiones deban ser hechas ‘directamente’ en dicho territorio.

158. Por lo tanto, como lo reconocieron varios tribunales arbitrales en casos similares, las Demandantes tienen jus standi en el presente caso. No puede hacerse lugar a la excepción presentada por la Demandada a la jurisdicción del Tribunal en virtud del TBI.”⁴⁷²

305. La segunda, por tratarse de un caso en el que el tribunal interpretó el artículo 8.1 del Tratado, el laudo de *Rurelec c. Bolivia*, en el cual el tribunal correspondiente señaló:

“352. En cuanto al argumento del Demandado de que las inversiones indirectas no se encuentran protegidas por el TBI Reino Unido-Bolivia, el Tribunal destaca que el artículo 1 contiene –al igual que la mayoría de los TBIs– una definición muy amplia de “inversión”. El artículo 1 define “inversión” como “toda clase de bienes capaces de producir rentas”, lo que naturalmente comprendería las “inversiones indirectas” mediante la adquisición de acciones en una sociedad. Además, la lista no taxativa de inversiones protegidas descritas en el TBI incluye expresamente el ejemplo de “acciones, títulos y obligaciones de sociedades o participación en los bienes de dichas sociedades”. Por último, en su ejemplo más amplio, el artículo 1(a)(iii) del TBI prevé que se considera que los “derechos a fondos o a prestaciones bajo contrato que tengan un valor económico” constituyen inversiones protegidas en virtud del TBI.

353. Conforme a la opinión del Tribunal, todos los ejemplos mencionados anteriormente contribuyen a la conclusión de que las inversiones indirectas estaban destinadas a ser protegidas por el TBI Reino Unido-Bolivia. Asimismo, dado que el propósito del TBI consiste en fomentar y proteger la inversión extranjera, el Tribunal considera 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.

354. 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 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.

355. Por ende, el Tribunal coincide con las Demandantes y concluye que los términos empleados en el TBI Reino Unido-Bolivia son lo suficientemente amplios en sí mismos para incluir las inversiones indirectas, aun sin utilizar lenguaje adicional que no haría más que reforzar lo que ya es claro del texto del TBI.”⁴⁷³

⁴⁷² CLA-100, *CEMEX Caracas Investments B.V. et al. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB/08/15, Decisión sobre Jurisdicción, 30 de diciembre de 2010, párrs. 157-158.

⁴⁷³ CLA-1, *Guaracachi America, Inc., and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia*, UNCITRAL Case No. 2011-17, Award, January 31, 2014, párrs. 352-355.

306. La mayoría del Tribunal comparte las razones expuestas en estos pasajes, en tanto, como ya lo señaló arriba, no encuentra que el término “de” en el artículo 8.1 del Tratado implique propiedad directa o excluya las inversiones indirectas.
307. En este punto conviene hacer una distinción entre la participación indirecta de SAS en el capital social de CMMK y sus derechos sobre las Concesiones Mineras. Está acreditado en el expediente que SAS es la propietaria del 100% de las acciones de cada una de tres sociedades constituidas en Bahamas que, a su vez, son propietarias de la totalidad de las acciones de CMMK, una sociedad constituida en Bolivia, titular de las Concesiones Mineras conforme a la ley boliviana⁴⁷⁴. Como ya señaló el Tribunal, ambas Partes están de acuerdo en que las acciones de CMMK y las Concesiones Mineras se enmarcan en la definición de “inversión” bajo el Tratado⁴⁷⁵.
308. Aunque su participación accionaria indirecta en CMMK no le otorgue un derecho directo sobre los activos de la Compañía conforme al derecho boliviano, nada en el Tratado impide que la Demandante presente reclamaciones basadas en medidas adoptadas contra los activos de CMMK que afecten el valor de las acciones que indirectamente posee en dicha Compañía. En efecto, el artículo 5.2 del Tratado contempla precisamente esta situación, al establecer que:

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

309. En el presente caso, la participación indirecta de SAS en el capital social de CMMK —a su vez titular de las Concesiones Mineras— constituye una inversión protegida bajo el Tratado. En esa medida, SAS puede presentar reclamaciones con base en una conducta o medida imputable al Estado que afecte los activos de CMMK en tanto dicha afectación menoscabe el valor de sus acciones en la Compañía. El Tribunal entiende que el reclamo de la Demandante se encuadra en esta hipótesis, como se desprende del Primer Informe de FTI, experto de SAS:

“[...] el Demandante era propietario indirecto de la totalidad de las acciones de CMMK. El único fin de CMMK como empresa era el desarrollo del Proyecto y, por lo tanto, el valor de CMMK dependía totalmente de las concesiones de las cuales era titular para el Proyecto. Por lo tanto, cuando la Demandada revocó las

⁴⁷⁴ Véase *supra* párr. 283.

⁴⁷⁵ Véase *supra* párr. 295.

*concesiones de CMMK, el valor de la inversión del Demandante en Bolivia, a saber, sus acciones en CMMK, quedó reducido a nada.*⁴⁷⁶

310. Por las razones expuestas en los párrafos precedentes, la mayoría del Tribunal no encuentra razones para acoger la excepción jurisdiccional propuesta por la Demandada con fundamento en el artículo 8.1 del Tratado y, en consecuencia, rechazará la excepción jurisdiccional propuesta por la Demandada con fundamento en dicho artículo.

(b) Sobre la protección de los inversionistas indirectos por el Tratado

311. La mayoría del Tribunal ya determinó el alcance del artículo 8.1 del Tratado y estableció que su texto —particularmente la expresión “inversión de la primera”— no implica que el inversionista deba ser el propietario directo de la inversión. Señaló, igualmente, que el tema en discusión no es si la propiedad o tenencia indirecta en general es objeto de protección en el derecho internacional de las inversiones, sino el alcance específico del artículo 8.1 del Tratado para efectos de esta controversia⁴⁷⁷.

312. Le corresponde ahora al Tribunal determinar si, como lo alega la Demandada, al proteger el Tratado la inversión de una sociedad que tiene el control indirecto de CMMK, es necesario (i) determinar quién controla a la sociedad —SAS— que a su vez tiene el control indirecto de CMMK; (ii) establecer si los recursos para el Proyecto provienen de esa última controlante —SASC— o de la Demandante, y (iii) si corresponde aplicar el *test Salini* para efectos de determinar quién hizo la inversión.

313. La Demandada sostiene, en síntesis, que si está protegida la inversión por vía indirecta, entonces el Tribunal debe tomar como inversionista a SASC —controlante de la Demandante— y no a la Demandante. Por ser SASC una compañía canadiense, no estaría protegida por el Tratado y, en consecuencia, el Tribunal debería declinar su jurisdicción.

314. Sostiene la Demandada, además, que es SASC quien tiene un vínculo directo objetivo con la inversión por ser quien suministró los fondos, quien tiene la titularidad del Proceso Metalúrgico, quien tomaba las decisiones estratégicas y quien celebraba los contratos de consultoría. Añade que si se aplica el Tratado y el llamado *test Salini* a SAS se llega a la conclusión de que SAS no tiene una inversión en Bolivia y, por lo tanto, el Tribunal carecería de jurisdicción.

⁴⁷⁶ Primer Informe de FTI, párr. 8.5.

⁴⁷⁷ Véase *supra* párr. 284.

315. Para determinar estas cuestiones el Tribunal debe acudir como primera fuente de derecho al Tratado, que es la disposición que contiene el consentimiento de la Demandada al arbitraje y la que consagra la protección a la que alega tener derecho la Demandante.
316. Ya el Tribunal señaló en los párrafos 287 a 291 anteriores cuáles son, a la luz de la Convención de Viena, las reglas de interpretación que debe aplicar para desentrañar la inteligencia del Tratado a la luz de las diferentes interpretaciones planteadas por las Partes.
317. Son dos las disposiciones del Tratado que invoca la Demandada como fundamento a esta objeción jurisdiccional. En primer lugar, el tantas veces mencionado artículo 8.1 que, según la Demandada, exige una propiedad o un vínculo directo entre el inversionista y la inversión, y además que la parte demandante haya participado activamente en la realización de la inversión en el Estado receptor⁴⁷⁸. En segundo lugar, el preámbulo del Tratado que, al decir de la Demandada, se refiere a la promoción del flujo de fondos entre inversionistas de los Estados parte en el Tratado, lo que excluiría la posibilidad de que flujos de fondos provengan de una sociedad de un tercer Estado.
318. No está en disputa que el Tratado protege a los nacionales o sociedades de los Estados parte. En lo que se refiere al Reino Unido, el Tratado dispone que el concepto de “*sociedades*” designa “*corporaciones, firmas, o asociaciones incorporadas o constituidas en virtud de las leyes vigentes en cualquier parte del Reino Unido o en cualquier territorio al que el presente Convenio se extienda conforme a las disposiciones del Artículo XI*”⁴⁷⁹. Las Partes no disputan que la Demandante es una sociedad de acuerdo con la definición antes citada, ni que la Demandante es la accionista única de los accionistas de CMMK. Lo que se disputa es si, para efectos de la jurisdicción, al existir una sociedad que controla a la Demandante, el Tribunal debe tomar a esa sociedad como inversionista, y particularmente si el origen de todos los fondos o los recursos utilizados en la inversión deben pertenecer necesaria y únicamente al inversionista —en este caso a la Demandante—, de manera que si es la controlante de la Demandante quien aporta fondos o recursos, es ella la que debe ser considerada como inversionista.
319. Con respecto al artículo 8.1, no encuentra la mayoría del Tribunal en su texto y contexto que el mismo exija propiedad o vínculo directo entre la inversión y el inversionista. Como ya lo señaló el Tribunal, nada a la luz del artículo 8.1 impide que la inversión pueda pertenecer a un inversionista (ser “de” un inversionista) aunque no haya un control directo de la inversión por el

⁴⁷⁸ Dúplica de la Demandada, párr. 265.

⁴⁷⁹ C-1, Tratado, artículo 1.d.

inversionista sin la utilización de sociedades intermedias a quienes el inversionista también controla.

320. Tampoco hay en el texto y contexto del Tratado, teniendo en cuenta su objeto y fin, una disposición o conjunto de disposiciones que establezcan, o de las que se pueda deducir, que el Tribunal deba determinar quién es el último controlante del Demandante, o que la jurisdicción del Tribunal está condicionada a que se determine el último controlante de quien presenta la demanda y a que ese último controlante sea una sociedad de uno de los Estados parte en el Tratado.
321. El preámbulo del Tratado, que sirve para ayudar a desentrañar su objeto y fin, señala que los Estados parte en el mismo han celebrado el Tratado:

“Animados del deseo de crear condiciones favorables para mayores inversiones de capital de los nacionales o sociedades de un Estado en el territorio del otro Estado;

Reconociendo que el fomento y la protección recíproca mediante acuerdos internacionales de esas inversiones de capital pueden servir para estimular la iniciativa económica privada y aumentara la prosperidad de ambos Estados;”

322. Es cierto, como lo afirma la Demandada, que el citado preámbulo señala que los Estados parte en el Tratado buscan crear condiciones favorables para “mayores inversiones de capital” de sociedades del otro Estado. Pero de allí no se puede concluir que quien califica como inversionista, por ser sociedad de un Estado parte en el Tratado, no pueda obtener recursos de agentes externos o de compañías del grupo al que pertenece para efectuar la inversión. En efecto, no hay nada en el Tratado que indique que el Tribunal debe examinar los orígenes del capital invertido por un inversionista para efectos de decidir sobre su jurisdicción⁴⁸⁰.
323. Los Estados son libres de negociar los tratados e incluir en ellos el lenguaje amplio o restrictivo que consideren conveniente, y no le corresponde al Tribunal crear requisitos adicionales a los que los Estados, en ejercicio de su poder soberano, incluyeron en el tratado respectivo. En el caso que nos ocupa, los Estados parte en el Tratado —Bolivia y el Reino Unido— decidieron libremente fijar como requisito para tener la calidad de “inversionista” del Reino Unido en el caso de “sociedades” la incorporación o constitución “*en virtud de las leyes vigentes en cualquier parte del Reino Unido o en cualquier territorio al que el presente Convenio se extienda conforme a las disposiciones del Artículo XI*”⁴⁸¹. El Tratado contiene como único requisito de vínculo del

⁴⁸⁰ En este sentido, véase CLA-115, *Tokios Tokelés c. Ucrania*, Caso CIADI N° ARB/02/18, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de abril de 2004, párrs. 77, 80.

⁴⁸¹ C-1, Tratado, artículo 1.d.

inversionista —persona jurídica— con el Estado parte en el Tratado el de la incorporación o la constitución, de conformidad con las leyes de dicho Estado.

324. Los Estados, en ejercicio de su soberanía, pueden incluir en los tratados requisitos adicionales para el inversionista o la inversión, como sucede con las cláusulas que requieren que además de estar incorporada o establecida en el Estado parte en el tratado respectivo, la sociedad tenga su asiento principal de negocios en ese Estado, o que desarrolle una actividad sustancial en ese Estado, o que el capital o los recursos utilizados en la inversión tengan su origen en el Estado en el que fue constituido o incorporado el inversionista, e incluso cláusulas de denegación de beneficios en ciertas circunstancias. Ninguno de estos requisitos o restricciones fue incluido en el Tratado por parte de Bolivia y el Reino Unido y, como ya se dijo, no puede el Tribunal crear requisitos adicionales al inversionista o a la inversión de los que fueron acordados por dos Estados soberanos.
325. Es cierto, como lo sugiere la Demandada, que algunos tribunales han decidido determinar quién es el controlante último de la inversión e incluso —anota el Tribunal— han declinado jurisdicción al determinar que el inversionista real no es nacional de uno de los Estados parte en el tratado respectivo. Sin embargo, se trata de casos en los que los hechos y los tratados son sustancialmente diferentes a los que son materia de debate ante este Tribunal —como se analiza en el párrafo 326 siguiente— o de situaciones en las que el tribunal ha declinado jurisdicción porque existió un abuso del proceso o algún tipo de fraude en la estructura utilizada para acceder al tratado. Sin embargo, ninguna de las decisiones citadas por la Demandada en apoyo de sus tesis permite concluir que ante un Tratado como el que nos ocupa, el Tribunal deba siempre desestimar como inversionista a quien no sea el último controlante en la cadena, o que haya un requisito implícito de origen de capital que permita desestimar como inversionista a quien no ha aportado la totalidad de los fondos, equipos o elementos utilizados para realizar la inversión. El Tribunal encuentra, además, que no se ha demostrado que haya existido un abuso del proceso, o que se ha utilizado a SAS en forma fraudulenta para acceder al Tratado o, en fin, que se haya utilizado el Tratado en forma que contraría su texto, contexto, objeto y fin.
326. Específicamente, el Tribunal no encuentra que los laudos citados por la Demandada en sustento de su tesis señalen como condición para la protección de las llamadas inversiones indirectas que el demandante sea el último tenedor o controlador de la inversión. Como ya señaló el Tribunal, su tarea no es la de establecer una tesis general sobre las llamadas propiedades indirectas, sino interpretar el Tratado en este caso específico y para la estructura societaria que aparece en el expediente.

327. En el caso *Siemens c. Argentina*, si bien el Estado demandado sostuvo que el tratado exigía una relación directa entre el inversionista y la inversión y que el demandante no era el propietario directo de la inversión en cuestión, por una parte, se trató de una defensa fundamentada en un tratado con un contenido diferente al que ocupa a este Tribunal. Por la otra, aunque el tribunal en *Siemens c. Argentina* sostuvo que ese tratado comprendía inversiones indirectas, no señaló que ello conducía a que solamente estaría protegido quien fuere el último propietario de la sociedad⁴⁸².
328. La decisión de *Kardassopoulos c. Georgia* se fundó en las razones del tribunal de *Siemens* sobre la propiedad indirecta de acciones por el demandante, pero no hay tampoco en ella una afirmación que permita concluir que el *ius standi* del demandante se daba en razón de ser el propietario en última instancia de la inversión⁴⁸³.
329. El tribunal en *BG Group c. Argentina* igualmente se fundó en un tratado diferente para concluir que el demandante era un inversionista que había realizado inversiones que calificaban como tales, pero nunca señaló que el demandante fuera el propietario final de la inversión, ni fundó su decisión en esa circunstancia⁴⁸⁴.
330. Con respecto a la decisión en el arbitraje de *Rurelec c. Bolivia* que interpretó el Tratado, el párrafo citado por la Demandada en el que el tribunal señala 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*”⁴⁸⁵, la decisión no dispone o exige que el inversionista sea el titular último de la inversión. La referencia a “*las sociedades que en definitiva son propietarias de la inversión en Bolivia*” es una referencia a la sociedad controlada que tiene la inversión —EGSA— y no a la última controlante.
331. Finalmente, respecto al laudo en el caso *Standard Chartered Bank c. Tanzania*, encuentra la mayoría del Tribunal que si bien es cierto que el tribunal sostuvo que la preposición ‘de’ en la frase “*inversión [del demandante]*” requería “*cierta actividad de inversión*”, el tribunal en ese caso se fundó en el tratado bilateral de inversión entre el Reino Unido y Tanzania, cuya definición de

⁴⁸² RLA-55, *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2004, párrs. 123 y 137.

⁴⁸³ RLA-54, *Ioannis Kardassopoulos c. República de Georgia*, Caso CIADI N° ARB/05/18, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de julio de 2007, párr. 124.

⁴⁸⁴ CLA-4, *BG Group plc c. República de Argentina*, Caso CNUDMI, Laudo Final, 24 de diciembre de 2007, párrs. 109 y 138.

⁴⁸⁵ CLA-1, *Guaracachi America, Inc. et al. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CPA N° 2011-17, Laudo, 31 de enero de 2014, párr. 360.

“inversión” es diferente a la del Tratado⁴⁸⁶. Además, fue particularmente relevante en dicha decisión que la sociedad que inició el arbitraje no controlaba a la subsidiaria que había efectuado la inversión⁴⁸⁷ —un préstamo a una sociedad tanzana—, situación fundamentalmente diferente a la discutida en este arbitraje en el que la inversión consiste en acciones en una sociedad boliviana —CMMK— y la Demandante detenta el 100% de las acciones de las sociedades intermedias que, a su vez, detentan el 100% de las acciones de CMMK.

332. En conclusión, el inversionista para todos los efectos es SAS, que es quien cumple el requisito de incorporación exigido por el Tratado, y es respecto de SAS de quien debe predicarse la existencia o no de una inversión para efectos de la jurisdicción del Tribunal. A SAS le pertenecen las acciones de CMMK —titular de las Concesiones Mineras— a través de tres sociedades en las que SAS tiene la totalidad de las acciones. Como se dijo en el párrafo 309 de este laudo, la participación indirecta de la Demandante en el capital social de CMMK constituye una inversión protegida bajo el Tratado.
333. La Demandada no cuestiona la propiedad por parte de SAS de las acciones de las sociedades que son accionistas de CMMK ni la proveniencia de los fondos para la adquisición de tales acciones que —se repite— constituyen una inversión protegida bajo el Tratado. Su objeción se centra en el origen de ciertos recursos y tecnologías utilizados por CMMK para las Concesiones Mineras. El Tribunal no considera que el origen de tales recursos y tecnologías sea relevante para efectos de su jurisdicción. Por una parte, como ya se ha dicho, el Tratado no tiene un requisito de origen de los recursos de la inversión. Por otra parte, aceptar la tesis de la Demandada llevaría a concluir que los recursos que utilice la sociedad constituida en el territorio de una parte contratante para el desarrollo de sus actividades deben provenir directa y únicamente de sus accionistas para que éstos merezcan protección bajo el respectivo tratado.
334. Bajo la misma tesis, un tribunal de inversión tendría que declinar su jurisdicción si encuentra que, no obstante ser el tenedor directo o indirecto de la totalidad de las acciones reconocidas como

⁴⁸⁶ El artículo 1.a del tratado bilateral de inversión entre el Reino Unido y Tanzania establece: “‘investment’ means every kind of asset admitted in accordance with the legislation and regulations in force in the territory of the Contracting Party in which the investment is made and, in particular, though not exclusively, includes: (i) moveable and immovable property and any other property rights such as mortgages, liens or pledges; (ii) shares in and stock and debentures of a company and any other form of participation in a company; (iii) claims to money or any performance under contract having a financial value.” (Énfasis añadido). Para soportar la afirmación de que dicho tratado requería cierta actividad de inversión, el tribunal de *Standard Chartered c. Tanzania* hizo particular énfasis en el término “made” que aparece en la definición de “inversión” recién transcrita, así como en otras disposiciones del tratado correspondiente (véase RLA-60, *Standard Chartered Bank c. República de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/10/12, Laudo, 2 de noviembre de 2012, párrs. 222, 225 y 257).

⁴⁸⁷ Véase RLA-60, *Standard Chartered Bank c. República de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/10/12, Laudo, 2 de noviembre de 2012, párrs. 230-232, 261-265, y 270. Por ejemplo, en el párrafo 232, el tribunal de *Standard Chartered c. Tanzania* señaló: “Rather, for an investment to be “of” an investor in the present context, some activity of investing is needed, which implicates the claimant’s control over the investment or an action of transferring something of value (money, know-how, contacts, or expertise) from one treaty-country to the other.” (Énfasis añadido).

inversiones bajo el tratado correspondiente, el accionista o la sociedad doméstica utilizaron tecnología de otras empresas vinculadas u obtuvieron asistencia de las mismas en la celebración de contratos o recibieron contribuciones de terceros interesados en participar en el mismo sin convertirse en accionista de la sociedad. Lo que pretende Bolivia es que el Tribunal desconozca la inversión protegida —la propiedad indirecta de las acciones de CMMK por parte de SAS y la titularidad de las Concesiones Mineras por parte de CMMK— analizando quién aportó los recursos para el Proyecto, test económico que no prevé en parte alguna el Tratado.

335. Así las cosas, a la luz del Tratado y aplicando el llamado criterio subjetivo, SAS tiene una inversión en Bolivia. A SAS le pertenecen la totalidad de las acciones de CMMK —titular de las Concesiones Mineras— con lo cual tiene una inversión si se aplica la definición de “inversiones” contenida en el Tratado teniendo en cuenta su contexto, objeto y fin.
336. En su escrito de Dúplica la Demandada invocó el llamado criterio objetivo con fundamento en el *test Salini* para apoyar su posición según la cual “*para que un activo constituya una inversión de una compañía, dicha compañía debe tener un vínculo objetivo con ese activo: debe haber participado activamente en la realización de la inversión en el Estado receptor.*”⁴⁸⁸
337. La invocación del *test Salini* por parte de la Demandada en la Dúplica no parece buscar que se desconozca la existencia de una inversión —en cuanto la Demandada acepta que tanto las acciones en CMMK como las Concesiones Mineras se encuadran en la definición de “inversión” bajo el Tratado⁴⁸⁹— sino que pretende la aplicación de dicho test para determinar la titularidad de la inversión.
338. En efecto, las acciones de CMMK y las Concesiones Mineras constituyen una inversión a la luz del Tratado y las Partes no parecen poner en duda que aplicando el *test Salini* exista una inversión con los requisitos que señala la Demandada en su escrito de Dúplica. Pero la Demandada quiere llegar más allá y en un breve aparte de su escrito de Dúplica busca que el Tribunal determine la titularidad de la inversión a partir del *test Salini* estableciendo que aun cuando exista una inversión que cumpla con los requisitos del *test Salini*, solamente quien haya hecho directamente la contribución y asumido directa y exclusivamente el riesgo puede ser considerado como inversionista bajo el Tratado.
339. Las Partes disputan —y el Tribunal es consciente de que existe una controversia en el ámbito del derecho internacional de las inversiones— acerca de la aplicación del llamado criterio objetivo

⁴⁸⁸ Dúplica de la Demandada, párr. 265.

⁴⁸⁹ Contestación a la Demanda, párr. 224.

para determinar la existencia de una inversión. Dicha controversia existe no solamente acerca de la aplicabilidad de dicho criterio en general sino, aun aceptando que sea aplicable como regla general, se disputa su aplicabilidad en los arbitrajes distintos a los arbitrajes CIADI amparados por la Convención de Washington de 1965. Pero se trata de una controversia para determinar la existencia o no de una inversión, que en este caso no se disputa. Lo que se pide al Tribunal en este caso es crear un *test Salini* para determinar la calidad de inversionista, aún si la inversión califica como tal y si la parte demandante cumple con la definición de inversionista contenida en el Tratado.

340. Ya señaló el Tribunal que es el Tratado el que determina la calidad de inversionista y que la Demandante es inversionista a la luz del Tratado. Señaló igualmente —y las Partes no disputan— que las acciones en CMMK y las Concesiones Mineras son inversiones bajo el Tratado. El Tribunal no está convencido que pueda construir un test adicional para adicionar a la calidad de inversionista requisitos que no están contemplados en el Tratado.
341. En conclusión y por las razones anotadas, el Tribunal, con el voto de la mayoría, desestimará esta objeción jurisdiccional.

(c) Sobre si SAS es una parte interesada en la presente controversia

342. El Tribunal reitera que el Tratado solamente contiene un requisito relacionado con las leyes de su constitución para considerar como inversionista a una sociedad. En parte alguna el Tratado exige que para que una sociedad constituida bajo las leyes del Reino Unido, o de cualquier territorio al que se extienda el Tratado conforme a su artículo 11, tenga el carácter de inversionista dicha sociedad debe tener actividades en su lugar de constitución o negocios sustanciales en el Reino Unido o en dicho territorio. Ni siquiera exige el Tratado que el inversor tenga su sede o lugar principal de negocios en el Reino Unido.
343. Es cierto, como lo señala la Demandada, que el consentimiento otorgado por Bolivia es para controversias entre una sociedad de un Estado contratante y el otro Estado contratante. Pero no es menos cierto que el mismo Tratado señala que para determinar si una sociedad es de un Estado contratante basta determinar si la misma fue constituida o incorporada de conformidad con las leyes del respectivo Estado contratante. Ese requisito lo cumple SAS.
344. El Tribunal ya determinó que SAS es un inversionista bajo el Tratado, por lo que no puede afirmarse que se pretende la protección de una compañía que no está protegida.

345. En cuanto a los casos citados por la Demandada para apoyar su alegación, el Tribunal coincide con la Demandante en que tanto los tratados como la situación fáctica y los temas en disputa en los casos *TSA Spectrum c. Argentina* y *Loewen c. EE.UU.* no hacen aplicables dichos casos a la situación planteada en este arbitraje. En cuanto al caso *Venoklim c. Venezuela*, se trató de un arbitraje iniciado conforme a la Ley de Promoción y Protección de Inversiones venezolana en el que el punto en discusión era la definición de “inversor” y específicamente la exigencia de control efectivo sobre la inversión, que no aparece en el Tratado.
346. Por lo tanto, el Tribunal, con el voto de la mayoría, rechazará la objeción jurisdiccional planteada por la Demandada.

B. LOS TOTALIDAD DE LOS RECLAMOS SON INADMISIBLES AL NO CONTAR SAS CON CLEAN HANDS Y NO CUMPLIR CON EL REQUISITO DE LEGALIDAD DE LA INVERSIÓN

347. Las Partes discuten sobre la relevancia de las supuestas acciones de la Demandante para gozar de la protección del Tratado. Las Partes presentan posiciones contrapuestas sobre la existencia y aplicación del principio de *clean hands* (a), sobre el requisito de legalidad (b) y sobre la supuesta falta de *clean hands* de la Demandante (c).

1. Posición de la Demandada

(a) Sobre la existencia y aplicación del principio *clean hands*

348. La Demandada sostiene que la doctrina de *clean hands* hace parte del derecho aplicable y exige que quien pretenda la protección de sus derechos no haya actuado ilegal o ilegítimamente⁴⁹⁰. Según la Demandada, esta doctrina deriva de los principios fundamentales de equidad y justicia y es el corolario de la máxima “*Nemo Auditor Propiam Turpitudinem Allegans*”⁴⁹¹.
349. Haciendo referencia a los tribunales de *Al-Warraq c. Indonesia*, *Fraport c. Filipinas II* y *Hamester c. Ghana*, la Demandada afirma que contar con *clean hands* como condición para acceder a la justicia es un principio general de derecho internacional⁴⁹². Asimismo, sostiene que los tribunales de inversión han sido consistentes en rechazar reclamos de quien ha actuado de manera injusta e ilegal⁴⁹³ y afirma que los actos de mala fe, corrupción, fraude o engaño conllevan la inadmisión

⁴⁹⁰ Contestación a la Demanda, sección 5.2.1.1.

⁴⁹¹ Contestación a la Demanda, párr. 272.

⁴⁹² Contestación a la Demanda, párrs. 273-274.

⁴⁹³ Contestación a la Demanda, párr. 276. En este sentido, la Demandada hace referencia los tribunales de *World Duty Free c. Kenia*, *Plama c. Bulgaria* y *Al-Warraq c. Indonesia*.

de los reclamos de un inversionista⁴⁹⁴. Según la Demandada, estas decisiones se deben considerar como una aplicación de la doctrina de *clean hands*⁴⁹⁵.

350. Asimismo, para sustentar su aseveración de que la doctrina de *clean hands* constituye un principio general de derecho internacional que debe ser aplicado por el Tribunal⁴⁹⁶, la Demandada se refiere a opiniones individuales y disidentes de jueces de la Corte Permanente de Justicia Internacional (la “CPJI”) y la CIJ⁴⁹⁷, así como de otros tribunales y cortes internacionales, incluyendo el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos y la CPA⁴⁹⁸. Por último, la Demandada alega que la doctrina más reconocida ha confirmado la condición de presentarse ante un tribunal con *clean hands*⁴⁹⁹.
351. En su Dúplica, la Demandada reitera que el principio de *clean hands* es reconocido por el derecho internacional y forma parte del orden público internacional. En este sentido, señala que la doctrina de *clean hands* es una manifestación del principio de buena fe, está recogida en diversas máximas jurídicas (“*he who comes to equity for relief must come with clean hands*”) y principios (*ex jure*

⁴⁹⁴ Contestación a la Demanda, párr. 277. En este contexto, la Demandada cita a los tribunales de *Phoenix Action c. República Checa*; *Plama c. Bulgaria*; *Hamester c. Ghana*; *Inceysa c. El Salvador*; *Al-Warraq c. Bulgaria*; y *World Duty Free c. Kenia*.

⁴⁹⁵ Contestación a la Demanda, párr. 275.

⁴⁹⁶ Contestación a la Demanda, párr. 278.

⁴⁹⁷ Contestación a la Demanda, párrs. 280-282. La Demandada se refiere a RLA-75, *Diversión of Water from the Meuse*, Caso CPJI, Sentencia, 28 de junio de 1937, opinión individual de M. Hudson, PCIJ Ser. A/B N.º 70, p. 77; RLA-76, *Diversión of Water from the Meuse*, Caso CPJI, Sentencia, 28 de junio de 1937, opinión disidente de M. Anzilotti, PCIJ Ser. A/B N.º 70, p. 50; RLA-77, *Armed Activities on the Territory of the Congo (República Democrática de Congo c. Uganda)*, Caso CIJ, Sentencia, 19 de diciembre de 2005, opinión disidente del juez *ad-hoc* J. Kateka, párr. 46; RLA-78, *Legality of Use of Force (Serbia y Montenegro c. Bélgica)*, Caso CIJ, Orden sobre Medidas Cautelares, 2 de junio de 1999, opinión disidente del vicepresidente C. Weeramantry, p. 184; RLA-79, *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*, Caso CIJ, Sentencia, 27 de junio de 1986, opinión disidente del juez S. Schwebel, párr. 75; RLA-80, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (República Democrática de Congo c. Bélgica)*, Caso CIJ, Sentencia, 14 de febrero de 2002, opinión disidente de la jueza *ad-hoc* C. Van den Wyngaert, párrs. 35, 84; RLA-81, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (Estados Unidos de América c. Irán)*, Caso CIJ, Sentencia, 24 de mayo de 1980, opinión disidente del juez P. Morozov, párr. 3.

⁴⁹⁸ Contestación a la Demanda, párr. 283. La Demandada se refiere a RLA-82, *Fiscalía c. Uhuru Muigai Kenyatta*, Caso CCI N.º ICC-01/09-02/11, Resolución sobre la reconsideración de la Fiscalía de la decisión de excusar al Sr. Kenyatta de su presencia continua en el juicio del 26 de noviembre de 2013, opinión disidente del juez C. Eboe-Osuji, párr. 51; RLA-83, *Estados Unidos de América c. Flick*, United Nations War Crime Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. IX, The United Nations War Crimes Commission by His Majesty's Stationary Office, 1949, p. 36; RLA-84, *Rouhollah Karubian c. República Islámica de Irán*, caso del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos N.º 419 (569-419-2), Laudo, 6 de marzo de 1999, párrs. 159-161; RLA-85, *James M. Saggi, Michael R. Saggi y otros c. República Islámica de Irán*, Caso del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos N.º 298 (544-298-2), Laudo, 22 de enero de 1993, párrs. 54, 62; RLA-86, *Guyana c. Surinam*, Caso CPA N.º 2004-04, Laudo, 17 de septiembre de 2007, párrs. 417-422.

⁴⁹⁹ Contestación a la Demanda, párrs. 284-285; RLA-87, J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8ª ed., Oxford University Press, 2012, p. 701; RLA-88, I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7ª edición, Oxford University Press, 2008, p. 503, citado por P. Dumberry y G. Dumas-Aubin, *The Doctrine of 'Clean Hands' and the Inadmissibility of Claims by Investors Breaching International Human Rights Law*, 10 *Transnational Dispute Management*, issue 1, 2013, p. 1; RLA-89, S. Schwebel, *Clean Hands in the Court*, 31 *Studies in Transnational Legal Policy*, 1999, p. 74; RLA-90, E. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Banks Law Publishing, 1925, p. 713; RLA-88, G. Fitzmaurice, *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*, 92 *Revue Canadienne de Droit International* 1, 1957, p. 119, citado por P. Dumberry y G. Dumas-Aubin, *The Doctrine of 'Clean Hands' and the Inadmissibility of Claims by Investors Breaching International Human Rights Law*, 10 *Transnational Dispute Management*, issue 1, 2013, p. 2; RLA-74, H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge University Press, 1947, pp. 420-421.

jus non oritur, nemo auditur propriam turpitudinem allegans, ex turpi causa non oritur actio, ex dolo malo non oritur actio), y opera como un impedimento a la admisibilidad de las pretensiones de un demandante que ha actuado de forma inapropiada en relación con el objeto mismo de su demanda⁵⁰⁰.

352. Asimismo, afirma que el principio ha sido reconocido como tal, o en la forma de alguno de los principios antes mencionados, como un principio aceptado en el derecho internacional⁵⁰¹. Contrario a lo que sugiere la Demandante, Bolivia señala que el análisis y aplicación del principio de *clean hands* fue relevante para la decisión de los tribunales de *Al-Warraq c. Indonesia* y *Fraport c. Filipinas II*⁵⁰².
353. La Demandada sostiene además que el principio de *clean hands* es reconocido tanto en los sistemas de derecho civil como de *common law*⁵⁰³, y cita autoridades legales que darían cuenta de la existencia de dicho principio en Estados Unidos, Reino Unido, Alemania y Francia⁵⁰⁴. La Demandada concluye que el principio de *clean hands* es uno de “*los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas*” conforme al Artículo 38(1)(c) del Estatuto de la CIJ⁵⁰⁵.
354. Además, la Demandada sostiene que el principio de *clean hands* ha sido reconocido como parte del orden público internacional⁵⁰⁶. Haciendo referencia a los tribunales de *World Duty Free c. Kenia* y *Plama c. Bulgaria*, la Demandada sostiene que conductas contrarias al orden público internacional conllevan la desestimación de los reclamos⁵⁰⁷.
355. La Demandada alega que el argumento de la Demandante según el cual la jurisprudencia arbitral está “*unequivocally against Bolivia*” con relación a la existencia del principio de *clean hands* en derecho internacional parte de una interpretación errónea de la jurisprudencia internacional⁵⁰⁸.

⁵⁰⁰ Dúplica de la Demandada, párrs. 301-302.

⁵⁰¹ Dúplica de la Demandada, párr. 307.

⁵⁰² Dúplica de la Demandada, párrs. 308-309. Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 1, 255:24 – 256:20 (español).

⁵⁰³ Dúplica de la Demandada, párr. 301.

⁵⁰⁴ Dúplica de la Demandada, párrs. 303-306, citando RLA-228, J. N. Pomeroy, *A Treatise on Equity Jurisprudence*, 5ª edición, Bancroft-Whitney Company, 1941, párr. 397; RLA-230, *Jones c. Lenthal*, decisión de la House of Lords, [1669] 1 Chan. Cas. 153, p. 739; RLA-233, *Stone & Rolls Ltd (in liquidation) c. Moore Stephens (a firm)*, decisión de la House of Lords, [2009] 1 AC, pp. 1462 y 1476; y en RLA-234, *Safeway Stores Ltd. y otros c. Twigger y otros*, decisión de la House of Lords, [2010] EWCA Civ 1472, pp. 1629, 1634-1635; RLA-66, R. Kreindler, “Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine”, en *Between East and West: Essays in Honour of Ulf Frank*, K. Hobér y otros (eds.), Juris Publishing, 2010, p. 318; RLA-235, Corte de Casación francesa, 2ª Cámara Civil, Decisión, 4 de febrero de 2010, nº 09-11.464; RLA-236, Corte de Casación francesa, 2ª Cámara Civil, Decisión, 24 de enero de 2002, nº 99-16.576.

⁵⁰⁵ Dúplica de la Demandada, párr. 306.

⁵⁰⁶ Dúplica de la Demandada, párr. 310.

⁵⁰⁷ Dúplica de la Demandada, párrs. 310-311.

⁵⁰⁸ Dúplica de la Demandada, párr. 313.

356. En relación con la jurisprudencia de la CIJ, la Demandada señala que los casos invocados por la Demandante no son relevantes⁵⁰⁹ o no sustentan su posición de que la CIJ se ha negado a reconocer el principio de *clean hands*⁵¹⁰. Además, Bolivia observa que al menos uno de los casos invocados por la Demandante —*Niko Resource c. Bangladesh*— admite que el principio de *clean hands* es un principio general reconocido por las naciones civilizadas⁵¹¹.
357. En cuanto a la caracterización que hace la Demandante de la postura de los profesores Dugard y Crawford como relatores especiales de la CDI sobre protección diplomática y responsabilidad del Estado, respectivamente, la Demandada explica que el informe del profesor Dugard no analiza la existencia del principio de *clean hands*, sino que versa sobre si es procedente codificarlo como parte del derecho de protección diplomática⁵¹², mientras que el del profesor Crawford se refiere al principio en un capítulo “*not concerned with such procedural questions as locus standi, or with the admissibility of claims*”⁵¹³.
358. La Demandada también critica la representación que hace la Demandante del caso *Yukos* y, entre otros reproches, señala que la conclusión de dicho tribunal sobre el estatus del principio de *clean hands* en el derecho internacional carece de valor porque el tribunal no tuvo en cuenta la práctica de los Estados, sino sólo la de las cortes y tribunales internacionales⁵¹⁴.
359. En cuanto a los criterios de aplicación del principio de *clean hands*, la Demandada afirma que el único criterio relevante —y que se cumple en este caso— sería la causalidad entre los abusos de SAS y la inadmisibilidad de sus reclamos⁵¹⁵. En todo caso, alega que el presunto criterio de reciprocidad invocado por la Demandante también se cumple. Este criterio requeriría la existencia de una relación de dependencia mutua entre el sustrato fáctico que subyace a la reclamación de la demandante y los hechos invocados por la demandada como “*unclean hands*”⁵¹⁶. Según la Demandada, la reciprocidad de las obligaciones de las Partes se encuentra consagrada en el Tratado y está implícita en el derecho de los tratados de inversión⁵¹⁷. En este caso, mientras que Bolivia tenía la obligación de proteger la inversión realizada en su territorio por un nacional de

⁵⁰⁹ Dúplica de la Demandada, párr. 315, refiriéndose a los casos *La Grand* y *Avena*.

⁵¹⁰ Dúplica de la Demandada, párrs. 315-316, refiriéndose a los casos *Oil Platforms* y *Legality of the Use of Force*.

⁵¹¹ Dúplica de la Demandada, párr. 316; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 254:7-19 (español).

⁵¹² Dúplica de la Demandada, párr. 317; CLA-119, J. Dugard, *Sixth report on diplomatic protection* (57ª Sesión de la Comisión de Derecho Internacional), A/CN.4/546, 2005, párr. 1.

⁵¹³ Dúplica de la Demandada, párr. 318; CLA-120, CLA-120, James Crawford, *Second Report on State Responsibility* (51ª Sesión de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 1999), UN Doc A/CN.4/498/ and Add.1-4, p. 83, párr. 335.

⁵¹⁴ Dúplica de la Demandada, párr. 321.

⁵¹⁵ Dúplica de la Demandada, párr. 324.

⁵¹⁶ Dúplica de la Demandada, párr. 325.

⁵¹⁷ Dúplica de la Demandada, párr. 326.

Reino Unido, la Demandante, como supuesta inversionista, tenía la obligación de invertir conforme a las leyes bolivianas⁵¹⁸. La Demandada alega que la Demandante, a través de CMMK, incumplió dicha obligación en su trato de las Comunidades Originarias y que fue precisamente su conducta lo que provocó la Reversión⁵¹⁹.

360. Por último, la Demandada afirma que el resto de criterios identificados por la Demandante supuestamente derivados de *Guyana y Niko Resources* no corresponden a los criterios subyacentes del principio de *clean hands* y resultarían incoherentes e inconsistentes⁵²⁰.

(b) Sobre el requisito de legalidad

361. La Demandada sostiene que, además de la doctrina de *clean hands*, para ser objeto de protección del derecho internacional, la inversión se debe establecer de conformidad con el derecho interno e internacional⁵²¹. La Demandada alega que, bajo este principio, si la inversión no se hizo conforme a derecho, el tribunal debe negar su jurisdicción para conocer cualquier reclamo o, por lo menos, inadmitirlo⁵²². La Demandada argumenta que la jurisdicción de los tribunales está limitada por el consentimiento del Estado, y éstos no consienten la sumisión a arbitraje de reclamos surgidos de inversiones realizadas de manera contraria a derecho, de manera que ningún tribunal tiene jurisdicción para pronunciarse sobre ellos⁵²³.

362. Según la Demandada, incluso si este requisito de legalidad no estuviese expresamente recogido en un tratado, la obligación de cumplir con el derecho del Estado receptor y el derecho internacional está implícita y su violación debe ser sancionada⁵²⁴. La Demandada presenta tres motivos: (i) esta es la única interpretación consistente con el propósito fundamental del respeto al estado de derecho⁵²⁵; (ii) es incoherente suponer que un Estado aceptaría la protección de una inversión realizada en violación del derecho⁵²⁶; (iii) “*la finalidad del sistema de arbitraje de inversión radica en proteger únicamente inversiones legales y bona fide*”⁵²⁷.

⁵¹⁸ Dúplica de la Demandada, párr. 326.

⁵¹⁹ Dúplica de la Demandada, párr. 326.

⁵²⁰ Dúplica de la Demandada, párrs. 327-329.

⁵²¹ Contestación a la Demanda, párr. 287. Véase Dúplica de la Demandada, párr. 331.

⁵²² Contestación a la Demanda, párr. 289. Véase también Dúplica de la Demandada, párr. 331.

⁵²³ Contestación a la Demanda, párrs. 289-290.

⁵²⁴ Contestación a la Demanda, párr. 291.

⁵²⁵ Contestación a la Demanda, párr. 292.

⁵²⁶ Contestación a la Demanda, párr. 292.

⁵²⁷ Contestación a la Demanda, párr. 292.

363. La Demandada señala que la Demandante no niega la existencia de este requisito de legalidad o su aplicabilidad a este caso y que reconoce que éste “*está implícit[o] en el sistema del arbitraje de tratados de inversiones*”⁵²⁸.
364. La Demandada argumenta que la defensa de la Demandante en esta cuestión carece de fundamento por dos razones. En primer lugar, sostiene que, contrariamente a lo defendido por SAS, el requisito de legalidad no se limita a las leyes que rigen la admisión o el establecimiento de una inversión en Bolivia⁵²⁹. La Demandada señala que la decisión en *Saba Fakes* no puede servir de sustento de la posición de la Demandante, pues la afirmación de ese tribunal sobre qué normas constituyen el requisito de legalidad era mero *obiter dictum* y la decisión de falta de jurisdicción se limitó a constatar que el demandante no tenía una inversión, haciendo innecesario analizar la legalidad o ilegalidad de la misma⁵³⁰.
365. La Demandada añade que aceptar, como propone la Demandante, que no se tomen en consideración todas aquellas leyes que no regulen la admisión de la inversión extranjera sería contrario al espíritu del derecho internacional de las inversiones⁵³¹. La Demandada invoca varios casos de arbitraje de inversiones para apoyar su argumento de que el propósito principal del sistema de tratados de inversión se limita a la protección de las inversiones legales⁵³². Según la Demandada, la exclusión de las inversiones ilegales sólo puede ser eficaz si el ordenamiento jurídico del Estado receptor se considera en su conjunto para determinar la legalidad de esas inversiones⁵³³. La Demandada mantiene que SAS violó, a través de CMMK, principios fundamentales de la legislación boliviana, así como del derecho internacional, lo que, según ella, “*tiene como consecuencia directa que sus reclamos queden fuera del ámbito de jurisdicción del Tribunal en virtud del Tratado*”⁵³⁴.
366. En segundo lugar, la Demandada alega que la evaluación de la legalidad de una inversión debe hacerse respecto de toda la duración de la inversión y que la consecuencia en el presente caso es

⁵²⁸ Dúplica de la Demandada, párr. 331 y nota al pie 547 citando la Réplica de la Demandante, párr. 219.

⁵²⁹ Dúplica de la Demandada, párr. 332.

⁵³⁰ Dúplica de la Demandada, párrs. 333-334.

⁵³¹ Dúplica de la Demandada, párr. 335.

⁵³² Dúplica de la Demandada, párrs. 335-336; RLA-92, *SAUR International S.A. c. República de Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/04/4, Decisión sobre Jurisdicción y sobre Responsabilidad, 6 de junio de 2012, párr. 308. Véase también RLA-72, *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, Caso CIADI N.º ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009, párrs. 100-102; CLA-121, *Hulley Enterprises Limited (Chipre) c. Federación Rusa*, Caso CPA N.º AA 226, Laudo Final, 18 de julio de 2014, párr. 1352; CLA-122, *Yukos Universal Limited (Isla de Man) c. Federación Rusa*, Caso CPA N.º AA 227, Laudo Final, 18 de julio de 2014, párr. 1352; CLA-123, *Veteran Petroleum Limited (Chipre) c. Federación Rusa*, Caso CPA N.º AA 228, Laudo Final, 18 de julio de 2014, párr. 1352; RLA-71, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas [III]*, Caso CIADI N.º ARB/11/12, Laudo, 10 de diciembre de 2014, párr. 332.

⁵³³ Dúplica de la Demandada, párr. 337.

⁵³⁴ Dúplica de la Demandada, párr. 337.

que los reclamos de SAS quedan fuera del ámbito de jurisdicción del Tribunal⁵³⁵. En todo caso, indica que la conducta de CMMK ocurrió durante la realización de su supuesta inversión, ya que CMMK estaba aún en proceso de realizar la inversión al momento del Decreto de Reversión⁵³⁶.

367. Según la Demandada, no puede aceptarse el argumento de la Demandante de que podría actuar ilegalmente después de haber hecho la inversión, pues el propósito del sistema de tratados de inversión no es promover las inversiones ilegales⁵³⁷. Según la Demandada, las decisiones citadas por la Demandante no son pertinentes ni apoyan la posición de que si la conducta ilegal es posterior a la realización de la inversión no tiene ningún efecto sobre la jurisdicción⁵³⁸; se trata de mero *obiter dictum*⁵³⁹ o se refieren a casos que contenían cláusulas sobre la condición de legalidad de la inversión que limitaban expresamente su análisis al momento de la realización de la inversión⁵⁴⁰.
368. Por lo expuesto, la Demandada reafirma el deber del Tribunal de declinar su jurisdicción para conocer sobre los reclamos de la Demandante al estar contaminados por actuaciones ilegales bajo el derecho boliviano y el derecho internacional o, alternativamente, declararlos inadmisibles⁵⁴¹.

(c) Sobre la supuesta falta de *clean hands* de la Demandante

369. La Demandada sostiene que la Demandante provocó la situación que llevó a la reversión de las concesiones⁵⁴². Según ésta, la Demandante habría afectado los derechos humanos, sociales y colectivos de una comunidad que requiere especial protección por el derecho internacional⁵⁴³. La

⁵³⁵ Dúplica de la Demandada, Sección 4.2.2.2; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 253:9 – 254:5 (español).

⁵³⁶ Dúplica de la Demandada, párrs. 339-340;

⁵³⁷ Dúplica de la Demandada, párr. 341; RLA-92, *SAUR International S.A. c. República de Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/04/4, Decisión sobre Jurisdicción y sobre Responsabilidad, 6 de junio de 2012, párr. 308; RLA-72, *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, Caso CIADI N.º ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009, párrs. 100-102.

⁵³⁸ Dúplica de la Demandada, párr. 342; CLA-121, *Hulley Enterprises Limited (Chipre) c. Federación Rusa*, Caso CPA N.º AA 226, Laudo Final, 18 de julio de 2014, párr. 1370; CLA-122, *Yukos Universal Limited (Isla de Man) c. Federación Rusa*, Caso CPA N.º AA 227, Laudo Final, 18 de julio de 2014, párr. 1370; CLA-123, *Veteran Petroleum Limited (Chipre) c. Federación Rusa*, Caso CPA N.º AA 228, Laudo Final, 18 de julio de 2014, párr. 1370.

⁵³⁹ Dúplica de la Demandada, párr. 343; CLA-128, *Vannessa Ventures Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB(AF)04/6, Laudo, 16 de enero de 2013, párrs. 165-167.

⁵⁴⁰ Dúplica de la Demandada, párr. 344; RLA-31, *Gustav F. W. Hamster GmbH & Co KG c. República de Ghana*, Caso CIADI N.º ARB/07/24, Laudo, 18 de junio de 2010, párr. 127; RLA-56, *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI N.º ARB/06/2, Decisión sobre Jurisdicción, 27 de septiembre de 2012, párr. 266; CLA-126, *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. República de Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/09/1, Decisión sobre Jurisdicción, 21 de diciembre de 2012, párrs. 318-319; RLA-91, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas*, Caso CIADI N.º ARB/03/25, Laudo, 16 de agosto de 2007, párr. 345; CLA-127, *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, Caso CIADI N.º ARB/10/3, Laudo, 4 de octubre de 2013, párr. 193.

⁵⁴¹ Contestación a la Demanda, párr. 293.

⁵⁴² Contestación a la Demanda, párr. 294.

⁵⁴³ Contestación a la Demanda, párr. 294. Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 1, 256:20 – 258:3 (español).

Demandada afirma que el Tribunal debe interpretar el Tratado conforme a la Convención de Viena que, según la Demandada, le exige aplicar todas las fuentes de derecho que garantizan la protección de las Comunidades Originarias⁵⁴⁴. La Demandada mantiene que, al hacerlo, el Tribunal concluirá que la Demandante no tiene *clean hands* y, por ello, sus reclamos son inadmisibles⁵⁴⁵.

370. En primer lugar, la Demandada se refiere a los supuestos atentados contra la integridad personal de las mujeres de las Comunidades Originarias. Según la Demandada, “*los empleados de CMMK irrespetaron a las mujeres de las Comunidades Originarias, atentando contra su derecho a la integridad personal, física, psicológica y moral y actuando contra la proscripción de ‘la violencia física, sexual y psicológica [contra la mujer] [...] que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual’*”⁵⁴⁶. Estas acciones habrían consistido en acoso verbal constante, discriminación por su identidad indígena y violaciones (incluso de menores), y algunas de estas últimas habrían resultado en embarazo⁵⁴⁷.
371. En segundo lugar, la Demandada acusa a la Demandante de atentar contra el derecho a la autodeterminación, y en particular al autogobierno, de las Comunidades Originarias para imponer su visión de desarrollo⁵⁴⁸. La Demandada señala que este derecho fundamental se encuentra reconocido a nivel internacional, en la ley nacional de Bolivia, su Constitución, y resulta de aplicación a la actividad minera por expresa disposición de la Ley de Minería⁵⁴⁹.
372. La Demandada manifiesta que las Comunidades Originarias han establecido sus autoridades legítimas y los mecanismos específicos para la toma de decisiones y que, en el caso concreto, la decisión de llevar a cabo una explotación minera a gran escala bajo el sistema a cielo abierto, debía tomarse en asamblea, por unanimidad⁵⁵⁰. La Demandada sostiene que ante la imposibilidad de conseguir el consenso necesario, la Demandante intentó fabricárselo “*recurriendo a varias estratagemas que incluyeron el uso de la fuerza, la intimidación, la intromisión no autorizada en el territorio de las Comunidades Originarias, el desconocimiento de las autoridades legítimas y, en total desconocimiento al derecho de autogobierno, la creación de falsas autoridades*”⁵⁵¹.

⁵⁴⁴ Contestación a la Demanda, párr. 295.

⁵⁴⁵ Contestación a la Demanda, párr. 295.

⁵⁴⁶ Contestación a la Demanda, párr. 297.

⁵⁴⁷ Contestación a la Demanda, párr. 299.

⁵⁴⁸ Contestación a la Demanda, párr. 302.

⁵⁴⁹ Contestación a la Demanda, párr. 303.

⁵⁵⁰ Contestación a la Demanda, párr. 307; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 257:7-20 (español); Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párrs. 22-24. Véase Contestación a la Demanda, sección 2.2.

⁵⁵¹ Contestación a la Demanda, párr. 309; Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párrs. 24-26. Véase también Contestación a la Demanda, secciones 3.3.3, 3.4 y 3.5.

373. La Demandada sostiene que la Demandante puso en marcha una estrategia para ganar adeptos en las comunidades más alejadas, y por ende menos afectadas por el Proyecto, y silenciar a la oposición de las comunidades de Malku Khota y Kalachaca⁵⁵². Asimismo, sostiene que la Demandante impuso su propio sistema de toma de decisiones basado en mayorías y legitimó a una “nueva autoridad”, COTOA-6A, que, como confirmaría el interrogatorio del Sr. Mallory, fue creada con el único propósito de que CMMK pudiera llevar a cabo su Proyecto y carecía de una voluntad distinta a la de dicha compañía, que, además, le prestaba su apoyo activo⁵⁵³. Según la Demandada, “*este sistema causó una profunda división en las Comunidades Originarias que dependen de su unidad para sobrevivir; y la minoría avasallada tuvo que recurrir a medios extremos para hacer oír su voz*”⁵⁵⁴.
374. La Demandada afirma que, con el fin de silenciar a los líderes que defendían los intereses de las minorías, CMMK llevó a cabo una estrategia de intimidación que incluyó denuncias penales temerarias contra líderes comunarios⁵⁵⁵, y la agresión, retención y amenazas al comunario Benedicto Gabriel Veizaga y miembros de su familia, quien además habría sido constreñido a firmar un acta de acuerdo aprobando las actividades de la Compañía y advertido de no participar en otra reunión comunal o cooperativa en Malku Khota⁵⁵⁶.
375. La Demandada continúa señalando que en un intento para tratar de influir y torpedear las decisiones de las Comunidades Originarias, empleados de CMMK se infiltraron utilizando prendas propias de los pueblos originarios en una importante ceremonia de las Comunidades Originarias, el Tantachawi (Cabildo o Asamblea), a la que está expresamente prohibido que asistan personas externas⁵⁵⁷. Según la Demandada, “*con dicho acto se vulneró, inter alia, el valor fundamental del ayllu de no mentir (ama llulla), pues el que se infiltra mente a toda una colectividad, en este caso, a los ayllus y comunidades de Mallku Khota*”⁵⁵⁸. Sumado a lo anterior, CMMK habría comenzado a apropiarse *de facto* de las viviendas y el territorio de los comunarios, además de impedirles transitar libremente para pastar sus ganados⁵⁵⁹.

⁵⁵² Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párrs. 38-39.

⁵⁵³ Contestación a la Demanda, párr. 312; Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párrs. 44-47.

⁵⁵⁴ Contestación a la Demanda, párr. 313.

⁵⁵⁵ Contestación a la Demanda, párr. 314. Véase Contestación a la Demanda, sección 3.5. Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 9, 1880:5-8 (español); Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párrs. 42, 47.

⁵⁵⁶ Contestación a la Demanda, párrs. 315-316.

⁵⁵⁷ Contestación a la Demanda, párr. 318.

⁵⁵⁸ Contestación a la Demanda, párr. 318.

⁵⁵⁹ Contestación a la Demanda, párr. 319.

376. Por último, la Demandada alega que el Proyecto amenazaba el derecho fundamental de las Comunidades Originarias a conservar y proteger el medioambiente en sus territorios⁵⁶⁰ y a “*fortalecer su propia relación espiritual con las tierras [...] y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado [...]*”⁵⁶¹. Según la Demandada, el Proyecto implicaba un grave riesgo de afectación medioambiental, pudiendo llegar a la destrucción del cerro y las lagunas circundantes que las Comunidades Originarias del Norte de Potosí consideran sagradas⁵⁶², además de “*conllevar un inexorable desplazamiento forzado de los comunarios fuera de sus territorios ancestrales*”⁵⁶³.
377. La Demandada sostiene que el riesgo ambiental y el de ser despojados de sus territorios preocupaba especialmente a las Comunidades Originarias y produjo una parte importante de la tensión social⁵⁶⁴. Según la Demandada, los pueblos originarios tienen derecho a decidir sus formas de desarrollo en la medida en que este afecte las tierras que ocupan y, en este caso, las Comunidades Originarias decidieron que la ejecución del Proyecto iba en contravía de su desarrollo, decisión que se reflejó en la reversión de las Concesiones Mineras⁵⁶⁵.
378. En su Dúplica sobre Jurisdicción, la Demandada rechaza la posición de la Demandante respecto del cumplimiento de la carga de la prueba. En primer lugar, la Demandada señala que conforme al Artículo 27(1) del Reglamento CNUDMI, satisfizo la carga de la prueba en su Contestación a la Demanda al demostrar los hechos que sustentan sus objeciones sobre la base del principio de *clean hands* y la ilegalidad de la inversión; por lo que le hubiese correspondido a la Demandante presentar pruebas con su Réplica que demostrasen la admisibilidad de sus pretensiones y la jurisdicción del Tribunal sobre éstas⁵⁶⁶.
379. La Demandada también afirma que el estándar de prueba aplicable es la preponderancia de pruebas o equilibrio de probabilidades⁵⁶⁷ y que son errados y carecen de soporte en la doctrina los argumentos de la Demandante para fundamentar que el estándar aplicable es el de “pruebas claras y convincentes”⁵⁶⁸. Respecto de tres decisiones que la Demandante cita como sustento de su posición, la Demandada expone que *Rompetro* y *Libananco* no exigieron pruebas claras y

⁵⁶⁰ Contestación a la Demanda, párr. 320.

⁵⁶¹ Contestación a la Demanda, párr. 319, citando RLA-39, Naciones Unidas, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, 13 de septiembre del 2007, artículo 25.

⁵⁶² Contestación a la Demanda, párrs. 321-322. Véase Contestación a la Demanda, sección 2.2.

⁵⁶³ Contestación a la Demanda, párr. 321.

⁵⁶⁴ Contestación a la Demanda, párr. 323.

⁵⁶⁵ Contestación a la Demanda, párr. 324.

⁵⁶⁶ Dúplica de la Demandada, párr. 348.

⁵⁶⁷ Dúplica de la Demandada, párr. 349.

⁵⁶⁸ Dúplica de la Demandada, párrs. 347-349.

convincientes, sino que aplicaron el estándar del equilibrio de probabilidades, y que en *Siag c. Egipto*, el estándar de prueba no fue un punto controvertido⁵⁶⁹.

380. En segundo lugar, la Demandada afirma que, independientemente de la carga de la prueba y su valoración, hay suficientes pruebas para desestimar los reclamos de SAS por no estar sujetos a la jurisdicción del Tribunal⁵⁷⁰. En este sentido, la Demandada afirma que demostró que CMMK incurrió en una serie de conductas, que incluyeron la creación de organizaciones ilegítimas, abusos físicos contra comunitarios de Malku Khota, la presentación de denuncias penales temerarias contra Autoridades Originarias y el pago de sobornos a policías y periodistas, que resultan contrarios al derecho boliviano e internacional y que provocaron división y violencia entre las Comunidades Originarias⁵⁷¹.
381. En su Memorial Post-Audiencia, Bolivia sostuvo que “*CMMK cometió varios abusos que llevaron a una escalada de violencia insostenible que puso en peligro la vida y lo derechos de las Comunidades Originarias y los funcionarios públicos y obligó al Estado, tras haber apoyado el Proyecto, a decretar la Reversión como ultima ratio*”⁵⁷². Según la Demandada, estos abusos justifican el rechazo de los reclamos de SAS⁵⁷³.
382. En primer lugar, la Demandada sostiene que la negligencia de CMMK en la gestión de las relaciones comunitarias tuvo como efecto el rechazo del Proyecto materializado en los votos resolutivos de diciembre de 2010 y enero de 2011⁵⁷⁴. Contrariamente a lo que se sostiene la Demandante, Bolivia señala que no existen pruebas de que tales votos hubiesen sido tomados mediante intimidaciones o uso de la fuerza; además, ni el señor Gonzales Yutronic denunció ante las autoridades los actos de violencia de los que habría sido testigo ni el señor Angulo incluyó mención alguna en sus informes sobre estas reuniones⁵⁷⁵.
383. La Demandada sostiene que la Audiencia confirmó al menos cuatro formas de negligencia de CMMK en la gestión de las relaciones comunitarias: (i) su encargado de relaciones comunitarias, el señor Angulo, desconocía las recomendaciones de BSR (único informe sobre relaciones comunitarias encargado por SAS, SASC o CMMK) y, por ende, actuó de forma contraria a las recomendaciones de BSR⁵⁷⁶; (ii) la incorporación de la señora Carmen Huanca al equipo de

⁵⁶⁹ Dúplica de la Demandada, párr. 350.

⁵⁷⁰ Dúplica de la Demandada, párr. 351.

⁵⁷¹ Dúplica de la Demandada, párr. 352.

⁵⁷² Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 20.

⁵⁷³ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, sección 3.

⁵⁷⁴ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 26.

⁵⁷⁵ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 27.

⁵⁷⁶ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párrs. 29-31.

relaciones comunitarias causó mayores problemas, por lo que tuvo que ser despedida⁵⁷⁷; (iii) la falta de socialización de las verdaderas implicaciones del Proyecto y de información sobre los efectos de las actividades de exploración, a pesar de las recomendaciones de BSR y su identificación de estas deficiencias en el programa de la Compañía⁵⁷⁸; y (iv) la calificación de SAS de las denuncias de violación de mujeres como falsas cuando los directivos de CMMK estuvieron involucrados en el encubrimiento de estos hechos⁵⁷⁹.

384. En segundo lugar, Bolivia sostiene que la Audiencia confirmó que los abusos ilegales de CMMK para silenciar a los opositores del Proyecto causaron graves actos de violencia a mediados de 2012 y no dejaron a Bolivia otra alternativa que decretar la reversión⁵⁸⁰.
385. La Demandada enfatiza que *“las ilegalidades cometidas por CMMK fueron puestas en práctica por recomendación del Testigo X bajo la supervisión y aprobación de los Sres. Mallory y Gonzales Yutronic”*⁵⁸¹; y habrían sido encubiertas en la contabilidad de CMMK⁵⁸². Bolivia destaca que, durante la Audiencia, la Demandante no interrogó al Testigo X sobre hechos tales como la estrategia de criminalización de los líderes de las Comunidades Originarias opositoras al Proyecto, el secuestro inducido de Saúl Reque, pagos indebidos a policías, el arresto de Cancio Rojas, y el supuesto *“cabildo histórico”*⁵⁸³. En relación a la credibilidad del Testigo X, la Demandada enfatiza que éste no era abogado de CMMK⁵⁸⁴, ni tiene relación contractual con el Estado⁵⁸⁵.
386. Bolivia reiteró que el supuesto *“cabildo histórico”* había sido orquestado por CMMK y el Testigo X para aprobar la consulta popular exigida por ley⁵⁸⁶, hecho que resulta *“especialmente grave”* por los siguientes motivos: (i) a pesar de que el señor Gonzales Yutronic reconoció que *“no está bien que uno prepare antes”* el acta de una reunión, no evitó que Saúl Reque hiciese un borrador para ese cabildo por instrucciones del Testigo X⁵⁸⁷; (ii) aunque el señor Mallory reconoció que de no haber consenso para una reunión, esta no debería proseguir, el cabildo se llevó a cabo a pesar de que Malku Khota y Kalachaca no estaban (se encontraban en marcha hacia La Paz); (iii) el

⁵⁷⁷ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 32.

⁵⁷⁸ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párrs. 33-34.

⁵⁷⁹ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 36.

⁵⁸⁰ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párrs. 38-39.

⁵⁸¹ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 40; Transcripción de la Audiencia, Día 2, 419:22-13 (inglés).

⁵⁸² Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 48.

⁵⁸³ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párrs. 42-43; 48-51.

⁵⁸⁴ En cualquier caso, la Demandada alega que el secreto profesional no protege la confidencia de cometer un delito (Transcripción de la Audiencia, Día 9, 1850:2-16 (español); Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 41.

⁵⁸⁵ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 41.

⁵⁸⁶ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 51.

⁵⁸⁷ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 52.

- señor Mallory habría admitido que CMMK pretendía suplantar el proceso de la consulta previa por el voto resolutivo de este cabildo⁵⁸⁸.
387. Por último, la Demandada señala que la intromisión de dos empleados de CMMK en un cabildo de la zona de Malku Khota el 28 de mayo de 2012, desató los graves hechos de violencia en la zona que habrían terminado con la vida del comunario José Mamani⁵⁸⁹.
388. La Demandada sostiene que, a pesar de su apoyo al Proyecto, la situación de violencia creada por CMMK no dejó al Estado otra alternativa que decretar la reversión⁵⁹⁰. En este contexto, señala que los testigos de SAS confirmaron que Bolivia expresó su apoyo al Proyecto, incluso durante el año 2012⁵⁹¹, y que apoyó a CMMK con el envío de efectivos policiales a la zona para evitar enfrentamientos violentos⁵⁹².
389. Por otra parte, la Demandada afirma que en la Audiencia quedaron desmentidas las siguientes acusaciones de SAS: (i) que la Gobernación hubiese presentado como una demanda la idea de crear un empresa mixta, pues el señor Mallory confirmó en Audiencia que se había tratado de una sugerencia del Gobernador⁵⁹³; (ii) que la minería ilegal tuviese la importancia que le atribuye SAS, pues realmente se trataba de “*algunos comunarios ‘moliendo piedras’*”⁵⁹⁴; y (iii) que Bolivia tendría un interés económico en el Proyecto que le habría llevado a decretar la reversión⁵⁹⁵. Respecto de este último punto, la Demandada destaca que la Zona de Inmovilización era una zona asignada a COMIBOL desde 2007, sobre la que CMMK no tenía derechos⁵⁹⁶, que no ha habido ningún convenio de cooperación con inversionistas chinos para que asumiesen el Proyecto (prueba de ello es que cuatro años después de la Reversión no hay ninguna explotación económica del área)⁵⁹⁷, y que para poder explotar el Proyecto, “[n]ecesariamente tiene que haber un acuerdo con las comunidades a través de una consulta”⁵⁹⁸.
390. Según la Demandada, la Audiencia confirmó que la reversión era la medida más adecuada para pacificar la zona, toda vez que otras medidas, como la militarización propuesta por SAS, no son eficaces para solucionar conflictos entre las Comunidades Originarias y han tenido consecuencias

⁵⁸⁸ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 54.

⁵⁸⁹ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 55.

⁵⁹⁰ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 56

⁵⁹¹ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párrs. 57-62.

⁵⁹² Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 63; Transcripción de la Audiencia, Día 4, 870:20-25 (español).

⁵⁹³ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 66.

⁵⁹⁴ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 67.

⁵⁹⁵ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 69.

⁵⁹⁶ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 70; Transcripción de la Audiencia, Día 3, 677:4-16 (español).

⁵⁹⁷ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 71,

⁵⁹⁸ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 72.

nefastas en el pasado⁵⁹⁹; además el señor Chajmi confirmó que los conflictos habrían acabado tras la reversión⁶⁰⁰.

391. Por último, la Demandada hace referencia al laudo en *Copper Mesa* para afirmar que los hechos que ha expuesto “*pueden y deben ser objeto de diferentes calificaciones jurídicas en el Derecho internacional de las inversiones y, por ende, dar lugar a diferentes soluciones*”⁶⁰¹. En este sentido, la Demandada concluye que los abusos de SAS y CMMK deben llevar al Tribunal a la conclusión que:

1. *la supuesta inversión de SAS es ilegal y, en consecuencia, el Tribunal no tiene jurisdicción para resolver la presente controversia;*
2. *los reclamos de SAS son, en cualquier caso, inadmisibles, por su falta de ‘clean hands’;*
3. *si, par imposible, el Tribunal considerase que tiene jurisdicción y que los reclamos de SAS son admisibles, no existe causalidad entre las acciones del Estado (conformes al Derecho interno e internacional) y el supuesto daño ocasionado a SAS (por ser exclusivamente consecuencia de sus actos); o*
4. *a lo sumo, el Tribunal deberá reducir cualquier condena en, como mínimo, un 75% para reflejar la contribución de SAS a sus propios daños*⁶⁰².

392. Según la Demandada, “*dada la extrema gravedad de los hechos de este caso, las soluciones de los literales (a) y (b) del párrafo anterior son las más adecuadas*”⁶⁰³.

2. Posición de la Demandante

(a) Sobre la existencia y aplicación del principio de *clean hands*

393. La Demandante sostiene que la doctrina de *clean hands*, entendida como una regla que vuelve inadmisibles la totalidad del caso por los supuestos agravios cometidos por la parte demandante, no es reconocida en el derecho internacional⁶⁰⁴.

394. La Demandante alega que las fuentes legales invocadas por la Demandada son insuficientes para llegar a la conclusión de que el principio existe, ya sea como derecho internacional consuetudinario o como principio general de derecho⁶⁰⁵. La Demandante mantiene que la CPIJ y la CIJ han declinado declarar que la doctrina de *clean hands* existe a pesar de haber tenido

⁵⁹⁹ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 74.

⁶⁰⁰ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 75.

⁶⁰¹ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 77.

⁶⁰² Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 78.

⁶⁰³ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 79.

⁶⁰⁴ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 88. Véase también Réplica de la Demandante, párrs. 197, 201; Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 56.

⁶⁰⁵ Réplica de la Demandante, párr. 202.

múltiples oportunidades para hacerlo al ser invocada por numerosos Estados que han aparecido ante ellas⁶⁰⁶. La Demandante se opone a las críticas que formula Bolivia respecto de los casos de la CIJ citados por SAS para soportar esta conclusión y añade que el análisis de Bolivia es intrínsecamente contradictorio⁶⁰⁷.

395. En cuanto al laudo de *Guyana c. Surinam*, la Demandante sostiene que la Demandada malinterpreta esta decisión que, según SAS, “*en realidad expresó sus dudas respecto a si la doctrina efectivamente existía*”⁶⁰⁸.
396. La Demandante alega que la apropiación que hace la Demandada de la doctrina de *clean hands* y principios relacionados encontrados en los primeros casos de las comisiones de reclamos no considera el contexto de dichos casos. Según la Demandante, se trataba de casos de violaciones de leyes de esclavitud y neutralidad que surgieron en el contexto de la protección diplomática⁶⁰⁹. La Demandante cita al profesor Crawford quien explica que esos casos se caracterizan por el hecho que la violación del derecho internacional por parte de la víctima fue la única causa del daño alegado y que, en cambio, cuando el Estado ha violado el derecho internacional al adoptar medidas represivas contra la demandante, los árbitros nunca han declarado la demanda inadmisibles⁶¹⁰.
397. La Demandante también señala que en su reporte como Relator Especial sobre Responsabilidad del Estado de la CDI, el profesor Crawford sostuvo que no era posible considerar la teoría de *clean hands* como una institución de derecho general consuetudinario. Asimismo, destaca que el profesor Dugard, Relator Especial sobre Protección Diplomática, no incluyó disposición alguna

⁶⁰⁶ Réplica de la Demandante, párr. 202; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 137:5-12 (inglés). Según la Demandante, la doctrina de *clean hands* ha sido invocada sin éxito por varios Estados en otros procedimientos ante 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 y otros Nacionales de México (México c. Estados Unidos de América)*, Sentencia, Informes CIJ 12, 38 (2004)), por los demandados de la OTAN en los casos sobre la Legalidad del Uso de Fuerza, 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’; 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, párr. 5). Véase también Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 89.

⁶⁰⁷ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 99.

⁶⁰⁸ Réplica de la Demandante, párr. 203. Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 1, 137:13-21 (inglés).

⁶⁰⁹ Réplica de la Demandante, párr. 204.

⁶¹⁰ Réplica de la Demandante, párr. 204; CLA-120, James Crawford, *Second Report on State Responsibility* (51ª Sesión de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 1999), UN Doc A/CN.4/498/ y Add.1-4, p. 83, párr. 334, citando a Jean J.A. Salmon, “Des ‘Mains Propres’ Comme Condition de Recevabilité des Réclamations Internationales”, *10 Annuaire Français de Droit International*, 1964, pp. 224, 259.

sobre la doctrina de *clean hands* en el proyecto de artículos, considerando que la evidencia a favor de la doctrina no era concluyente⁶¹¹.

398. Respecto de la desestimación de estos informes por parte de la Demandada, la Demandante observa que el informe del profesor Dugard examinó las raíces y aplicación de la doctrina de *clean hands* en el derecho internacional para analizar si existe consenso internacional en cuanto a su aplicabilidad dentro de la protección diplomática⁶¹². En cuanto a la crítica formulada por la Demandada en conexión con el informe del profesor Crawford, la Demandante sostiene que sus conclusiones no son menos ciertas o relevantes porque el capítulo particular en el que se incluye el análisis no trate “cuestiones procesales”⁶¹³.
399. La Demandante critica que Bolivia hubiese omitido referirse a los laudos finales de *Yukos* que, según ella, constituyen la expresión más considerada del estado de la doctrina de *clean hands*. En efecto —señala la Demandante— el tribunal de *Yukos* analizó varios de los casos invocados por la Demandada y concluyó que *unclean hands* no existe como un principio general del derecho internacional que impida la reclamación de un inversionista⁶¹⁴.
400. Según la Demandante, la única fuente de derecho nueva es el caso *Al-Warraq c. Indonesia* que, sin embargo, no puede por sí solo “*elaborar sin más una doctrina oponible sobre clean hands en el derecho internacional*”⁶¹⁵. La Demandante afirma que, a diferencia de este caso, en *Al-Warraq* la base para la invocación de la doctrina fue fraude y corrupción en relación con los reclamos mismos, acreditados y condenados por tribunales domésticos⁶¹⁶; además, la demandante no cuestionó la existencia de la doctrina sino que se limitó a señalar su irrelevancia⁶¹⁷. En todo caso, la Demandada apunta que la mención a esta doctrina en el laudo es muy somera y no la identifica como un principio de derecho internacional⁶¹⁸. Asimismo, señala que la decisión sobre la aplicación de la doctrina de *clean hands* en *Al-Warraq* no fue unánime y que la salvedad es importante porque, como en aquel caso, los reclamos de Bolivia de ilegalidad no guardan relación

⁶¹¹ Réplica de la Demandante, párr. 205; CLA-120, James Crawford, *Second Report on State Responsibility* (51º Período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 1999), UN Doc A/CN.4/498/ y Add.1–4, citando a Rousseau, *Droit International Public*, p. 177, párr. 170 (“it is not possible to consider the ‘clean hands’ theory as an institution of general customary law”); CLA-119, John Dugard, *Sixth Report on Diplomatic Protection* (57º Período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 2005), A/CN.4/546, párr. 18.

⁶¹² Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 101.

⁶¹³ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 102.

⁶¹⁴ Réplica de la Demandante, párr. 207; Véase también Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 93; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 138:7-13 (inglés).

⁶¹⁵ Réplica de la Demandante, 207; Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, nota al pie 319.

⁶¹⁶ Réplica de la Demandante, párr. 208.

⁶¹⁷ Réplica de la Demandante, párr. 208.

⁶¹⁸ Réplica de la Demandante, párr. 209.

con la adquisición de la inversión⁶¹⁹. Por último, la Demandante advierte que no existe evidencia de que el profesor Crawford hubiese presentado una opinión experta a favor de la doctrina de *clean hands* en ese caso y que cualquier sugerencia de que el profesor Crawford, como Relator Especial sobre Responsabilidad del Estado, apoyaba la existencia de dicha doctrina es “*sumamente engañosa*”⁶²⁰.

401. En su Dúplica sobre Jurisdicción, la Demandante añade que la afirmación de Bolivia de que la doctrina de *clean hands* es un principio general de derecho que debe aplicarse en todos los casos se basa en comentarios académicos que abogan por que se reconozca esta doctrina como tal, *i.e.*, *lege ferenda*⁶²¹. Sin embargo, las mismas fuentes citadas por la Demandada reconocen que la doctrina aún no ha adquirido consenso y aceptación internacional⁶²².
402. La Demandante también critica el intento de Bolivia de equiparar *clean hands* con el principio general de buena fe u otras máximas latinas, a través de referencias “*amplias y no especificadas*”⁶²³. La Demandante afirma que si Bolivia insiste en que el Tribunal debe usar la buena fe como fundamento para regular su jurisdicción, tendrá que identificar la fuente en el derecho internacional para ello, las normas y las condiciones para la implementación de este principio, así como sus límites⁶²⁴. La Demandante sostiene que el Tribunal no encontrará base en el derecho internacional para esta labor, incluso en referencias a una doctrina de *unclean hands* no oponible⁶²⁵.
403. Asimismo, la Demandante reprocha el esfuerzo de la Demandada por establecer que existe reconocimiento y consenso entre Estados sobre la existencia de la doctrina de *clean hands*, con base en unas referencias fragmentadas y contextualizadas al derecho alemán, francés, británico y norteamericano⁶²⁶. La Demandante no cuestiona que existen reiteraciones de la doctrina de *clean hands* en ciertas jurisdicciones nacionales, pero mantiene que esas reglas, al estar basadas en la

⁶¹⁹ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, nota al pie 319.

⁶²⁰ Réplica de la Demandante, párr. 210. Véase también Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, nota al pie 319.

⁶²¹ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 90; véase Dúplica de la Demandada, párrs. 301-302 (citando RLA-66, R. Kreindler, “Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine”, *Between East and West: Essays in Honour of Ulf Frank, K. Hobér and others* (eds.), Juris Publishing, 2010; RLA-88, P. Dumberry, G. Dumas-Aubin, “The Doctrine of ‘Clean Hands’ and the Inadmissibility of Claims by Investors Breaching International Human Rights Law”, *10 Transnational Dispute Management*, 1ª edición, 2013).

⁶²² Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 90; RLA-66, R. Kreindler, “Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine”, *Between East and West: Essays in Honour of Ulf Frank, K. Hobér and others* (eds.), Juris Publishing, 2010, pp. 1, 2 y 10; RLA-88, P. Dumberry, G. Dumas-Aubin, “The Doctrine of ‘Clean Hands’ and the Inadmissibility of Claims by Investors Breaching International Human Rights Law”, *10 Transnational Dispute Management*, 1ª edición, 2013, p. 318). Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 1, 136:21-25 (inglés).

⁶²³ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 90.

⁶²⁴ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, nota al pie 269.

⁶²⁵ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, nota al pie 269.

⁶²⁶ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 92.

equidad, no son reglas automáticas y binarias que exijan a los tribunales declarar la inadmisibilidad sin determinar culpa y proporcionalidad relativas⁶²⁷.

404. La Demandante sostiene, contrariamente a lo que apunta la Demandada en su Dúplica, que la doctrina de *clean hands* no forma parte del orden público internacional, y ni *Fraport* ni *World Duty Free* apoyan un pronunciamiento semejante⁶²⁸. Además, alega que la Demandada no señala, ni puede señalar, una definición “universal” o “estándar” de la doctrina de *clean hands*; ni indicar los acuerdos o convenios internacionales entre los Estados que aceptan la doctrina de *clean hands*; ni cualquier otra declaración de las Naciones Unidas sobre el alcance, contenido o implementación de la doctrina de *clean hands*⁶²⁹.
405. Finalmente, en su Memorial Post-Audiencia, la Demandante destaca que el tribunal en el caso *Copper Mesa c. Ecuador* rechazó la aplicación de esta doctrina y observó además que las actividades de la demandante en ese caso tuvieron lugar a la vista del gobierno y éste no se quejó en el momento en el que se produjeron los hechos⁶³⁰. La Demandante niega las acusaciones de Bolivia, pero en todo caso recalca que ésta última no investigó las supuestas acciones de SAS⁶³¹.
406. Sobre la base de lo expuesto, la Demandante concluye que la objeción jurisdiccional de *clean hands* debe ser desestimada, pues no existe principio oponible de *clean hands* en el derecho internacional, ya sea como derecho consuetudinario (Artículo 38(1)(b) del Estatuto de la CIJ) o como un principio general de derecho (Artículo 38(1)(c))⁶³². Asimismo, indica que la desestimación de todos sus reclamos en base a la supuesta evidencia de *unclean hands* llevaría a un resultado injusto e inequitativo, pues impediría que los incumplimientos de Bolivia fuesen discutidos y remediados⁶³³.
407. En cualquier caso, la Demandante argumenta que aun si el Tribunal aceptase la existencia de la doctrina de *clean hands* en el derecho internacional, la Demandada no cumple con los estrictos criterios para su aplicación⁶³⁴.
408. Según la Demandante, el tribunal de *Niko Resources c. Bangladesh* estableció un test para la aplicación del principio de *clean hands* conformado por tres elementos derivados del caso *Guyana*

⁶²⁷ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 92; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 138:14-24 (inglés).

⁶²⁸ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párrs. 96, 98.

⁶²⁹ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 97; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 139:5-15 (inglés).

⁶³⁰ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 58.

⁶³¹ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 59.

⁶³² Réplica de la Demandante, párr. 211.

⁶³³ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 104. Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 1, 134:18 – 135:9 (inglés).

⁶³⁴ Réplica de la Demandante, párr. 212. Véase también Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, sección IV.1.

c. *Surinam*, a saber: (i) la conducta del demandante que se dice da lugar a “*unclean hands*” debe constituir una infracción continua; (ii) la subsanación solicitada por el demandado en el procedimiento debe ser una “*protección contra la continuidad de dicha infracción en el futuro*”, no daños y perjuicios por infracciones pasadas; y (iii) debe existir una relación de reciprocidad entre las obligaciones consideradas⁶³⁵. De acuerdo con este último criterio, la doctrina de *clean hands* no se activaría cuando la conducta inapropiada del inversionista no tiene relación con las reclamaciones presentadas ante el tribunal⁶³⁶.

409. Según SAS, la Demandada no explica cómo los tres grupos de actos que supuestamente vulneran la doctrina de *clean hands* cumplirían con cada uno de estos criterios⁶³⁷ y tampoco identifica un conjunto alternativo de criterios para la aplicación de la doctrina de *clean hands*⁶³⁸. Específicamente, señala que el criterio de reciprocidad no se satisface en el presente caso, pues los alegatos de la Demandada no guardan relación alguna con el motivo de la acción sobre la cual SAS ha efectuado su reclamos, es decir, el supuesto incumplimiento de Bolivia de las garantías de protección al inversionista incorporadas en el Tratado⁶³⁹.
410. La Demandante cita la afirmación del tribunal de *Yukos* según la cual si un inversionista actúa ilegalmente, el Estado receptor le puede solicitar que corrija su conducta e imponerle las sanciones disponibles bajo derecho doméstico; sin embargo, si el inversionista considera que tales sanciones son injustificadas, debe tener la posibilidad de cuestionar su validez conforme al tratado de inversiones aplicable⁶⁴⁰. Según la Demandante, el mismo razonamiento aplica a este caso: si los supuestos actos ilegales de SAS forman la base de los actos expropiatorios de Bolivia, entonces la Demandante debe tener la posibilidad de cuestionar su validez conforme al Tratado⁶⁴¹.
411. La Demandante concluye que ninguno de los criterios necesarios para la aplicación de la doctrina de *clean hands* estaría presente en este caso y señala que en el caso de iteraciones nacionales de la doctrina de *clean hands*, no se les exige a los demandantes haber llevado una vida intachable para poder acceder a la justicia⁶⁴². Asimismo, reitera que es una sociedad protegida conforme al Tratado, que es propietaria de inversiones calificadas en Bolivia y que los defectos planteados por Bolivia, ninguno de los cuales guarda relación con la realización de su inversión, no debieran

⁶³⁵ Réplica de la Demandante, párr. 213; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 139:23 – 140:13 (inglés).

⁶³⁶ Réplica de la Demandante, párr. 214.

⁶³⁷ Réplica de la Demandante, párr. 214.

⁶³⁸ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 105.

⁶³⁹ Réplica de la Demandante, párr. 216; Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 109.

⁶⁴⁰ Réplica de la Demandante, párr. 217.

⁶⁴¹ Réplica de la Demandante, párr. 218.

⁶⁴² Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 110.

impedir al Tribunal otorgar una audiencia justa a las pretensiones sobre el fondo de la Demandante bajo el Tratado⁶⁴³.

(b) Sobre el requisito de legalidad

412. La Demandante no disputa que el requisito de que los inversionistas deben cumplir el derecho del Estado receptor al hacer una inversión está implícito en el sistema del arbitraje de tratados de inversiones⁶⁴⁴. Sin embargo, alega que la invocación que hace la Demandada presenta dos serias deficiencias: (i) ninguna de las presuntas conductas ilegales son relativas a las infracciones de leyes relacionadas con la admisión de la inversión de la Demandante; y (ii) ninguna de las instancias de las presuntas conductas ilegales ocurrió en el momento en que ésta realizó su inversión⁶⁴⁵. Según la Demandante, estos son requisitos para poder invocar esta doctrina y la ausencia de cualquiera de ellos impide la defensa pretendida por la Demandada⁶⁴⁶.
413. Respecto del primer requisito, la Demandante, haciendo referencia al laudo de *Saba Fakes c. Turquía*, afirma que las infracciones del derecho del Estado receptor que no estén directamente relacionadas con la “admisión de las inversiones” o “regulación de inversiones” no deberían servir como una obstrucción a la jurisdicción⁶⁴⁷.
414. En este sentido, la Demandante señala que ninguna de las supuestas conductas alegadas por Bolivia involucra específicamente legislación creada para regular el ingreso de la inversión extranjera ni se refieren a la naturaleza misma de la regulación de inversiones⁶⁴⁸.
415. Respecto del segundo requisito, la Demandante sostiene que ninguna de las ilegalidades que se le imputan constituye conductas ocurridas en el momento de realizar su inversión, lo que haría que la doctrina de legalidad sea improcedente⁶⁴⁹. La Demandante fundamenta su afirmación en las decisiones de varios tribunales de inversión, que han concluido que las conductas indebidas posteriores al inicio de una inversión no tienen consecuencias jurisdiccionales⁶⁵⁰ puesto que el

⁶⁴³ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 110.

⁶⁴⁴ Réplica de la Demandante, párr. 219.

⁶⁴⁵ Réplica de la Demandante, párr. 219; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 140:18 – 141:2 (inglés).

⁶⁴⁶ Réplica de la Demandante, párr. 219.

⁶⁴⁷ Réplica de la Demandante, párr. 220.

⁶⁴⁸ Réplica de la Demandante, párr. 222.

⁶⁴⁹ Réplica de la Demandante, párr. 223; Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párrs. 88 y 112.

⁶⁵⁰ Réplica de la Demandante, párr. 226; RLA-31, *Gustav F.W. Hamester GmbH & Co KG c. República de Ghana*, Caso CIADI N.º ARB/07/24, Laudo, 18 de junio de 2010, párr. 127; RLA-56, *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI N.º ARB/06/2, Decisión sobre Jurisdicción, 27 de septiembre de 2012, párr. 266; CLA-126, *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/09/1, Decisión sobre Jurisdicción, 21 de diciembre de 2012, párr. 328. Véase también RLA-91, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas* (Caso CIADI N.º ARB/03/25), Laudo, 16 de agosto de 2007, párr. 345; CLA-127, *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, Caso CIADI N.º ARB/10/3, Laudo, 4 de octubre de

requisito de legalidad opera como un límite sobre el consentimiento del Estado receptor de participar en el arbitraje de inversiones⁶⁵¹.

416. En este sentido, la Demandante afirma que si el inversionista realiza, efectúa o adquiere la inversión inicial de forma ilícita, entonces queda fuera del marco de protecciones del tratado de inversión⁶⁵². Sin embargo, —continúa la Demandante— si el Estado se queja de conductas contrarias a su legislación ocurridas en el curso de la inversión e impone sanciones sobre el inversionista que violarían el tratado, éste debe tener la posibilidad de controvertir su validez de acuerdo con el tratado de inversiones aplicable⁶⁵³. En este contexto, la Demandante cita al tribunal del caso *Yukos* quien observó que “*socavaría la finalidad y el objeto del TCE negarle al inversionista el derecho de presentar su caso ante un tribunal arbitral basado en las mismas presuntas violaciones cuya existencia el inversor pretende disputar sobre el fondo*”⁶⁵⁴.
417. La Demandante destaca que el laudo del caso *Copper Mesa* también rechazó la aplicabilidad de la doctrina de legalidad porque la conducta era posterior a la inversión inicial y explicó que para poder aplicarla a un momento posterior, haría falta un lenguaje claro a esos efectos en el TBI⁶⁵⁵.
418. Con base en lo anterior, la Demandante sostiene que se debe probar que su conducta infringió el derecho boliviano en el momento que realizó su inversión e indica que, en ese sentido, es fundamental determinar cuándo hizo SAS la inversión⁶⁵⁶. La Demandante señala que 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 vez⁶⁵⁷. Así, la inversión de la Demandante se realizó “años” antes de las supuestas ilegalidades que alega la Demandada, siendo entre 2003 y 2008 el período clave de la realización de la inversión, cuando la Demandante obtuvo las diez Concesiones Mineras que cubrían la totalidad del área del Proyecto y constituyó una filial

2013, párr. 193; CLA-128, *Vannessa Ventures Ltd c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/04/6, Laudo, 16 de enero de 2013, párr. 167.

⁶⁵¹ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 112; RLA-31, *Gustav F.W. Hamester GmbH & Co KG c. República de Ghana*, Caso CIADI N.º ARB/07/24, Laudo, 18 de junio de 2010, párr. 125.

⁶⁵² Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 112

⁶⁵³ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 112.

⁶⁵⁴ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 112, citando CLA-121, *Hulley Enterprises Limited (Chipre) c. Federación Rusa*, Caso CPA N.º AA 226, Laudo Final, 18 de julio de 2014, párr. 1355; CLA-122, *Yukos Universal Limited (Isla de Man) c. Federación Rusa*, Caso CPA N.º AA 227, Laudo Final, 18 de julio de 2014, párr. 1355; CLA-123, *Veteran Petroleum Limited (Chipre) c. Federación Rusa*, Caso CPA N.º AA226-228, Laudo Final, 18 de julio de 2014, párr. 1355. [Traducción del Tribunal]

⁶⁵⁵ Memorial Post-Audiencia de SAS, párrs. 60-61.

⁶⁵⁶ Réplica de la Demandante, párr. 227.

⁶⁵⁷ Réplica de la Demandante, párr. 227; Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 117.

boliviana 100% de su propiedad, CMMK, para explorar, desarrollar, gestionar y explotar el Proyecto⁶⁵⁸.

419. La Demandante señala que el período durante el cual ocurrieron las presuntas ilegalidades fue bastante posterior y que la teoría planteada por la Demandada de que la inversión continuó realizándose mientras se emitía el Decreto de Reversión implicaría extender la etapa de realización de la inversión inicial indefinidamente⁶⁵⁹.
420. La Demandante afirma que la Demandada ha sido incapaz de dar una razón convincente de por qué el Tribunal debería separarse de la práctica arbitral establecida⁶⁶⁰. Además, afirma que Bolivia pretende que el Tribunal interprete un requisito de legalidad ausente en el texto del Tratado y que use esa misma ausencia como permiso para “*extender*” la doctrina de legalidad a todo el ciclo de vida de una inversión, cosa que implicaría reescribir prácticamente el texto de todos los tratados que sí contienen el lenguaje “conforme a derecho” en el cual se basa la doctrina de legalidad⁶⁶¹.
421. La Demandante añade que la posibilidad de incluir lenguaje adicional en el tratado para expandir el requisito de legalidad fue expresamente rechazada por los tribunales de *Metal Tech* y *Saba Fakes*⁶⁶². En este caso —señala la Demandante— el Tratado no incluye una cláusula de legalidad expresa que exija a SAS mantener, operar o expandir su inversión conforme al derecho nacional o de buena fe y que, en consecuencia, el Tribunal “*no puede incorporar ese requisito a la ejecución o expansión de la inversión sin violentar tanto el lenguaje como el espíritu del TBI*”⁶⁶³.
422. La Demandante aclara que no solicita que se ignoren las alegaciones de Bolivia; su argumento es que se trata de cuestiones que han de ser evaluadas con el fondo, y no como un impedimento para que el Tribunal conozca de las pretensiones de la Demandante⁶⁶⁴. En este sentido, afirma que la pregunta que debe plantearse el Tribunal es si el arbitraje provee el momento, contexto y foro correctos para resolver las imputaciones de conducta ilícita⁶⁶⁵. Si las alegaciones de Bolivia fueran ciertas —señala la Demandante— el recurso apropiado sería investigar y perseguir a los

⁶⁵⁸ Réplica de la Demandante, párr. 228; Escrito de Demanda, párrs. 25-26. Véase Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 117.

⁶⁵⁹ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 117.

⁶⁶⁰ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 115.

⁶⁶¹ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 118; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 141:15-20 (inglés).

⁶⁶² Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 119.

⁶⁶³ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 119.

⁶⁶⁴ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párrs. 113-114. Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 1, 141:21 – 142:3 (inglés).

⁶⁶⁵ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 120.

perpetradores de los delitos siguiendo los procedimientos adecuados y el debido proceso, en vez de utilizar estas alegaciones para evadir el cumplimiento de obligaciones bajo el Tratado⁶⁶⁶.

(c) Sobre la supuesta falta de *clean hands* de la Demandante

423. La Demandante sostiene que la Demandada ni siquiera ha comenzado a satisfacer la carga de la prueba respecto de la presunta conducta ilegal de la Demandante⁶⁶⁷, a pesar de que le corresponde a ella probar sus objeciones jurisdiccionales conforme al Artículo 27(1) del Reglamento CNUDMI y la máxima *onus probandi incumbit actori*⁶⁶⁸.
424. Según la Demandante, Bolivia debe asumir su carga mediante pruebas claras y convincentes, no meramente mediante una preponderancia, ya que el nivel de prueba aplicable se eleva cuando se efectúan afirmaciones graves, como las realizadas en la Contestación a la Demanda⁶⁶⁹. En cualquier caso, alega que, como mínimo, el Tribunal deberá exigir “*more confidence [from] the evidence relied on*”⁶⁷⁰.
425. La Demandante afirma que la Demandada sólo ofrece “*pure probabilities or circumstantial inferences*”, insuficientes para probar los hechos de los que acusa a la Demandante⁶⁷¹. Asimismo, sostiene que a pesar de no tener la carga probatoria, SAS ha presentado elementos probatorios que demuestran que las imputaciones de la Demandada son incorrectas, están descontextualizadas o son simplemente insuficientes para dar lugar a la aplicación de las doctrinas de legalidad o de *clean hands*⁶⁷².
426. La Demandante niega las acusaciones de Bolivia respecto a los supuestos actos ilícitos cometidos por la Demandante⁶⁷³. La Demandante señala que Bolivia se basa en gran parte en las resoluciones impuestas por la CONAMAQ y la FAOI-NP en sus comunidades entre diciembre de 2010 y febrero de 2011, resoluciones que, según la Demandante, fueron analizadas por funcionarios del

⁶⁶⁶ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 120. Véase Réplica de la Demandante, párr. 222.

⁶⁶⁷ Réplica de la Demandante, sección III.C.4.

⁶⁶⁸ Réplica de la Demandante, párr. 229; Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 121; Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 62;

⁶⁶⁹ Réplica de la Demandante, párrs. 230-231; Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 122; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 143:18-23 (inglés).

⁶⁷⁰ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 122.

⁶⁷¹ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 122; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 143:23 – 144:1 (inglés); Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 62.

⁶⁷² Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 123.

⁶⁷³ Transcripción de la Audiencia, Día 1, 144:2-8 (inglés).

Gobierno en febrero de 2011 quienes confirmaron que no tenían fundamento⁶⁷⁴ y que CMMK cumplía con “todas” las regulaciones legales y administrativas aplicables a la industria minera⁶⁷⁵.

427. Asimismo, la Demandante señala que Bolivia ignoró las resoluciones cuando le fueron presentadas⁶⁷⁶ y que el Ministro de Minería y Metalurgia, Mario Virreira, en distintas oportunidades confirmó que las acusaciones que ahora plantea la Demandada como verdaderas fueron efectuadas por “*algunos mineros ilegales*” y que se trata de tácticas utilizadas por comunarios de zonas mineras para explotar ilegalmente yacimientos mineros⁶⁷⁷. Según la Demandante, los mineros ilegales, junto con los líderes de la CONAMAQ y FAOI-NP, fomentaron divisiones entre las comunidades, y el gobierno, en particular el de Potosí, se unió a estos esfuerzos tras la publicación del PEA 2011, que mostraba la verdadera magnitud del “megayacimiento”⁶⁷⁸.
428. Así, frente a las acusaciones de la Demandada de que CMMK provocó una división entre las comunidades indígenas, la Demandante sostiene que contaba con el apoyo de la mayoría de los *ayllus* y comunidades de los alrededores del Proyecto, y que los intentos de dividir la comunidad provinieron de la FAOI-NP y CONAMAQ, mineros ilegales y el propio gobierno⁶⁷⁹. La Demandante explica que su decisión de expandir el Área de Influencia del Proyecto fue ejercida precisamente para evitar dividir a los *ayllus* y teniendo en cuenta la ubicación de los trabajos de exploración, los límites geográficos y las potenciales necesidades de empleo⁶⁸⁰.
429. Asimismo, la Demandante afirma que la evidencia contemporánea demuestra que COTOA-6A fue una iniciativa tomada por los líderes de los seis *ayllus* que circundaban el proyecto porque temían que “*la CONAMAQ [sic] o FAOI-NP no representaba adecuadamente sus intereses*”⁶⁸¹. La Demandante mantiene que las alegaciones de Bolivia de que COTOA-6A se encontraba bajo el control de CMMK son infundadas⁶⁸².
430. Respecto de los supuestos abusos físicos cometidos por empleados de CMMK contra comunarios del área de Malku Khota, la Demandante señala que la Demandada se basa en parte en una

⁶⁷⁴ Réplica de la Demandante, párr. 232.

⁶⁷⁵ Réplica de la Demandante, párr. 232.

⁶⁷⁶ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 16.

⁶⁷⁷ Réplica de la Demandante, párr. 233

⁶⁷⁸ Réplica de la Demandante, párr. 233. Véase Réplica de la Demandante secciones II.C.3 y II.C.4.

⁶⁷⁹ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párrs. 124-125. Véase también Réplica de la Demandante, sección II.C.3; Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 10.

⁶⁸⁰ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párrs. 124-125. Véase también Réplica de la Demandante, párrs. 69-72.

⁶⁸¹ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 126; Memorial Post-Audiencia de SAS, párrs. 8, 11.

⁶⁸² Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 126.

resolución de 2016 “creada específicamente como respuesta al presente arbitraje”⁶⁸³, y que las únicas pruebas en relación con los supuestos abusos físicos contra mujeres de las comunidades fueron “unas resoluciones ‘adoptadas’ por los opositores al Proyecto en el año 2011 [que] ni siquiera nombran el elemento básico—“quién” o el “cuándo”—de la supuesta conducta ilícita”⁶⁸⁴. Alega, además, que la falta de investigación de estos hechos por parte de las autoridades bolivianas demuestran la falta de fundamento de estas acusaciones⁶⁸⁵.

431. La Demandante también rechaza las alegaciones de la Demandada de que CMMK promovió la violencia entre las comunidades. Según la Demandante, CMMK tenía como política el respeto de los usos, costumbres y autoridades del lugar y así instruía a su personal⁶⁸⁶. La Demandante manifiesta que desde el año 2007 y hasta la supuesta expropiación ilegal del Proyecto, CMMK mantenía una relación cercana con las comunidades y respetó sus derechos en todo momento, y que 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 Proyecto⁶⁸⁷. Respecto de los hechos de Acasio en mayo de 2012, la Demandante sostiene que CMMK no planificó, provocó ni aprobó la violencia que se produjo, y que la Demandada no ha presentado prueba alguna que constate lo contrario “fuera del testimonio poco fiable del Testigo X” que, además contradice las pruebas contemporáneas⁶⁸⁸.
432. La Demandante afirma que las acusaciones de la Demandada de que CMMK le pagó a periodistas y agentes policiales para que exagerasen la gravedad de la situación en Malku Khota y Acasio son falsas y están sacadas de contexto⁶⁸⁹. La Demandante aduce que los pagos al periodista Gonzalo Gutiérrez se hacían en conexión con sus servicios como coordinador de medios de CMMK⁶⁹⁰, y que los agentes policiales realizaron las declaraciones por iniciativa propia⁶⁹¹. Según la Demandante, el pago realizado a uno de los policías en relación con la presentación de declaraciones públicas y judiciales no estaba condicionado al contenido de tales declaraciones, que habrían permanecido consistentes antes y después del pago⁶⁹². Con relación a las alegaciones

⁶⁸³ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 127.

⁶⁸⁴ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 127.

⁶⁸⁵ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 127.

⁶⁸⁶ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 128.

⁶⁸⁷ Réplica de la Demandante, párr. 236; Escrito de Demanda, párr. 77.

⁶⁸⁸ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 128.

⁶⁸⁹ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 129.

⁶⁹⁰ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 129.

⁶⁹¹ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 129.

⁶⁹² Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 129.

del Testigo X respecto de la detención de Cancio Rojas, la Demandante sostiene que nunca autorizó a dicho testigo a pagar a policías en conexión con dicha detención ni sabía de este pago⁶⁹³.

433. La Demandante resalta que las acusaciones de Bolivia sobre la supuesta promoción de la violencia en las comunidades cercanas al Proyecto, los supuestos sobornos a periodistas y policías, y la existencia de un supuesto ‘Plan B’, dependen completamente del testimonio del Testigo X. La Demandante argumenta que vistas (i) las contradicciones entre su testimonio en la Audiencia y su testimonio escrito, además de correcciones a éste último, (ii) los documentos contemporáneos a los hechos, incluyendo los producidos por el propio Testigo X; y (iii) su participación en la licitación del gobierno Boliviano de 2016, su testimonio no es fiable⁶⁹⁴.
434. Por último, la Demandante sostiene que el Proyecto Malku Khota no presentaba riesgo alguno para el medio ambiente ya que CMMK obtuvo la licencia ambiental correspondiente y presentó a las autoridades pertinentes más de ocho estudios ambientales y socioeconómicos, incluyendo informes de cumplimiento⁶⁹⁵.
435. La Demandante concluye que, además de infundadas, las alegaciones de la Demandada no guardan relación alguna con la realización de la inversión de la Demandante ni con la causa de la acción de ésta: la violación por parte de Bolivia del Tratado; por lo que, según la Demandante, las acusaciones de la Demandada de conductas ilícitas no pueden afectar a la jurisdicción del Tribunal ni la admisibilidad de los reclamos de SAS⁶⁹⁶.

3. Consideraciones del Tribunal

436. De manera subsidiaria a su objeción jurisdiccional relativa a la alegada ausencia de un inversionista o inversión protegida por el Tratado, la Demandada solicita al Tribunal que declare que los reclamos de la Demandante son inadmisibles “*al no contar SAS con ‘clean hands’ y no cumplir con el requisito de legalidad de la inversión*”⁶⁹⁷.

⁶⁹³ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 130.

⁶⁹⁴ Memorial Post-Audiencia de SAS, párrs. 17-21; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 43:14 – 44:8 (inglés); Día 9, 1677:22 – 1679:4 (inglés).

⁶⁹⁵ Réplica de la Demandante, párr. 234.

⁶⁹⁶ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 131.

⁶⁹⁷ Dúplica de la Demandada, párrs. 714 y 715(b) (“[...] Bolivia solicita respetuosamente al Tribunal Arbitral que: [e]n cuanto a jurisdicción y admisibilidad declare: de manera subsidiaria [a la pretensión anterior], que [los] reclamos [de SAS] son inadmisibles al no contar SAS con ‘clean hands’ y no cumplir con el requisito de legalidad de la inversión”). (Énfasis añadido). El Tribunal observa que en el petitorio de la Contestación a la Demanda Bolivia no se refirió de manera expresa al alegado incumplimiento del requisito de legalidad. Asimismo, nota que, en su Memorial Post-Audiencia, la Demandada solicitó al Tribunal acoger el petitorio presentado por Bolivia en su Dúplica de la Demandada. (véase Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 164).

437. Aunque el fundamento fáctico es el mismo, la Demandada abordó la objeción de *clean hands* y la objeción sobre el alegado incumplimiento del requisito de legalidad bajo subtítulos distintos y les atribuyó efectos diferentes. Respecto de la objeción de *clean hands*, la Demandada señaló de manera consistente que ésta era una objeción a la admisibilidad de los reclamos de SAS. En cambio, la Demandada invocó el supuesto incumplimiento del requisito de legalidad como una objeción a la jurisdicción del Tribunal y, alternativamente, a la admisibilidad de los reclamos de la Demandante⁶⁹⁸; pero, en su petitorio, únicamente solicitó al Tribunal declarar que los reclamos de SAS son *inadmisibles* por no cumplir con el mencionado requisito⁶⁹⁹.
438. Para efectos de claridad, el Tribunal se referirá primero a la objeción de *clean hands* bajo el entendido que se trata de una objeción a la admisibilidad de los reclamos de la Demandante. Posteriormente, abordará las alegaciones de la Demandada según las cuales el Tribunal “*deberá declinar su jurisdicción para conocer sobre los reclamos de SAS al estar contaminados por actuaciones ilegales bajo el Derecho boliviano y el derecho internacional o, alternativamente, declararlos inadmisibles*”⁷⁰⁰.

(a) Sobre la existencia y aplicación del principio *clean hands*

439. La primera cuestión controvertida por las Partes en relación con la objeción de *clean hands* propuesta por Bolivia es si *clean hands* es un principio aplicable al presente caso que, de verificarse, impediría a la Demandante acceder a la protección del Tratado.
440. La Demandada alega que el principio de *clean hands* es un principio general de derecho internacional, que también forma parte del orden público internacional, y “*opera como impedimento a la admisibilidad de los reclamos en aquellos casos en los que el demandante ha actuado de manera inapropiada en relación con el objeto mismo de su demanda*”⁷⁰¹. La Demandante, en cambio, sostiene que la doctrina de *clean hands* no existe bajo derecho internacional y, que aun si existiere, los requisitos para su aplicación no se verifican en el presente caso⁷⁰².
441. El Tribunal observa, en primer lugar, que el texto del Tratado no hace referencia alguna al principio de *clean hands*. La Demandada tampoco propone una interpretación del Tratado

⁶⁹⁸ Véase Contestación a la Demanda, párrs. 289 y 293; Dúplica de la Demandada, párr. 345.

⁶⁹⁹ Dúplica de la Demandada, párrs. 714 y 715(b).

⁷⁰⁰ Contestación a la Demanda, párr. 293. Véase también Contestación a la Demanda, párr. 289; Dúplica de la Demandada, párr. 345.

⁷⁰¹ Dúplica de la Demandada, párr. 302. Véase también Dúplica de la Demandada, párr. 330.

⁷⁰² Réplica de la Demandante, párrs. 201-218.

conforme al artículo 31 de la Convención de Viena que lleve a la conclusión de que los reclamos de un inversionista que “*ha actuado de manera inapropiada en relación con el objeto mismo de su demanda*” son inadmisibles.

442. El argumento central de Bolivia es que el requisito de *clean hands* es un principio de derecho internacional y, como tal, debe ser aplicado por el Tribunal⁷⁰³. La Demandante acepta que el Tratado debe ser complementado, según corresponda, por los principios relevantes de derecho internacional⁷⁰⁴; sin embargo, niega que la doctrina de *clean hands* sea parte de dichos principios⁷⁰⁵.
443. Sin perjuicio de las conclusiones del Tribunal respecto del derecho aplicable a la presente controversia expuestas en la sección V.3 de este laudo, para que el Tribunal pudiese examinar los méritos de la excepción de admisibilidad propuesta por Bolivia, tendría que estar convencido de que la doctrina de *clean hands* es un principio general de derecho internacional o que forma parte del orden público internacional. Sin embargo, sobre la base de los argumentos y pruebas que obran en el expediente, el Tribunal no está persuadido de que este sea el caso.
444. La expresión “principios generales de derecho internacional” puede tener distintas acepciones⁷⁰⁶. La Demandada ha sostenido que la doctrina de *clean hands* ha sido aplicada por tribunales internacionales en materia de inversión⁷⁰⁷, defendida por jueces de la CPJI y la CIJ⁷⁰⁸ y reconocida por tribunales y cortes internacionales⁷⁰⁹ y por la doctrina internacional⁷¹⁰. Asimismo, ha dicho que el principio de *clean hands* está recogido en diversas máximas jurídicas y principios⁷¹¹, es un reflejo del principio de buena fe y “*es, además, uno de los ‘principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas’ conforme al artículo 38(1)(c) del Estatuto de la CIJ*”⁷¹².
445. Independientemente de cuál sea la fuente por la que propugna la Demandada, no está en discusión que los principios generales del derecho exigen cierto grado de reconocimiento y consenso⁷¹³.

⁷⁰³ Contestación a la Demanda, párr. 278.

⁷⁰⁴ Réplica de la Demandante, párr. 238 (“*El Tribunal [...] debe basarse en el Tratado como fuente primaria de derecho aplicable, complementado, donde corresponda, por los principios relevantes de derecho internacional.*”)

⁷⁰⁵ Réplica de la Demandan, párrs. 201 y 211.

⁷⁰⁶ Véase RLA-87, J. Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 8° ed., Oxford University Press, 2012. (“*The rubric ‘general principles of international law’ may alternately refer to rules of customary international law, to general principles of law as in Article 38(1)(c), or to certain logical propositions underlying judicial reasoning on the basis of existing international law.*”)

⁷⁰⁷ Contestación a la Demanda, párrs. 273-278

⁷⁰⁸ Contestación a la Demanda, párrs. 280-282.

⁷⁰⁹ Contestación a la Demanda, párr. 283.

⁷¹⁰ Contestación a la Demanda, párrs. 284-285.

⁷¹¹ Dúplica de la Demandada, párr. 302.

⁷¹² Dúplica de la Demandada, párr. 306.

⁷¹³ Véase Dúplica de la Demandada, párr. 321; Réplica de la Demandan, párr. 201.

Según la Demandada, el análisis de estos principios debería considerar eminentemente “*la práctica de los Estados*”⁷¹⁴. Sin embargo, Bolivia no presentó pruebas suficientes que permitan concluir que la doctrina de *clean hands* goza del reconocimiento y consenso entre Estados que se requiere para alcanzar el estatus que ésta le atribuye.

446. Bolivia afirmó que el principio de *clean hands* es ampliamente reconocido en los sistemas de derecho civil y *common law* y cita al efecto algunas decisiones de la *House of Lords* británica y la Corte de Casación francesa, y doctrina relativa a la existencia del principio en Estados Unidos y Alemania⁷¹⁵. En opinión de este Tribunal, estas demostraciones no son suficientes ni concluyentes respecto del alegado estatus de la doctrina de *clean hands* como principio general del derecho internacional en los términos del artículo 38.1.c del Estatuto de la CIJ.
447. La Demandada también invocó varias decisiones de cortes y tribunales internacionales que confirmarían que el principio de *clean hands* es un principio de derecho internacional⁷¹⁶. En particular, Bolivia citó varias opiniones de miembros de la CPJI y la CIJ que, según ella, defienden la doctrina de “*clean hands*”⁷¹⁷. Se trata, sin embargo, de opiniones individuales o disidentes que no parecen reflejar siquiera la posición mayoritaria de las respectivas cortes en relación con la aplicación del principio de *clean hands*. En efecto, esta doctrina no fue aplicada en ninguna de las decisiones citadas por la Demandada como fundamento para declinar la jurisdicción o decretar la inadmisibilidad de los reclamos.
448. Bolivia además se refirió a varias decisiones de tribunales arbitrales de inversión que, según ella, habrían rechazado los reclamos del inversionista con base en el principio de *clean hands*⁷¹⁸. El Tribunal ha revisado estas decisiones y encuentra que ninguna de ellas apoya la tesis de que la doctrina de *clean hands* es un principio general de derecho internacional. En efecto, los tribunales

⁷¹⁴ Véase Dúplica de la Demandada, párr. 321.

⁷¹⁵ Dúplica de la Demandada, párrs. 303-306, citando RLA-228, J. N. Pomeroy, *A Treatise on Equity Jurisprudence*, 5ª edición, Bancroft-Whitney Company, 1941; RLA-230, *Jones c. Lenthal*, Decisión de la House of Lords, [1669] 1 Chan. Cas. 153; RLA-233, *Stone & Rolls Ltd (in liquidation) c. Moore Stephens (a firm)*, Decisión de la House of Lords, [2009] 1 AC; RLA-234, *Safeway Stores Ltd. y otros c. Twigger y otros*, decisión de la House of Lords, [2010] EWCA Civ 1472; RLA-66, R. Kreindler, “Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine”, en *Between East and West: Essays in Honour of Ulf Frank*, K. Hobér y otros (eds.), Juris Publishing, 2010; RLA-235, Corte de Casación francesa, 2ª Cámara Civil, Decisión, 4 de febrero de 2010, n° 09-11.464; RLA-236, Corte de Casación francesa, 2ª Cámara Civil, Decisión, 24 de enero de 2002, n° 99-16.576.

⁷¹⁶ Véase Contestación a la Demanda, párrs. 271-283.

⁷¹⁷ Véase Contestación a la Demanda, párrs. 280-284.

⁷¹⁸ Contestación de la Demanda, párrs. 271-277, citando, entre otros, RLA-65, *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo, 2 de agosto de 2006; RLA-68, *World Duty Free Company Limited c. República de Kenya*, Caso CIADI No. ARB/00/7, Laudo, 4 de octubre de 2006; RLA-69, *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008; RLA-70, *Hesham Talaat M. Al-Warraq c. República de Indonesia*, Caso CNUDMI, Laudo, 15 de diciembre de 2014; RLA-71, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/11/12, Laudo, 10 de diciembre de 2014; RLA-31, *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. República de Ghana*, Caso CIADI No. ARB/07/24, Laudo, 18 de junio de 2010; RLA-72, *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009.

invocados por la Demandada tomaron las determinaciones correspondientes con base en las disposiciones respectivas del tratado o la ley nacional aplicable, sin hacer referencia al principio de *clean hands* como fundamento de su decisión o postularlo como un principio general de derecho internacional.

449. La única excepción parecería ser el caso *Al-Warraq* en el que la mayoría del tribunal consideró que la doctrina de *clean hands* tornaba inadmisibles los reclamos del demandante⁷¹⁹. Sin embargo, en la parte dispositiva de su decisión, el tribunal se refirió expresamente al artículo 9 del *OIC Agreement* como fundamento para concluir que la demandante no tenía derecho a compensación por la violación al estándar de trato justo y equitativo, y no que sus reclamos fuesen inadmisibles en aplicación de la doctrina de *clean hands*⁷²⁰. Por lo tanto, tampoco se podría considerar que la decisión del tribunal de *Al-Warraq* evidencia la aceptación y aplicación del mencionado principio en el derecho internacional de las inversiones.
450. La Demandada también se refirió a la opinión de algunos autores que han expresado que la doctrina de *clean hands* constituye un principio de derecho internacional. Sin embargo, como apunta la Demandante, estos mismos autores reconocen que la existencia y aplicación de esta doctrina, como cuestión de derecho internacional, continúa siendo un asunto controversial⁷²¹.
451. Por último, en su Dúplica la Demandada argumentó, por primera vez en el arbitraje, que la doctrina de *clean hands* hace parte del orden público internacional. De acuerdo con la definición propuesta por el tribunal de *World Duty Free c. Kenia*, y adoptada por la propia Demandada, el concepto de “orden público internacional” se refiere a un consenso internacional sobre estándares universales y normas de conducta que deben aplicarse en todos los foros⁷²².
452. La Demandada invocó las decisiones de dos tribunales arbitrales de inversión que han desestimado los reclamos de la parte demandante, entre otras razones, por considerar que dichos reclamos estaban basados en una conducta contraria al orden público internacional⁷²³. Más allá de las diferencias fácticas entre el presente caso y aquellos invocados por Bolivia, el Tribunal no encuentra que las decisiones citadas soporten la afirmación general de que el principio de *clean*

⁷¹⁹ RLA-70, *Hesham Talaat M. Al-Warraq c. República de Indonesia*, Caso CNUDMI, Laudo, 15 de diciembre de 2014, párr. 646.

⁷²⁰ RLA-70, *Hesham Talaat M. Al-Warraq c. República de Indonesia*, Caso CNUDMI, Laudo, 15 de diciembre de 2014, párr. 683(6).

⁷²¹ Véase Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, párr. 90.

⁷²² RLA-68, *World Duty Free Company Limited c. República de Kenya*, Caso CIADI No. ARB/00/7, Laudo, 4 de octubre de 2006, párr. 139. Ver Dúplica de la Demandada, párr. 310.

⁷²³ La Demandada se refirió a los tribunales de *World Duty Free c. Kenia* y *Plama c. Bulgaria*. En el primero de estos casos, el tribunal encontró que la corrupción era contraria al orden público internacional. En el segundo, el tribunal observó que era una noción básica de orden público internacional que los tribunales no deben hacer cumplir contratos obtenidos por medios ilícitos.

hands hace parte del orden público internacional. La Demandada no invocó otros materiales para soportar esta alegación.

453. Por las razones expuestas, el Tribunal considera que Bolivia no ha demostrado que la doctrina de *clean hands* haga parte del orden público internacional o constituya un principio de derecho internacional aplicable al presente caso, que enerve la jurisdicción del Tribunal o afecte la admisibilidad de los reclamos planteados por la Demandante. En consideración a lo anterior, el Tribunal no estima necesario examinar si en este caso se verifican o no los requisitos para la aplicación de la doctrina de *clean hands*.

(b) Sobre el requisito de legalidad

454. La Demandada alega que el Tribunal “*deberá declinar su jurisdicción para conocer sobre los reclamos de SAS al estar contaminados por actuaciones ilegales bajo el Derecho boliviano y el derecho internacional o, alternativamente, declararlos inadmisibles*”⁷²⁴. Asimismo, sostiene que las conductas ilegales que ocurren después de la realización de la inversión también tienen efecto sobre la jurisdicción, pero afirma que, en cualquier caso, la conducta ilegal de SAS se produjo mientras realizaba su inversión⁷²⁵.
455. La Demandante, por su parte, señala que la invocación que hace Bolivia de la “Doctrina de Legalidad” es fútil, pues ninguna de las supuestas conductas ilegales está relacionada con la admisión de la inversión de SAS ni ocurrió durante la realización de la misma⁷²⁶. Según la Demandante, cualquier ilegalidad que ocurra en la ejecución o implementación de una inversión es una cuestión de los méritos y no de jurisdicción o admisibilidad⁷²⁷.
456. El Tribunal observa que el Tratado no contiene un requisito expreso de legalidad de la inversión o, lo que es lo mismo, una “cláusula de conformidad con la legislación”. No obstante, las Partes parecen coincidir en que el requisito de legalidad de la inversión está implícito en el sistema de arbitraje internacional de inversiones y, por lo tanto, opera incluso cuando no existe una disposición al respecto en el tratado⁷²⁸.

⁷²⁴ Contestación a la Demanda, párr. 293. Véase también Contestación a la Demanda, párr. 289; Dúplica de la Demandada, párr. 345.

⁷²⁵ Dúplica de la Demandada, párrs. 339-340.

⁷²⁶ Réplica de la Demandante, Sección III.C.3.

⁷²⁷ Réplica de la Demandante, párr. 219.

⁷²⁸ Contestación a la Demanda, párr. 291 (“*Asimismo, conviene recordar que, incluso si un tratado no contiene una cláusula expresa con el requisito de legalidad, distintos tribunales han confirmado que la obligación de cumplir con el derecho internacional y el derecho del Estado receptor es implícita y su violación debe ser sancionada.*”); Réplica de la Demandante, párr. 219 (“*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 receptor, South American Silver no disputa que lo que se podría llamar la*

457. La Demandada ha invocado varias decisiones de tribunales inversionista-Estado que determinaron que una inversión realizada en violación de las normas del Estado receptor o del derecho internacional (a) no califica como una inversión bajo el respectivo tratado y por lo tanto priva al tribunal de jurisdicción (*ratione materiae*)⁷²⁹; (b) escapa al consentimiento del Estado para someter la controversia a arbitraje (jurisdicción *ratione voluntatis*)⁷³⁰; o (c) conlleva la denegación de las protecciones sustantivas del tratado⁷³¹. El Tribunal observa que en los casos (a) y (b), los tratados correspondientes contenían una cláusula expresa de “conformidad con la legislación”.
458. En cualquier caso, para resolver la objeción planteada el Tribunal debe recurrir al Tratado. Es un punto no discutido que la jurisdicción del Tribunal proviene del acuerdo de las Partes. Es igualmente indiscutido que, al suscribir el Tratado, Bolivia ofreció someter a arbitraje las controversias relativas a inversiones en los términos del artículo 8.1 del Tratado, y que el inversionista aceptó esa oferta al presentar su Notificación del Arbitraje.
459. El artículo 8.1 del Tratado establece lo siguiente:
- “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 en relación con una inversión de la primera [...] serán sometidas a arbitraje internacional si así lo deseara cualquiera de las partes en la diferencia”. [Énfasis añadido]
460. Dado que el consentimiento de las Partes se dio para controversias relativas a inversiones, lo relevante para determinar si el Tribunal tiene jurisdicción es que haya una inversión en los términos del Tratado.
461. El artículo 1.a del Tratado define “inversión” como “*toda clase de bienes capaces de producir rentas y en particular, aunque no exclusivamente, comprende [...] acciones en, títulos y obligaciones de una empresa y cualquier otra forma de participación en una empresa, [...] cualesquiera concesiones comerciales otorgadas por las Partes Contratantes de conformidad con sus respectivas leyes, incluyendo concesiones para la exploración, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales*”.

“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.”).

⁷²⁹ Véase RLA-65, *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo, 2 de agosto de 2006.

⁷³⁰ Véase CLA-127, *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, Caso CIADI No. ARB/10/3, Laudo, 4 de octubre de 2013.

⁷³¹ Véase RLA-69, *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008.

462. No está en discusión que tanto las acciones en CMMK se enmarcan en la definición de “inversión” del Tratado⁷³². Tampoco se ha alegado que la inversión no sea reconocida bajo la ley boliviana, o no sean reconocidas como unos activos del inversionista⁷³³. Por lo tanto, la pregunta determinante es si a la luz del derecho boliviano, o del derecho internacional, las conductas alegadas como violatorias tienen por efecto que la Demandante pierda sus derechos accionarios o, en general, sus derechos sobre la inversión en Bolivia, o que la inversión *per se* deje de existir en virtud de la ilegalidad.
463. La Demandada alega que SAS, actuando a través de CMMK, incurrió en una serie de actos que atentan contra el derecho a la autodeterminación de las Comunidades Originarias; violan la integridad personal de sus mujeres y ponen en peligro su derecho al medio ambiente sano en sus territorios⁷³⁴. Sin desconocer la seriedad de estas afirmaciones, el Tribunal observa que ninguna de las alegadas violaciones tiene como consecuencia jurídica, bajo derecho boliviano o derecho internacional, eliminar la titularidad o los derechos de SAS sobre el activo correspondiente o suprimir la existencia de la inversión.
464. Habiendo comprobado que existe una inversión en los términos del Tratado, restaría determinar si lo que alega Bolivia como violaciones de SAS son conductas que podrían dar lugar a considerar que la inversión está afectada por una ilegalidad que le impide acceder a las protecciones del Tratado —tema de admisibilidad— o que hay una inversión protegida, pero que la conducta ilegal del inversionista debe tenerse en cuenta como una defensa de la Demandada frente a los méritos del caso.
465. Con base en las pruebas que obran en el expediente y las alegaciones presentadas por Bolivia en relación con esta objeción, el Tribunal no puede concluir que las supuestas conductas ilegales de SAS hayan resultado en que la inversión —reconocida como tal bajo derecho boliviano— no pueda ser reconocida como una inversión legal bajo el derecho internacional. En efecto, no existe en este caso ningún vínculo de causalidad probado entre los alegados actos ilegales y la inversión misma para efectos de jurisdicción o de admisibilidad, y Bolivia tampoco parece alegar que tal vínculo exista. Esta es, en opinión del Tribunal, una diferencia fundamental con otros casos invocados por la misma Demandada en los que el tribunal correspondiente concluyó que carecía

⁷³² Véase Escrito de Demanda, párrs. 112-113; Contestación a la Demanda, párr. 224.

⁷³³ El Tribunal observa que al referirse a su objeción jurisdiccional sobre la propiedad indirecta, Bolivia expresamente anotó que “[c]uando una objeción se refiere a la definición de ‘inversión’, critica la forma que toma el bien que se reputa inversión (v.gr., ¿es el bien en cuestión e realidad una concesión, acción o título?), que no es el caso que nos ocupa”. (Contestación a la Demanda, párr. 240).

⁷³⁴ Contestación a la Demanda, párrs. 296-324; Dúplica de la Demandada, párr. 352.

de jurisdicción o que los reclamos eran inadmisibles en razón de la conducta ilegal del inversionista.

466. Por ejemplo, en *Inceysa c. El Salvador*, el tribunal encontró una serie de actuaciones contrarias al principio de buena fe, ligadas al proceso de licitación mediante el cual el inversionista obtuvo la inversión (un contrato de concesión para la inspección de vehículos)⁷³⁵. En este contexto, el tribunal de *Inceysa c. El Salvador* anotó:

“El Tribunal considera que esas transgresiones a ese principio cometidas por Inceysa, representan violaciones a las bases fundamentales de la licitación que hizo posible que ella hiciera la inversión que generó la controversia que hoy nos ocupa. Para este Tribunal resulta claro que, de haberse conocido las citadas violaciones de Inceysa, el Estado huésped, en este caso, El Salvador, no hubiera permitido que ella hiciera su inversión”⁷³⁶.

467. Independientemente de las consideraciones de ese tribunal en torno a la “cláusula de conformidad con la legislación” expresamente establecida en ese tratado, y las demás consideraciones esbozadas por dicho tribunal para concluir que carecía de jurisdicción para resolver la controversia planteada, observa el Tribunal que el fundamento que subyace a su decisión es la relación ineludible entre los actos contrarios a derecho del inversionista y el activo que constituye la inversión.
468. También, el tribunal de *Plama c. Bulgaria* concluyó que tenía jurisdicción, pero no podía otorgar al inversionista las protecciones substantivas del Tratado de la Carta de la Energía, pues éste había obtenido su inversión mediante conducta fraudulenta, violatoria de las leyes búlgaras y contraria al principio de buena fe bajo el derecho doméstico y el derecho internacional. El factor determinante para la conclusión del tribunal fue la conexión entre la inversión (las acciones en Nova Plama) y la conducta contraria a derecho del inversionista (la ocultación deliberada de información, equivalente a fraude) que le permitió obtener la inversión⁷³⁷.
469. Así, refiriéndose a las decisiones de otros tribunales, el tribunal de *Fraport c. Filipinas II* observó que “[e]xiste un principio internacional cada vez más establecido que hace que los recursos

⁷³⁵ RLA-65, *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo, 2 de agosto de 2006, párrs. 234-238.

⁷³⁶ RLA-65, *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo, 2 de agosto de 2006, párr. 237 [énfasis añadido].

⁷³⁷ Ver RLA-69, *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008, párr. 135.

*legales internacionales no estén disponibles con respecto a las inversiones ilegales, al menos cuando esa ilegalidad va a la esencia de la inversión*⁷³⁸.

470. En el presente caso, la Demandada no probó que las violaciones alegadas vayan a la esencia de la inversión de tal manera que ésta deba considerarse ilegal. Cosa distinta es que la conducta de CMMK haya creado una situación *de hecho* que motivó la reversión de las Concesiones Mineras, como parece alegar la Demandada⁷³⁹, sin que esto implique que dejó de existir una inversión en los términos del Tratado o que ésta devino ilegal. Siendo así, el Tribunal considerará estas alegaciones cuando examine el fondo de estas cuestiones presentadas por la Demandante y las defensas propuestas por la Demandada.
471. Por las razones expuestas, el Tribunal concluye que la objeción planteada por la Demandada sobre la base del supuesto incumplimiento del requisito de legalidad de la inversión por parte de SAS no puede prosperar. En consecuencia, el Tribunal declarará que tiene jurisdicción y que los reclamos de la Demandante son admisibles.

⁷³⁸ RLA-71, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/11/12, Laudo, 10 de diciembre de 2014, párr. 332 [énfasis añadido].

⁷³⁹ Ver Dúplica de la Demandada, párr. 326. (“[...] SAS, como supuesto inversionista, tenía la obligación de invertir de acuerdo con las leyes de Bolivia. Sin embargo, como se ha explicado anteriormente, SAS (a través de CMMK) incumplió su obligación, al ignorar sistemáticamente los derechos humanos y de los pueblos indígenas de las Comunidades Originarias, en contravención al derecho boliviano. Fue precisamente la conducta adoptada por SAS lo que provocó la Reversión.”)

VII FONDO

A. CONSIDERACIONES PRELIMINARES DEL TRIBUNAL SOBRE LOS HECHOS

472. Las Partes disputan varios hechos relevantes a la controversia surgida con ocasión de la reversión de las Concesiones Mineras. La Demandante acusa a Bolivia de haber incumplido sus obligaciones bajo los artículos 2, 3 y 5 del Tratado. La Demandada, por su parte, niega haber incurrido en incumplimiento alguno del Tratado y justifica la decisión contenida en el Decreto de Reversión en la necesidad de pacificar los conflictos existentes en el área de Malku Khota y el deber de velar por el respeto de los derechos de las Comunidades Originarias. Según Bolivia, el origen de los conflictos estaría en la negligente gestión de CMMK de sus relaciones con las comunidades locales⁷⁴⁰. Estos conflictos se habrían exacerbado, hasta tornarse incontrolables, por razones imputables a la Demandante⁷⁴¹.
473. La Demandante rechaza las acusaciones de la Demandada y alega que la preocupación de Bolivia por los derechos humanos e indígenas son justificaciones *ex post facto* fabricadas por la Demandada para defenderse en este arbitraje⁷⁴². Contrario a lo que alega Bolivia, la Demandante sostiene que (i) las comunidades indígenas que rodeaban el Proyecto apoyaban a SAS y a CMMK; (ii) CMMK estaba trabajando para alcanzar un consenso con las comunidades de Malku Khota y Calacacha a través de un programa formal de relaciones comunitarias, y (iii) la violencia no fue causada por CMMK o por SAS, sino por mineros ilegales que querían formar una cooperativa para explotar el depósito de Malku Khota⁷⁴³.
474. Teniendo en cuenta que los hechos que discuten las Partes en relación con el origen y desarrollo de los conflictos intercomunitarios en la zona de Malku Khota son transversales a todas las pretensiones y defensas en este arbitraje, el Tribunal se referirá a estos hechos antes de abocarse al estudio y análisis jurídico de las pretensiones de la Demandante, sin perjuicio de que más adelante pueda ampliar sus consideraciones y conclusiones respecto de los hechos debatidos.
475. Como punto de partida observa el Tribunal que hay una serie de hechos que están acreditados en el arbitraje y que no son controvertidos por las Partes.

⁷⁴⁰ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, § 3.1.1.1.

⁷⁴¹ Véase, por ejemplo, Contestación a la Demanda, párrs. 8, 84.

⁷⁴² Réplica de la Demandante, párr. 272.

⁷⁴³ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 2.

476. No está en disputa que Bolivia es un país con un alto número de población indígena, posiblemente el país con mayor porcentaje de población indígena en América Latina⁷⁴⁴; que está organizada como un Estado Plurinacional⁷⁴⁵; que el Proyecto se ubica en una zona extremadamente pobre, habitada por diversas comunidades indígenas originarias, pertenecientes a los grupos étnicos Aymara o Quechua⁷⁴⁶, y que estas comunidades tienen una forma de organización política particular, cuyo sistema de toma de decisiones se rige por el consenso o unanimidad⁷⁴⁷.
477. Tampoco está en disputa que las actividades mineras tendrían un impacto en las comunidades que habitan el área de influencia del Proyecto y que, por lo tanto, era necesario implementar por parte de la Demandante un programa comunitario que le permitiera desarrollar relaciones positivas con las comunidades locales desde el principio⁷⁴⁸.
478. La Demandante alega que adelantó un programa de relaciones comunitarias que contribuyó con las necesidades de las comunidades afectadas por el Proyecto. Asimismo reconoció que era necesario realizar algunas inversiones para el mejoramiento del nivel de vida de la comunidad⁷⁴⁹. Pese a que no parece estar en disputa que en Bolivia no existía regulación respecto de los programas de relaciones comunitarias, la misma Demandante ha reconocido que era necesario adelantar un programa⁷⁵⁰; contrató asesores en la materia y dispuso un equipo de relaciones comunitarias.
479. Las pruebas en este arbitraje indican que CMMK enfocó su estrategia de relaciones comunitarias en convencer a una parte de la comunidad para que apoyara el Proyecto en contra de quienes se oponían, es decir, buscó obtener la aprobación de una mayoría de individuos para avanzar con el Proyecto, lo cual generó problemas con las Comunidades Originarias dada su forma de organización y toma de decisiones por consenso.
480. Aunque SAS dice haber establecido un programa de relaciones comunitarias desde 2007⁷⁵¹, la evaluación de sus propios asesores en esta materia evidencia que su estrategia de relaciones comunitarias tenía serias falencias que no fueron corregidas. Así, por ejemplo, la Compañía realizaba reuniones individuales con algunos miembros de la comunidad, desconociendo que

⁷⁴⁴ Véase Contestación a la Demanda, párr. 33; R-23, Organización Internacional del Trabajo, Indígenas y Tribales - Bolivia.

⁷⁴⁵ RLA-3, Nueva Constitución Política del Estado del 7 de febrero de 2009, Artículo 1; RLA-2, Constitución Política del Estado, Ley No. 1615, de adecuación y concordancias de la Constitución Política del Estado del 6 de febrero de 1995, artículos 1 y 171; RER-1, Informe del Prof. Uño, § III.

⁷⁴⁶ Véase Contestación a la Demanda, párrs. 40-41; Escrito de Réplica, párr. 29.

⁷⁴⁷ Véase Contestación a la Demanda, párrs. 54-56; Transcripción de la Audiencia, Día 2, 362:12-22, 368:11-15 (inglés).

⁷⁴⁸ Véase Escrito de Réplica, párrs. 21, 29 *et seq.*, 73.

⁷⁴⁹ Véase Escrito de Demanda, párr. 48.

⁷⁵⁰ Véase Réplica, párrs. 21, 29 *et seq.*, 73.

⁷⁵¹ Escrito de Réplica, párr. 21.

éstos preferían sostener reuniones colectivas, y asimismo entregaba donaciones a particulares y no a la comunidad⁷⁵². El mismo informe emitido en 2009 por BSR, el asesor de la Demandante, advirtió sobre la inconveniencia de celebrar reuniones individuales y recomendó que el apoyo económico fuese dirigido a la comunidad en general⁷⁵³. Sin embargo, el informe de BSR no fue debidamente transmitido a los responsables de las relaciones comunitarias de CMMK, como reconoció el señor Santiago Angulo durante su conainterrogatorio en Audiencia⁷⁵⁴, por lo cual las recomendaciones no fueron atendidas.

481. Las pruebas que obran en el expediente también muestran que CMMK no socializó las implicaciones del Proyecto de manera adecuada, ni atendió las preocupaciones manifestadas desde muy temprano por miembros de las comunidades afectadas, por ejemplo, en relación con la contaminación ambiental⁷⁵⁵. Los talleres llevados a cabo por la Compañía cubrían temas básicos sobre minería y medio ambiente y no parecerían siquiera corresponder con las particularidades del Proyecto⁷⁵⁶. Las contribuciones de la empresa a la comunidad tampoco aparentaban estar articuladas con el Proyecto, sino que respondían a solicitudes particulares de algunos miembros de la comunidad⁷⁵⁷. No hay en las acciones e inversiones alegadas por la Demandante en beneficio de la comunidad nada diferente a una instrucción básica de qué es un proyecto minero, unas inversiones menores en reparaciones y cursos básicos y, por sobre todo, una acción tendiente a obtener un apoyo mayoritario —en el cual insiste la Demandante a lo largo de todos sus escritos— sin que haya evidencia clara de que se intentó buscar un acercamiento o un consenso entre las comunidades indígenas respetando sus formas originarias de decisión.
482. El acervo probatorio indica que la Compañía y sus directivos sabían que desde el inicio de los trabajos se presentaron problemas de comunicación con las comunidades⁷⁵⁸; que las comunidades habían manifestado su desconformidad con el tratamiento recibido por parte de algunos

⁷⁵² En la Audiencia, el Sr. Angulo aceptó que a veces organizaba reuniones con algunas personas de la comunidad y no con otras. (Transcripción de la Audiencia, Día 2, 503:25-504:3 (español)). Asimismo, quedó demostrado que la Compañía entregaba ayudas económicas a particulares (véase, por ejemplo, C-284, Fernando Cáceres, *Informe Mensual Proyecto Minero Malku Khota*, septiembre de 2007; Transcripción de la Audiencia, Día 3, 653:18-654:1 (español)).

⁷⁵³ C-154, Business for Social Responsibility, *Social Risks and Opportunities for South American Silver Corporation's Malku Khota Project in Potosí*, May 2009, págs. 8, 16.

⁷⁵⁴ Al ser preguntado por las conclusiones del informe de BSR, el Sr. Angulo respondió “Bueno, en este caso lo del informe yo no lo vi en el momento ni en ese instante, sino que además después de un tiempo me entregó el jefe de proyecto y como están en inglés yo no pude interpretar ese informe.” Y más adelante reitera: “Como le digo, el informe lo obtuve por medio mi jefe de proyecto me lo entregó. Pero como yo no sé leer inglés, no lo interpreté bien. O sea no sabía qué contenía en ese informe.” (Véase Transcripción de la Audiencia, Día 2, 504:4-25 (español))

⁷⁵⁵ C-154, Business for Social Responsibility, *Social Risks and Opportunities for South American Silver Corporation's Malku Khota Project in Potosí*, May 2009, págs. 4, 9.

⁷⁵⁶ R-165, CMMK, Presentación Mallku Khota Trabaja con Valores y Principios de la Nueva Minería.

⁷⁵⁷ Véase, por ejemplo, Escrito de Réplica, párr. 52.

⁷⁵⁸ Transcripción de la Audiencia, Día 3, 653:7-18 (español).

integrantes del equipo de relaciones comunitarias de la Compañía⁷⁵⁹, y que los comunarios percibían que CMMK no cumplía con sus promesas, generando así desconfianza⁷⁶⁰. Incluso Fernando Cáceres manifestó desde diciembre de 2010 su preocupación por el estado de las relaciones de la Compañía con las comunidades⁷⁶¹.

483. La desconformidad de las comunidades se hizo patente, por lo menos, desde finales de 2010. En efecto, el 11 de diciembre de 2010, los Ayllus Sullka Jilatikani, Takahuani, Urinsaya y Samka aprobaron un voto resolutivo que advertía lo siguiente:

“[CMMK] debe suspender [sic] el trabajo por las siguientes razones: Abusos, contaminación, falta de respetos a las autoridades originarias y bases en general, engaños, de propuestas, de proyectos, amenazas [sic], desminocion [sic] de aguas de los [sic] vertientes y al destruccion [sic] de nuestros terrenos de cultivos, violaciones a las mujeres en La [Comunidad]”⁷⁶².

484. El 19 de diciembre del mismo año se aprobó una resolución de cabildo de los Ayllus Sullka Jilatikani, Takahuani, Urinsaya y Samka, en la que se acusaba a CMMK de vulnerar los derechos colectivos de las comunidades sobre la base de afirmaciones similares a las contenidas en el voto resolutivo antes citado⁷⁶³. A principios de 2011, la FAOI-NP y el Ayllu Sullka Jilakitani emitieron resoluciones en las que se reitera que CMMK había incurrido en conductas que atentaban contra sus derechos⁷⁶⁴.
485. La Demandante sugiere que no se debe dar crédito a las afirmaciones contenidas en estas resoluciones, pues (i) el Gobierno confirmó que carecían de sustento⁷⁶⁵; (ii) fueron suscritas mediante intimidaciones o uso de la fuerza⁷⁶⁶; y (iii) no representan la opinión de la mayoría de las comunidades, sino de mineros ilegales cuyos intereses estarían alineados con algunos líderes de CONAMAQ y FAOI-NP⁷⁶⁷.

⁷⁵⁹ Véase, por ejemplo, R-157, Informe mensual de relaciones comunitarias de CMMK de marzo de 2011, pág. 1.

⁷⁶⁰ Por ejemplo, el informe de una visita del Testigo X a Malku Khota indica que los comunarios “no creen en el cumplimiento de los compromisos asumidos por Malku Khota porque a pesar de las varias oportunidades y conversaciones la Empresa no cumplió y que actualmente no hablaran [sic] mas [sic] con la Empresa Malku Khota y definitivamente no admitiran trabajos dentro su comunidad.” (C-310, E-mail de Testigo X para J. Mallory adjuntando “Informe de Viaje a la Comunidad Malku Khota y Cochabamba,” 12 de enero de 2012).

⁷⁶¹ R-160, Informe mensual de operaciones de CMMK a SASC, diciembre de 2010, pág. 4.

⁷⁶² R-46, Voto resolutivo de los Ayllus Sullka Jilatikani, Takahuani, Urinsaya y Samka del 11 de diciembre de 2010.

⁷⁶³ R-49, Resolución de Cabildo de los Ayllus Sullka Jilatikani, Tacahuani, Urinsaya y Samka del 19 de diciembre de 2010.

⁷⁶⁴ Véase R-50, Resolución de FAOI-NP del 11 de enero de 2011; R-51, Resolución del Ayllu Sullka Jilatikani del 15 de febrero de 2011.

⁷⁶⁵ Escrito de Réplica, párrs. 115, 119.

⁷⁶⁶ CWS-8, Segunda Declaración de Gonzales Yutronic, párrs. 17-18.

⁷⁶⁷ Véase Escrito de Réplica, párr. 79.

486. El Tribunal no considera que tales alegaciones de la Demandante hubiesen sido probadas en el arbitraje. En primer lugar, la comunicación del Viceministerio de Comunicación, Movimiento Social y Sociedad Civil a la que se refiere SAS para sustentar su afirmación de que el Gobierno desestimó las acusaciones contenidas en los mencionados votos resolutivos, no contiene valoración alguna respecto de la validez o veracidad de tales manifestaciones, sino que se limita a señalar que el Viceministerio no tiene competencia para realizar las gestiones solicitadas por la Demandante⁷⁶⁸. Además, el aparte de la comunicación citado por el señor Gonzales Yutronic en su testimonio hace parte de los antecedentes de la petición y no corresponde a una conclusión propia del mencionado Viceministerio⁷⁶⁹.
487. En segundo lugar, las afirmaciones del señor Gonzales Yutronic que sustentan la alegación de que las resoluciones fueron emitidas mediante intimidaciones o uso de la fuerza quedaron desvirtuadas en la Audiencia. Durante su conainterrogatorio, el testigo reconoció que no le constaba de manera directa que los comunarios hubiesen sido obligados a firmar los votos resolutivos de CONAMAQ y FAOI-NP⁷⁷⁰. Según explicó el señor Gonzales Yutronic, el señor Angulo “[I]e dijo de que había hablado con comunarios y líderes del lugar que en muchos casos fueron forzados a firmar o poner los sellos, qué sé yo, que es la costumbre que ellos tienen ahí.”⁷⁷¹
488. A pesar de la gravedad de los hechos alegados, el Tribunal no encontró prueba de que la información sobre los mismos hubiese sido transmitida a los directivos de la empresa ni a las autoridades competentes. En efecto, el señor Gonzales Yutronic concedió no haber aportado las comunicaciones en las que supuestamente le informó a sus superiores en SAS y SASC que los votos resolutivos de 2010 habían sido adoptados mediante amenazas⁷⁷². Asimismo, reconoció no haber informado al Gobierno de aquellos sucesos ni de las alegadas acciones violentas contra uno de los comunarios que apoyaba a la Compañía, que él mismo dice haber presenciado⁷⁷³.
489. Por último, el Tribunal no está convencido de que la oposición al Proyecto proviniese exclusivamente de un grupo de mineros ilegales que pretendían explotar minerales en el lugar de las Concesiones Mineras. En efecto, la actividad minera identificada por Testigo X en su informe de visita a la comunidad de Malku Khota en enero de 2012 corresponde, según sus propias palabras, a labores mineras desarrolladas por algunos comunarios de manera rústica frente a sus

⁷⁶⁸ C-230, Carta de César Navarro Miranda a Xavier Gonzales, 10 de febrero de 2011.

⁷⁶⁹ C-230, Carta de César Navarro Miranda a Xavier Gonzales, 10 de febrero de 2011. Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 3, 492:18-496:21 (inglés).

⁷⁷⁰ Transcripción de la Audiencia, Día 3, 565:22-566:10 (español).

⁷⁷¹ Transcripción de la Audiencia, Día 3, 567:7-13 (español).

⁷⁷² Transcripción de la Audiencia, Día 3, 567:18-568:7 (español).

⁷⁷³ Véase Transcripción de la Audiencia, Día 3, 568:8-572:23 (español).

propias casas⁷⁷⁴. Es decir, se trata de actividades de minería artesanal y no de gran escala. En opinión del Tribunal, no es posible conciliar las explicaciones de la Demandante sobre la complejidad de los procesos que debían llevarse a cabo para extraer los minerales en esa zona, con sus alegaciones respecto de la relevancia que habría tenido la actividad de “mineros ilegales” en la obstrucción del Proyecto.

490. Con base en lo anterior, el Tribunal concluye que, pese a haber implementado un programa de relaciones comunitarias, la Compañía tuvo serias falencias en sus relaciones con la comunidad desde el inicio que no fueron corregidas a pesar de las recomendaciones de los consultores contratados para evaluar dichos programas. Las pruebas que obran en el expediente demuestran que la comunidad manifestó tempranamente sus inquietudes frente a las actividades de la Compañía⁷⁷⁵ y que, por lo menos desde finales de 2010, existía una oposición al Proyecto, que fue manifestada a través de los votos resolutivos de los órganos de gobierno de las Comunidades Originarias.
491. Ahora bien, las Partes no disputan que existió un conflicto social, que se presentaron marchas, protestas, y actos violentos que incluyeron agresiones físicas y muertes. Las pruebas sobre la existencia del conflicto social abundan en el expediente. La diferencia sustancial entre las Partes es que cada una le imputa a la otra la responsabilidad por el origen del conflicto. Para el Tribunal es claro, como ya se señaló en los párrafos anteriores, que el conflicto con las comunidades originarias tuvo su origen en el Proyecto. Es posible que la situación de pobreza de la zona e incluso acciones u omisiones históricas del gobierno de Bolivia frente a las comunidades hayan contribuido al conflicto, pero aún si se llegare a concluir que la Demandante no tuvo injerencia en el origen del conflicto, las acciones que adoptó una vez se vieron los primeros gérmenes del mismo contribuyeron a generar divisiones y agudizar los enfrentamientos entre las Comunidades Originarias.
492. La Demandante explica que a principios de 2011 —es decir, cuando ya existían claras manifestaciones de oposición al Proyecto— decidió formalizar su programa comunitario e involucrar más personal en su equipo de relaciones comunitarias, incluyendo a Testigo X⁷⁷⁶. Sin embargo, las pruebas que obran en el expediente indican que las estrategias de relaciones comunitario implementadas por CMMK a partir de ese año buscaban generar apoyos mayoritarios

⁷⁷⁴ C-310, E-mail de Testigo X para J. Mallory adjuntando “Informe de Viaje a la Comunidad Malku Khota y Cochabamba,” 12 de enero de 2012.

⁷⁷⁵ Véase, por ejemplo, C-154, Business for Social Responsibility, *Social Risks and Opportunities for South American Silver Corporation’s Malku Khota Project in Potosí*, May 2009, págs. 4, 9.

⁷⁷⁶ Escrito de Demanda, párr. 47.

y debilitar a los opositores en lugar de buscar consensos o acuerdos con la comunidad como se lo indicaron sus propios asesores.

493. Primero, las documentación aportada por Testigo X indica que sus recomendaciones estaban principalmente encaminadas a la implementación de estrategias para debilitar la oposición, en vez de procurar el consenso. Así, por ejemplo, en un informe de enero de 2012 dirigido a Jim Mallory, Testigo X recomienda, entre otras cosas, lo siguiente:

“Se deben tomar las acciones legales con las personas que cometieron los delitos, ya que solo de esta manera se lograra [sic] colocar precedentes ante los otros comunarios, porque no quieren hablar, y mientras pasa el tiempo ellos lograran posesionarse mas [sic] con la actual explotacion [sic] que realizan.

Sugiero que se amplíe la querrela por conducta antieconómica y daño económico al Estado por la explotación ilegal que estarían realizando dentro de la concesión de Malku Khota.

Internamente dentro del ayllu se podría sugerir a las autoridades del mismo Ayllu implanten la justicia comunitaria con el destierro por el delito de mala conducta, robo y amenazas.

Si paralelamente se trabaja en el tema legal, trabajo y social se debilitara [sic] a estas personas.”⁷⁷⁷

494. En efecto, quedó acreditado que la Compañía presentó denuncias penales contra varios líderes comunales que posteriormente fueron desestimadas por las autoridades competentes⁷⁷⁸.
495. El Tribunal no desconoce el derecho que tenía la Compañía de ejercer las acciones legales pertinentes para proteger sus intereses. Sin embargo, ese derecho no puede ejercerse como un medio para amedrentar a los comunarios y aplacar la oposición, menos aun cuando no parece haber fundamento para el ejercicio de la acción como lo sugiere el hecho de que no prosperaran las imputaciones efectuadas por la Compañía.
496. Segundo, las pruebas que obran en el expediente sugieren que CMMK concentró sus esfuerzos en tratar de comunicar e imponer el apoyo al Proyecto a través de COTOA-6A, en vez de buscar un acercamiento real con las comunidades que se oponían al Proyecto.
497. Las Partes han discutido si COTOA-6A era una organización ilegal creada con el propósito de servir de plataforma para que CMMK pudiera desplazar a las comunidades opositoras al Proyecto, desinformar a las autoridades centrales y deslegitimar la intervención de asociaciones indígenas

⁷⁷⁷ C-310, E-mail de Testigo X para J. Mallory adjuntando “Informe de Viaje a la Comunidad Malku Khota y Cochabamba,” 12 de enero de 2012, págs. 5 y 6.

⁷⁷⁸ R-75, Resolución de archivo de la denuncia de Xavier Gonzales Yutronic contra miembros de las Comunidades Originarias del 28 de febrero de 2014.

y autoridades genuinas, como lo sostiene Bolivia⁷⁷⁹, o si, por el contrario, se trataba de una comisión regional establecida de manera autónoma por aquellas comunidades que no se sentían representadas por las autoridades que se oponían al Proyecto, como señala SAS⁷⁸⁰.

498. Con base en las pruebas disponibles, el Tribunal no tiene la certeza de que COTOA-6A fue creada por CMMK, como lo alega Bolivia, ni le corresponde determinar para los efectos de este arbitraje si se trataba o no de una organización ilegal conforme al derecho boliviano. Pero aun asumiendo que se tratara de una organización creada espontáneamente por una parte de los comunarios, como lo alega la Demandante, lo que sí está probado es que la Compañía concentró sus esfuerzos en apoyar, coordinar, e incluso pretendió monitorear y controlar, las acciones que adelantaba COTOA-6A para reivindicar la continuidad del Proyecto⁷⁸¹. Para el Tribunal no es claro cómo esta estrategia se compagina con la alegada intención de “*alcanzar un consenso con las comunidades de Mallku Khota y Calacacha*”⁷⁸².
499. A lo largo del presente arbitraje la Demandante ha indicado repetidamente que las pruebas demuestran que el Proyecto contaba con el apoyo de la gran mayoría de habitantes del Área de Influencia del Proyecto. Considera el Tribunal que, por una parte, la Demandante no demostró que el alegado apoyo mayoritario existiese y por la otra, la insistencia en buscar un apoyo mayoritario de un grupo frente a quienes se oponían al Proyecto no solamente atentaba contra una estructura de decisión que la Demandante conocía o debía conocer, sino que va en contra de las mismas recomendaciones de sus asesores y contribuyó de manera decisiva al agravamiento del conflicto.
500. Frente a lo primero, quedó acreditado que ni en la reunión del 28 de mayo de 2012 convocada por la Gobernación y el Ministerio de Minas y Metalurgia, ni en el “gran cabildo” del 8 de junio de 2012 —dos eventos que la Demandante cita como prueba de lo que considera apoyo sustancial de las comunidades al Proyecto— participaron los comunarios que se oponían al Proyecto, pues estaban marchando hacia La Paz precisamente para protestar en su contra⁷⁸³. Existen además indicios en el expediente de que la Compañía estuvo involucrada en la organización de este “gran

⁷⁷⁹ Contestación a la Demanda, párr. 126.

⁷⁸⁰ Véase Escrito de Réplica, párr. 33 y 97.

⁷⁸¹ Véase, por ejemplo, C-316, Report “Situación de Conflicto Malku Khota - Informe de Acontecimientos”, prepared by Witness X, May 19, 2012; C-319, Correo electrónico de Witness X a J. Mallory, 29 de mayo de 2012; Transcripción de la Audiencia, Día 2, 400:23-401:1 (español).

⁷⁸² Escrito Post-Audiencia de SAS, párr. 13.

⁷⁸³ RWS-1, Primera Declaración del Gob. Gonzales, párr. 69; R-89, CF Noticias, Comunarios de Mallku Khota agredieron a policías en La Paz del 8 de junio de 2012, video.

cabildo” y que por lo tanto no fue una reunión espontánea de apoyo al Proyecto como lo pretende la Demandante⁷⁸⁴.

501. Frente a lo segundo, ya estableció el Tribunal que las Comunidades Originarias tomaban sus decisiones por unanimidad o consenso, de manera que insistir en mecanismos para contar con apoyo mayoritario no solamente era insuficiente para desarrollar adecuadamente el Proyecto, sino que contribuía a aumentar el malestar y el enfrentamiento entre los miembros de las comunidades. El Tribunal nota además, y así lo acepta la Demandante, que las comunidades que se oponían al proyecto —las de Malku Khota y Kalacacha— eran las más cercanas a la mina⁷⁸⁵. Por lo tanto, no se trataba de “dos pequeñas comunidades”, como sugiere SAS⁷⁸⁶, sino de las comunidades más directamente afectadas por las actividades mineras de CMMK.
502. Las pruebas que obran en el expediente muestran que las manifestaciones de oposición al Proyecto, especialmente por parte del Ayllu Sullka Jilakitani, se incrementaron durante el 2011⁷⁸⁷. Asimismo, aumentaron los enfrentamientos violentos entre los comunarios que se oponían a la continuidad del Proyecto y aquellos que estaban a su favor hasta alcanzar un punto crítico entre abril y julio de 2012.
503. Los hechos no controvertidos que se presentaron en esa época incluyen la retención de un opositor al Proyecto y de un empleado de la Compañía por parte de miembros de las comunidades⁷⁸⁸; confrontaciones entre comunarios y la policía en la zona del Proyecto, en los que dos policías fueron retenidos⁷⁸⁹; enfrentamientos violentos entre miembros de COTOA-6A y opositores al Proyecto en Acasio⁷⁹⁰; la retención del Kuraka Cancio Rojas por miembros de COTOA-6A⁷⁹¹, y

⁷⁸⁴ Véase, por ejemplo, R-280, Correo de Testigo X a directivos de CMMK y SASC del 7 de junio de 2012; R-281, Correo electrónico de Testigo X a Agustín Cárdenas del 10 de junio de 2012 (II).

⁷⁸⁵ Véase Transcripción de la Audiencia, Día 2, 519-13-18 (español).

⁷⁸⁶ Transcripción de la Audiencia, Día 1, 19:17-20 (español).

⁷⁸⁷ Ver, por ejemplo, R-50, Resolución de FAOI-NP del 11 de enero de 2011; R-51, Resolución del Ayllu Sullka Jilakitani del 15 de febrero de 2011; R-52, Resolución de FAOI-NP del 28 de febrero de 2011; R-60, Carta del Ayllu Sullka Jilakitani al Presidente de la República del 1 de mayo de 2011; R-61, Carta del Ayllu Sullka Jilakitani al Ministro de Minería y Metalurgia del 1 de mayo de 2011; R-71, Resolución del Consejo de Gobierno de CONAMAQ del 13 de diciembre de 2011.

⁷⁸⁸ R-70, Acta de declaración sobre abusos en contra de miembros de las Comunidades Originarias; Escrito de Réplica, párr. 133; CWS-10, Segunda Declaración de Mallory, párr. 42; C-241, Memorándum de Agustín Cárdenas y Fernando Fernández a Fernando Cáceres, *Informe Incidente del 28 de Junio 2012*, 25 de julio de 2012.

⁷⁸⁹ R-78, Nota de prensa, El Potosí, *Confirman que hay un rehén en Mallku Khota* del 5 de mayo de 2012; R-76, Denuncia de las Comunidades Originarias de la intervención policial del 8 de mayo de 2012. Véase Transcripción de la Audiencia, Día 1, 53:3-4 (inglés); 229:19 – 229:25 (español).

⁷⁹⁰ C-316, Informe “Situación de Conflicto Malku Khota - Informe de Acontecimientos”, preparado por el Testigo X, May 19, 2012; R-174, Noticias Fides, *Enfrentamientos en Mallque Qhuta*, video publicado el 18 de mayo de 2012; R-80, Nota de prensa, *Pelea por Mallku Khota deja 10 heridos y 12 desaparecidos*, 19 de mayo de 2012.

⁷⁹¹ Transcripción de la Audiencia, Día 3, 605:6-10 (español).

nuevos enfrentamientos violentos entre la policía y los comunarios, en los que murió uno de los protestantes en julio de 2012⁷⁹².

504. Aunque las Partes disputan sus respectivos roles en estos hechos, y se imputan mutuamente la responsabilidad por los mismos, ninguna desconoce su gravedad. En cualquier caso, para el Tribunal es claro que para el momento en que se expidió el Decreto de Reversión existía un conflicto social agudo en la zona del Proyecto, producto del enfrentamiento, cada vez más radical, entre aquellos comunarios que apoyaban a la Compañía —principalmente COTOA-6A— y aquellos que se oponían a su permanencia en el lugar.
505. El Tribunal no puede concluir que la Compañía hubiese generado directa y exclusivamente las hostilidades, o que sea, como lo pretende Bolivia, la responsable única del origen del conflicto social y de los graves enfrentamientos en la zona. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] Lo que sí es claro para el Tribunal en relación con el Proyecto es que la Compañía inició actividades con una estrategia de relaciones comunitarias que causó malestar en las comunidades directamente afectadas por el Proyecto y fue cuestionada por sus mismos asesores y que, al extenderse el conflicto, adoptó una estrategia que contribuyó a incrementar las divisiones en las Comunidades Originarias, a la radicalización de grupos opositores y a la imposibilidad práctica de buscar el consenso que le advirtieron sus asesores era necesario para operar en la región. Los documentos aportados por Testigo X dan cuenta de una estrategia agresiva, que ayudó a exacerbar el conflicto y que está muy lejos de la búsqueda de consensos o acuerdos, y que pretendía demostrar que había un apoyo mayoritario y debilitar a los opositores al proyecto.
506. No está en discusión que hasta la fecha del Decreto de Reversión, CMMK tenía los derechos sobre las Concesiones Mineras y cumplía con los requisitos estrictamente legales para desarrollar el Proyecto en la etapa de exploración. Sin embargo, CMMK llegó a operar en una zona con un delicado equilibrio social y cultural, y una forma de organización política y toma de decisiones particular, caracterizada por el consenso. Ni los programas de relaciones comunitario que la Compañía implementó, ni la actitud de la Compañía, tuvieron en cuenta estas características, sino que pretendieron instaurar y hacer prevalecer la posición de una supuesta mayoría que apoyaba su causa, fomentando así la división entre las Comunidades Originarias, división que eventualmente desembocó en graves enfrentamientos violentos en la zona del Proyecto.

⁷⁹² Véase R-96, Noticias PAT, *1 muerto 8 heridos tras enfrentamiento en Mallku Khota*, video.

507. En resumen, con base en las pruebas que obran en el expediente, el Tribunal concluye que: (i) a pesar de haber implementado un programa de relaciones comunitarias supuestamente adecuado y suficiente, CMMK desde el inicio tuvo serias falencias en su estrategia de relaciones comunitarias que no fueron corregidas con posterioridad a pesar de las advertencias de BSR; (ii) por lo menos desde diciembre de 2010 existía oposición al Proyecto y a la presencia de CMMK, manifestada a través de los votos resolutivos de los órganos de gobierno de las Comunidades Originarias; (iii) a partir de 2011, CMMK implementó una estrategia de manejo de las comunidades principalmente enfocada en debilitar a los opositores y consolidar la opinión mayoritaria, supuestamente representada por COTOA-6A, que contribuyó a exacerbar el conflicto; y (iv) para el momento en que se decretó la Reversión de las Concesiones Mineras existía un conflicto social en la zona del Proyecto que había venido escalando de tiempo atrás y que condujo a enfrentamientos violentos entre miembros de la comunidad en relación con el mismo. En las secciones correspondientes, el Tribunal analizará las implicaciones de esta situación.

B. LA RECLAMACIÓN POR EXPROPIACIÓN

1. Posición de la Demandante

508. La Demandante afirma que, independientemente del término utilizado por una medida gubernamental —ya sea, nacionalización, reversión o expropiación⁷⁹³— y del título del inversionista afectado por dicha medida —ya sea la propiedad sobre un activo físico o “*derechos que sean significativos económicamente para el inversionista*”⁷⁹⁴, como los derechos surgidos de un contrato de concesión⁷⁹⁵—, la “*confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor*” constituye sin lugar a dudas una expropiación bajo el derecho internacional⁷⁹⁶. La Demandante considera evidente que la Reversión, que dispuso “*sin ambigüedad alguna [...] la toma de los derechos de CMMK sobre las Concesiones Mineras por*

⁷⁹³ Escrito de Demanda, párrs. 121-122.

⁷⁹⁴ Escrito de Demanda, párr. 124.

⁷⁹⁵ Escrito de Demanda, párr. 125; CLA-25, *Phillips Petroleum Company Irán c. República Islámica de Irán*, Caso del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos N.º 39 (425-39-2), Laudo, 28 de junio de 1989, párr. 76. Ver también Transcripción de la Audiencia, Día 1, 73:25 – 74:19 (inglés).

⁷⁹⁶ Escrito de Demanda, párr. 123, citando a CLA-17, *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000, párr. 103.

*el Gobierno*⁷⁹⁷, constituye una expropiación directa de la inversión de la Demandante en el Proyecto⁷⁹⁸.

509. La Demandante alega que al haber expropiado las Concesiones Mineras de CMMK, una sociedad boliviana cuya participación accionaria pertenece a SAS, Bolivia debía haber pagado a la Demandante una “*puntual, adecuada y efectiva compensación*” conforme a los términos del artículo 5.2 del Tratado⁷⁹⁹. En particular, la Demandante sostiene que el artículo 5 del Tratado, que refleja el “*estándar de compensación consuetudinario internacional*”⁸⁰⁰, impone que la compensación cumpla con los siguientes requisitos:

- a) Compensación justa y adecuada, es decir, basada en el valor justo de mercado de la inversión expropiada⁸⁰¹. La Demandante considera que la compensación debe “*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*”, tal y como lo establece expresamente el artículo 5.1 del Tratado⁸⁰².
- b) Compensación puntual, es decir, pagada sin demora⁸⁰³. La Demandante considera, apoyándose en escritos doctrinales y en las conclusiones de otros tribunales arbitrales, que el pago de la compensación debe ser contemporáneo con la expropiación, y efectuarse lo más rápido posible, o al menos dentro de un período de tiempo razonable⁸⁰⁴. Según la Demandante, el Estado incumple el citado requisito de puntualidad cuando el inversionista no ha recibido compensación alguna, transcurridos “*varios meses*” desde la toma efectiva.⁸⁰⁵

510. La Demandante afirma que Bolivia aún no ha pagado una compensación a SAS que corresponda al valor de mercado de su inversión, transcurrido ya un período de tiempo razonable desde la expropiación de las Concesiones Minera.⁸⁰⁶ Tampoco puede considerarse, según la Demandante,

⁷⁹⁷ Escrito de Demanda, párr. 126, apoyándose en C-16, Acta de Entendimiento, 8 de julio de 2012 (“*Dichas áreas serán revertidas al Estado Plurinacional de Bolivia*”; “*El Estado se hará cargo del Centro Minero de MlakuQhota, en toda su cadena productiva*”); C-4, Decreto de Reversión, 1 de agosto de 2012 (Las Concesiones Mineras “*se revierte al dominio originario del Estado*”; “*COMIBOL se hará cargo de la administración y desarrollo minero en las 219 cuadrículas*”; “*Ningún otro actor productivo minero no estatal, por sí solo, podrá realizar actividades mineras [...] en las áreas revertidas al Estado*”).

⁷⁹⁸ Escrito de Demanda, párr. 120; Réplica de la Demandante, párrs. 265, 304, 309.

⁷⁹⁹ Escrito de Demanda, párrs. 119-120, 130-131; Réplica de la Demandante, párrs. 264, 289, 293.

⁸⁰⁰ Escrito de Demanda, párr. 132

⁸⁰¹ Escrito de Demanda, párr. 137; Réplica de la Demandante, párr. 296

⁸⁰² Escrito de Demanda, párrs. 129-131; Réplica de la Demandante, párr. 264.

⁸⁰³ Réplica de la Demandante, párr. 296.

⁸⁰⁴ Escrito de Demanda, párrs. 133-134; Réplica de la Demandante, párr. 297.

⁸⁰⁵ Réplica de la Demandante, párrs. 297-298.

⁸⁰⁶ Escrito de Demanda, párrs. 128, 131-133; Réplica de la Demandante, párrs. 290, 299, 308; Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 26.

que Bolivia haya realizado durante este período “una oferta de pago significativa”⁸⁰⁷, puesto que el proceso de valuación del Decreto de Reversión (i) nunca fue negociado con la Demandante, pese a que ésta “buscó comprometer a Bolivia y reunirse para discutir la valoración”⁸⁰⁸, y (ii) estaría basado únicamente en los costos incurridos por CMMK, y por lo tanto, cualquier compensación basada en el Decreto de Reversión ignoraría completamente el valor justo de mercado del Proyecto.⁸⁰⁹

511. La falta de compensación, alega la Demandante, es un hecho “suficiente en sí mismo para establecer la naturaleza ilícita de la expropiación a la luz tanto del Tratado como del derecho internacional”⁸¹⁰. Según la Demandante, la valuación y el correspondiente pago de una compensación constituyen una “obligación pre-existente” al arbitraje, que determina la legalidad de la expropiación y no pueden ser la consecuencia del proceso arbitral, pues si así fuese “los Estados ya no tendrían un incentivo para ofrecerle al inversionista una puntual, adecuada y efectiva compensación por la inversión expropiada”.⁸¹¹
512. La Demandante cuestiona la relevancia de la jurisprudencia invocada por Bolivia por cuanto no solamente se refiere a supuestos de expropiación indirecta y no directa, como es el caso de la Reversión⁸¹², sino que determina que la expropiación no es necesariamente ilícita en ausencia de compensación, siempre y cuando el Estado haya realizado una oferta de pago, algo que Bolivia tampoco ha hecho en el presente caso⁸¹³.
513. La Demandante afirma, además, que la Reversión no cumplió con los demás criterios cumulativos de legalidad establecidos en el artículo 5.1 del Tratado, puesto que:
- (a) La Reversión violó el debido proceso. El Estado debe otorgar al inversionista la oportunidad de “hacer valer sus derechos”, es decir, cuestionar la legalidad de la expropiación y participar en la determinación de la compensación adecuada. Sin embargo, Bolivia tomó la decisión de expropiar en una serie de reuniones en las que la Demandante

⁸⁰⁷ Réplica de la Demandante, párr. 293; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 79:1-10 (inglés). Véase C-20, Carta de COMIBOL a SAS, 24 de agosto de 2012.

⁸⁰⁸ Réplica de la Demandante, párr. 291; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 79:11-10 (inglés); CWS-9, Segunda Declaración de Malbran, párr. 37. Véase también C-21, Carta de SAS a COMIBOL, 4 de septiembre de 2012.

⁸⁰⁹ Escrito de Demanda, párrs. 135-138; Réplica de la Demandante, párrs. 291, 311-314; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 77:24 – 78:13 (inglés).

⁸¹⁰ Escrito de Demanda, párrs. 143-144; Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 26. Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 1, 78:14-25 (inglés).

⁸¹¹ Réplica de la Demandante, párrs. 306-307; CLA-31/RLA-103, S. Rapinsky, *Damages in International Investment Law*, British Institute of International and Comparative Law, 2008, p. 68.

⁸¹² Réplica de la Demandante, párrs. 304-305. Ver también Transcripción de la Audiencia, Día 1, 83:23 – 85:11 (inglés).

⁸¹³ Réplica de la Demandante, párr. 302, refiriéndose a RLA-105, *Venezuela Holdings et al. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB/07/27, Laudo, 9 de octubre de 2014, párr. 301. Véase asimismo Réplica de la Demandante, párrs. 312-313; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 75:9 – 77:7, 77:24 – 78:13, 83:23 – 85:11 (inglés).

nunca estuvo presente; y el proceso de valuación que impuso mediante el Decreto de Reversión se habría desarrollado unilateralmente por la COMIBOL, sin que la Demandante hubiese podido participar en la cuantificación de la compensación.⁸¹⁴

- (b) La Reversión no persiguió un propósito de utilidad pública. La expropiación (i) debe justificarse por un propósito “*genuino*” de utilidad pública⁸¹⁵, y (ii) constituir un remedio necesario y proporcional para el cumplimiento de dicho propósito⁸¹⁶.
- i. En cuanto al propósito genuino de utilidad pública, la Demandante afirma que la verdadera motivación de la Reversión fue la toma de control por parte de Bolivia del yacimiento multimillonario descubierto por SAS⁸¹⁷ y que las alegadas preocupaciones por los derechos humanos e indígenas de las Comunidades Originarias son “*justificaciones ex post facto fabricadas por Bolivia*” para su defensa en el presente arbitraje⁸¹⁸. Afirma la Demandante que el Decreto de Reversión se refiere únicamente al “*conflicto social*” en Malku Khota⁸¹⁹, que no es sino un falso pretexto y no una causa de utilidad pública genuina, pues “*aplacar a una minoría violenta*” es una preocupación temporal de seguridad, que podría haber sido resuelta por el inversionista⁸²⁰. La Demandante considera probado que la Reversión fue adoptada únicamente para satisfacer los intereses económicos de Bolivia⁸²¹ puesto que el conflicto social surgió en mayo de 2012⁸²², mientras que Bolivia llevaba planeando la expropiación desde que estableció la Zona de Inmovilización en el año 2011, justo cuando SAS reveló los resultados del PEA 2011⁸²³.
- ii. La Demandante añade que no existe proporcionalidad alguna entre la Reversión y el conflicto social que supuestamente pretende solucionar⁸²⁴. La minería ilegal de oro

⁸¹⁴ Escrito de Demanda, párrs. 139-140.

⁸¹⁵ Escrito de Demanda, párr. 141; Réplica de la Demandante, párr. 270.

⁸¹⁶ Escrito de Demanda, párr. 142; Réplica de la Demandante, párr. 271.

⁸¹⁷ Escrito de Demanda, párr. 144; Réplica de la Demandante, párrs. 277, 284; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 67:15-21 (inglés); Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 24. Véase Transcripción de la Audiencia, Día 4, 809:9 – 810:2 (español).

⁸¹⁸ Réplica de la Demandante, párr. 272; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 67:2-21 (inglés); Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 23.

⁸¹⁹ Réplica de la Demandante, párrs. 272-273.

⁸²⁰ Escrito de Demanda, párr. 144; Réplica de la Demandante, párr. 273.

⁸²¹ Ver Transcripción de la Audiencia, Día 1, 67:22 – 70:25 (inglés).

⁸²² Ver Contestación a la Demanda, párr. 143; RWS-1, Primera Declaración del Gob. Gonzales, párr. 50; Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 24.

⁸²³ Réplica de la Demandante, párrs. 274-276; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 67:22 – 69:24 (inglés); Escrito de Demanda, párr. 127.

⁸²⁴ Escrito de Demanda, párr. 144; Réplica de la Demandante, párr. 278.

fue la causa fundamental del conflicto en Malku Khota⁸²⁵, y en lugar de sancionar a los mineros de oro ilegales, Bolivia con sus acciones y omisiones, prefirió avivar el conflicto y el sentimiento “*anti-CMMK*” en la región, como excusa para expropiar la inversión legal de SAS⁸²⁶. La Demandante señala otras medidas que Bolivia podría haber utilizado como alternativa a la expropiación para evitar el conflicto, incluyendo la militarización del área que rodea Malku Khota⁸²⁷ y concluye que la expropiación “*no tuvo ningún efecto relevante para poner término a la violencia en el área*”, puesto que las protestas violentas continuaron hasta al menos julio de 2015⁸²⁸.

- (c) La Reversión no se llevó a cabo en beneficio social relacionado con las necesidades internas de Bolivia. Mientras el Proyecto Malku Khota podría haber generado “*millones de dólares en inversiones a una de las áreas más pobres de Bolivia*”, ni el Gobierno ni las comunidades locales han obtenido beneficio alguno tras la Reversión y los representantes de las Comunidades Originarias, solicitan que SAS regrese al área para continuar con el Proyecto⁸²⁹.

514. En cuanto al argumento de la Demandada de que la Reversión no constituye un ilícito internacional pues existía un estado de necesidad, la Demandante señala que al invocar esta defensa, Bolivia reconoce que la expropiación fue ilegal, pues el estado de necesidad es una circunstancia que excluiría la ilicitud de acciones que de otro modo serían ilícitas⁸³⁰.

515. La Demandante aduce, además, que la defensa relativa al estado de necesidad no puede prosperar en cuanto (a) de la letra del artículo 25 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la

⁸²⁵ Réplica de la Demandante, párrs. 278-279; C-223, “Explotación ilegal de oro es el origen del conflicto en Mallku Khota”, La Paz, 21 de mayo de 2012.

⁸²⁶ Réplica de la Demandante, párrs. 280-282.

⁸²⁷ Réplica de la Demandante, párrs. 281-282. Ver también Transcripción de la Audiencia, Día 1, 71:151 – 72:2 (inglés). Véase también Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 6, haciendo referencia al testimonio del Gobernador Gonzales (Transcripción de la Audiencia, Día 4, 872:3-5 (español)).

⁸²⁸ Réplica de la Demandante, párr. 283; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 72:8 – 73:7 (inglés). Véase C-242, “Se teme mayores actitudes violentas en Malku Khota”, *EFE*, 5 de octubre de 2012; C-243, “Toman de nuevo 50% de Mallku Khota”, *Los Tiempos*, 3 de octubre de 2012; C-149, “Policía evitará explotación ilegal en Malku Khota”, *La Patria*, 19 de octubre de 2012, C-244, “Ayllus de Malku Khota toman sede de Comibol”, *Los Tiempos*, 29 de enero de 2014; C-245, “Comibol cambia personal y niega toma en Mallku Khota”, *Los Tiempos*, 30 de enero de 2014; C-246, “Protestas en Bolivia: 12 días de bloqueos y dinamita paralizan La Paz”, *BBC*, 20 de julio de 2015; C-247, “Los enfrentamientos de los mineros en Bolivia se intensifican”, *El País*, 23 de julio de 2015.

⁸²⁹ Escrito de Demanda, párr. 145; CWS-5, Primera Declaración de Angulo, párr. 19. Véase asimismo Réplica de la Demandante, párrs. 285-288.

⁸³⁰ Transcripción de la Audiencia, Día 1, 85:23 – 86:17 (inglés); CLA-201, Informe de la CDI sobre el trabajo de su 32º período de sesiones, Documentos Oficiales de la Asamblea General, 35º período de sesiones, 5 de mayo a 25 de julio de 1980, artículo 3, párr. 3.

CDI⁸³¹ se desprende que esta defensa sólo se puede invocar en una situación entre dos Estados, que no es el caso⁸³²; (b) no se cumplen los estrictos requisitos establecidos en el citado artículo 25 para que esta defensa prospere⁸³³ pues el Decreto de Reversión no pretendía salvaguardar un interés esencial de la Demandada, ni ésta se encontraba ante un peligro grave e inminente y aún si se encontrare ante tal peligro, el Decreto de Reversión no habría sido el único modo de actuar para Bolivia ni se estaba violando una obligación para con otro Estado sino un inversionista extranjero.

516. La Demandante señala que el Tratado implícitamente “excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad” al constituir un conjunto de normas de derecho internacional que reemplazan el estándar mínimo del derecho consuetudinario así como las defensas que se pudiesen invocar bajo éste⁸³⁴. Por último, según la Demandante, la Demandada no ha demostrado que no “contribu[yó] al estado de necesidad”⁸³⁵.
517. La Demandante sostiene que el referido artículo 25 se formuló en negativo para plasmar la excepcionalidad de esta defensa⁸³⁶ y que tribunales en casos de inversión han tratado esta excepcionalidad. Asimismo, la Demandante afirma que los requisitos deben cumplirse de forma cumulativa⁸³⁷.
518. Finalmente añade que aún si el Tribunal aceptase que Bolivia se encontraba en un estado de necesidad cuando actuó, ésta tendría que compensar a la Demandante, pues ésta es una obligación separada y distinta⁸³⁸. La Demandante señala que el artículo 27 prevé que el invocar una circunstancia que excluye la ilicitud se entenderá sin perjuicio de la cuestión de la indemnización⁸³⁹.
519. En relación con el argumento de que la Reversión fue un ejercicio de los poderes de policía del Estado, la Demandante afirma que la Demandada no puede invocar esta doctrina como defensa contra la responsabilidad y obligación de compensar⁸⁴⁰ por cuanto la Reversión no fue un acto

⁸³¹ 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 25.

⁸³² Transcripción de la Audiencia, Día 1, 87:1 – 88:5 (inglés); Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 27.

⁸³³ Transcripción de la Audiencia, Día 1, 89:6 – 93:8 (inglés); Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 28.

⁸³⁴ Transcripción de la Audiencia, Día 1, 92:13 – 94:1 (inglés).

⁸³⁵ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 28. Según la Demandante, Bolivia contribuyó al conflicto al ignorar a las comunidades y con su falta de apoyo y protección al Proyecto (véase Escrito de Demanda, sección II.C y Réplica de la Demandante, sección II.C).

⁸³⁶ Transcripción de la Audiencia, Día 1, 88:10-22 (inglés).

⁸³⁷ Transcripción de la Audiencia, Día 1, 89:17-20 (inglés).

⁸³⁸ Transcripción de la Audiencia, Día 1, 93:9 – 94:10 (inglés).

⁸³⁹ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 29.

⁸⁴⁰ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 30.

regulatorio sino una acción específica para privar a la Demandante de su inversión, que constituye una expropiación ilegal a la luz del Tratado, y éste, como *lex specialis*, elimina cualquier posible excepción a la obligación de compensar bajo el derecho consuetudinario⁸⁴¹.

520. Además se trata de una justificación *ex post facto* pues si en el momento de actuar Bolivia hubiese creído que ejercía sus poderes de policía, no habría previsto en el Decreto de Reversión el pago de una compensación⁸⁴².
521. Pero aún si el Tribunal decide considerar esta defensa, el Decreto de Reversión no cumplió con el estándar aplicable⁸⁴³ pues (i) no persiguió un propósito de utilidad pública⁸⁴⁴; (ii) no se dictó *bona fide*; (iii) era discriminatorio, pues se dirigía exclusivamente hacia la Demandante; (iv) no cumplió con el debido proceso⁸⁴⁵; (v) no fue proporcional⁸⁴⁶; y (vi) Bolivia ya había violado sus obligaciones internacionales antes de promulgar el Decreto de Reversión (*inter alia*, la de dar plena seguridad y protección a las concesiones⁸⁴⁷ y otorgarle un trato justo y equitativo⁸⁴⁸).
522. En consecuencia, la Demandante considera que la Reversión fue una expropiación adoptada en violación del Tratado, que constituye un acto ilícito a la luz del derecho internacional⁸⁴⁹.

2. Posición de la Demandada

523. La Demandada considera que SAS no ha probado que la Reversión constituya una expropiación bajo los términos del artículo 5 del Tratado⁸⁵⁰. Bolivia sostiene que el primer requisito para que una medida estatal pueda ser calificada de expropiación, es que la medida en cuestión constituya “una verdadera expropiación y no un legítimo ejercicio de los poderes de policía” del Estado⁸⁵¹. Según la Demandada, las medidas adoptadas en virtud de la prerrogativa soberana del Estado de ejercer sus poderes de policía en defensa del interés público⁸⁵² gozan de una presunción de

⁸⁴¹ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 30.

⁸⁴² Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 30.

⁸⁴³ Transcripción de la Audiencia, Día 1, 95:2-23 (inglés); Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 31.

⁸⁴⁴ Véase *supra* párr. 513(b).

⁸⁴⁵ Véase *supra* párr. 513(a).

⁸⁴⁶ Réplica de la Demandante, párr. 397; Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 31. Según la Demandante, una medida no sería proporcional si el inversor soportase “*an individual and excessive burden*” (CLA-40, *Azurix Corp. c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/02, Laudo, 14 de julio de 2006, párr. 311). La Demandante señala que Bolivia podía haber adoptado medidas más razonables para cumplir sus supuestos objetivos de pacificar la zona pero que, además, sólo envió al ejército tras la Reversión, a pesar de lo cual, no cesó la violencia en la zona. Véase Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 32.

⁸⁴⁷ Ver *infra* párrs. 675-678.

⁸⁴⁸ Ver *infra* párrs. 632-636.

⁸⁴⁹ Escrito de Demanda, párrs. 138, 146.

⁸⁵⁰ Escrito de Demanda, párrs. 138, 146.

⁸⁵¹ Dúplica de la Demandada, párrs. 379-382.

⁸⁵² Dúplica de la Demandada, párr. 389.

legalidad⁸⁵³ y quedan excluidas tanto de las disposiciones de los tratados sobre expropiación⁸⁵⁴, así como de la revisión de legitimidad efectuada por un tribunal arbitral⁸⁵⁵. Estas medidas incluyen aquellas que (i) son adoptadas para salvaguardar un interés público, y (ii) son proporcionales al interés público en juego⁸⁵⁶.

524. Alega la Demandada que la Reversión es un “*ejercicio legítimo de los poderes de policía* [de Bolivia] *en respuesta a la crisis creada y agravada por CMMK*”, y por ende, no puede ser calificada de expropiación⁸⁵⁷.
525. Sostiene la Demandada que la Reversión fue adoptada para proteger los derechos humanos e indígenas de las Comunidades Originarias que constituyen el “*interés público preponderante*” que justifica el ejercicio de los poderes de policía.⁸⁵⁸ La protección de tales derechos es una justificación más que suficiente tanto a la luz del derecho internacional como de la jurisprudencia arbitral.⁸⁵⁹
526. Según la Demandada, la Reversión fue una medida proporcional para garantizar los derechos humanos de las Comunidades Originarias ante “*las repetidas y continuas violaciones a las que estaban siendo sometidas por CMMK*”⁸⁶⁰. La Reversión se dio después de que Bolivia intentara agotar otras posibilidades, cuyo fracaso es únicamente atribuible a SAS⁸⁶¹. Además, la Reversión no tuvo un “*impacto económico sustancial*” sobre los derechos derivados de las Concesiones Mineras, puesto que éstas se encontraban en etapa de exploración, y el Decreto de Reversión “*ofrecía compensación equivalente a la cantidad invertida en las actividades de exploración*”⁸⁶².
527. La Demandada sostiene que “*Bolivia satisfizo plenamente la disposición compensatoria del [Tratado] – aun cuando no tenía obligación de hacerlo*”⁸⁶³. El cumplimiento del estándar de compensación previsto en el artículo 5 del Tratado no exige que se haya pagado una compensación, ni que el monto de la compensación haya sido calculado definitivamente; sino que

⁸⁵³ Dúplica de la Demandada, párr. 391.

⁸⁵⁴ Dúplica de la Demandada, párrs. 385, 388.

⁸⁵⁵ Dúplica de la Demandada, párrs. 392-393.

⁸⁵⁶ Dúplica de la Demandada, párrs. 385-387.

⁸⁵⁷ Dúplica de la Demandada, párr. 384.

⁸⁵⁸ Dúplica de la Demandada, párrs. 394-395.

⁸⁵⁹ Dúplica de la Demandada, párr. 395. Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 1, 260:9-19 (español).

⁸⁶⁰ Dúplica de la Demandada, párrs. 395-396.

⁸⁶¹ Dúplica de la Demandada, párrs. 397-399; RWS-1, Primera Declaración del Gob. Gonzales, párr. 71.

⁸⁶² Dúplica de la Demandada, párr. 396; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 260:20-25 (español).

⁸⁶³ Dúplica de la Demandada, párr. 422.

es “suficiente que el Estado haya, en la fecha de la expropiación, tomado medidas para determinar la compensación”⁸⁶⁴.

528. Según la Demandada, la referencia a una compensación adecuada y pronta establece unas condiciones consecutivas que imponen que el Estado (a) proceda al cálculo del valor de mercado de la inversión, es decir, “calcular cuál es la justa compensación”⁸⁶⁵; según la Demandada, el Tratado establece el arbitraje como una de las vías para fijar la compensación cuando se disputa la existencia de la expropiación y el monto debido⁸⁶⁶; y (b) una vez realizado el cálculo de la justa compensación, proceda al pago de la misma “sin demora”⁸⁶⁷. Contrariamente a las alegaciones de la Demandante, en un período de “varios meses”, el Estado debe indicar “si va a pagar una compensación, no [tiene] que pagar la compensación dentro [de] ese plazo”.⁸⁶⁸ Ni el Tratado ni el derecho internacional fijan un plazo determinado para proceder al cálculo de la justa compensación y al pago correspondiente⁸⁶⁹.
529. El Decreto de Reversión prevé el pago de una compensación precedido por un proceso de valuación independiente para calcular el monto, y Bolivia puso en marcha el procedimiento previsto en el artículo 5, cumpliendo así con la disposición compensatoria⁸⁷⁰.
530. Según la Demandada, “el mero hecho de que la compensación no haya sido pagada antes del arbitraje no puede constituir una violación del [Tratado]”⁸⁷¹. Bolivia sostiene que realizó la oferta de pago prevista en el Decreto de Reversión a SAS directamente y “buscó de buena fe involucrar[la] en el proceso de determinación de la compensación”, pero fue la Demandante quién rechazó toda participación en el proceso de valuación y prefirió recurrir al presente arbitraje para fijar el monto de la compensación⁸⁷². Por lo tanto, la justa compensación se determinará en este arbitraje y el pago será oportuno “siempre y cuando se haga prontamente después de una decisión firme de este Tribunal ordenando un pago (quod non) tras haber agotado cualquier recurso”⁸⁷³.

⁸⁶⁴ Contestación a la Demanda, párrs. 383-384, 400.

⁸⁶⁵ Contestación a la Demanda, párr. 382.

⁸⁶⁶ Dúplica de la Demandada, párrs. 432-436.

⁸⁶⁷ Contestación a la Demanda, párr. 382.

⁸⁶⁸ Dúplica de la Demandada, párr. 424.

⁸⁶⁹ Contestación a la Demanda, párrs. 387-389.

⁸⁷⁰ Contestación a la Demanda, párrs. 382, 385; Dúplica de la Demandada, párrs. 425-429.

⁸⁷¹ Dúplica de la Demandada, párr. 434.

⁸⁷² Dúplica de la Demandada, párrs. 430-432; C-20, Carta de COMIBOL a SAS, 24 de agosto de 2012; C-21, Carta de SAS a COMIBOL, 4 de septiembre de 2012. Véase asimismo Contestación a la Demanda, párrs. 401-403; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 261:9 – 262:7 (español).

⁸⁷³ Contestación a la Demanda, párr. 385; Dúplica de la Demandada, párrs. 432, 437.

531. Asimismo, la Demandada considera que SAS no ha demostrado que la Reversión hubiese sido adoptada en violación de las condiciones de legalidad del artículo 5 del Tratado⁸⁷⁴. Bolivia entiende que la legalidad se refiere “*a si el Estado está o no autorizado a expropiar*” y que el pago de la compensación “*es una obligación distinta, consiguiente a la expropiación*”⁸⁷⁵. Por lo tanto, citando decisiones de diversos tribunales internacionales⁸⁷⁶, la Demandada afirma que “*las expropiaciones que cumplen todas las demás condiciones excepto el pago de compensación son lícitas*”⁸⁷⁷. Según la Demandada, ningún tribunal arbitral, incluyendo aquéllos que se pronunciaron sobre expropiaciones directas, ha concluido que una expropiación sea ilícita únicamente por falta de pago de una compensación⁸⁷⁸.

532. Según la Demandada, de existir una expropiación, ésta habría sido lícita⁸⁷⁹, por cuanto:

- (a) Bolivia respetó el debido proceso. Tanto los tribunales arbitrales en aplicación del Tratado como la doctrina han confirmado que el respeto al debido proceso consiste únicamente en poner a disposición del inversionista recursos para la impugnación de la medida expropiatoria, una vez ésta adoptada⁸⁸⁰. CMMK pudo haber impugnado el Decreto de Reversión y su proceso de valuación ante las autoridades bolivianas, pero jamás lo hizo⁸⁸¹. Contrario a lo que sostiene la Demandante, ni el Tratado ni el derecho internacional prevén la obligación de hacer partícipe al inversionista en la toma de decisión o en el proceso de valuación.⁸⁸² En cualquier caso, por una parte, Bolivia invitó a CMMK a varias reuniones en las que se discutió la Reversión como alternativa, pero limitó su participación por razones de seguridad⁸⁸³, y por la otra, es perfectamente legítimo que el proceso de valuación sea determinado exclusivamente por el Estado⁸⁸⁴.
- (b) La Reversión cumplió un propósito de utilidad pública. El concepto de utilidad pública debe analizarse conforme al derecho boliviano⁸⁸⁵ y bajo dicho derecho la Reversión constituye una medida de utilidad pública, pues fue necesaria para preservar el orden

⁸⁷⁴ Contestación a la Demanda, párrs. 379-380; Dúplica de la Demandada, párrs. 381-382.

⁸⁷⁵ Dúplica de la Demandada, párrs. 441-444.

⁸⁷⁶ Contestación a la Demanda, párrs. 394-398.

⁸⁷⁷ Dúplica de la Demandada, párr. 442.

⁸⁷⁸ Dúplica de la Demandada, párrs. 445-447.

⁸⁷⁹ Dúplica de la Demandada, párr. 384.

⁸⁸⁰ Contestación a la Demanda, párrs. 363-364, 374-376.

⁸⁸¹ Contestación a la Demanda, párr. 377.

⁸⁸² Contestación a la Demanda, párrs. 360-364, 368, 373.

⁸⁸³ Contestación a la Demanda, párrs. 365-367.

⁸⁸⁴ Contestación a la Demanda, párrs. 371-372.

⁸⁸⁵ Contestación a la Demanda, párr. 340.

público y garantizar los derechos humanos y colectivos de las Comunidades Originarias⁸⁸⁶. El Estado tiene amplia discreción para determinar qué medidas satisfacen este requisito, lo que incluye “*el tomar las medidas que considere necesarias para proteger los derechos humanos e indígenas*”⁸⁸⁷. Contrariamente a lo alegado por la Demandante, Bolivia considera evidente, a la luz de los considerandos del Decreto de Reversión, que la única motivación de esta medida fue la protección de los derechos humanos e indígenas de las Comunidades Originarias⁸⁸⁸. Bolivia niega que exista un interés económico oculto puesto que (i) se establecieron áreas como la Zona de Inmovilización en la misma época alrededor de otros proyectos mineros; (ii) no se ha desarrollado ningún proyecto minero en Malku Khota tras la Reversión; y (iii) Bolivia ha respetado los derechos de otros inversionistas que contaban con un programa adecuado de relaciones con las comunidades indígenas⁸⁸⁹.

- (c) No aplica la proporcionalidad formulada por la Demandante y sólo debe existir una “*relación racional*” entre la medida y la finalidad pública⁸⁹⁰. Según la Demandada, la grave situación de emergencia creada e incentivada por CMMK y su inaptitud para solucionar el conflicto, justifican que Bolivia adoptase el Decreto de Reversión para restablecer el orden público y proteger los derechos de las Comunidades Originarias⁸⁹¹. La Demandada considera que la Reversión era la medida más adecuada para pacificar la zona ante la gravedad de la situación y que otras medidas (como la militarización propuesta por SAS) no son eficaces para la solución de conflictos con las Comunidades Originarias⁸⁹² e incluso han tenido consecuencias nefastas en el pasado⁸⁹³ y en la actualidad, no hay conflicto en la zona⁸⁹⁴.
- (d) La Reversión se llevó a cabo en beneficio social: Según la Demandada, la Reversión contribuyó al beneficio social de las Comunidades Originarias, “*al pacificar los conflictos en el área de Mallku Khota y evitar nuevas violaciones de [sus] derechos*”⁸⁹⁵.

⁸⁸⁶ Contestación a la Demanda, párrs. 341-343.

⁸⁸⁷ Dúplica de la Demandada, párrs. 404-405.

⁸⁸⁸ Contestación a la Demanda, párrs. 345-346, Dúplica de la Demandada, párrs. 409-410.

⁸⁸⁹ Véase *supra* párr. 388. Dúplica de la Demandada, párrs. 414-417.

⁸⁹⁰ Dúplica de la Demandada, párr. 420.

⁸⁹¹ Contestación a la Demanda, párrs. 347-353.

⁸⁹² Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 74, haciendo referencia a la declaración del Gobernador Gonzales (Transcripción de la Audiencia, Día 4, 877:8-14 (español)). Véase también Dúplica de la Demandada, párrs. 365-370, 418-420.

⁸⁹³ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 74, haciendo referencia a la declaración del Ministro Navarro Miranda (Transcripción de la Audiencia, Día 3, 758:2-14 (español)). Véase también Dúplica de la Demandada, párrs. 365-370, 418-420.

⁸⁹⁴ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 75, haciendo referencia a la declaración del señor Chajmi (Transcripción de la Audiencia, Día 4, 947:21-25 (español)).

⁸⁹⁵ Contestación a la Demanda, párrs. 355-357. Véase también Dúplica de la Demandada, párrs. 406-407.

533. En resumen, la Demandada mantiene que la Reversión “*no puede considerarse como una medida de expropiación, y mucho menos una ilícita*”⁸⁹⁶.
534. De otra parte la Demandada invoca el estado de necesidad como causa de exclusión de la alegada ilicitud de la Reversión⁸⁹⁷.
535. Apoyándose en los Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la CDI⁸⁹⁸, la Demandada afirma que la Reversión fue “*el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente*”. Según la Demandada, (i) los derechos humanos e indígenas de las Comunidades Originarias “*constituyen, como mínimo, un interés fundamental*” para Bolivia⁸⁹⁹; (ii) CMMK representaba un riesgo grave e inminente debido a que sus acciones “*propiciaron y agravaron el conflicto social, generando una constante violación*” del interés fundamental de Bolivia⁹⁰⁰; y (iii) es evidente que el único modo de proteger este interés fundamental fue la expulsión de CMMK de Malku Khota, puesto que las Comunidades Originarias estuvieron de acuerdo con esta medida, el Gobierno propuso otras alternativas viables que o fueron rechazadas por CMMK o fracasaron por su culpa y la experiencia del Gobierno demuestra que la “*retoma del control por parte del Estado es la medida más efectiva para terminar un conflicto entre Comunidades Originarias derivado de la explotación de un proyecto minero*”⁹⁰¹.
536. Agrega la Demandada que la Reversión “*no afect[a] gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto*”⁹⁰², y en cualquier caso, la protección de los derechos humanos de las Comunidades Originarias priman sobre cualquier interés económico del Reino Unido⁹⁰³; y Bolivia respetó cualquier interés hipotético del Reino Unido o la comunidad internacional al ofrecer una compensación al inversionista⁹⁰⁴.

⁸⁹⁶ Dúplica de la Demandada, párr. 448.

⁸⁹⁷ Dúplica de la Demandada, párrs. 357-358, 375.

⁸⁹⁸ Dúplica de la Demandada, párr. 357; RLA-126, Naciones Unidas, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionales ilícitos*, Resolución aprobada por la Asamblea General N.º A/RES/56/83, 28 de enero de 2002, art. 25(1).

⁸⁹⁹ Dúplica de la Demandada, párrs. 360-361; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 259:5-14 (español).

⁹⁰⁰ Dúplica de la Demandada, párr. 362; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 259:5-14 (español).

⁹⁰¹ Dúplica de la Demandada, párrs. 363-370; C-16, Acta de entendimiento, 8 de julio de 2012; C-17, Acuerdo suscrito en el Palacio de Gobierno, 10 de julio de 2012; RWS-7, Declaración de Testigo X, párrs. 25, 33; RWS-4, Segunda Declaración del Gob. Gonzales, párr. 43; RWS-2, Declaración del Ministro Navarro, párrs. 25, 44. Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 1, 259:5-14 (español).

⁹⁰² Dúplica de la Demandada, párr. 373.

⁹⁰³ Dúplica de la Demandada, párr. 372; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 259:15-20 (español).

⁹⁰⁴ Dúplica de la Demandada, párr. 374.

537. En el presente caso, alega la Demandada, no existen impedimentos a la invocación del estado de necesidad por parte de Bolivia, pues, por una parte, el Tratado no contiene ninguna disposición que prohíba dicha invocación; y por la otra, el único responsable de las violaciones a los derechos humanos de las Comunidades Originarias es CMMK⁹⁰⁵.
538. En consecuencia, la Demandada considera que “*las acciones de Bolivia, incluido el Decreto de Reversión, no podrían haber sido ilícitas, incluso si esas acciones fueran contrarias al Tratado*”⁹⁰⁶.

3. Consideraciones del Tribunal

539. La pretensión central de la Demandante es que el Tribunal declare que la Demandada, a través de la Reversión, expropió ilegalmente su inversión en contravención del artículo 5 del Tratado.
540. A esta pretensión la Demandada opone tres defensas de fondo: (i) la Reversión fue lícita y se decretó respetando el derecho internacional, (ii) el estado de necesidad, (iii) la Reversión se trató del ejercicio legítimo de un poder de policía y no de una expropiación.
541. Observa el Tribunal que las alegaciones relativas al ejercicio legítimo de un poder de policía y al estado de necesidad solamente fueron propuestas por la Demandada en este arbitraje con la presentación de su Dúplica. El Tribunal no encuentra que la Demandada haya aportado un sustento convincente que explique cómo la conducta de Bolivia y la prueba que aportó para sustentar su argumento de que la Reversión fue un acto de expropiación que cumple con el Tratado —defensa de fondo asumida por la Demandada desde el inicio del arbitraje— sustenta también el alegado ejercicio del poder de policía o el estado de necesidad.
542. El Tribunal analizará las defensas de fondo de Bolivia en el orden en que fueron presentadas en el arbitraje. En primer lugar, el Tribunal examinará si la Reversión constituye una expropiación que cumple con los requisitos del artículo 5 del Tratado, posteriormente se referirá a la defensa de estado de necesidad y, finalmente, a los poderes de policía.

⁹⁰⁵ Dúplica de la Demandada, párrs. 376-377; RLA-126, Naciones Unidas, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, Resolución aprobada por la Asamblea General N° A/RES/56/83, 28 de enero de 2002, art. 25(2) (“*En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si: a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad*”).

⁹⁰⁶ Dúplica de la Demandada, párr. 378.

(a) Sobre la alegada ilicitud de la Reversión

543. Procederá el Tribunal a considerar si el Decreto de Reversión constituye una expropiación ilegal, como lo alega la Demandante, o si se trata de una expropiación que cumple con los requisitos del artículo 5 del Tratado, como lo alega la Demandada.

544. El artículo 1.a del Tratado define “inversión” como “*cualquier clase de activo capaz de producir un retorno*”, e incluye dentro de los ejemplos de los mismos las concesiones otorgadas por las partes contratantes de acuerdo con sus respectivas leyes, incluyendo concesiones para la búsqueda, el cultivo, la extracción, o la explotación de recursos naturales. Ya el Tribunal encontró que las acciones que indirectamente tiene SAS en CMMK son una inversión para los efectos del Tratado. No está en disputa que CMMK es el titular de las Concesiones Mineras y que la expropiación de las mismas afecta el valor de las acciones de SAS.

545. Por su parte, el artículo 5 del Tratado establece lo siguiente:

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

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

546. Las Partes no disputan que las partes contratantes en el Tratado pueden expropiar inversiones de inversionistas de la otra parte contratante, siempre que se cumplan los requisitos señalados en el artículo 5 del Tratado. Es igualmente entendido entre las Partes que solamente cumplirán con el artículo 5 del Tratado las expropiaciones que se realicen (a) por causas de utilidad pública y por

un beneficio social relacionados con las necesidades internas de dicha parte contratante; (b) con debido proceso, y (c) a cambio de una justa compensación efectiva. Se trata de condiciones cumulativas que debe cumplir el Estado.

547. La diferencia entre las Partes estriba en que mientras la Demandante considera que Bolivia no cumplió ninguna de las condiciones anteriormente mencionadas, y por lo tanto la expropiación es ilegal, la Demandada considera que la expropiación es legal en cuanto cumplió con todos y cada uno de los requisitos antes señalados⁹⁰⁷.
548. Como punto de partida observa el Tribunal que ni el Memorando de Entendimiento del 7 de julio de 2012 —acto que según la Demandante inició el proceso de expropiación—, ni el Decreto de Reversión —que es el acto que debe tomarse como inicio del proceso expropiatorio según la Demandada— utilizan el término “expropiación” sino que se refieren a la “anulación” y a la “reversión” de las Concesiones. Considera el Tribunal que no por ello podría concluirse que no se está en presencia de una expropiación.
549. Por una parte, el artículo 5 del Tratado señala que *“no podrán, en el territorio de la otra Parte Contratante, ser nacionalizadas, expropiadas o sometidas a medidas que en sus efectos equivalgan a nacionalización o expropiación (en lo sucesivo se denomina ‘expropiación’)”*. De lo anterior se desprende que una medida no tiene que ser denominada “expropiación” para ser considerada como tal.
550. Por la otra, la prueba contemporánea señala que las mismas autoridades bolivianas en sus declaraciones públicas se refirieron a las medidas tomadas como una “nacionalización”⁹⁰⁸, término expresamente incluido en el Tratado.
551. Para el Tribunal, en consecuencia, no hay duda de que la Demandada mediante el Decreto de Reversión expropió las Concesiones Mineras. Corresponde entonces establecer si Bolivia cumplió los requisitos contenidos en el artículo 5 del Tratado, es decir: (a) si existió una causa de utilidad pública y beneficio social relacionado con las necesidades internas del Estado boliviano; (b) si se cumplió el debido proceso, y (c) si se cumplió con la obligación relativa a la compensación.

⁹⁰⁷ Contestación a la Demanda, § 6.1.

⁹⁰⁸ Véase C-61, Morales confirma nacionalización de Malku Khota, Agencia Boliviana de Información, 8 de julio de 2012 y C-64, *Definen que el Estado se hará cargo de la mina Malku Khota*, Página Siete, 11 de julio de 2012.

- i. ¿Existió una causa de utilidad pública y beneficio social relacionado con las necesidades internas del Estado boliviano?

552. El tantas veces citado artículo 5 del Tratado dispone que:

“Las inversiones de capital de nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes no podrán, en el territorio de la otra Parte Contratante, ser nacionalizadas, expropiadas o sometidas a medidas que en sus efectos equivalgan a nacionalización o expropiación (en lo sucesivo se denomina ‘expropiación’), salvo por causas de utilidad pública y por un beneficio social relacionados con las necesidades internas de dicha Parte Contratante”. [Énfasis añadido]

553. El Decreto de Reversión dispone en su considerando décimo primero y decimo segundo lo siguiente:

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

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

554. La Demandante considera que la expropiación no fue por causas de utilidad pública y por un beneficio social relacionado con las necesidades internas de la Demandada⁹⁰⁹.

555. Aunque la Demandante no parece disputar la posición de la Demandada en cuanto a que el Estado tiene discreción para establecer las razones de utilidad pública⁹¹⁰, señala que esa discrecionalidad no puede confundirse con la posibilidad de ser irrazonable o arbitrario en el ejercicio de esa discreción⁹¹¹.

556. La Demandante considera que la expropiación no cumple con lo señalado en el Tratado en cuanto a las causas de utilidad pública y beneficio social por las razones que se resumen a continuación:

- (a) El Decreto de Reversión solamente articuló unas vagas referencias a problemas que desembocaron “*en los últimos meses en una escalada de conflictos sociales*”, pero en parte

⁹⁰⁹ Escrito de Demanda, párrs. 139-146; Réplica de la Demandante, párrs. 269-288.

⁹¹⁰ Réplica de la Demandante, párr. 270.

⁹¹¹ Réplica de la Demandante, párr. 270.

alguna hace referencia a los derechos humanos o a la protección de las Comunidades Indígenas que son argumentos traídos *ex post* por Bolivia para este arbitraje⁹¹².

- (b) El único propósito público declarado por Bolivia fue la necesidad de terminar con el conflicto social y restaurar la paz en la región de Malku Khota. Se trata realmente, según la Demandante, de un pretexto pues se trataba de un problema temporal de seguridad que podía haber sido solucionado por el inversor y las verdaderas razones de la expropiación son otras⁹¹³.
- (c) Según la Demandante, Bolivia había anunciado, al menos un año antes de la escalada del conflicto a que hace referencia el Decreto de Reversión, que tenía la intención de expropiar las Concesiones Mineras⁹¹⁴. Además, el conflicto a que se refiere el Decreto de Reversión se inició en el año 2012 cuando Bolivia ya tenía la intención de expropiar y la verdadera razón de la expropiación fue que Bolivia quería tomar control de un proyecto minero que tiene un valor de US\$13 billones⁹¹⁵. La razón por la cual Bolivia anunció, antes de la expedición del Decreto de Reversión, que tenía intención de expropiar fue la publicación del PEA 2011 que mostraba las dimensiones del yacimiento⁹¹⁶.
- (d) El conflicto social al que se refiere el Decreto de Reversión no es atribuible a la Demandante, sino que fue iniciado por mineros ilegales y por personas interesadas en formar una cooperativa para explotar el yacimiento y fueron los actos y omisiones de la Demandada los que llevaron a la extrema situación mencionada en el Decreto de Reversión⁹¹⁷.
- (e) La expropiación no era una medida necesaria ni proporcional para restaurar el orden público. Bolivia tenía otras opciones que incluían nombrar una comisión especial, aislada de presiones políticas, para obtener información y comunicarse con las comunidades; implementar un plan de emergencia para mejorar la infraestructura y los servicios del área; o militarizar el área⁹¹⁸. La realidad es que la situación de descontento social continuó después de la expropiación y los reportes de prensa indican que continuaron las protestas

⁹¹² Escrito de Demanda, párrs. 144 y 145; Réplica de la Demandante, párr. 272.

⁹¹³ Réplica de la Demandante, párr. 273.

⁹¹⁴ Réplica de la Demandante, párr. 274.

⁹¹⁵ Réplica de la Demandante, párrs. 275 y 277.

⁹¹⁶ Réplica de la Demandante, párr. 275.

⁹¹⁷ Réplica de la Demandante, párr. 280.

⁹¹⁸ Réplica de la Demandante, párrs. 281 y 338.

violentas por lo que la expropiación no era la solución al problema social, como lo alega Bolivia⁹¹⁹.

- (f) Finalmente señala la Demandante que la Reversión no se llevó a cabo en beneficio social relacionado con las necesidades internas de Bolivia porque el Proyecto podía haber generado millones de dólares en inversiones a una de las áreas más pobres de Bolivia, y ni el Gobierno ni las comunidades locales han obtenido beneficio alguno tras la Reversión y los representantes de las Comunidades Originarias solicitan que SAS regrese al área para continuar con el Proyecto⁹²⁰.

557. El Decreto de Reversión no contiene, como lo pretende la Demandante, unas referencias vagas a un conflicto social. Los considerandos del Decreto de Reversión, particularmente los considerandos decimo primero y decimo segundo ya citados en el párrafo 553 *supra* señala, por una parte, que

“las actividades de prospección y exploración de la Compañía Minera Mallku Khota S.A. en el sector de Mallku Khota y la conducción del proceso de socialización del proyecto minero con las comunidades y los ayllus han enfrentado dificultades desemboca[n]do en los últimos meses en una escalada de conflictos sociales, poniendo en riesgo la vida de la población del lugar y del personal de la empresa [...] por lo que ante la extrema situación social en el sector de Mallku Khota, y a fin de preservar la paz social y garantizar el retorno a la normalidad en la misma, se hace necesaria la intervención del Gobierno en el marco de lo establecido en la Nueva Constitución Política del Estado”. [Énfasis añadido]

558. La Demandante echa de menos una referencia expresa en el Decreto de Reversión a los derechos humanos o a la protección de las comunidades indígenas dado que esas son las justificaciones que ha invocado la Demandada en este arbitraje. El Tribunal no está de acuerdo en que la falta de esa referencia expresa resulte en que el Decreto de Reversión no cumpla con el requisito del Tratado que se analiza en este aparte del laudo.

559. Primero, como ya lo señaló el Tribunal al analizar los hechos del caso, no hay duda en cuanto a que existía un conflicto que se fue agravando hasta llevar a serios actos de violencia, cuya ocurrencia ambas Partes aceptan. Segundo, está demostrado que existió oposición al Proyecto de parte de comunidades originarias y que existieron serias falencias en el manejo de los programas de socialización que fueron puestas de presente incluso por los asesores de la Demandante⁹²¹.

⁹¹⁹ Réplica de la Demandante, párr. 283.

⁹²⁰ Escrito de Demanda, párr. 145; CWS-5, Primera Declaración de Angulo, párr. 19. Véase también Réplica de la Demandante, párrs. 285-288.

⁹²¹ Véase *supra* párrs. 480-482.

Tercero, está igualmente probado que el conflicto se presentó con las comunidades y los *ayllus* y que ocasionó actos de violencia, incluyendo la muerte de personas⁹²².

560. Son precisamente esas las causas que invoca el Decreto de Reversión. Las dificultades generadas con las comunidades y los *ayllus* en las actividades de prospección y exploración y en la conducción del proceso de socialización del Proyecto; la escalada de los conflictos sociales; el riesgo para la vida y población del lugar, y la necesidad de preservar la paz y volver a la normalidad.
561. Si la protección a la vida —derecho humano por excelencia— y la necesidad de volver a la normalidad en una región de población indígena que se ve afectada y alterada por el Proyecto aparecen claramente señaladas como motivaciones en el Decreto de Reversión, no puede el Tribunal entender que la mera ausencia de una fórmula sacramental de referencia expresa a derechos humanos o a protección de las comunidades pueda llevar a la conclusión de que la Reversión no se llevó a cabo en beneficio social relacionado con las necesidades internas de Bolivia. En otras palabras, los extremos que señala el Decreto de Reversión como causas de la Reversión han sido probados y tales extremos incluyen la protección de los derechos humanos — el derecho a la vida y el derecho a la paz, expresamente mencionados por el Decreto de Reversión— y la protección de las comunidades y los *ayllus* frente a las dificultades generadas por el Proyecto.
562. El Tribunal no está convencido de que, como lo señala la Demandante, se tratara de un problema temporal de seguridad que podía haber sido solucionado por el inversionista. Por una parte, no se trataba simplemente de un tema de seguridad. Los hechos ocurridos y probados llevan al Tribunal al convencimiento de que existía un serio conflicto social que se fue recrudeciendo hasta terminar en graves hechos de violencia, divisiones entre las comunidades, marchas, e incluso atentados contra la vida e integridad de las personas. Por la otra, tampoco se trataba de enfrentamientos esporádicos, sino de un conflicto que se venía gestando por lo menos desde finales de 2010 y que, como se dijo, fue escalando hasta alcanzar un punto álgido hacia mediados de 2012. En opinión del Tribunal, el hecho que la violencia hubiese continuado en las semanas siguientes a la Reversión no es prueba de que esta medida hubiese sido inconducente para pacificar la zona, sino que, por el contrario, denota que la situación de orden público era producto de un serio y continuado conflicto social.

⁹²² Véase *supra* párrs. 150, 152, 162.

563. En todo caso, el inversionista no ha demostrado que pudiera, como ahora lo alega, solucionar los enfrentamientos, o que las medidas que dice haber adoptado hubieren sido suficientes para solucionar el problema. Por el contrario, la estrategia adoptada por CMMK a partir de 2011, y a la que ya hizo referencia el Tribunal, parece haber contribuido a la escalada del conflicto y a los actos finales de violencia.
564. Se queja la Demandante de que Bolivia ya había anunciado al menos un año antes de la escalada del conflicto su intención de expropiar⁹²³ y que la verdadera razón de la expropiación fue que Bolivia quería tomar control del Proyecto cuando se dio cuenta de las dimensiones del yacimiento una vez fue publicado el PEA 2011.⁹²⁴
565. El Tribunal no encuentra demostrada en el expediente la afirmación de la Demandante. Es cierto que hubo una manifestación por parte del Presidente de Bolivia relacionada con la expropiación⁹²⁵. Pero no hay nada que demuestre, o siquiera sugiera, que esa manifestación política tuvo relación con la publicación del PEA 2011, o que la Demandada haya utilizado el conflicto social o contribuido al mismo como un pretexto o una estrategia para tomar el control del yacimiento. Por el contrario, como ya lo ha señalado el Tribunal, desde el inicio del Proyecto fue evidente la existencia de un conflicto y la deficiencia en el manejo de las relaciones con las comunidades por parte de CMMK, a lo cual se sumó la ya referida nueva estrategia adoptada por CMMK a partir de 2011.
566. El conflicto social y la situación de violencia son innegables a la luz de las pruebas aportadas y el Decreto de Reversión se emite por esas razones. Si bien pueden cuestionarse algunas conductas de funcionarios de Bolivia, particularmente en cuanto a la oportunidad de sus intervenciones para solucionar el conflicto y la ausencia de funcionarios de más alto rango en alguna reunión fundamental, ello no significa que el Decreto de Reversión se haya emitido como un mero pretexto ni que Bolivia haya ejercido su poder discrecional de manera arbitraria o abusiva. Incumbe al inversionista demostrar que las causas invocadas por el Estado en el Decreto de Reversión no corresponden a la realidad o fueron arbitrarias o abusivas. En este caso no solo no están probados esos extremos, sino que la prueba aportada confirma las razones invocadas por Bolivia para la decisión de revertir las Concesiones.
567. Señala la Demandante que el conflicto social al que se refiere el Decreto de Reversión fue iniciado por mineros ilegales y por personas interesadas en formar una cooperativa para explotar el

⁹²³ Réplica de la Demandante, párr. 274.

⁹²⁴ Réplica de la Demandante, párr. 275.

⁹²⁵ Véase C-61, Morales confirma nacionalización de Malku Khota, Agencia Boliviana de Información, 8 de julio de 2012.

yacimiento, y que fueron los actos y omisiones de Bolivia los que llevaron a la situación mencionada en el Decreto de Reversión⁹²⁶. En el análisis de los hechos ya se refirió el Tribunal a la alegación relacionada con la minería ilegal⁹²⁷ por lo que se remite a lo allí señalado. También en la sección VII.C.1 del presente laudo se refiere el Tribunal al comportamiento de Bolivia y a sus alegados actos y omisiones, e igualmente remite el Tribunal a la referida sección⁹²⁸. Con fundamento en lo allí señalado concluye el Tribunal que ni las causas del conflicto ni las razones de su agravación son las señaladas por la Demandante.

568. Se referirá a continuación el Tribunal a la alegación de la Demandante según la cual la expropiación no fue una medida necesaria ni proporcional para restaurar el orden público. Señala la Demandante que Bolivia tenía otras opciones como, por ejemplo, el nombramiento de una comisión especial, la implementación de un plan de emergencia para mejorar la infraestructura y los servicios del área, la militarización de la zona⁹²⁹. Agrega que los reportes de prensa indican que continuaron las protestas violentas por lo que la expropiación no era la solución al problema social, como lo alega Bolivia⁹³⁰.
569. Considera la Demandante que la decisión contenida en el Decreto de Reversión es desproporcionada teniendo en cuenta, por una parte, la verdadera dimensión del problema de orden público al que la Demandante no le atribuye la gravedad que le atribuye Bolivia, y por la otra, el inmenso valor del yacimiento. Considera igualmente que la medida adoptada en el Decreto de Reversión no era la única medida que podía haber tomado Bolivia para solucionar el problema y que le corresponde a Bolivia demostrar que la medida adoptada era la única medida posible⁹³¹.
570. El Tribunal nota que el artículo 5 del Tratado no hace referencia expresa a un requisito de proporcionalidad como elemento de licitud de la expropiación. Las Partes tampoco discuten si el estándar para que una expropiación se considere legal requiere que la medida expropiatoria sea proporcional y, por tanto, el Tribunal tampoco se pronunciará sobre el punto. En relación con la alegación de la Demandante de que la Reversión es desproporcionada, el Tribunal encuentra que los extremos de la relación para determinar la proporcionalidad de la medida son los que aparecen probados en el expediente. En primer lugar, como ya lo señaló el Tribunal en varias partes de este laudo, el problema de orden público no era un problema transitorio, ni un asunto generado por unos pocos mineros ilegales, ni una situación creada por unos pocos opositores al Proyecto o una

⁹²⁶ Réplica de la Demandante, párr. 280.

⁹²⁷ Véase *supra* sección VII.A.

⁹²⁸ Véase *infra* sección VII.C.1.

⁹²⁹ Réplica de la Demandante, párrs. 281, 338.

⁹³⁰ Réplica de la Demandante, párr. 283.

⁹³¹ Réplica de la Demandante, párr. 284.

estrategia de Bolivia para acceder al yacimiento, como lo alega la Demandante. Las pruebas sobre la situación en la zona son contundentes y distan mucho de ser problemas menores o temporales⁹³². En segundo lugar, como se analiza en la sección VIII del presente laudo, el Proyecto se encontraba en una etapa incipiente y los resultados del PEA 2011, en los que la Demandante fundamenta el tamaño del Proyecto y el perjuicio alegado, no demuestran una afectación a la inversión de la Demandante que vaya más allá de las sumas invertidas en el Proyecto.

571. La Demandante sugiere otras medidas que podrían haber solucionado el conflicto en la zona⁹³³ pero no indica cómo esas medidas, en el contexto de los hechos, podrían haber solucionado el problema y menos aún indica o prueba que tales medidas hayan sido siquiera planteadas o discutidas durante los años en que se presentó el conflicto.
572. Por ejemplo, ¿la creación de una comisión especial “aislada de presiones políticas” que dialogara con las comunidades y CMMK implicaría que ni CMMK ni el Estado boliviano estuvieran involucrados? ¿Sería una comisión mixta de las dos Partes? Nada explica la Demandante sobre esta alternativa. Con respecto a la propuesta de medidas de emergencia para comprometerse a desarrollar mejor infraestructura y servicios, esta solución parte del supuesto no demostrado de que los conflictos en el área se originaron en falencias en el suministro de infraestructura y servicios por parte de Bolivia y no en el Proyecto. Con independencia de a quién se atribuya la responsabilidad por los eventos que dieron lugar al conflicto, no está demostrado, como lo alega la Demandante, que haya sido la carencia de infraestructura o servicios la causante del conflicto y de los actos de violencia. En cuanto a la militarización de la zona, no encuentra el Tribunal cómo una solución de esa naturaleza sirve para aplacar un conflicto social derivado de la alteración en el manejo de la estructura y la forma de toma de decisiones de las comunidades de la zona y la implementación de acciones que buscaban generar presión frente a quienes no apoyaban el Proyecto y dar soporte solamente a quienes dentro de las comunidades estuvieran de acuerdo con CMMK.
573. La Demandante señala que Bolivia únicamente organizó reuniones con CMMK y las comunidades para buscar una solución⁹³⁴ pero que aún en esas reuniones Bolivia no tenía la intención de buscar una solución viable, sino que usó esas reuniones para crear un sentimiento en

⁹³² Véase *supra* sección VII.A.

⁹³³ Réplica de la Demandante, párr. 282.

⁹³⁴ Réplica de la Demandante, párr. 282.

contra de CMMK en el área y buscar la expropiación y que esas reuniones, en todo caso, fueron insuficientes para solucionar las preocupaciones de las comunidades y de CMMK⁹³⁵.

574. Las pruebas allegadas al expediente, y particularmente, aunque no únicamente el testimonio del Gobernador González⁹³⁶ y los documentos adjuntos a la declaración de Testigo X no sustentan el dicho de la Demandante. Si bien pudieron existir ausencias de funcionarios específicos en algunas reuniones o falta de coordinación en algunas de ellas, ninguno de tales eventos tiene la entidad suficiente como para sostener que Bolivia no tenía la intención de buscar una solución o que utilizó esas reuniones para poner a las comunidades en contra de CMMK.
575. Por una parte, es claro que la Demandada, particularmente por medio del Gobernador González, promovió reuniones e intentos de mediación, que concluyeron, entre otros, en el Acuerdo con la Gobernación⁹³⁷. Bolivia ofreció una suspensión de actividades para aplacar el conflicto, que fue rechazada por CMMK, y funcionarios de Bolivia se reunieron en varias ocasiones con los comunarios y con CMMK para buscar soluciones al conflicto. No le corresponde al Tribunal especular *ex post facto* y con un sesgo retroactivo si se podían haber implementado otras medidas o si hubiera sido efectiva la intervención militar que reclama la Demandante.
576. La división creada entre los comunarios, agravada por la estrategia adoptada por CMMK de buscar fortalecer a quienes la empresa consideraba que apoyaban el Proyecto y debilitar mediante diversas acciones a quienes se oponían a él; la violencia desatada en la reunión de Acasio el 18 de mayo de 2012 entre miembros de las comunidades; la violencia generada por la detención del Kuraka Cancio Rojas, en la cual incidió la estrategia adoptada por CMMK⁹³⁸; la organización de reuniones sin la presencia de los comunarios opositores al proyecto⁹³⁹ en contra de las recomendaciones de los asesores de CMMK; la marcha de las comunidades hacia La Paz; los hechos ocurridos el 5 y 6 de julio de 2012 en los que se retuvo a empleados de CMMK y perdió la vida un miembro de la comunidad no son hechos insignificantes ni aislados, como los presenta la Demandante, sino hechos que manifiestan un conflicto social grave que no parecía tener un carácter temporal sino que, por el contrario, estaba escalando a situaciones cada vez más complejas.

⁹³⁵ Réplica de la Demandante, párr. 282.

⁹³⁶ RWS-4, Segunda Declaración del Gob. Gonzales.

⁹³⁷ C-51, Acta de la reunión entre el Gobierno de Potosí y los Miembros de la Comunidad, 9 de mayo de 2012.

⁹³⁸ Véase RWS-7, Declaración de Testigo X, párr. 32; R-257, Correo electrónico de Testigo X a funcionarios de CMMK del 26 de mayo de 2012; R-294, Correo electrónico de Testigo X a directivos de CMMK del 21 de junio de 2012.

⁹³⁹ R-257, Correo electrónico de Testigo X a funcionarios de CMMK del 26 de mayo de 2012.

577. Bolivia buscó un diálogo⁹⁴⁰, propuso soluciones, intentó llegar a un acuerdo con los comunarios⁹⁴¹ y finalmente emitió el Decreto de Reversión atendiendo a la violencia general, el conflicto social —que como está demostrado no era simplemente transitorio ni menor— y es claro que existía un riesgo de continuación del conflicto mientras permaneciera CMMK en la región. Estando demostrado que el conflicto existió, así como la gravedad y las consecuencias del mismo, no puede el Tribunal concluir que la medida tomada por Bolivia sea innecesaria o desproporcionada y menos aún especular, sin prueba alguna, sobre otras medidas que se podrían haber tomado para resolver el conflicto.
578. Finalmente, no comparte el Tribunal la posición de la Demandante en cuanto a que la Reversión no se llevó a cabo en beneficio social relacionado con las necesidades internas de Bolivia porque el Proyecto podía haber generado millones de dólares en inversiones a una de las áreas más pobres de Bolivia, y ni el Gobierno ni las comunidades locales han obtenido beneficio alguno tras la Reversión, y los representantes de las Comunidades Originarias solicitan que SAS regrese al área para continuar con el Proyecto⁹⁴². La Demandante no puede equiparar el beneficio social con un beneficio puramente económico y pretender que el Tribunal analice el cumplimiento de este requisito desde el punto de vista de los réditos que eventualmente hubiese podido generar el Proyecto para la comunidad, desconociendo su realidad social, cultural y política y la gravedad del conflicto social existente en la zona.

ii. *¿Se cumplió el debido proceso?*

579. La Demandante afirma que en la decisión plasmada en el Decreto de Reversión la Demandada violó el debido proceso exigido por el Tratado como una de las condiciones para que pueda tener lugar una expropiación. De acuerdo con la Demandante, la obligación de Bolivia de darle la oportunidad al inversor de “*hacer valer sus derechos*”, significa darle la oportunidad de participar tanto en la decisión de expropiación como en la determinación de la compensación adecuada⁹⁴³. Sin embargo, alega la Demandante que Bolivia tomó la decisión de expropiar en una serie de reuniones en las que la Demandante nunca estuvo presente y que el proceso de valuación resultante del Decreto de Reversión se desarrolló unilateralmente por COMIBOL, sin que la Demandante hubiese podido participar en la cuantificación de la compensación⁹⁴⁴.

⁹⁴⁰ Véase RWS-3, Declaración de Chajmi, párr. 35; R-95, Nota de prensa, El Potosí, Comisión gubernamental instalará diálogo en la zona de Chiro Khasa del 5 de julio de 2012.

⁹⁴¹ C-17, Acta de Acuerdo del 10 de julio de 2012.

⁹⁴² Véase Escrito de Demanda, párr. 145.

⁹⁴³ Escrito de Demanda, párr. 139.

⁹⁴⁴ Escrito de Demanda, párrs. 139-140.

580. La Demandada, por su parte, señala que el Tratado no exige que la Parte Contratante consulte la decisión de expropiación con el inversionista, o le dé participación en la decisión de reversión, o en el establecimiento de la compensación, sino que obliga a las partes contratantes —Bolivia y el Reino Unido— a poner a disposición del inversionista los recursos legales para cuestionar la legalidad de la medida y el monto de la compensación fijada⁹⁴⁵. En otras palabras, el debido proceso requerido por el Tratado se garantiza dando acceso al inversor a la posibilidad de atacar judicialmente la decisión de expropiar y el monto de la compensación con posterioridad a la decisión de expropiar por parte del Estado y no con anterioridad a la toma de la decisión.
581. El artículo 5 del Tratado dispone que “[e]l nacional o sociedad afectado tendrá derecho de establecer puntualmente, por procedimiento jurídicos, en el territorio de la Parte Contratante que efectúe la expropiación, la legalidad de la expropiación y el monto de la compensación conforme a los principios establecidos en este párrafo.” [Énfasis añadido]
582. El texto del Tratado no apoya la postura de la Demandante. Los verbos rectores de la conducta relativa a la expropiación señalan que debe tratarse de un inversionista “afectado”, de una parte contratante que “efectúe” la expropiación y de un cuestionamiento sobre la “legalidad” de la expropiación, es decir, que se trata de cuestionar una decisión tomada y no de participar en la toma de la decisión. En el contexto de la expropiación, lo que requiere el Tratado en materia de debido proceso es que los inversionistas extranjeros tengan acceso oportuno a un procedimiento jurídico en el territorio del Estado receptor de la inversión para cuestionar la legalidad de la expropiación y el monto de la compensación, más no para participar en la toma de la decisión soberana de expropiar.
583. Tampoco el contexto del Tratado ni su objeto y fin apoyan la posición de la Demandante que, por lo demás, se limita a indicar que debió haber sido invitada a las reuniones en las que se decidió la expropiación y a participar en el proceso adelantado por COMIBOL para establecer la compensación. El Tratado no impide a las partes contratantes expropiar, sino que impone ciertas condiciones para la expropiación cuyo desconocimiento resultará en responsabilidad internacional el Estado. Es decir, el Tratado preserva el derecho soberano del Estado de expropiar sujeto a ciertas condiciones específicas. El Tratado no condiciona esa potestad del Estado a la participación del inversionista en la expedición del acto que concreta la expropiación, ni explica la Demandante —más allá de una lectura del artículo 5 que el Tribunal no comparte como explicó en el párrafo 582 anterior— por qué el derecho del inversionista de establecer puntualmente “por

⁹⁴⁵ Contestación a la Demanda, párr. 362 y 363.

procedimientos jurídicos” la legalidad de la inversión y el monto de la compensación significa una participación en el ejercicio soberano de una potestad estatal.

584. Tampoco resulta del objeto y fin del Tratado, ni lo alega o prueba la Demandante, que la forma efectiva de protección de la inversión bajo el Tratado sea la de dar participación al inversor en la decisión soberana de expropiar. Nada en el Tratado obliga a una parte contratante, como lo pretende la Demandante, a establecer “procedimientos jurídicos” para cuestionar la “legalidad” de una decisión que no se ha tomado.
585. Finalmente nota el Tribunal que la Demandante no acudió a ningún procedimiento jurídico para cuestionar la legalidad de la Reversión bajo las leyes de la Demandada, sino que optó por iniciar la demanda arbitral internacional que dio lugar a este arbitraje. Si la Demandante consideró que el respectivo procedimiento jurídico no era una opción viable, o que no iba a recibir un tratamiento imparcial o, en fin, que se trataba de un ejercicio fútil, no puede alegar ausencia de debido proceso basada solamente en su decisión de no acudir al remedio jurídico disponible bajo la normatividad boliviana sin demostrar las circunstancias que harían el ejercicio de la acción legal inútil o imposible. Si bien el ejercicio de las acciones legales en Bolivia para atacar la legalidad del Decreto de Reversión no son una condición previa para acudir al arbitraje, no puede la Demandante decir que se le vulneró el debido proceso cuando ella misma optó por no ejercer los recursos disponibles bajo la ley nacional boliviana. En efecto, la Demandante jamás alegó que tales recursos no estuviesen disponibles o que no cumpliesen con la garantía del debido proceso.
586. En consecuencia, el Tribunal considera que la expropiación cumplió con el requisito establecido en el Tratado de garantizar el debido proceso.

iii. ¿Se cumplió con la obligación de compensación?

587. En relación con la compensación, el artículo 5 del Tratado establece como una de las condiciones de la expropiación que sea

“a cambio de una justa compensación efectiva. Dicha compensación deberá responder al valor de mercado de las inversiones de capital inmediatamente antes de la fecha de hacerse efectiva la expropiación o de hacerse pública la inminente expropiación cualquiera que sea la anterior; comprenderá los intereses conforme al tipo normal comercial o legal cualquiera que haya de aplicarse en el territorio de la Parte Contratante que efectuó la expropiación, hasta la fecha en que se efectuara el pago; el pago se efectuará sin demora, será efectivamente realizable y libremente transferible”.

588. [REDACTED]

589. Las pruebas aportadas a este arbitraje por las Partes demuestran lo siguiente:

- (a) En el Decreto de Reversión se dispuso que COMIBOL “contratará una empresa independiente que realice un proceso de valuación de las inversiones realizadas por la Compañía Minera Mallku Khota S.A. y Exploraciones Mineras Santa Cruz Ltda. EMICRUZ LTDA, en el plazo máximo de ciento veinte (120) días hábiles.”⁹⁴⁶ El Decreto de Reversión añade que a partir de los resultados de la valuación “la COMIBOL establecerá el monto y condiciones bajo las cuales el gobierno boliviano reconocerá las inversiones realizadas por la Compañía Minera Mallku Khota S.A. y Exploraciones Mineras Santa Cruz Ltda. EMICRUZ LTDA”⁹⁴⁷.
- (b) Mediante comunicación del 24 de agosto de 2012, COMIBOL invitó a la Demandante a una reunión a “efectos de realizar la entrega de toda la documentación pertinente que hacen al desarrollo de las actividades” del yacimiento minero de Malku Khota. La reunión, según la invitación, se celebraría el 28 de agosto de 2012⁹⁴⁸.
- (c) El 4 de septiembre de 2012, la Demandante respondió a COMIBOL señalando que la invitación a la reunión había sido recibida en las oficinas de CMMK en La Paz el 27 de agosto de 2012 —es decir, un día antes de la fecha de la reunión— y que para SAS había resultado prácticamente imposible acudir a la reunión “con tan reducido margen de tiempo y debido a que no tenemos personal de SAS residiendo en La Paz.”⁹⁴⁹ Sin embargo, la Demandante también manifestó: “[e]staremos encantados de poder discutir la propuesta de COMIBOL por lo que respetuosamente les solicitamos poder coordinar una reunión en alguna fecha cercana que pueda ser mutuamente aceptable para ambas partes”⁹⁵⁰. [REDACTED]
- (d) El 24 de octubre de 2012, SAS notificó a la Demandada la disputa⁹⁵¹.
- (e) En diciembre de 2012, COMIBOL inició el proceso de contratación mediante una invitación a presentar expresiones de interés para la valuación de las inversiones efectuadas

⁹⁴⁶ C-4, Decreto de Reversión, artículo 4.

⁹⁴⁷ C-4, Decreto de Reversión, artículo 4.

⁹⁴⁸ C-20, Carta de COMIBOL a SAS, 24 de agosto de 2012.

⁹⁴⁹ C-21, Carta de SAS a COMIBOL del 4 de septiembre de 2012.

⁹⁵⁰ C-21, Carta de SAS a COMIBOL del 4 de septiembre de 2012.

⁹⁵¹ C-22, Notificación de Disputa de SAS del 22 de octubre de 2012.

por la Compañía Minera Mallku Khota S.A. y Exploraciones Santa Cruz Ltda. Emicruz Ltda.⁹⁵² y solamente una empresa presentó una propuesta⁹⁵³.

- (f) Mediante carta del 12 de diciembre de 2012, SAS manifestó su disposición para reunirse con representantes del Gobierno de Bolivia “*con la finalidad de buscar un arreglo legal y amigable a esta controversia dentro de los seis meses que otorga el Artículo 8(1) del Tratado de R.U.*”⁹⁵⁴ La Demandante dirigió a Bolivia dos comunicaciones en términos similares el 16 de enero y el 15 de febrero de 2013⁹⁵⁵.
- (g) El 21 de febrero de 2013 la Procuraduría General del Estado convocó a SAS a una “*reunión de acercamiento a efecto de concretar alternativas de solución amistosa en el marco de lo establecido en el Decreto Supremo No. 1308 [...]*”⁹⁵⁶. La reunión tendría lugar el 17 de abril de 2013.
- (h) El 17 de abril de 2013 se reunieron en La Paz dos asesores legales de SAS en Bolivia y varios funcionarios de la Demandada, incluidos el Procurador General del Estado, el Ministro de Minería y Metalurgia y el Presidente de COMIBOL, con el propósito de discutir una posible solución amistosa a la controversia entre las Partes bajo el Tratado⁹⁵⁷.
- (i) En dicha reunión, los asesores legales de SAS en Bolivia habrían sido informados de que la falta de contratación de una empresa de valuación se debía supuestamente al hecho de que CMMK no había entregado toda la información técnica sobre el Proyecto solicitada por COMIBOL⁹⁵⁸. Al respecto, en una carta del 24 de abril de 2013 relativa a la reunión antes mencionada, SAS reiteró que gran parte de la información sobre el Proyecto era altamente confidencial y exclusiva, y que existía información de acceso público que Bolivia podía utilizar para efectos de la valuación⁹⁵⁹. En consecuencia, SAS solicitó a Bolivia que “*cumpla con su obligación de contratar a un experto de valuación y nos presente una oferta de indemnización*”⁹⁶⁰. Asimismo, manifestó que “[a] pesar de que *South American Silver*

⁹⁵² Véase R-98, Invitación a presentar manifestaciones de interés publicadas en la prensa el 9 de diciembre de 2012; R-99, Invitaciones a presentar manifestaciones de interés enviadas por COMIBOL en diciembre de 2012.

⁹⁵³ R-100, Acta de Recepción de Propuestas de 14 de diciembre de 2012.

⁹⁵⁴ C-23, Cartas de SAS para la Procuraduría General del Estado del 12 de diciembre de 2012, 16 de enero de 2013, y 15 de febrero de 2013.

⁹⁵⁵ C-23, Cartas de SAS para la Procuraduría General del Estado del 12 de diciembre de 2012, 16 de enero de 2013, y 15 de febrero de 2013.

⁹⁵⁶ C-24, Carta de la Procuraduría General del Estado para SAS, 21 de febrero de 2013.

⁹⁵⁷ Véase C-27, Carta de SAS para la Procuraduría General del Estado del 24 de abril de 2013.

⁹⁵⁸ Véase C-27, Carta de SAS para la Procuraduría General del Estado del 24 de abril de 2013.

⁹⁵⁹ C-27, Carta de SAS para la Procuraduría General del Estado del 24 de abril de 2013, p. 5.

⁹⁶⁰ C-27, Carta de SAS para la Procuraduría General del Estado del 24 de abril de 2013, p. 5.

*tiene la intención de someter sus reclamos a un arbitraje, también queremos dejar claro que tenemos la intención de continuar las discusiones con el Estado con la esperanza de llegar a una solución amistosa”*⁹⁶¹.

- (j) COMIBOL revisó los términos de referencia y realizó una nueva invitación la cual fue anulada el 31 de marzo de 2014 por errores técnicos⁹⁶².
- (k) COMIBOL emitió entonces unos nuevos términos de referencia que fueron enviados directamente a dos empresas quienes presentaron propuestas el 7 de abril de 2014⁹⁶³.
- (l) COMIBOL adjudicó la realización de la valuación a la empresa Quality Audit Consultores y Contadores Públicos S.R.L. el 23 de abril de 2014, celebró el respectivo contrato el 8 de mayo de 2014 y el 27 de junio de 2014 presentó su informe de valuación⁹⁶⁴.

590. Ya ha concluido el Tribunal que la Demandada ha cumplido con los requisitos del artículo 5 del Tratado relativos a la causa de utilidad pública y beneficio social, y el debido proceso. Cabe entonces la pregunta de si el no haber pagado la compensación antes del inicio del arbitraje y no haber efectuado a la fecha pago alguno constituyen una violación del Tratado.

591. La Demandante se queja, por una parte, de que Bolivia a la fecha no ha pagado compensación alguna ni ha ofrecido dicho pago, y por la otra, de que aún si Bolivia hubiere cuantificado y pagado las sumas invertidas en el Proyecto, dicho pago no satisfaría la obligación de compensar prevista en el artículo 5 del Tratado que exige pagar el valor de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de la expropiación o una vez que la intención de expropiar se hace pública, lo que ocurra primero⁹⁶⁵.

592. La valuación y el correspondiente pago de una compensación constituyen, según la Demandante, una obligación preexistente al arbitraje, que determina la legalidad de la expropiación. La compensación no puede ser la consecuencia del proceso arbitral —afirma la Demandante— pues

⁹⁶¹ C-27, Carta de SAS para la Procuraduría General del Estado del 24 de abril de 2013, p. 5.

⁹⁶² R-104, Resolución de anulación del procedimiento de contratación del 31 de marzo de 2014.

⁹⁶³ R-100, Acta de Recepción de Ofertas del 7 de abril de 2014.

⁹⁶⁴ Véase, R-108, Orden de servicio para la contratación de una consultoría dirigida a Quality del 25 de abril de 2014; R-109, Contrato de prestación de servicios para la valuación de las inversiones de CMMK y EMICRUZ Ltda. del 8 de mayo de 2014; R-110, Carta de Quality a COMIBOL del 27 de junio de 2014; R-111, Informe de valuación de las inversiones efectuadas por la Compañía Minera Mallku Khota S.A. de junio de 2014.

⁹⁶⁵ Escrito de Demanda, párrs. 102 y 103.

si así fuere “los Estados ya no tendrían un incentivo para ofrecerle al inversionista una puntual, adecuada y efectiva compensación por la inversión expropiada”⁹⁶⁶.

593. De acuerdo con la Demandante la falta de compensación es por sí sola suficiente “para establecer la naturaleza ilícita de la expropiación a la luz tanto del Tratado como del derecho internacional”⁹⁶⁷. Por su parte, la Demandada sostiene que “la falta de indemnización no convierte la expropiación en una privación ilícita per se (per se illegal dispossession), con independencia del tiempo que haya pasado desde la expropiación”⁹⁶⁸, y que la ilicitud de una expropiación en la que no ha habido compensación debe determinarse tomando en consideración los hechos⁹⁶⁹.
594. El debate entre las Partes en este caso refleja las diferentes aproximaciones que los tribunales arbitrales y los tratadistas han tenido respecto del no pago de la compensación en una expropiación. No hay una respuesta clara y uniforme.
595. Algunas decisiones y escritos sugieren que el no pago de compensación, con independencia de las circunstancias, automáticamente resulta en que la expropiación es ilegal, mientras que otras decisiones y escritos señalan que el no pago de la compensación no conlleva automáticamente una violación del derecho internacional⁹⁷⁰.
596. El Tribunal encuentra, y las Partes no parecen disputarlo, que una expropiación directa conlleva, a la luz del Tratado, la obligación del Estado de indemnizar a quien sufre la expropiación, generalmente el titular del bien o derecho expropiado. Sin embargo, el Tribunal no encuentra sustento para la afirmación de la Demandante en el sentido que el pago de la compensación es una especie de condición precedente al arbitraje⁹⁷¹. No se trata de una simple verificación de si se efectuó o no el pago, sino que es necesario, por una parte, tener en cuenta el contenido de la obligación internacional del Estado de compensar atendiendo al instrumento internacional pertinente —en este caso el Tratado— y, por la otra, las circunstancias por las cuales no se ha efectuado el pago⁹⁷².

⁹⁶⁶ Réplica de la Demandante, párrs. 306-307; CLA-31 / RLA-103, S. Ripinsky, *Damages in International Investment Law*, British Institute of International and Comparative Law, 2008, p. 68.

⁹⁶⁷ Escrito de Demanda, párrs. 143-144; Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 26. Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 1, 78:14-25 (inglés).

⁹⁶⁸ Contestación a la Demanda, párr. 397.

⁹⁶⁹ Contestación a la Demanda, párr. 399.

⁹⁷⁰ Véase S. Ripinsky y K. Williams, *Damages in International Investment Law*, British Institute of International and Comparative Law, 2008, págs. 67-69.

⁹⁷¹ Véase Réplica de la Demandante, párrs. 306-307.

⁹⁷² Véase RLA-105, *Venezuela Holdings y otros c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/27, Laudo, 9 de octubre de 2014, párr. 301.

597. Como ya señaló el Tribunal, la Demandante alega, en primer lugar, que Bolivia incumplió el Tratado, pues a la fecha no ha pagado compensación alguna ni ha ofrecido dicho pago. Según la Demandante, la compensación debe ser pagada sin demora⁹⁷³, es decir, el pago de la compensación debe ser contemporáneo con la expropiación y efectuarse lo más rápido posible, o al menos dentro de un período de tiempo razonable⁹⁷⁴. En consecuencia, el Estado incumpliría el citado requisito de oportunidad cuando el inversionista no ha recibido compensación alguna, transcurridos “*varios meses*” desde la toma efectiva⁹⁷⁵.
598. La Demandada, por su parte, considera que tomó oportunamente los pasos necesarios para el pago y ordenó y efectuó las contrataciones pertinentes⁹⁷⁶, y que al decidir la Demandante acudir al arbitraje y aceptar la Demandada que sea el tribunal quien fije la compensación, no se puede imputar un incumplimiento a Bolivia de sus obligaciones bajo el Tratado⁹⁷⁷.
599. El Tratado no señala un plazo para el pago de la compensación. Señala que ésta deberá efectuarse en forma puntual, sin demora. En relación con lo que debe entenderse por una compensación “pronta”, “sin demora”, ambas Partes invocan, aunque con alcances distintos, el texto de L.B. Sohn & R.R. Baxter en el sentido de que si bien no puede fijarse una regla estricta en cuanto a prontitud, el paso de varios meses sin que haya de parte del Estado una indicación real de que la compensación vendrá pronto arrojaría serias dudas de que el Estado tiene la intención de pagar una compensación pronto⁹⁷⁸. Bolivia hace énfasis en la existencia de una “indicación” de que la compensación vendrá⁹⁷⁹, al paso que la Demandante hace énfasis en el “paso de varios meses” desde el surgimiento de la obligación de compensar⁹⁸⁰.
600. La Demandada sostiene que para evaluar la licitud de la Reversión el Tribunal debe considerar “(i) la previsión de una compensación en el Decreto de Reversión, (ii) las negociaciones entre Bolivia y SAS para alcanzar un acuerdo, tanto antes como después de la Reversión, y (iii) la adjudicación de la valuación de las inversiones a CMMK a una empresa independiente.”⁹⁸¹

⁹⁷³ Réplica de la Demandante, párr. 296; CLA-163, Oxford Dictionary of English.

⁹⁷⁴ Escrito de Demanda, párrs. 133-134; Réplica de la Demandante, párr. 297.

⁹⁷⁵ Réplica de la Demandante, párrs. 297-298.

⁹⁷⁶ Contestación a la Demanda, párr. 403.

⁹⁷⁷ Dúplica de la Demandada, párr. 432.

⁹⁷⁸ 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. (“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 shortly be forthcoming would raise serious doubt that the State intended to make prompt compensation at all.”)

⁹⁷⁹ Véase Dúplica de la Demandada, párrs. 424-425.

⁹⁸⁰ Véase Réplica de la Demandante, párrs. 297-298.

⁹⁸¹ Contestación a la Demanda, párr. 403.

601. Es cierto que el Decreto de Reversión previó una compensación a favor de CMMK, cuyo monto y condiciones de pago se establecerían con base en los resultados de la valuación de las inversiones realizadas por CMMK⁹⁸². También es cierto que Bolivia adjudicó la realización de la valuación a un tercero independiente⁹⁸³. Sin embargo, considera el Tribunal que no es suficiente señalar en una norma que el pago se hará con fundamento en una valuación de las inversiones por un tercero. [REDACTED]

602. [REDACTED]

603. Pero más allá de la demora en el proceso de valuación, el Tribunal no encuentra prueba alguna en el expediente que demuestre que Bolivia hizo una oferta de pago a SAS o a CMMK con base en el informe de valuación de junio de 2014, como lo preveía el Decreto de Reversión, o con base en cualquier otro criterio de valoración.

604. En cuanto a las alegadas negociaciones entre Bolivia y SAS para llegar a un acuerdo, “tanto antes como después de la Reversión”⁹⁸⁶, no encuentra el Tribunal que éstas sean suficientes para concluir que se cumple con el requisito de compensación bajo el Tratado o que permitan concluir que son una indicación clara de que la compensación vendrá pronto. Primero, la Demandada no identifica cuáles serían esas reuniones que tuvieron lugar antes de la Reversión, y en qué contexto se produjeron. Pero incluso si éstas se hubiesen producido, no estima el Tribunal que tales

⁹⁸² C-4, Decreto de Reversión, arts. 4.I y 4.II.

⁹⁸³ R-108, Orden de servicio para la contratación de una consultoría dirigida a Quality del 25 de abril de 2014; R-109, Contrato de prestación de servicios para la valuación de las inversiones de CMMK y EMICRUZ Ltda. del 8 de mayo de 2014

⁹⁸⁴ Véase *supra* párr. 589.

⁹⁸⁵ C-4, Decreto de Reversión, art. 4.I.

⁹⁸⁶ Contestación a la Demanda, párr. 403.

reuniones puedan ser determinantes para decidir sobre el cumplimiento de una obligación que surgió posteriormente.

605. [REDACTED]

606. En cuanto a las reuniones posteriores entre las Partes, si las hubo, no aparece probado en el expediente cuál fue su alcance. [REDACTED]

607. En su Dúplica, la Demandada alegó —por primera vez en el arbitraje— que en la medida en que SAS había optado por acudir al arbitraje internacional para que el Tribunal estableciera si hubo expropiación y determinara el monto de la compensación, Bolivia satisfizo su obligación de compensar sin demora al participar en el proceso arbitral⁹⁸⁷.

608. Este argumento de la Demandada no sólo es tardío, sino que contradice las actuaciones previas del Estado. En efecto, Bolivia (i) reconoció que debía pagar una compensación en el Decreto de

⁹⁸⁷ C-21, Carta de SAS a COMIBOL de septiembre 4 de 2012.

⁹⁸⁸ C-23, Cartas de SAS para el Procurador General del Estado de Bolivia del 12 de diciembre de 2012; 16 de enero de 2013 y 15 de febrero de 2013.

⁹⁸⁹ Contestación a la Demanda, párrs. 432-437.

Reversión; (ii) continuó con el proceso de contratación de la empresa valuadora incluso después de que la Demandante hubiese iniciado este proceso mediante la Notificación de Arbitraje; (iii) defendió la Reversión como una expropiación legal; y (iii) por lo menos hasta la presentación de su Contestación a la Demanda, mantuvo que debía pagar una compensación⁹⁹⁰. [REDACTED]

[REDACTED] Por todo lo anterior, el Tribunal no puede aceptar la posición de la Demandada de que su participación en este arbitraje satisface el requisito de compensación establecido en el Tratado.

609. En suma, [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

En estas circunstancias, no puede concluir el Tribunal que Bolivia satisfizo la obligación de pago establecida en el Tratado.

610. Por las razones anteriores, concluye el Tribunal que, aunque la Reversión cumple con los requisitos del artículo 5 del Tratado relativos a la causa de utilidad pública y beneficio social, y debido proceso, no cumple con el requisito de pago establecido en el mismo artículo.

(b) Sobre el alegado estado de necesidad

611. En relación con el estado de necesidad, las Partes no parecen disputar que su fundamento se encuentra en el artículo 25 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado, según el cual:

1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho:

a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y

b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

⁹⁹⁰ Véase, por ejemplo, Contestación a la Demanda, párrs. 401-402 (“En nuestro caso, el Decreto de Reversión preveía el pago de una indemnización. Las Partes mantuvieron negociaciones antes y después de la Reversión. Dichas negociaciones son una clara muestra de la voluntad de Bolivia de cumplir con su obligación de indemnizar [...]. Es más, en la presente disputa, los hechos que demuestran la voluntad de Bolivia de compensar a CMMK son aún más palmarios que en Exxon Mobil y Tidewater. [...], Bolivia no sólo previó una compensación, sino que realizó los trámites necesarios para contratar a una empresa independiente que se encargara de la valuación de las inversiones realizadas por CMMK. [...]”)

2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:

a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o

b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.

612. Asiste la razón a la Demandante en cuanto a que el estado de necesidad es una circunstancia que excluiría la ilicitud de acciones que de otro modo serían ilícitas⁹⁹¹. Así lo señalan de manera clara los comentarios al artículo 25 de Artículos sobre Responsabilidad del Estado. En efecto, el comentario 1 señala que:

Por la expresión “estado de necesidad” (“état de nécessité”) se designan los casos excepcionales en que la única forma que tiene un Estado de salvaguardar un interés esencial amenazado por un peligro grave e inminente es, de momento, no cumplir otra obligación internacional de menor importancia o urgencia. En las condiciones estrictamente definidas en el artículo 25, esa excusa se reconoce como circunstancia que excluye la ilicitud.⁹⁹² [Énfasis añadido]

613. El comentario 2 añade que la excusa del estado de necesidad es excepcional y que surge cuando existe un conflicto irreconciliable entre un interés esencial, de una parte, y una obligación del Estado invocando la necesidad, de la otra. En consecuencia, la defensa del estado de necesidad solamente estará disponible de manera excepcional para excusar el incumplimiento de una obligación⁹⁹³.

614. Por último, el comentario 14 señala que la práctica de los Estados y las decisiones judiciales sustentan el punto de vista de que la necesidad puede constituir una circunstancia que excuse la ilicitud bajo ciertas condiciones muy limitadas. Los casos indican que la necesidad ha sido

⁹⁹¹ Transcripción de la Audiencia, Día 1, 85:23 – 86:17 (inglés); CLA-201, Informe de la CDI sobre el trabajo de su 32º período de sesiones, Documentos Oficiales de la Asamblea General, 35º período de sesiones, 5 de mayo a 25 de julio de 1980, artículo 3, párr. 3.

⁹⁹² RLA-159, Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, con comentarios*, 2001. (“(1) The term “necessity” (*état de nécessité*) is used to denote those exceptional cases where the only way a State can safeguard an essential interest threatened by a grave and imminent peril is, for the time being, not to perform some other international obligation of lesser weight or urgency. Under conditions narrowly defined in article 25, such a plea is recognized as a circumstance precluding wrongfulness.”)

⁹⁹³ RLA-159, Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, con comentarios*, 2001. (“(2) The plea of necessity is exceptional in a number of respects. Unlike consent (art. 20), self-defence (art. 21) or countermeasures (art. 22), it is not dependent on the prior conduct of the injured State. Unlike *force majeure* (art. 23), it does not involve conduct which is involuntary or coerced. Unlike distress (art. 24), necessity consists not in danger to the lives of individuals in the charge of a State official but in a grave danger either to the essential interests of the State or of the international community as a whole. It arises where there is an irreconcilable conflict between an essential interest on the one hand and an obligation of the State invoking necessity on the other. These special features mean that necessity will only rarely be available to excuse non-performance of an obligation and that it is subject to strict limitations to safeguard against possible abuse.”)

invocada para excusar la ilicitud de actos contrarios a una amplia gama de obligaciones, tanto de origen consuetudinario como contractual⁹⁹⁴.

615. En la autoridad legal CLA-202, incorporada al expediente por la Demandante, el profesor August Reinisch indica que el estado de necesidad constituye una excusa frente a un acto ilícito del Estado, frente a situaciones en que el Estado ha incumplido una obligación⁹⁹⁵. En el mismo sentido se pronuncian los tribunales y otras autoridades legales citadas por las Partes⁹⁹⁶.
616. De todo lo anterior resulta que es un presupuesto esencial para la aplicación del estado de necesidad que haya existido por parte del Estado una actuación que constituya un hecho ilícito internacional, y que esa actuación sea la única forma que tiene el Estado para salvaguardar un interés esencial frente a un peligro grave e inminente. Así lo establece el artículo 25 al señalar que el Estado podrá invocar la necesidad cuando la “*única forma que tiene un Estado de salvaguardar un interés esencial amenazado por un peligro grave e inminente es... no cumplir otra obligación internacional*”. (Énfasis añadido)
617. Significa lo anterior, para el caso que ocupa a este Tribunal, que la Demandada podría invocar el estado de necesidad para excusar un incumplimiento del Tratado.
618. La Demandada invocó el estado de necesidad en su escrito de Dúplica para justificar la Reversión de las Concesiones Mineras si el Tribunal llegare a encontrar que la Reversión violaba el Tratado. Según Bolivia, esta medida era “*necesaria para proteger un interés fundamental, como lo son los*

⁹⁹⁴ RLA-159, Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, con comentarios*, 2001. (“(14) On balance, State practice and judicial decisions support the view that necessity may constitute a circumstance precluding wrongfulness under certain very limited conditions, and this view is embodied in article 25. The cases show that necessity has been invoked to preclude the wrongfulness of acts contrary to a broad range of obligations, whether customary or conventional in origin. It has been invoked to protect a wide variety of interests, including safeguarding the environment, preserving the very existence of the State and its people in time of public emergency, or ensuring the safety of a civilian population. But stringent conditions are imposed before any such plea is allowed. This is reflected in article 25. In particular, to emphasize the exceptional nature of necessity and concerns about its possible abuse, article 25 is cast in negative language (‘Necessity may not be invoked ... unless’). In this respect it mirrors the language of article 62 of the 1969 Vienna Convention dealing with fundamental change of circumstances. It also mirrors that language in establishing, in paragraph 1, two conditions without which necessity may not be invoked and excluding, in paragraph 2, two situations entirely from the scope of the excuse of necessity.” [notas al pie omitidas])

⁹⁹⁵ CLA-202, Reinisch, August. “Necessity in International Investment Arbitration – An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases?” (2007), 8(2) *The Journal of World Investment & Trade* 191.

⁹⁹⁶ RLA-126, Naciones Unidas, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionales ilícitos*, Resolución aprobada por la Asamblea General No. A/RES/56/83, 28 de enero de 2002, art. 25(1); RLA-238, *Gabcikovo-Nagymaros Project*, Caso CIJ, Sentencia, 25 de septiembre de 1997, párrs. 40-41; CLA-42, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre de 2006, párr. 274; RLA-240, *CMS Gas Transmission Company c. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión de Anulación, 25 de septiembre del 2007, párr. 132; RLA-241, *Sempra Energy International c. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, Decisión de Anulación, 29 de junio del 2010, párr. 200; RLA-242, *Enron Creditors Recovery Corp. y Ponderosa Assets, LP. c. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/13, Decisión de Anulación, 30 de julio de 2010, párr. 393.

*derechos humanos e indígenas, del grave e inminente peligro que representaba la continuidad de CMMK, sin que otro interés equivalente se haya visto afectado.*⁹⁹⁷

619. El Tribunal ya concluyó que la Reversión (i) constituye una expropiación directa a la luz del Tratado, (ii) que cumple con los requisitos allí establecidos respecto de la causa de utilidad pública y beneficio social relacionado con las necesidades internas del Estado boliviano, y el debido proceso. También consideró el Tribunal, con base en los extremos probados en este arbitraje, que la Reversión había sido una medida proporcional. La única obligación contenida en el artículo 5 del Tratado que el Tribunal encontró incumplida fue la de pagar una compensación.
620. Es claro que la defensa del estado de necesidad de Bolivia no estaba encaminada a excusar el no pago de una compensación por la expropiación y tampoco podría hacerlo, pues la invocación de esta defensa no exime al Estado de pagar la indemnización por las pérdidas efectivas causadas por una conducta que le es atribuible⁹⁹⁸.
621. Por las anteriores razones, el Tribunal desestima la defensa del estado de necesidad invocada por Bolivia en su escrito de Dúplica.

(c) Sobre los alegados poderes de policía

622. Con respecto a la alegación de Bolivia — [REDACTED] — según la cual la Reversión corresponde al ejercicio legítimo de poderes de policía y no a una expropiación, el Tribunal encuentra que no solamente no hay prueba que sustente esa defensa, sino que la conducta de Bolivia antes y durante el presente arbitraje lleva a una conclusión contraria.
623. Es cierto, como lo afirma Bolivia, que varios tribunales arbitrales han aceptado que las disposiciones sobre compensación de los tratados no resultan aplicables a las medidas adoptadas en ejercicio soberano del Estado de sus poderes de policía⁹⁹⁹. Es igualmente cierto que varios de los tribunales que cita Bolivia en su Dúplica han analizado situaciones en que los Estados han expedido regulaciones en ejercicio de su poder de policía y han considerado que en tales circunstancias no procedería compensación en favor del inversionista. Es con ese fundamento que Bolivia alega que no procedería la compensación.

⁹⁹⁷ Dúplica de la Demandada, párr. 375.

⁹⁹⁸ RLA-159, Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, con comentarios*, 2001, art. 27(b) (“The invocation of a circumstance precluding wrongfulness in accordance with this chapter is without prejudice to: [...] (b) the question of compensation for any material loss caused by the act in question.”)

⁹⁹⁹ Dúplica de la Demandada, párr. 385.

624. La actuación de Bolivia previa a la expedición del Decreto, el texto del Decreto, la posición de Bolivia en la Contestación a la Demanda y las pruebas aportadas con la misma generan en el Tribunal el convencimiento de que la Demandada siempre entendió que estaba en presencia de una expropiación directa y que debía pagar compensación, y que solamente al presentar su Dúplica decidió agregar la defensa relativa al ejercicio del poder de policía.
625. Las pruebas en el expediente señalan que, ante la situación de orden público y malestar social, Bolivia consideró inicialmente la posibilidad de crear una empresa con participación privada y estatal¹⁰⁰⁰. Posteriormente varias autoridades bolivianas, incluyendo el mismo Presidente, se refirieron a la necesidad de expropiar las Concesiones Mineras¹⁰⁰¹. No hay en el expediente prueba alguna, ni Bolivia la cita en su Dúplica, de que las autoridades de la Demandada entendieran que estaban ejerciendo poderes de policía y no tomando medidas para expropiar las Concesiones. El artículo 4.1 del Decreto de Reversión se refiere de manera indiscutible a la forma en que Bolivia calculará y pagará la compensación por la reversión, disponiendo que COMIBOL “contratará una empresa independiente que realice un proceso de valuación de las inversiones realizadas” y que a partir de los resultados de la valuación “COMIBOL establecerá el monto y las condiciones bajo las cuales el gobierno boliviano reconocerá las inversiones realizadas”. Además, el Decreto ordena a COMIBOL incorporar la suma en su presupuesto para proceder al pago respectivo.
626. Según lo afirma la misma Bolivia, con posterioridad a la expedición del Decreto realizó trámites para contratar a una empresa independiente que valorara las inversiones¹⁰⁰²; emitió términos de referencia para la valoración¹⁰⁰³; contrató a la compañía Quality Audit Consultores y Contadores Públicos S.R.L para efectuar la valoración y recibió el informe de valuación por parte de dicha compañía¹⁰⁰⁴; mantuvo negociaciones con la Demandante antes y después de la Reversión¹⁰⁰⁵, conversaciones que califica Bolivia como una clara voluntad de “cumplir con su obligación de indemnizar”¹⁰⁰⁶.
627. En su Contestación a la Demanda, Bolivia hizo, a partir del artículo 5 del Tratado, un análisis de cada uno de los requisitos contenidos en el mismo artículo para demostrar que la expropiación no

¹⁰⁰⁰ Véase CWS-3, Primera Declaración de Mallory, párr. 25; RWS-1, Primera Declaración del Gob. Gonzales, párr. 52.

¹⁰⁰¹ Véase, C-6, *Morales confirma nacionalización de Malku Khota*, Agencia Boliviana de Información, 8 de julio de 2012.

¹⁰⁰² Contestación a la Demanda, párrs. 332-335.

¹⁰⁰³ Contestación a la Demanda, párrs. 181-184.

¹⁰⁰⁴ Contestación a la Demanda, párr. 184.

¹⁰⁰⁵ Contestación a la Demanda, párr. 401.

¹⁰⁰⁶ Contestación a la Demanda, párr. 401.

fue ilegal en cuanto cumplió todos los requisitos del artículo citado¹⁰⁰⁷. Si bien Bolivia se refiere a que la Reversión tuvo un propósito público y de protección del interés social, su argumentación se refiere claramente al cumplimiento de los requisitos del Tratado para una expropiación, como ya se analizó. En parte alguna de su Contestación a la Demanda se refiere Bolivia al ejercicio de poderes de policía y menos aún a que no haya lugar a compensación en virtud de que la Reversión resulta del ejercicio de dichos poderes.

628. Por el contrario, Bolivia dedica una parte importante de su Contestación a la Demanda a sostener que cumplió la obligación de compensar bajo el Tratado y a alegar que siempre tuvo la voluntad de indemnizar a la Demandante en cumplimiento del referido artículo 5.
629. Si bien en su Dúplica Bolivia simplemente señala que ofreció una compensación sin estar obligada a hacerlo¹⁰⁰⁸, no explica por qué, si no existía dicha obligación, no solamente incluyó la compensación en el Decreto de Reversión, sino que procedió con los trámites para la contratación del valuador. La misma Demandada afirma que el Decreto de Reversión tiene una presunción de legalidad y no puede el mismo Estado, con una alegación tardía, desvirtuar su propia actuación para sostener que no procede el pago de la compensación que el mismo Decreto de Reversión prevé.
630. Por las razones anteriores el Tribunal rechazará la defensa planteada por Bolivia en su Dúplica referente al alegado ejercicio de los poderes de policía.

C. LAS OTRAS RECLAMACIONES DE LA DEMANDANTE

631. Además de su reclamación por expropiación, la Demandante plantea otras cuatro reclamaciones bajo el Tratado que se basan sustancialmente en los mismos hechos que su reclamación por expropiación. En efecto, la Demandante alega que Bolivia: (i) no dio trato justo y equitativo a sus inversiones; (ii) no otorgó plena protección y seguridad a sus inversiones; (iii) menoscabó sus inversiones mediante medidas arbitrarias y discriminatorias; y (iv) trató sus inversiones de manera menos favorable que a las inversiones de sus propios inversionistas¹⁰⁰⁹. El Tribunal analizará a continuación cada una de estas alegaciones.

¹⁰⁰⁷ Contestación a la Demanda, párr. 403.

¹⁰⁰⁸ Dúplica de la Demandada, párr. 422.

¹⁰⁰⁹ Véase Escrito de Demanda, párr. 230(ii); Réplica de la Demandante, sección VII(ii).

1. La reclamación de trato justo y equitativo

(a) Posición de la Demandante

632. La Demandante sostiene que Bolivia, mediante sus acciones y omisiones, violó el estándar de trato justo y equitativo, pues (i) vulneró sus expectativas legítimas, y (ii) no actuó de buena fe ni de manera transparente y consistente.

(i) *Bolivia vulneró las expectativas legítimas de la Demandante*

633. Apoyándose en varios laudos arbitrales, la Demandante afirma que el respeto de las expectativas legítimas del inversionista es un componente del trato justo y equitativo¹⁰¹⁰. El respeto de las expectativas legítimas exige que el Estado asegure la estabilidad del marco legal y de negocios, y que actúe “*de manera no contradictoria; es decir, entre otras cosas, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes [...] en las que el inversor confió y basó la asunción de sus compromisos y la planificación y puesta en marcha de su operación económica y comercial*”¹⁰¹¹. Esta es, según la Demandante, la interpretación adecuada del artículo 2.2 del Tratado, que se refiere al trato justo y equitativo, y no al “*mínimo estándar internacional de tratamiento bajo la ley internacional común*”¹⁰¹².

634. La Demandante invirtió en el Proyecto en vista de las reiteradas “*expresiones de apoyo*” por parte del Gobierno boliviano y del marco legal de Bolivia, que proporcionaba protección a las inversiones extranjeras, a la propiedad del inversionista y a los derechos asociados a las Concesiones Mineras. Sobre esta base, la Demandante “*se formó legítimas expectativas sobre las protecciones clave a su inversión*”¹⁰¹³. Sin embargo, Bolivia menoscabó deliberadamente los derechos derivados de las Concesiones Mineras, pues permitió que el conflicto y la oposición hacia CMMK se agravara, y decidió expropiar estas concesiones sin pagar compensación alguna, vulnerando la estabilidad del marco legal y frustrando así las expectativas legítimas de la Demandante¹⁰¹⁴. La Demandante explica que “*es la completa falla de Bolivia en proteger las Concesiones Mineras [...], lo que afectó las legítimas expectativas*”¹⁰¹⁵ y que, incluso asumiendo que la protección de los derechos humanos e indígenas sirviese como justificación de la

¹⁰¹⁰ Escrito de Demanda, párr. 148.

¹⁰¹¹ Escrito de Demanda, párrs. 148, citando a CLA-13, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003, párr. 154.

¹⁰¹² Réplica de la Demandante, párr. 317; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 96:11-24 (inglés); Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 34.

¹⁰¹³ Escrito de Demanda, párr. 153; Réplica de la Demandante, párr. 319; Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 35.

¹⁰¹⁴ Escrito de Demanda, párr. 153; Réplica de la Demandante, párr. 320; Memorial Post-Audiencia de SAS. Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 1, 97:13-20 (inglés).

¹⁰¹⁵ Réplica de la Demandante, párr. 322.

Reversión, no existe razón que justifique el por qué la obligación de Bolivia “*de proteger a las comunidades indígenas necesariamente conllevaba liberarse de sus obligaciones hacia [SAS] de acuerdo con el [Tratado]*”¹⁰¹⁶.

(ii) *Bolivia no actuó de buena fe ni de manera transparente y consistente*

635. La Demandante afirma que el estándar de trato justo y equitativo exige que el Estado actúe de buena fe y otorgue a las inversiones un trato transparente y consistente¹⁰¹⁷. Sin embargo, a la luz de los hechos que se detallan a continuación, la Demandante considera que Bolivia no actuó de conformidad a estos deberes:

- (a) Bolivia lleva planeando la Reversión desde el 2011¹⁰¹⁸;
- (b) Bolivia implementó la Zona de Inmovilización para evitar que CMMK expandiera su cobertura minera¹⁰¹⁹;
- (c) La causa del conflicto fue la minería ilegal de oro, sin embargo, Bolivia incentivó el conflicto social en Malku Khota, fomentando y amparando la oposición hacia CMMK, como pretexto para expropiar la inversión de la Demandante y tomar el control del yacimiento¹⁰²⁰;
- (d) Bolivia excluyó a la Demandante del proceso de aprobación de la Reversión¹⁰²¹; y
- (e) En mayo de 2012, Bolivia declaró que el Proyecto era legal y en agosto de 2012, Bolivia adoptó la Reversión sin pagar compensación alguna¹⁰²².

636. Según la Demandante, estos hechos son suficientes para calificar la mala fe y la ausencia de transparencia y consistencia en la conducta de Bolivia¹⁰²³.

(b) Posición de la Demandada

637. La Demandada niega que haya violado el estándar de trato justo y equitativo articulado por la Demandante, puesto que Bolivia (i) respetó en todo momento las expectativas legítimas de SAS;

¹⁰¹⁶ Réplica de la Demandante, párr. 321.

¹⁰¹⁷ Escrito de Demanda, párrs. 150-151.

¹⁰¹⁸ Escrito de Demanda, párr. 154; Réplica de la Demandante, párr. 331.

¹⁰¹⁹ Réplica de la Demandante, párrs. 328-329.

¹⁰²⁰ Escrito de Demanda, párr. 154; Réplica de la Demandante, párrs. 326-327; Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 35. Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 1, 97:13-20 (inglés).

¹⁰²¹ Escrito de Demanda, párr. 154; Réplica de la Demandante, párrs. 332-333.

¹⁰²² Escrito de Demanda, párr. 154; Réplica de la Demandante, párrs. 330-331.

¹⁰²³ Réplica de la Demandante, párr. 325; Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 35.

y (ii) actuó de conformidad al principio de buena fe, y de manera transparente y consistente con sus obligaciones internacionales.

(i) *Bolivia respetó las expectativas legítimas de la Demandante*

638. La Demandada alega que el estándar de trato justo y equitativo previsto en el artículo 2.2 del Tratado “*otorga al inversionista las protecciones otorgadas por el derecho internacional – nada más*”¹⁰²⁴. La Demandada acepta que las legítimas expectativas del inversionista forman parte del trato justo y equitativo, pero cuestiona que estas expectativas puedan constituir, *per se*, el único fundamento de una pretensión relativa al incumplimiento del trato justo y equitativo¹⁰²⁵.
639. Según la Demandada, las legítimas expectativas del inversionista no imponen la “*inmutabilidad del marco jurídico y regulatorio aplicable a la inversión ni tampoco impide[n] al Estado legislar y asegurar la aplicación y cumplimiento de sus leyes en su territorio*”¹⁰²⁶. En ausencia de un compromiso específico por parte del Estado de no modificar su marco legal¹⁰²⁷, el estándar de trato justo y equitativo únicamente protege las expectativas legítimas del inversionista ante (i) los cambios arbitrarios del marco jurídico aplicable a la inversión¹⁰²⁸, y (ii) la conducta atroz o manifiestamente abusiva del Estado¹⁰²⁹. Lo anterior se aplica, según la Demandada, tanto al estándar de trato justo y equitativo como al nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario¹⁰³⁰.
640. En el presente caso, la Demandada considera evidente que no pudo existir violación del trato justo y equitativo, pues Bolivia no modificó, sino que se limitó a aplicar, el marco legal aplicable a las Concesiones Mineras¹⁰³¹. Este marco legal incluía los principios que rigen las actividades mineras sobre los recursos naturales de Bolivia, así como las disposiciones internas e internacionales que obligan a Bolivia a proteger los derechos humanos e indígenas¹⁰³². Puesto que el conocimiento del marco jurídico aplicable a la inversión por parte del inversionista es una condición *sine qua non* para la protección de sus expectativas legítimas, la Demandante debía conocer la existencia de dichas disposiciones y “*era plenamente consciente de que, si no respetaba las Comunidades*

¹⁰²⁴ Contestación a la Demanda, párr. 407.

¹⁰²⁵ Contestación a la Demanda, párrs. 409-412.

¹⁰²⁶ Contestación a la Demanda, párr. 412.

¹⁰²⁷ Contestación a la Demanda, párrs. 418-420; Dúplica de la Demandada, párr. 456.

¹⁰²⁸ Dúplica de la Demandada, párrs. 454-455.

¹⁰²⁹ Escrito de Demanda, párr. 433; Dúplica de la Demandada, párrs. 457-458; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 262:14 – 263:2 (español).

¹⁰³⁰ Dúplica de la Demandada, párr. 459.

¹⁰³¹ Escrito de Demanda, párrs. 422, 432; Dúplica de la Demandada, párr. 460.

¹⁰³² Escrito de Demanda, párrs. 422-426, 431, 434.

*Originarias, el Gobierno de Bolivia actuaría en consecuencia*¹⁰³³. Por lo tanto, las “*expectativas legítimas* [de la Demandante] *incluían necesariamente la obligación de Bolivia de proteger los derechos humanos e indígenas*”, que es precisamente lo que Bolivia hizo mediante la Reversión¹⁰³⁴.

(ii) *Bolivia actuó de buena fe, de manera transparente y consistente*

641. Según la Demandada, los hechos alegados por SAS están plagados de “*múltiples imprecisiones*” y son insuficientes para establecer la violación de la buena fe en derecho internacional¹⁰³⁵. En particular, la Demandada aclara que:

- (a) En 2011, Bolivia ya venía recibiendo peticiones de las Comunidades Originarias para expulsar a CMMK, sin embargo, Bolivia “*siempre mantuvo el apoyo de [CMMK]*”¹⁰³⁶.
- (b) La Zona de Inmovilización es una “*simple demarcación de un área cuya explotación le corresponde por ley a COMIBOL como de interés comercial*”, en cumplimiento de la política de Bolivia que se implementó desde el 2006. Además, se establecieron zonas de inmovilización en 18 zonas diferentes, por lo que no es posible determinar que esta política haya sido implementada en contra de CMMK¹⁰³⁷.
- (c) La única motivación de la Reversión, y el único origen del conflicto social, fue la violencia y las violaciones de los derechos humanos e indígenas por parte de CMMK¹⁰³⁸. Según la Demandada, el Proyecto nunca se vio afectado por la minería ilegal de oro¹⁰³⁹.
- (d) Bolivia hizo partícipe a CMMK de numerosas reuniones para “*alcanzar acuerdos que permitiesen a CMMK continuar con el desarrollo del Proyecto*”¹⁰⁴⁰.
- (e) El marco legal boliviano habría permitido adoptar la Reversión con anterioridad a agosto de 2012, y Bolivia inició el proceso de valuación de conformidad al Decreto de Reversión, iniciando así el proceso de compensación¹⁰⁴¹.

¹⁰³³ Escrito de Demanda, párrs. 425-430; Dúplica de la Demandada, párr. 463; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 263:5-21 (español).

¹⁰³⁴ Dúplica de la Demandada, párr. 465.

¹⁰³⁵ Contestación a la Demanda, párrs. 437-438, 441.

¹⁰³⁶ Contestación a la Demanda, párr. 442.

¹⁰³⁷ Contestación a la Demanda, párrs. 443-445.

¹⁰³⁸ Contestación a la Demanda, párrs. 440-441, 446-447; Dúplica de la Demandada, párrs. 470-471.

¹⁰³⁹ Dúplica de la Demandada, párrs. 472-475.

¹⁰⁴⁰ Contestación a la Demanda, párr. 454.

¹⁰⁴¹ Contestación a la Demanda, párrs. 440 y 449.

(c) **Consideraciones del Tribunal**

642. La Demandante sostiene que Bolivia violó el estándar de trato justo y equitativo contenido en el artículo 2.2 del Tratado, pues (i) no protegió las expectativas legítimas de SAS ni garantizó la existencia de un marco jurídico y comercial estable en relación con su inversión¹⁰⁴² y, además, (ii) no actuó de buena fe y de forma transparente y predecible¹⁰⁴³.
643. La Demandada rechaza las acusaciones de SAS y, en su defensa, sostiene que (i) la Demandante podía legítimamente esperar que Bolivia protegiera sus recursos naturales y las Comunidades Originarias de conformidad con sus obligaciones nacionales e internacionales¹⁰⁴⁴, y (ii) Bolivia actuó de buena fe y trató la inversión de la Demandante de manera transparente y consistente¹⁰⁴⁵.
644. El artículo 2.2 del Tratado establece que “*a las inversiones de nacionales o sociedades de cada Parte Contratante se les concederá en todo momento un trato justo y equitativo [...] en el territorio de la otra Parte Contratante.*” Como es frecuente en los tratados de inversión, el Tratado consagra la obligación del Estado receptor de conceder un trato justo y equitativo a las inversiones protegidas, sin establecer los elementos que harían parte del estándar.
645. En este caso, sin embargo, las Partes no disputan que, para los efectos del análisis y la decisión de este Tribunal, la obligación del Estado de brindar un trato justo y equitativo a las inversiones extranjeras implica actuar de manera transparente y consistente. Tampoco disputan que las legítimas expectativas del inversionista hacen parte del estándar de trato justo y equitativo, ni disputan la relación entre legítimas expectativas y el marco legal en el Estado receptor de la inversión¹⁰⁴⁶. Con todo, las Partes difieren en cuáles son aquellas expectativas objeto de protección bajo el Tratado¹⁰⁴⁷ y en la forma en que se debe aplicar el estándar a los hechos del caso¹⁰⁴⁸.
646. En consideración a lo anterior, el Tribunal se referirá inicialmente al estándar de protección de las legítimas expectativas y posteriormente examinará las alegaciones de hecho relacionadas con el presente reclamo, incluyendo las actuaciones que la Demandante considera contrarias a la buena fe, la transparencia y la predictibilidad.

¹⁰⁴² Escrito de Demanda, párr. 153.

¹⁰⁴³ Escrito de Demanda, párr. 154.

¹⁰⁴⁴ Contestación a la Demanda, sección 6.2.1.

¹⁰⁴⁵ Contestación a la Demanda, sección 6.2.2 y 6.2.3.

¹⁰⁴⁶ Escrito de Demanda, párr. 148; Contestación a la Demanda, párr. 409.

¹⁰⁴⁷ Ver Contestación a la Demanda, párr. 410.

¹⁰⁴⁸ Véase Contestación a la Demanda, párr. 413.

647. Aunque existen diferencias en las aproximaciones, los tribunales internacionales de inversión han ido delineando los requisitos que deben reunir las expectativas del inversionista para merecer protección bajo los tratados de inversión. El Tribunal considera pertinente resaltar los dos requisitos que resultan relevantes para la resolución de la disputa que le ha sido planteada.
648. Primero, varios tribunales internacionales de inversión han establecido que el inversionista tendrá derecho a la protección de sus expectativas, siempre y cuando (i) haya actuado con la debida diligencia y (ii) éstas sean razonables a la luz de las circunstancias¹⁰⁴⁹. Las circunstancias que debe tener en cuenta el inversionista no son únicamente de carácter legal, sino que incluyen el entorno social, cultural y económico del Estado receptor de la inversión, entre otros factores. En palabras del tribunal de *Duke Energy c. Ecuador*, “[l]a evaluación de la razonabilidad o legitimidad [de las expectativas del inversionista] debe tener en cuenta todas las circunstancias, incluyendo no sólo los hechos que rodean la inversión, sino también las condiciones políticas, socioeconómicas, culturales e históricas que prevalecen en el Estado receptor.”¹⁰⁵⁰
649. Segundo, los tribunales internacionales de inversión también han reconocido que el compromiso del Estado de otorgar un trato justo y equitativo a las inversiones extranjeras no supone una renuncia al ejercicio de sus facultades regulatorias en favor del interés público y la necesidad de adaptar su legislación a los cambios y necesidades emergentes¹⁰⁵¹. Como señaló el tribunal de *Copper Mesa c. Ecuador*, el estándar de trato justo y equitativo implica una ponderación de los intereses legítimos del inversionista con los intereses legítimos del Estado y de terceros, particularmente los de sus ciudadanos y residentes¹⁰⁵².
650. Si bien los tribunales se han referido a las condiciones bajo las cuales puede alterarse el marco jurídico y económico sin vulnerar el estándar de trato justo y equitativo¹⁰⁵³, en este caso particular

¹⁰⁴⁹ RLA-113, *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania*, Caso CIADI No. ARB/05/8, Laudo, 11 de septiembre de 2007, párr. 333; CLA-46, *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, UNCITRAL, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, párr. 304; CLA-52, *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo, 18 de agosto de 2008, párr. 340.

¹⁰⁵⁰ CLA-52, *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo, 18 de agosto de 2008, párr. 340 [traducción del Tribunal].

¹⁰⁵¹ RLA-26, *Total S.A. c. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/1, Decisión de Responsabilidad, 27 de diciembre del 2010, párr. 115. Véase también CLA-46, *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, párr. 305; RLA-113, *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania*, Caso CIADI No. ARB/05/8, Laudo, 11 de septiembre de 2007, párr. 332.

¹⁰⁵² RLA-281, *Copper Mesa Mining Corporation c. República del Ecuador*, Caso CPA N.º 2012-2, Laudo, 15 de marzo de 2016, párr. 6.81 (“Under this FET standard, there is a balancing exercise permitted to the host State, weighing the legitimate interests of the foreign investor with the legitimate interests of the host State and others, including (especially) its own citizens and local residents.”) Véase también CLA-46, *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, párrs. 305-306; RLA-272, *Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo, 8 de abril de 2013, párr. 537.

¹⁰⁵³ Véase, por ejemplo, CLA-56, *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, Caso CIADI N.º ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011, párr. 364; CLA-157, *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*, Caso CIADI No. ARB/07/16, Laudo, 8 de noviembre de 2010, párr. 420.

lo que está en discusión no es un cambio del marco jurídico y económico general, o un cambio del marco jurídico de un sector económico específico, sino la actuación particular de la Demandante y de su sociedad controlada CMMK frente a la Demandada.

651. El Tribunal pasará a evaluar el reclamo de la Demandante con base en los criterios antes establecidos.
652. La Demandante afirma haberse formado expectativas legítimas sobre las protecciones fundamentales otorgadas a su inversión en Malku Khota y la estabilidad del marco jurídico y económico de Bolivia con base en las leyes bolivianas vigentes al momento en que realizó su inversión, y las “reiteradas y específicas expresiones de apoyo” que recibió del Gobierno desde que realizó su inversión hasta mediados de 2011¹⁰⁵⁴. Asimismo, afirma que Bolivia dejó de proteger sus expectativas legítimas y de garantizar la existencia de un marco legal y comercial estable en relación con sus inversiones “[a]l menoscabar deliberadamente el ejercicio por parte de [SAS] de los derechos de CMMK sobre las Concesiones Mineras y finalmente nacionalizar estas concesiones sin ofrecer o pagar forma de compensación alguna.”¹⁰⁵⁵
653. Salvo por la expedición del Decreto de Reversión, la Demandante no ha alegado que Bolivia hubiese introducido algún cambio normativo general o una alteración normativa dirigida al sector minero que afectara los derechos sobre las Concesiones Mineras con posterioridad al momento en que SAS realizó su inversión. Tampoco ha explicado exactamente cuáles eran ni en qué consistían las legítimas expectativas que le fueron frustradas por una conducta imputable al Estado, ni cuales fueron las actuaciones específicas de Bolivia que violaron esas legítimas expectativas. En términos generales, su alegación sobre violación de expectativas legítimas parecería vinculada exclusivamente al hecho de que el Estado hubiese decidido revertir las Concesiones Mineras, es decir, sería la expedición del Decreto de Reversión el hecho que vulneraría las legítimas expectativas de la Demandante. Por las razones que se exponen a continuación, el Tribunal considera que la Reversión no significó una violación del estándar de trato justo y equitativo y, en particular, no vulneró expectativas que, dadas las circunstancias del caso, pudieran considerarse legítimas.
654. Como observó el Tribunal anteriormente, no está en disputa que el Estado puede expropiar legalmente las inversiones de un inversionista de la otra parte contratante en el Tratado, siempre que se cumplan los requisitos señalados en el artículo 5 del mismo¹⁰⁵⁶. Ciertamente, Bolivia no

¹⁰⁵⁴ Escrito de Demanda, párr. 153; Réplica de la Demandante, párr. 319.

¹⁰⁵⁵ Escrito de Demanda, párr. 153.

¹⁰⁵⁶ Véase *supra* sección VII.B, párr. 546.

renunció a ejercer esta potestad y tampoco se comprometió a mantener incólumes los derechos de SAS o de CMMK sobre las Concesiones Mineras de forma incondicional.

655. Como también se dijo, el Tribunal debe evaluar la legitimidad y la razonabilidad de las expectativas del inversionista teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso y la conducta del inversionista. En este caso, la Demandante sabía, o debía saber, que CMMK operaba en una zona habitada por comunidades indígenas originarias, con unas condiciones políticas, sociales, culturales y económicas particulares¹⁰⁵⁷. Los mismos asesores de CMMK, como ya lo ha señalado el Tribunal, advirtieron esta circunstancia y recomendaron las medidas que debían tomarse para el desarrollo del Proyecto. Por una parte, esto implica que SAS, a través de CMMK, debía desarrollar el Proyecto teniendo en cuenta las especiales características del lugar en el que operaba. Por la otra, supone que Bolivia tenía un deber elevado de protección y vigilancia respecto de las comunidades que habitan en la zona del Proyecto.
656. El Tribunal encontró probado que la conducta de CMMK incidió en la creación del conflicto social y que, incluso si su conducta no hubiese tenido tal incidencia en el origen del conflicto, las acciones que adoptó durante el conflicto contribuyeron a exacerbarlo generando divisiones y agudizando los enfrentamientos entre las Comunidades Originarias¹⁰⁵⁸. Asimismo, encontró probado que la Reversión obedeció al propósito consignado en el texto del Decreto de Reversión —poner fin al conflicto social en la zona del Proyecto—, y no a otros intereses económicos del Estado, como alegó la Demandante¹⁰⁵⁹. El grave conflicto social en la zona del Proyecto constituye una situación sobreviniente, en parte suscitada por la conducta de la Compañía, ante la cual correspondía al Estado tomar acciones para restablecer el orden público y proteger así la vida e integridad de los habitantes de la zona y los empleados de CMMK.
657. Al analizar el reclamo de expropiación, el Tribunal concluyó que, salvo por el requisito de pago de la compensación, la Reversión se ajustó al Tratado. En efecto, y contrario a lo que alegó la Demandante, el Tribunal encontró que la reversión obedeció a causas de utilidad pública y beneficio social¹⁰⁶⁰ y cumplió con el debido proceso¹⁰⁶¹.
658. La Demandante no ha invocado razones adicionales por las que este Tribunal deba concluir que una medida expropiatoria que cumple con los requisitos de utilidad pública y debido proceso es, en este caso particular, contraria a la obligación de dar un trato justo y equitativo bajo el artículo

¹⁰⁵⁷ Véase *supra* sección VII.A.

¹⁰⁵⁸ Véase *supra* sección VII.A, párrs. 505-507.

¹⁰⁵⁹ Véase *supra* sección VII.B.3.a.i.

¹⁰⁶⁰ Véase *supra* sección VII.B.3.a.i.

¹⁰⁶¹ Véase *supra* sección VII.B.3.a.ii.

2.2 del Tratado. Por lo tanto, el Tribunal remite a las consideraciones establecidas en la sección VII.B de este laudo en cuanto sean aplicables a las alegaciones de hecho también presentadas por la Demandante como fundamento de su reclamo por la alegada violación del estándar de trato justo y equitativo, y concluye que la Reversión no fue contraria al mencionado estándar.

659. Ahora bien, la Demandante alega que las actuaciones de Bolivia anteriores a la Reversión también violaron el estándar de trato justo y equitativo. En general, la Demandante sostiene que Bolivia socavó pública y deliberadamente sus derechos de propiedad sobre las Concesiones Mineras, fomentó la oposición hacia el Proyecto y hacia la Compañía, y permitió que el conflicto en Malku Khota escalara¹⁰⁶². A continuación, el Tribunal se referirá a estas alegaciones.
660. La Demandante alega que Bolivia habría vulnerado el estándar de trato justo y equitativo al ordenar la inmovilización de la zona alrededor del Proyecto mediante la Resolución DGAJ-0073/2011 emitida por COMIBOL el 26 de abril de 2011. Esta declaración habría tenido como efecto impedir que SAS ampliara libremente el Proyecto o expandiera la huella de la mina planeada y, además, sería una muestra temprana de las intenciones expropiatorias de Bolivia¹⁰⁶³.
661. El Tribunal no considera que la implementación de la Zona de Inmovilización suponga una violación del deber del Estado de otorgar un trato justo y equitativo a las inversiones de SAS.
662. No está en discusión que la Zona de Inmovilización corresponde a un área distinta a la de las Concesiones Mineras, respecto de la cual ni SAS ni CMMK tenían derechos adquiridos¹⁰⁶⁴. Tampoco está en discusión que la explotación y administración de dicha área estaba asignada a COMIBOL desde 2007¹⁰⁶⁵. Por lo tanto, que la Resolución DGAJ-0073/2011 hubiese sido emitida en abril de 2011 y se refiera al hallazgo de un yacimiento de plata en el Norte de Potosí por parte de CMMK no implica desconocimiento alguno de los derechos de SAS o CMMK sobre las Concesiones Mineras, ni revela una “intención expropiatoria” del Estado, que actuó en ejercicio legítimo de sus potestades.
663. Como se dijo, ni la Demandante ni CMMK tenían derechos adquiridos sobre esta zona, e incluso asumiendo que tuvieran interés o planes de ampliar el área del Proyecto o expandir la huella de la mina —como lo sugiere ahora SAS¹⁰⁶⁶— no existe en el expediente prueba contemporánea de

¹⁰⁶² Réplica de la Demandante, párr. 320.

¹⁰⁶³ Escrito de Demanda, párrs. 56-57.

¹⁰⁶⁴ Transcripción de la Audiencia, Día 3, 677:10-13 (español).

¹⁰⁶⁵ R-119, Resolución DGAJ-0073/2011, tercer visto. En la Audiencia, el señor Felipe Malbran confirmó que entendía que la Zona de Inmovilización estaba asignada a COMIBOL desde 2007 (véase Transcripción de la Audiencia, Día 3, 675:21-677:16 (español)).

¹⁰⁶⁶ Véase Escrito de Demanda, párr. 56.

que hubiesen comunicado tales intenciones al Gobierno y de que éste hubiese realizado algún compromiso específico al respecto. Por lo tanto, no es posible concluir que esta actuación frustró una legítima expectativa de la Demandante o supuso un ejercicio inconsistente o arbitrario de las potestades del Estado.

664. Si bien el Tribunal encuentra, como ya lo señaló, que existieron circunstancias en que algunos funcionarios de Bolivia podrían haber tenido un grado mayor de presencia y control, no encuentra que Bolivia hubiese fomentado la oposición al Proyecto con el fin de hacerse a las Concesiones Mineras, o que el escalamiento del conflicto en la zona sea atribuible a la conducta del Estado.
665. La Demandante no niega que Bolivia emprendió acciones para solucionar el conflicto suscitado entre comunarios en la zona del Proyecto; sin embargo, sugiere que tales acciones estuvieron realmente encaminadas a socavar los derechos de SAS sobre las Concesiones Mineras. Según la Demandante, los funcionarios de Bolivia excluyeron a la Compañía de las reuniones con la comunidad; comunicaron a las Comunidades Originarias que estaban en desacuerdo con el Proyecto; exigieron una participación en el mismo; instaron a la Compañía a suspender sus operaciones, y no enviaron a lo fuerza pública a la zona para contener la violencia¹⁰⁶⁷.
666. El Tribunal encuentra que las afirmaciones de SAS respecto de la conducta del Estado en relación con el conflicto en Malku Khota no están probadas y que las conductas de algunos funcionarios de Bolivia que describe la Demandante, si bien merecen reproche, no tienen la entidad suficiente para llegar a la conclusión que propugna la Demandante de que tales conductas hacen parte de un plan del Estado para quedarse con el Proyecto o de un plan del Estado para poner a las comunidades indígenas en contra de CMMK. Las pruebas que obran en el expediente demuestran que el Estado intentó mediar en el conflicto entre partidarios y opositores del Proyecto. Está acreditado que, desde principios de 2011, funcionarios de la Gobernación visitaron el área del Proyecto y se reunieron con los comunarios y organizaciones que se oponían al Proyecto¹⁰⁶⁸. Asimismo, está acreditado que la Gobernación realizó al menos dos reuniones entre CMMK, las Comunidades Originarias y representantes de la Gobernación, en las que se discutieron alternativas para solucionar el conflicto¹⁰⁶⁹. En 2011 y 2012, tanto la Gobernación de Potosí como

¹⁰⁶⁷ Véase, por ejemplo, Réplica de la Demandante, párr. 100 *et seq.*, 281.

¹⁰⁶⁸ RWS-1, Primera Declaración del Gob. Gonzales, párr. 20; R-170, Acta del directorio de SASC del 12 de enero de 2011, p. 1; R-59, Acta de visita de la Secretaría Departamental de la Madre Tierra a la Comunidad de Malku Khota del 10 de mayo de 2011.

¹⁰⁶⁹ R-32, Acta de la reunión de socialización del proyecto del 23 de julio de 2011; R-63, Informe de la segunda reunión de socialización del Proyecto Malku Khota del 6 de septiembre de 2011.

el Gobierno central, convocaron y celebraron reuniones, conjuntas e individuales, con miembros de la comunidad, opositores y partidarios del Proyecto¹⁰⁷⁰, y con la Compañía¹⁰⁷¹.

667. Contrario a lo que afirma SAS, no está probado que en las reuniones con las comunidades la Gobernación hubiese manifestado su oposición al Proyecto. En efecto, las afirmaciones de la Demandante en ese sentido no encuentran respaldo en los documentos contemporáneos¹⁰⁷² y, además, contrastan con la percepción que tenían funcionarios y directivos de SAS sobre el apoyo de Bolivia entre enero de 2011 y mediados de 2012¹⁰⁷³.
668. Tampoco está probado que, como lo sugiere SAS, el Gobierno de Potosí hubiese exigido una participación en el Proyecto como condición para su viabilidad. En la Audiencia, el señor Mallory, testigo de la Demandante testificó que, en una conversación con el Gobernador en julio de 2011, éste le había sugerido que “*si alguna vez nos dirigíamos al mercado y tratábamos de crear participación, tenía que llegar en primer lugar al gobernador*”¹⁰⁷⁴. El señor Mallory reiteró que la propuesta le había causado sorpresa, pero enfatizó que se trataba de una “sugerencia”¹⁰⁷⁵ y no de una “demanda”, como lo insinúa su declaración escrita y la del señor González Yutronic¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷⁰ Véase, por ejemplo, R-66, Acta de reunión en el Palacio de Gobierno de La Paz con COTOA-6A, 24 de noviembre de 2011; CWS-10, Segunda Declaración de Mallory, párrs. 62-63; R-262, Correo electrónico de Testigo X a directivos de CMMK del 3 de diciembre de 2011; CWS-3 Primera Declaración de Mallory, párr. 25; RWS-1, Primera Declaración del Gob. Gonzales, párr. 52; CWS-7, Segunda Declaración de Angulo, párr. 53; C-272, Memorandum de Santiago Angulo a Xavier Gonzales Malbrán, Informe sobre el viaje a Potosí, Mar. 28 – 30, 2012; R-82, Carta del Gobernador de Potosí a las Comunidades de Malku Khota y Calachaca del 23 de mayo de 2012; C-15, Acta de la Reunión sobre el Caso Malku Khota, 28 de mayo de 2012; R-92, Convocatoria del Ministro de Minería y Metalurgia del 27 de junio de 2012.

¹⁰⁷¹ Véase, por ejemplo, CWS-4, Primera Declaración de Gonzales Yutronic, párr. 24; RWS-1, Primera Declaración del Gob. Gonzales, párr. 53.

¹⁰⁷² El señor Angulo dice haber participado en las reuniones del 28 de marzo y 28 de mayo de 2012 como miembro de la comunidad y no como empleado de CMMK (véase CWS-5, Primera Declaración de Angulo, párrs. 10-17; CWS-7, Segunda Declaración de Angulo, párr. 53). En su reporte sobre el viaje a Potosí entre el 28 y 30 de marzo de 2012 (C-272), el señor Angulo no manifiesta que su impresión hubiese sido que la Gobernación estaba en contra del Proyecto. Según este informe, el Gobernador Gonzales expresó que *personalmente* no estaba de acuerdo con la empresa privada, pero que había alternativas para el desarrollo del Proyecto y que éste era motivo de esperanzas para Malku Khota. Por su parte, los señores Mallory y Gonzales Yutronic afirman que en una reunión del 25 de septiembre de 2011, el señor Yerco Cervantes, Director de Minería y Desarrollo para el Gobierno de Potosí, habría anunciado que el Gobierno apoyaría las acciones de la comunidad para la formación de una cooperativa (CWS-4, Primera Declaración de Gonzales Yutronic, párr. 13; CWS-3, Primera Declaración de Mallory, párr. 22). Sin embargo, ninguno de los testigos cita algún documento contemporáneo que respalde sus afirmaciones.

¹⁰⁷³ En enero de 2011, el señor Fitch reportó al directorio de SASC que el Gobierno continuaba apoyándola en su esfuerzo por resolver los problemas comunitarios (R-170, Acta del directorio de SASC del 12 de enero de 2011, pág. 1). También el reporte de SASC del 8 de julio de 2012 señala expresamente que las autoridades gubernamentales continuaban en sus esfuerzos por restablecer la paz y el orden en Malku Khota (C-305, South American Silver Corp., News Release, “South American Silver Provides Further Update on Bolivia,” 8 de julio de 2012, pág. 1). Durante la Audiencia, el señor Fitch confirmó lo dicho en este reporte y aceptó que “el Gobierno de Bolivia mostró cierto nivel de apoyo” (Transcripción de la Audiencia, Día 2, 394:7-13 (español)). Asimismo, el señor Mallory ratificó que para febrero de 2012, su percepción era que el Gobernados Gonzales entendía su preocupación por la situación de la comunidad Malku Khota (Transcripción de la Audiencia, Día 2, 453:23-454:4 (español)).

¹⁰⁷⁴ Véase Transcripción de la Audiencia, Día 2, 472:19-473:16 (español).

¹⁰⁷⁵ Transcripción de la Audiencia, Día 2, 473:14-16 (español).

¹⁰⁷⁶ CWS-10, Segunda Declaración de Mallory, párr. 45; CWS-8, Segunda Declaración de Gonzales Yutronic, párr. 28.

669. El Tribunal entiende que la propuesta de conformar una sociedad mixta con participación de Bolivia se presentó en el contexto del conflicto entre comunarios, como una alternativa para procurar la continuidad del Proyecto en cabeza de CMMK¹⁰⁷⁷. Con base en las pruebas que obran en el expediente y teniendo en cuenta el contexto social en la zona del Proyecto¹⁰⁷⁸, no puede concluir el Tribunal que esta propuesta —no exigencia— hubiese obedecido a fines espurios o hubiese menoscabado los derechos de SAS relacionados con las Concesiones Mineras. Por el contrario, se trató de una propuesta para procurar la continuidad del Proyecto que es precisamente lo que solicitaba SAS.
670. Similares consideraciones aplican a la sugerencia realizada por funcionarios gubernamentales en mayo de 2012 de que la Compañía suspendiera operaciones temporalmente¹⁰⁷⁹. Esta propuesta, que tampoco era una exigencia, se hizo en el contexto de una escalada de violencia en la zona del Proyecto¹⁰⁸⁰ y no existe evidencia de que hubiese tenido un propósito distinto al de procurar que las comunidades enfrentadas pudieran llegar a un consenso en ese lapso de tiempo¹⁰⁸¹. El Tribunal no encuentra que esta propuesta hubiese supuesto afectación alguna a los derechos de SAS sobre las Concesiones Mineras, máxime cuando la propuesta no fue acogida por la Demandante y, por lo tanto, ni siquiera se materializó.
671. Finalmente, SAS se queja de que Bolivia no hubiera desplegado a la fuerza pública para proteger a los empleados y bienes de CMMK de las supuestas amenazas y acciones de los comunarios que se oponían al proyecto¹⁰⁸². Sin embargo, las pruebas en el expediente demuestran que Bolivia sí tomó medidas frente a la situación en Malku Khota y las solicitudes de la Compañía¹⁰⁸³, incluyendo el envío de un contingente policial a las zonas aledañas a Malku Khota para contener

¹⁰⁷⁷ Véase, por ejemplo, R-32, Acta de la reunión de socialización del proyecto del 23 de julio de 2011. Véase también CWS-4, Primera Declaración de Gonzales Yutronic, párr. 24, en relación con la reunión del 19 de junio de 2012 en la que el Gobierno central también planteó la alternativa.

¹⁰⁷⁸ Véase *supra* sección VII.A.

¹⁰⁷⁹ El Tribunal nota que esta sugerencia fue realizada por funcionarios del Ministerio de Minería en una reunión llevada a cabo el 5 de mayo de 2012 con funcionarios de CMMK, incluidos Xavier Gonzales Yutronic y el Testigo X (véase R-265). Posteriormente, en una reunión entre representantes del Gobierno y las comunidades llevada a cabo el 9 de mayo de 2012, el Gobernador de Potosí sugirió que CMMK suspendiera actividades temporalmente (véase C-51). La Demandante alega que CMMK no estaba presente en esa reunión.

¹⁰⁸⁰ Véase *supra* sección III, párrs. 147, 150, 152.

¹⁰⁸¹ Los documentos contemporáneos indican que la intención tras esta propuesta era buscar un ambiente más propicio para encontrar soluciones al conflicto entre las comunidades. Véase C-51; R-265.

¹⁰⁸² Escrito de Réplica, párr. 338.

¹⁰⁸³ Véase *supra inter alia* párrs. 135-136, 150, 153.

las acciones violentas de los comunarios enfrentados¹⁰⁸⁴, y la investigación y, en algunos casos la aprehensión, de las personas denunciadas penalmente por CMMK¹⁰⁸⁵.

672. En todo caso, no existe ninguna prueba de que la militarización de la zona hubiese sido una medida adecuada y conducente para solucionar el conflicto social y permitir la continuidad del Proyecto.
673. Es cierto, como lo afirma la Demandante, que en algunas ocasiones y ya frente al conflicto, algunos funcionarios de la Demandada pudieron tener una actuación más oportuna y eficiente. También es cierto que se trata de una zona donde existen condiciones de pobreza y falta de infraestructura que pueden haber contribuido al malestar generado por el Proyecto y la presencia de CMMK. Pero, por una parte, la falta de oportunidad o eficiencia en algunas actuaciones no tiene, en este caso, la entidad suficiente para calificar como violatoria del estándar de trato justo y equitativo y menos aún resultan suficientes para concluir que Bolivia actuó con premeditación y bajo un plan para quedarse con el control del Proyecto. Una alegación de esta naturaleza requiere un estándar de prueba alto en cuanto se trata de demostrar una actuación del Estado de mala fe o con una negligencia intolerable, y tal prueba no existe en este caso.
674. Por las razones expresadas en esta sección, el Tribunal concluye que no se probó que Bolivia hubiese violado el estándar de trato justo y equitativo contenido en el artículo 2.2 del Tratado.

2. La reclamación de plena seguridad y protección

(a) Posición de la Demandante

675. La Demandante sostiene que, bajo el estándar de plena protección y seguridad, el Estado está obligado a actuar con la diligencia debida para asegurar la protección “*legal y física*” de las inversiones en su territorio, adoptando todas las medidas necesarias y razonables a tal fin¹⁰⁸⁶, “*sin necesidad alguna de establecer dolo o negligencia*” para constatar una violación de dicha obligación¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸⁴ RWS-1, Primera Declaración del Gob. Gonzales, párrs. 70-71. Véase también R-91, Nota de prensa, El Potosí, *Presencia policial genera calma en Mallku Khota* del 14 de junio de 2012.

¹⁰⁸⁵ R-77, Nota de Prensa, El Potosí, *Comunarios se enfrentan por un megayacimiento de plata* del 6 de mayo de 2012; R-78, El Potosí, *Confirman que hay un rehén en Mallku Khota* del 5 de mayo de 2012; R-75, Resolución de archivo de la denuncia de Xavier Gonzales Yutronic contra miembros de las Comunidades Originarias del 28 de febrero de 2014.

¹⁰⁸⁶ Escrito de Demanda, párr. 155; Réplica de la Demandante, párr. 335; Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 36.

¹⁰⁸⁷ Escrito de Demanda, párr. 155; citando CLA-8, *AAPL*, Laudo, párr. 77.

676. A la luz de los hechos, según la Demandante, “*las acciones de Bolivia cayeron muy por debajo*” de este estándar¹⁰⁸⁸.
677. Por un lado, la Demandante alega que Bolivia no actuó con la diligencia debida para otorgar plena protección y seguridad a la inversión de SAS. La Demandante afirma que el Gobierno nunca brindó asistencia alguna a CMMK para solucionar el conflicto, pese a que ésta solicitó su intervención en diciembre de 2010, y no militarizó la zona que rodeaba Malku Khota cuando el conflicto era insostenible. La Demandante señala que “el hecho aquí es que Bolivia no intervino para proteger las concesiones mineras de Mallku y [solo] una vez que sí controló las concesiones [mineras,] fue [...] entonces que [Bolivia] envió a las fuerzas policiales y del ejército para proteger la zona”¹⁰⁸⁹. Por ende, Bolivia no tomó las medidas necesarias para prevenir que el conflicto social se agravara¹⁰⁹⁰. Según la Demandante, Bolivia promovió la oposición hacia el Proyecto creada por los mineros de oro ilegales¹⁰⁹¹ y otorgó inmunidad a sus líderes a través de las Actas de Entendimiento, menoscabando así “*la [plena protección y seguridad] a la que [SAS] tenía derecho respecto de sus inversiones en Bolivia*”¹⁰⁹².
678. Por el otro lado, según la Demandante, Bolivia retiró deliberadamente la plena protección y seguridad que había sido otorgada al Proyecto. La Demandante considera que, mediante la Reversión y el intento de retirar los permisos ambientales, Bolivia “*menoscabó y efectivamente negó la [plena protección y seguridad] concedida a la inversión de [SAS]*”¹⁰⁹³.

(b) Posición de la Demandada

679. La Demandada afirma que la obligación de otorgar plena protección y seguridad “*no es absoluta ni impone al Estado que la emite responsabilidad objetiva*”¹⁰⁹⁴. Se trata de una obligación de medios que exige que el Estado adopte las medidas necesarias para proteger una inversión, únicamente cuando ésta se ve amenazada por la interferencia ilícita de agentes no estatales.¹⁰⁹⁵

¹⁰⁸⁸ Escrito de Demanda, párr. 156.

¹⁰⁸⁹ Transcripción de la Audiencia, Día 1, 98:9-12 (inglés).

¹⁰⁹⁰ Escrito de Demanda, párr. 156; Réplica de la Demandante, párrs. 336-340.

¹⁰⁹¹ Transcripción de la Audiencia, Día 1, 98:13-17 (inglés).

¹⁰⁹² Escrito de Demanda, párr. 156; Réplica de la Demandante 341-342. Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 1, 98:13-17 (inglés).

¹⁰⁹³ Escrito de Demanda, párr. 156.

¹⁰⁹⁴ Contestación a la Demanda, párr. 467, citando a RLA-96, *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB (AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003, párr. 177.

¹⁰⁹⁵ Contestación a la Demanda, párrs. 465-466.

Así, el estándar de plena protección y seguridad no exige “*obtener resultados precisos, y menos aún, proteger a SAS por las propias acciones de CMMK*”¹⁰⁹⁶.

680. Según la Demandada, pese a no tener ninguna obligación internacional de proteger a CMMK, pues la oposición de las Comunidades Originarias era legítima¹⁰⁹⁷, Bolivia cumplió con la obligación de otorgar plena protección y seguridad, ya que “*en la medida de sus posibilidades, protegió la inversión de SAS hasta el mismo día de la Reversión*”¹⁰⁹⁸. La Demandada intentó mantener la paz en el área mediante el diálogo directo con la Gobernación y las reuniones de mediación, y cuando el conflicto se agravó, Bolivia envió a policías y funcionarios de primer rango para ayudar a solucionar el conflicto¹⁰⁹⁹. La represión militar, contrariamente a lo que alega la Demandante, no era una medida razonable, pues (i) es incompatible con el respeto de una sociedad libre y democrática, (ii) se encuentra prohibida por el derecho internacional, y (iii) la experiencia boliviana demuestra que la intervención militar únicamente agrava los conflictos sociales¹¹⁰⁰.
681. La Demandada niega que Bolivia incitara la oposición hacia CMMK. En su lugar, Bolivia afirma que defendió a CMMK y buscó un acuerdo para satisfacer los intereses de las partes en conflicto, y para ello, los representantes públicos de Bolivia pusieron su propia seguridad física en juego. Según la Demandada, las violaciones de los derechos humanos e indígenas por parte de CMMK fue la única causa de la oposición de las Comunidades Originarias¹¹⁰¹.
682. Asimismo, la Demandada niega que se otorgara inmunidad a los líderes de la oposición mediante las Actas de Entendimiento, sino que simplemente se determinó que la responsabilidad penal de dichos líderes quedaría sujeta al sistema judicial indígena. La Demandada afirma que el Gobierno no tiene siquiera la potestad de otorgar dicha inmunidad, de conformidad con el principio de división de poderes. En cualquier caso, la Demandada sostiene que no existe justificación alguna para considerar que el enjuiciamiento de los líderes de la oposición constituya una medida razonable para proteger las Concesiones Mineras, y, por ende, no podría existir violación del estándar de plena protección y seguridad incluso si la inmunidad hubiese sido otorgada¹¹⁰².

¹⁰⁹⁶ Dúplica de la Demandada, párr. 478. Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 1, 264:8-13 (español).

¹⁰⁹⁷ Dúplica de la Demandada, párr. 486.

¹⁰⁹⁸ Contestación a la Demanda, párr. 461. Véase asimismo, Dúplica de la Demandada, párrs. 479-482.

¹⁰⁹⁹ Contestación a la Demanda, párr. 463.

¹¹⁰⁰ Dúplica de la Demandada, párrs. 483-485.

¹¹⁰¹ Contestación de la Demanda, párrs. 488-492; Dúplica de la Demandada, párr. 463.

¹¹⁰² Contestación de la Demanda, párr. 471; Dúplica de la Demandada, párrs. 493-496.

683. En consecuencia, Bolivia afirma que tomó las medidas que estaban a su alcance para evitar el conflicto social y la Reversión únicamente intervino cuando Bolivia no tuvo otra alternativa “*para hacer frente a un conflicto social creado y agravado por CMMK*”. Además, Bolivia puso a disposición de CMMK los medios necesarios para recurrir ante los tribunales bolivianos, cumpliendo así con su obligación de otorgar plena protección y seguridad¹¹⁰³.
684. Finalmente, la Demandada niega que Bolivia intentara retirar los permisos ambientales a CMMK, alegando que el argumento de la Demandante en este sentido es “*frívolo y ejemplifica la falta de argumentos sólidos de SAS*”.¹¹⁰⁴

(c) Consideraciones del Tribunal

685. El artículo 2.2 del Tratado establece que “*a las inversiones de nacionales o sociedades de cada Parte Contratante [...] gozarán de plena protección y seguridad en el territorio de la otra Parte Contratante.*”
686. Las Partes están de acuerdo en que el estándar de plena protección y seguridad requiere que el Estado receptor de la inversión ejerza la debida diligencia y tome medidas razonables para proteger las inversiones¹¹⁰⁵. Asimismo, Bolivia afirma, y la Demandante no niega, que la obligación de brindar plena protección y seguridad a las inversiones es de medio y no de resultado¹¹⁰⁶.
687. El Tribunal coincide en que el estándar de plena protección y seguridad bajo el Tratado impone a Bolivia el deber de actuar con la debida diligencia, es decir, adoptar las medidas que resulten razonables para proteger la inversión, teniendo en cuenta las circunstancias del caso¹¹⁰⁷.
688. La Demandante acusa a la Demandada de (i) haberse negado o simplemente no haber intervenido cuando así se lo solicitó SAS; (ii) fomentar la oposición al Proyecto liderada por cooperativas y mineros ilegales en el área, y (iii) conceder inmunidad a líderes de la oposición y autores de la violencia¹¹⁰⁸. El Tribunal no encuentra que estas acusaciones hayan sido probadas o que,

¹¹⁰³ Contestación de la Demanda, párrs. 474-475; Dúplica de la Demandada, párr. 479.

¹¹⁰⁴ Contestación de la Demanda, párr. 476.

¹¹⁰⁵ Véase Contestación de la Demandada, párr. 465; Réplica de la Demandante, párr. 335; Dúplica de la Demandada, párr. 478.

¹¹⁰⁶ Véase Contestación de la Demanda, párrs. 465-467.

¹¹⁰⁷ Véase, por ejemplo, CLA-8, *Asian Agric. Prods., Ltd. (AAPL) v. Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, Laudo Final, 27 de junio de 1990, 30 I.L.M. 580 (1991), párrs. 76-77; CLA-43, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and ors. v. Argentine Republic*, Caso CIADI No. ARB/03/17, Decision sobre Responsabilidad, 30 de julio de 2010, párrs. 156-158; CLA-46, *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, UNCITRAL, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, párr. 484.

¹¹⁰⁸ Escrito de Demanda, párr. 156; Réplica de la Demandante, párr. 336.

considerando las circunstancias del caso, la conducta de Bolivia haya estado por debajo del estándar de plena protección y seguridad del Tratado.

689. Primero, no está probado que Bolivia se hubiese negado o hubiese dejado de intervenir cuando SAS lo solicitó. Por el contrario, las pruebas que obran en el expediente muestran que desde principios de 2011 y hasta mediados de 2012, funcionarios de la Gobernación de Potosí y del Gobierno Nacional participaron en reuniones con miembros de la comunidad, opositores y partidarios del Proyecto, y también con la Compañía, varias de ellas convocadas por la Gobernación, con el propósito de solucionar el conflicto social que había surgido en la zona con ocasión del Proyecto¹¹⁰⁹. Nuevamente, las demoras o ineficiencias en algunas actuaciones puntuales no tienen la entidad suficiente para calificar como actuaciones violatorias del estándar de plena protección y seguridad.
690. La Demandante se ha quejado particularmente de que Bolivia no hubiese militarizado las zonas aledañas a Malku Khota y ha postulado este hecho como una muestra de que la Demandada no actuó con la debida diligencia¹¹¹⁰. El Tribunal no puede aceptar esta posición. Por una parte, no está probado que militarizar la zona hubiese sido una medida adecuada y conducente para solucionar el conflicto social y permitir la continuidad del Proyecto. Por el contrario, la experiencia del Estado en esta materia indica que esa medida no sólo es ineficaz, sino que puede tener consecuencias fatales¹¹¹¹. En efecto, los hechos ocurridos en Malku Khota con ocasión de las intervenciones policiales en mayo y julio de 2012 sugieren que la intervención de la fuerza pública en este tipo de conflictos no es la solución adecuada para el conflicto, como lo sugiere la Demandante.
691. Por otra parte, el hecho de que Bolivia no hubiese dispuesto la militarización de la zona no demuestra que hubiese dejado de tomar medidas para procurar la continuidad del Proyecto. Como ya se dijo, funcionarios de la Gobernación y el Gobierno Nacional convocaron y participaron en reuniones de socialización del Proyecto y diálogo con los comunarios enfrentados, atendieron inquietudes de la Compañía, así como de los defensores y opositores del Proyecto, y presentaron alternativas para solucionar el conflicto¹¹¹².

¹¹⁰⁹ Véase *supra* párr. 671, nota al pie 1083.

¹¹¹⁰ Véase, por ejemplo, Réplica de la Demandante, párr. 338.

¹¹¹¹ Transcripción de la Audiencia, Día 4, 877:6-14 (español).

¹¹¹² Véase *supra* párrs. 575, 577, 671.

692. Segundo, y como ya lo señaló el Tribunal en los párrafos 666 a 674 de este laudo, no está probado que Bolivia hubiese fomentado o auspiciado de manera alguna la oposición al Proyecto¹¹¹³.
693. Tercero, el Tribunal no está convencido de que el supuesto desistimiento de los procesos e investigaciones penales contra los líderes de las organizaciones indígenas anunciado en el Acta de Entendimiento del 7 de julio de 2012 constituya, en este caso, una violación del estándar de plena protección y seguridad.
694. Por una parte, el compromiso de suspender la persecución penal contra los líderes de las organizaciones indígenas se produjo como una concesión en el marco de un acuerdo para poner fin al conflicto social en la zona de Malku Khota. No se trató de una inactividad general del Estado frente a las supuestas amenazas y agresiones contra la Compañía. Por el contrario, el hecho de que existieran investigaciones y procesos penales contra opositores al Proyecto indica que el Estado sí respondió a las denuncias presentadas por CMMK.
695. Por otra parte, y aún si fuera cierto que los presuntos responsables de algún acto en contra de la Compañía quedaron impunes tras la reunión del 7 de julio de 2012, la Demandante no ha probado que este hecho tuvo un impacto negativo sobre su inversión. El compromiso del Estado de desistir de los procesos e investigaciones penales contra los líderes de las organizaciones indígenas opuestas al Proyecto no significó un deterioro en la situación de seguridad de CMMK o de SAS.
696. Finalmente, SAS alegó en su Escrito de Demanda que la pretendida revocatoria de una licencia ambiental había socavado la seguridad legal y protección que tenía derecho a esperar bajo el Tratado¹¹¹⁴. Aun aceptando que el estándar de plena protección y seguridad se extiende a la seguridad jurídica —cosa que las Partes no han discutido y sobre la cual no se pronuncia el Tribunal—, la Demandante no probó que la pretendida revocatoria de la licencia hubiese tenido un efecto negativo sobre sus inversiones. En efecto, no hay prueba de que la licencia hubiese sido efectivamente revocada o de que el concepto interno en el que basa su alegación contuviese la postura oficial y definitiva de la entidad correspondiente, o se hubiese hecho público causando algún impacto en la inversión. Por lo tanto, el Tribunal también rechaza esta alegación.
697. En relación con la Reversión de las Concesiones Mineras, el Tribunal se remite a las consideraciones expuestas *supra*¹¹¹⁵ y, con base en las mismas, concluye que la Reversión tampoco constituye una violación del estándar de plena protección y seguridad bajo el Tratado.

¹¹¹³ Véase *supra* párrs. 642 *et seq.*

¹¹¹⁴ Escrito de Demanda, párr. 156.

¹¹¹⁵ Véase *supra* párrs. 610, 657-658.

698. Por las razones expresadas en esta sección, el Tribunal concluye que no se probó que Bolivia hubiese violado el estándar de plena protección y seguridad contenido en el artículo 2.2 del Tratado.

3. La reclamación por medidas irrazonables o discriminatorias

(a) Posición de la Demandante

699. Apoyándose en la definición desarrollada en el caso *Toto c. Líbano*, la Demandante sostiene la siguiente definición de medida irrazonable o discriminatoria:

*“(i) una medida que infringe daños al inversionista sin perseguir ningún propósito legítimo evidente, (ii) una medida que no se basa en estándares legales sino en la discreción, prejuicio o preferencia personal, (iii) una medida adoptada por razones que son diferentes a las presentadas por la autoridad, o (iv) una medida adoptada ignorando intencionalmente el debido proceso y procedimiento apropiado”*¹¹¹⁶.

700. Según la Demandante, las medidas adoptadas por Bolivia en el presente caso, incluyendo respecto a la Zona de Inmovilización, el Decreto de Congelación, retirar el apoyo al Proyecto, incentivar la oposición hacia CMMK y la Reversión, cumplen todos estos requisitos, y por ende son irracionales¹¹¹⁷. En particular, (i) las medidas dañaron “*la administración, mantenimiento, desarrollo, uso goce y extensión*” de las inversiones de SAS, sin perseguir ningún propósito público legítimo, pues privaron al país de diversas oportunidades; (ii) la Reversión se basó en “*una mera orden ejecutiva*”; (iii) la Reversión fue adoptada para que Bolivia se adueñara del yacimiento, y no para pacificar el conflicto social; y (iv) Bolivia no cumplió con el debido proceso de SAS.¹¹¹⁸

701. Además, la Demandante sostiene que las medidas adoptadas también fueron discriminatorias. La Demandante define una medida discriminatoria como aquella que otorga “*un tratamiento diferenciado de personas o compañías en circunstancias similares, sin una justificación racional*”¹¹¹⁹. Según la Demandante, las medidas adoptadas por Bolivia encajan con esta definición pues (i) antes de la expropiación, varios funcionarios de Bolivia se opusieron abiertamente a SAS, por tratarse de una compañía “*transnacional*”; (ii) las Concesiones Mineras fueron expropiadas, “*al menos en parte*”, porque CMMK era propiedad de SAS¹¹²⁰; y (iii) no

¹¹¹⁶ Escrito de Demanda, párr. 158, refiriéndose a CLA-65, *Toto Construzioni Generali S.P.A. c. República de Líbano*, Caso CIADI N.º ARB/07/12, laudo, 7 de junio de 2012, párr. 157.

¹¹¹⁷ Réplica de la Demandante, párr. 345. Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 1, 99:2-17 (inglés).

¹¹¹⁸ Escrito de Demanda, párr. 159; Réplica de la Demandante, párrs. 345-346.

¹¹¹⁹ Escrito de Demanda, párr. 158.

¹¹²⁰ Escrito de Demanda, párr. 160; Réplica de la Demandante, párr. 347.

existe justificación racional alguna para dicha expropiación¹¹²¹. Contrariamente a las alegaciones de la Demandada, lo anterior es suficiente para probar la existencia de medidas discriminatorias, pues tal y como concluyó el tribunal en el caso *Lemire c. Ucrania*, “una medida discriminatoria [es] una medida que apuntaba a las inversiones de la Demandante, en especial por ser inversiones extranjeras”¹¹²².

(b) Posición de la Demandada

702. La Demandada considera que los argumentos de SAS no son válidos para establecer la irracionalidad de las medidas adoptadas por Bolivia¹¹²³. Según la Demandada, la Zona de Inmovilización no pudo provocar daño alguno a las Concesiones Mineras, pues se aplicó fuera del área concesionada, y las demás medidas, excluyendo la supuesta promoción de la oposición, que la Demandada niega que ocurriera, fueron razonables¹¹²⁴ por cuanto (i) se justifican por el propósito legítimo de pacificar el área de Malku Khota, que se consiguió mediante la Reversión¹¹²⁵; (ii) la Reversión fue adoptada en cumplimiento del ordenamiento jurídico boliviano y por un instrumento jurídico legítimo (un Decreto Supremo), que además pudo haber sido recurrido por CMMK¹¹²⁶; (iii) no existe interés económico alguno detrás de la Reversión¹¹²⁷; y (iv) Bolivia no privó a CMMK del debido proceso¹¹²⁸.
703. La Demandada sostiene, asimismo, que SAS tampoco ha probado que las medidas adoptadas por Bolivia sean discriminatorias¹¹²⁹. La Demandada afirma que la jurisprudencia arbitral, incluyendo el caso *Lemire c. Ucrania*, exige que el inversionista demuestre que “(i) existe un inversionista de Bolivia o de otro Estado, (ii) en circunstancias similares a las de CMMK (iii) que ha sido tratado más favorablemente por Bolivia”¹¹³⁰. Sin embargo, SAS no ha probado ninguno de estos requisitos¹¹³¹. Según la Demandada, SAS no puede satisfacer la carga de la prueba, puesto que (i) la otra empresa que participó en el conflicto, también fue expulsada¹¹³², (ii) “otras empresas

¹¹²¹ Réplica de la Demandante, párr. 348.

¹¹²² Réplica de la Demandante, párr. 348, refiriéndose al CLA-49, *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/06/18, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 14 de enero de 2010, párr. 261.

¹¹²³ Contestación de la Demanda, párr. 482; Dúplica de la Demandada, párrs. 500-501.

¹¹²⁴ Dúplica de la Demandada, párrs. 498-499.

¹¹²⁵ Contestación a la Demanda, párr. 483; Dúplica de la Demandada, párr. 501.

¹¹²⁶ Contestación a la Demanda, párr. 484.

¹¹²⁷ Contestación a la Demanda, párr. 485.

¹¹²⁸ Contestación a la Demanda, párr. 486.

¹¹²⁹ Dúplica de la Demandada, párr. 502; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 263:22 – 264:7 (español).

¹¹³⁰ Contestación a la Demanda, párr. 491; Dúplica de la Demandada, párrs. 503-505.

¹¹³¹ Contestación a la Demanda, párrs. 488-490; Dúplica de la Demandada, párrs. 501-504.

¹¹³² Contestación a la Demanda, párr. 490.

*operan en la zona sin dificultad gracias a su buena gestión de las relaciones comunitarias*¹¹³³, y (iii) cualquier trato diferenciado otorgado a CMMK se justifica por ser “*un actor clave en las disputas intercomunales*”¹¹³⁴.

(c) Consideraciones del Tribunal

704. El artículo 2.2 del Tratado también establece que “[n]inguna Parte Contratante deberá, en forma alguna, afectar mediante medidas irrazonables o discriminatorias la administración, mantenimiento, uso, goce o enajenación en su territorio de las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Partes Contratante.”
705. La Demandante afirma que para que haya una violación de esta disposición basta con que las medidas en cuestión sean irrazonables o discriminatorias pero que, en todo caso, las medidas impuestas por Bolivia reúnen ambas características¹¹³⁵. La Demandada no disputa esta interpretación que, por lo demás, se desprende del uso de la conjunción disyuntiva “o” en el texto del precepto antes transcrito.
706. En primer lugar, la Demandante alega que la Reversión y las medidas precedentes son irrazonables y afectaron la inversión. De acuerdo con la definición propuesta por SAS, y no discutida por Bolivia, una medida es irrazonable si: (i) inflige daños al inversionista sin servir un propósito aparentemente legítimo; (ii) no se basa en estándares legales, sino en la discreción, prejuicio o preferencia personal; (iii) es tomada por motivos distintos a las presentadas por quien toma la decisión; o (iv) es tomada en desatención deliberada del debido proceso y el procedimiento adecuado¹¹³⁶.
707. La única discusión entre las Partes respecto del estándar aplicable es si existe una diferencia entre medidas “irrazonables” y medidas “arbitrarias”. Según la Demandante, la “arbitrariedad” implica un estándar más alto que el de “irracionalidad” que es al que se refiere el artículo 2.2 del Tratado¹¹³⁷. Por el contrario, la Demandada sostiene que el significado de ambos términos es sustancialmente el mismo en el sentido de algo hecho caprichosamente, sin razón¹¹³⁸.

¹¹³³ Dúplica de la Demandada, párr. 506.

¹¹³⁴ Contestación a la Demanda, párr. 492.

¹¹³⁵ Escrito de Demanda, párr. 157.

¹¹³⁶ Escrito de Demanda, párr. 158, haciendo referencia a la decisión del tribunal de *Toto c. Líbano*. (CLA-65, *Toto Construzioni Generali S.P.A. v. Republic of Lebanon*, Caso CIADI No. ARB/07/12, Laudo, 7 de junio de 2012, párr. 157).

¹¹³⁷ Réplica de la Demandante, párr. 344.

¹¹³⁸ Dúplica de la Demandada, párr. 500, citando CLA-41, *National Grid c. República de Argentina*, Caso CNUDMI, Laudo, 3 de noviembre de 2008, párr. 197.

708. En opinión del Tribunal, esta discusión no es relevante para la resolución del presente caso. Por las razones de hecho y de derecho que ya han sido expresadas, el Tribunal no encuentra que las medidas en cuestión hubiesen sido irrazonables y tampoco arbitrarias. En efecto, el Tribunal ya concluyó que la Reversión sirvió un propósito público legítimo; se llevó a cabo con el propósito efectivo de pacificar el área, y con atención al debido proceso¹¹³⁹.
709. Asimismo, el Tribunal concluyó que la Resolución DGAJ-0073/2011 no desconoció ni afectó los derechos de CMMK o de SAS sobre las Concesiones Mineras¹¹⁴⁰; que no existe prueba de que Bolivia hubiese fomentado la oposición hacia el Proyecto¹¹⁴¹; que la propuesta de crear una empresa mixta no obedeció a motivos ilegítimos ni tuvo efectos negativos sobre los derechos de CMMK o de SAS¹¹⁴² y, finalmente, que la Reversión estuvo justificada y, salvo por el requisito de pago, se hizo conforme al Tratado¹¹⁴³. Por todo lo anterior, el Tribunal descarta las alegaciones de la Demandante respecto de supuesta imposición de medidas irrazonables que afectaron “*la administración, mantenimiento, uso, goce o enajenación en su territorio*” de la inversión de SAS en Bolivia.
710. En segundo lugar, la Demandante alega que las medidas de Bolivia fueron discriminatorias y afectaron la inversión. Nuevamente, observa el Tribunal que las Partes están de acuerdo con el estándar de medidas discriminatorias¹¹⁴⁴. Según la definición avalada por ambas Partes, la discriminación implica “*un tratamiento diferenciado de personas o compañías en circunstancias similares, sin una justificación racional para dicho tratamiento diferenciado*”¹¹⁴⁵. El Tribunal acepta la definición del estándar propuesta por las Partes y, con base en ella y los hechos probados en este caso, concluye que Bolivia no afectó “*la administración, mantenimiento, uso, goce o enajenación en su territorio*” de las inversiones de SAS mediante medidas discriminatorias.
711. En efecto, la Demandante no demostró la presencia, y mucho menos la concurrencia, de ninguno de los elementos que se desprenden del estándar antes anunciado, a saber: (i) que existiese otra persona o compañía en circunstancias similares, (ii) que hubiese recibido un tratamiento diferenciado, y (iii) que dicho tratamiento carezca de justificación racional.

¹¹³⁹ Véase *supra* sección VII.B.3.a.i, párrs. 552-578, sección VII.B.3.a.ii, párrs. 579-586.

¹¹⁴⁰ Véase *supra* párrs. 650-662.

¹¹⁴¹ Véase *supra* párrs. 666-667.

¹¹⁴² Véase *supra* párrs. 668-670.

¹¹⁴³ Véase *supra* párr. 610.

¹¹⁴⁴ Escrito de Demanda, párr. 158; Contestación a la Demanda, párrs. 488-489.

¹¹⁴⁵ Escrito de Demanda, párr. 158; Contestación a la Demanda, párr. 488.

712. En todo caso, el Tribunal no encuentra probada la alegación de la Demandante según la cual la decisión de ordenar la reversión de las Concesiones Mineras obedeció, al menos en parte, al hecho de que éstas eran propiedad de una compañía transnacional¹¹⁴⁶. Tampoco existe evidencia suficiente de que funcionarios del gobierno hubiesen atacado o antagonizado a SAS por ser una compañía “transnacional”¹¹⁴⁷.
713. Por las razones expuestas, el Tribunal concluye que no se probó que Bolivia hubiese violado el artículo 2.2 del Tratado en cuanto dispone que el Estado receptor de la inversión no afectará la administración, mantenimiento, uso, goce o enajenación de la inversión en su territorio, mediante medidas irrazonables o discriminatorias.

4. La reclamación por trato menos favorable que a los inversionistas bolivianos

(a) Posición de la Demandante

714. Sobre la base de los mismos argumentos descritos en el párrafo 701 *supra*, la Demandante asevera que el trato discriminatorio sufrido por SAS constituye una violación del artículo 3 del Tratado¹¹⁴⁸.

(b) Posición de la Demandada

715. Según la Demandada, SAS no ha establecido que inversionistas bolivianos hubiesen recibido un trato más favorable que el de CMMK ante circunstancias similares, y la nacionalidad extranjera de SAS no fue una de las motivaciones de la Reversión. Por ello, la Demandada considera que el Tribunal debe rechazar la pretensión de la Demandante relativa a la violación del artículo 3 del Tratado.¹¹⁴⁹

(c) Consideraciones del Tribunal

716. El artículo 3.1 del Tratado establece que “[n]inguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio las inversiones o rentas de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante a un tratamiento menos favorable del que le concede a las inversiones o rentas de sus propios

¹¹⁴⁶ Véase Escrito de Demanda párrs. 160-161.

¹¹⁴⁷ El Tribunal observa que la Demandante basa su afirmación de que funcionarios del gobierno “*antagonizaron abiertamente a SAS por ser una ‘transnacional’ y no una compañía boliviana*” principalmente en el dicho de los testigos Santiago Angulo y Xavier Gonzales Yutronic (Escrito de Demanda, párr. 160, haciendo referencia a CWS-5, párrs. 11, 18; CWS-4, párr. 25). Sin embargo, ninguno de los dos testigos estuvo presente en la reuniones en las que funcionarios del Gobierno supuestamente habrían hecho afirmaciones en contra de CMMK o SAS por tratarse de empresas extranjeras.

¹¹⁴⁸ Escrito de Demanda, 161; Réplica de la Demandante, párrs. 350-351.

¹¹⁴⁹ Contestación a la Demanda, párrs 493-500; Dúplica de la Demandada, párrs. 508-513.

nacionales o sociedades, o a inversiones o rentas de nacionales o sociedades de terceros Estados.”

717. La Demandada sostiene que para fundamentar su alegación de que Bolivia dio un trato menos favorable a la inversión de SAS que a las de sus nacionales, la Demandante debe probar (i) la existencia de una compañía nacional comparable y (ii) que ésta haya recibido un mejor tratamiento¹¹⁵⁰. Asimismo, alega que, de acuerdo con la “jurisprudencia internacional”, quien alega discriminación en razón de la nacionalidad debe demostrar que la medida en cuestión estaba motivada por la nacionalidad extranjera del inversionista¹¹⁵¹.
718. La Demandante no ha cuestionado los estándares propuestos por Bolivia ni ha invocado unos estándares distintos. Por el contrario, su alegación de que la Reversión estuvo motivada al menos en parte por su nacionalidad extranjera parecería corroborar el estándar propuesto por la Demandada.
719. Del texto del artículo 3.1 del Tratado se desprende que para que se configure una violación del estándar de trato nacional se debe probar, como mínimo, que un nacional del Estado receptor de la inversión recibió un trato más favorable que el inversionista de la otra Parte Contratante. En este caso, el Tribunal no necesita ir más allá para concluir que Bolivia no incumplió sus obligaciones bajo este precepto.
720. En efecto, la Demandante no ha identificado una compañía boliviana —y mucho menos una en una situación comparable— cuyas inversiones hubiesen recibido un trato más favorable que la de SAS. Por el contrario, está demostrado que, mediante el Decreto de Reversión, Bolivia también revirtió las concesiones de EMICRUZ, una empresa boliviana que se encontraba en el área de conflicto de Malku Khota¹¹⁵².
721. Por lo demás, y como ya se advirtió, no está probado que la Reversión hubiese obedecido, ni siquiera en parte, al hecho de que éstas fueran de propiedad de una compañía extranjera o transnacional, o que funcionarios de Bolivia hubiesen antagonizado a la Compañía por este motivo¹¹⁵³. En consecuencia, el Tribunal también desestima el reclamo de SAS por la supuesta violación el estándar de trato nacional bajo el artículo 3.1 del Tratado.

¹¹⁵⁰ Dúplica de la Demandada, párr. 511.

¹¹⁵¹ Contestación a la Demanda, párr. 496.

¹¹⁵² C-4, Decreto de Reversión, Artículo 1(a).

¹¹⁵³ Véase *supra* párr. 712.

722. En consideración a lo expuesto, el Tribunal concluye que no se probó que Bolivia hubiese violado el estándar de trato nacional contenido en el artículo 3.1 del Tratado.

VIII DAÑOS

A. POSICIÓN DE LA DEMANDANTE

1. Derecho a la compensación

723. La Demandante afirma que tiene derecho a recibir una compensación por la pérdida total de valor del Proyecto a causa de las violaciones del Tratado por parte de Bolivia¹¹⁵⁴.
724. Según la Demandante, conforme al informe de RPA, al 30 de marzo de 2011, el Proyecto contenía un depósito de recursos minerales estimados de un total de 434,9 millones por tonelada (incluyendo 31 millones por tonelada de recursos medidos, 224 millones por tonelada de recursos indicados y 179,9 millones por tonelada de recursos inferidos), bajo una ley de corte de 10 gramos por tonelada de plata equivalente (10 g/t AgEq), con base en un precio de US\$16 por onza de plata y US\$550 por kilogramo de indio; por lo que, “*lidera[ba] los 10 proyectos de plata a nivel mundial en 2012, y es el de mayor magnitud en Bolivia*”¹¹⁵⁵.
725. La Demandante sostiene que, contrariamente a lo alegado por la Demandada, el Proyecto tiene un valor cierto cuya pérdida debe ser compensada por Bolivia¹¹⁵⁶. La Demandante señala que Bolivia confirma y entiende que Malku Khota es un depósito mineral significativo y estratégico¹¹⁵⁷.
726. La Demandante considera que la posición de la Demandada respecto de la certeza de los daños no tiene sustento alguno y presenta tres argumentos.
727. En primer lugar, la Demandante destaca que la estimación de los recursos minerales del Proyecto ha sido analizada por tres expertos independientes (por GeoVector en el marco del PEA 2011, y en el marco de este arbitraje, por RPA y por el Dr. Dagdelen, experto económico de la propia Demandada), y todos coinciden en que existe un depósito de recursos minerales importante en el

¹¹⁵⁴ Escrito de Demanda, párr. 206; Réplica de la Demandante, párrs. 352-353; CER-1, Primer Informe de FTI, párr. 8.41.

¹¹⁵⁵ Réplica de la Demandante, párrs. 354-355; CER-1, Primer Informe de FTI, párr. 5.29; CER-2, Primer Informe de RPA, pp. 1-2, 9-1, tabla 9-1; CER-3, Informe Declaración de Cooper, párr. 37. Véase también CER-4, Segundo Informe de FTI, fig. 1. Véase C-14, PEA 2011, tabla 1-2.

¹¹⁵⁶ Réplica de la Demandante, párr. 355.

¹¹⁵⁷ C-150, Plan Sectorial de Desarrollo Minero Metalúrgico 2015–2019; C-151, *En debate documento preliminar de Plan Sectorial de Desarrollo Minero Metalúrgico 2015–2019*, Minería Noticias, 5 de junio de 2015; C-64, “Definen que el Estado se hará cargo de la mina Malku Khota”, Página Siete, 11 de julio de 2012; C-45, Acta de la Mesa de Trabajo entre el Gobierno de Potosí y las Comunidades locales, 14 de febrero de 2012. Véase también Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 7, haciendo referencia al testimonio del Ministro Navarro durante la Audiencia (Transcripción de la Audiencia, Día 3, 758:24 – 760:25, 762:16-25 (español)).

área del Proyecto¹¹⁵⁸. La Demandante señala que RPA calcula que el depósito es de 435 millones de toneladas¹¹⁵⁹ y el Dr. Dagdelen de 416 millones de toneladas¹¹⁶⁰. Según la Demandante, la principal diferencia estriba en las cantidades que quedarían dentro de cada una de las categorías de recursos minerales (medidos, indicados o inferidos), lo que los peritos admiten como una cuestión de diferencia de criterio profesional¹¹⁶¹.

728. Asimismo, la Demandante reitera que la ley de corte de 10g/t AgEq utilizada en la estimación de GeoVector¹¹⁶², y confirmada por RPA¹¹⁶³, es la apropiada. La Demandante mantiene que la ley de corte utilizada por el Dr. Dagdelen, 20,4 g/t AgEq¹¹⁶⁴, es incorrecta pues está calculada utilizando exclusivamente la plata y no toma en consideración el resto de los metales recuperables¹¹⁶⁵. La Demandante explica además que el Dr. Dagdelen empleó US\$18,00/oz como precio de la plata para calcular la ley de corte y éste confirmó en la Audiencia que utilizar un precio más alto, como el precio de la plata a la fecha de valuación propuesta por la Demandante, resultaría en una ley de corte más baja¹¹⁶⁶.

729. La Demandante finaliza este punto afirmando que debe dársele más peso a la conclusión de RPA, de que el estimado de recursos de GeoVector en el PEA 2011 es razonable (ajustado a la baja por la reclasificación del “halo de bajo grado”¹¹⁶⁷), que a la del Dr. Dagdelen¹¹⁶⁸. Según la Demandante, el Dr. Dagdelen admitió durante la Audiencia lo siguiente:

- (a) Que SAS no violó la ley de valores canadiense (NI 43-101) y que él desconocía la disposición 5.3(i)(c), que aclara que el señor Pennstrom no tiene que ser una Persona Cualificada independiente en relación al PEA 2011¹¹⁶⁹; y

¹¹⁵⁸ Réplica de la Demandante, párrs. 394-396; CER-2, Primer Informe de RPA, pág. 9.6; CER-5, Segundo Informe de RPA, pp. 1.3-1.4, 5.1, 5.3, 5.4, 5.7; RER-2, Primer Informe del Dr. Dagdelen, párrs. 72, 78, 123. Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 1, 104:4 – 106:4 (inglés).

¹¹⁵⁹ CER-2, Primer Informe de RPA, tabla 9-2, p. 9.6; CER-5, Segundo Informe de RPA, tabla 5-1, pp. 5-7.

¹¹⁶⁰ RER-2, Primer Informe del Dr. Dagdelen, tabla 1, p. 23; RER-4, Segundo Informe del Dr. Dagdelen, tabla 1, p. 24.

¹¹⁶¹ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 90; CER-5, Segundo Informe de RPA, p. 5-7; Transcripción de la Audiencia, Día 7, 1181:4-8, 1181:19-25 (inglés).

¹¹⁶² C-14, PEA 2011, tabla 1-3, p. 13.

¹¹⁶³ CER-2, Primer Informe de RPA, tablas 9-1 y 9-2, págs. 9.1-9.8.

¹¹⁶⁴ RER-2, Primer Informe del Dr. Dagdelen, párrs. 79-82.

¹¹⁶⁵ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 91.

¹¹⁶⁶ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 92; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 104:4 – 106:4 (inglés).

¹¹⁶⁷ GeoVector clasificó una parte menos definida del depósito de Malku Khota, descrita como “halo de bajo grado”, como parte de los recursos minerales inferidos. RPA considera que, a los efectos del Informe de Valuación de RPA, la clasificación más acertada del halo de bajo grado debe ser la de exploración potencial, y así lo ha clasificado. Véase CER-2, Primer Informe de RPA, p. 9.1.

¹¹⁶⁸ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 92.

¹¹⁶⁹ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 93, nota al pie 269; DAG-3, National Instrument 43-101, 24 de junio de 2011; Transcripción de la Audiencia, Día 7, 1203:1- 15 (inglés); C-13, PEA 2009, sección 1.7, tabla 1-4; C-14, PEA 2011, sección

- (b) En relación con los créditos de oro, que (i) no se usó crédito de oro en la estimación de los recursos minerales del PEA 2011¹¹⁷⁰, (ii) RPA no usó el crédito de oro en ninguna de sus estimaciones o valuaciones¹¹⁷¹, y (iii) Pincock Allen & Holt usó un crédito de oro en el PEA 2009¹¹⁷².

730. En segundo lugar, la Demandante mantiene que los recursos inferidos son suficientes en sí mismos para realizar transacciones de propiedades minerales en el mercado, y por ende, todas las categorías de recursos minerales (indicados, medidos e inferidos) se tratan de la misma manera a efectos de la valoración de un proyecto minero¹¹⁷³. La Demandante alega que, en cualquier caso, que se asigne o no valor a los recursos inferidos es irrelevante para la valuación: (i) si se aceptan los estimados de RPA porque estas cantidades, o cantidades muy parecidas, ya se tuvieron en cuenta en las diversas valuaciones consideradas por FTI al realizar su estimación del valor justo de mercado del Proyecto; lo mismo ocurre con la valuación de Brattle basada en el valor precio de las acciones¹¹⁷⁴; (ii) porque el impacto de los ajustes indicados por los peritos de la Demandada sería insignificante puesto que los recursos inferidos serían eliminados de las transacciones comparables seleccionadas por RPA, pero el precio de transacción seguiría siendo el mismo, incrementando por consiguiente el valor asignado a los recursos medidos e indicados¹¹⁷⁵. La Demandante también afirma que, contrariamente a lo sugerido por el Dr. Dagdelen¹¹⁷⁶, los recursos minerales no tienen por qué estar todos dentro de los límites del tajo de la mina¹¹⁷⁷. La Demandante argumenta que no existe tal requisito en los códigos sobre presentación de informes (*reporting codes*) sino que el estándar es “*perspectivas razonables de extracción rentable*”¹¹⁷⁸, y un posible comprador tomaría en consideración todos los recursos minerales¹¹⁷⁹.

1.3, tabla 1-3 (que según la Demandante refleja sólo un cambio del 27% en los Recursos Minerales y que el mayor cambio fue que la perforación interespaciada convirtió los Recursos Inferidos a Recursos Indicados).

¹¹⁷⁰ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 93, nota al pie 269; Transcripción de la Audiencia, Día 7, 1182:1-4 (inglés).

¹¹⁷¹ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 93, nota al pie 269; Transcripción de la Audiencia, Día 7, 1182:25 – 1183:2, 1185:6 – 1186:5 (inglés).

¹¹⁷² Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 93, nota al pie 269; Transcripción de la Audiencia, Día 7, 1184:5-8 (inglés).

¹¹⁷³ Réplica de la Demandante, párrs. 397-400; CER-5, Segundo Informe de RPA, pp. 5.12-5.13; RPA-01, Canadian Institute of Metallurgy and Petroleum Valuation of Mineral Properties 203, Standard G4.1, p. 24; CER-4, Segundo Informe de FTI, párrs. 5.11-5.14. Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 7, 1213:19 – 1214:9, 1215:24 – 1216:2 (inglés).

¹¹⁷⁴ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 94.

¹¹⁷⁵ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 97, haciendo referencia a la transferencia del Dr. Dagdelen del 17% de los recursos categorizados como indicados a la categoría de inferidos y al descuento indicado por el señor Davis (Brattle) de entre un 5-10% a un 50% a los recursos inferidos en relación con los medidos y los indicados (Transcripción de la Audiencia, Día 8, 1634:19 – 1635:1, 1635:23 – 1636:9 (inglés)).

¹¹⁷⁶ Transcripción de la Audiencia, Día 7, 1170:11-22 (inglés).

¹¹⁷⁷ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 98.

¹¹⁷⁸ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 98; DAG-1, CIM Definitions Standards, 27 de noviembre de 2010 (traducción no oficial).

¹¹⁷⁹ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 98; RPA-01, Canadian Institute of Metallurgy and Petroleum Valuation of Mineral Properties 203, Standard G4.1, p. 24; CER-4, Segundo Informe de FTI, párrs. 65, p. 5.14.

731. En tercer lugar, la posibilidad de extraer metales a través de lixiviación con ácido clorhídrico (el “**Proceso Metalúrgico**”) ha sido demostrada a escala de laboratorio, y su efectividad queda demostrada, a escala comercial, por otros proyectos mineros exitosos que utilizan los diferentes pasos del proceso a escala comercial¹¹⁸⁰. Según la Demandante, contrariamente a lo sugerido por el Dr. Dagdelen¹¹⁸¹, hay muchos ejemplos de lixiviación de varios metales con ácido clorhídrico¹¹⁸².
732. Según la Demandante, el experto en metalurgia de la Demandada (el Dr. Taylor) reconoció en la Audiencia que su caracterización sobre la cantidad de pruebas metalúrgicas que se realizaron no era exacta y que estas pruebas eran coherentes con el trabajo de las fases de prefactibilidad y factibilidad¹¹⁸³. La Demandante rebate la crítica del Dr. Taylor de que las pruebas se hicieron en muestras minerales sintéticas haciendo referencia a la explicación del Dr. Dreisinger de cómo éstos están pensados para replicar la composición de la solución de lixiviación que uno esperaría obtener de una lixiviación mineral¹¹⁸⁴. En cuanto a la crítica de que no se había construido una planta piloto en el lugar para pruebas adicionales, la Demandante sostiene que el doctor Dreisinger confirmó, y el doctor Taylor admitió, que al momento de la expropiación existían planes implementados para construir una planta piloto en el lugar para pruebas adicionales, pero la expropiación prohibió que SAS avanzara¹¹⁸⁵. La Demandante también señala que el doctor Taylor admitió que seleccionó los datos de grandes cantidades de datos de pruebas de SGS, haciendo parecer como que las tasas de extracción fueran menores de lo que son¹¹⁸⁶.
733. La Demandante señala además que, en mayo de 2012, inversionistas asiáticos invirtieron US\$16 millones, y que no lo habrían hecho sin llevar a cabo la correspondiente *due dilligence* respecto del proceso metalúrgico¹¹⁸⁷.

¹¹⁸⁰ Réplica de la Demandante, párrs. 405-406; Memorial Post-Audiencia de SAS, párrs. 99-101; CER-5, Segundo Informe de RPA, pp. 5.10-5.11; RER-2, Primer Informe del Dr. Dagdelen, párrs. 88-91; CWS-6, Declaración de Dreisinger, párrs. 18-50; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 107:20 – 108:20 (inglés); Día 7, 1259:10 – 1262:13 (inglés); Día 9, 1695:2 – 1698:13 (inglés).

¹¹⁸¹ RER-2, Primer Informe del Dr. Dagdelen, párrs. 88-91.

¹¹⁸² Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 100; CER-5, Segundo Informe de RPA, pp. 5.10. Véase también CWS-6, Declaración de Dreisinger, párrs. 113-117, 51-53.

¹¹⁸³ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 102; Transcripción de la Audiencia, Día 7, 1275:24 – 1277:4, 1288:7-24, 1294:10 – 1295:14 (inglés).

¹¹⁸⁴ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 102; Transcripción de la Audiencia, Día 7, 1322:21-24, 1328:13 – 1330:14 (inglés).

¹¹⁸⁵ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 102. Para la referencia a Dreisinger, véase Transcripción de la Audiencia, Día 7, 1263:16 – 1264:7 (inglés); para Taylor, véase Transcripción de la Audiencia, Día 7, 1322:25 – 1323:6 (inglés).

¹¹⁸⁶ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 102; Transcripción de la Audiencia, Día 7, 1325:10 – 1326:13 (“*Q: So, the 61% is not representative of the weighted average of the extraction percentages, is it? A: It doesn't appear to be, no*”); C-14, PEA 2011, figura 16-1, en 71 (que refleja 73,6% de recuperación de lixiviación de plata del promedio ponderado en tamaño de trituración de 1/4 pulgada).

¹¹⁸⁷ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 99; CWS-13, Segunda Declaración de Fitch, párr. 9; Transcripción de la Audiencia, Día 7, 1224:20 – 1225:17 (inglés).

734. En cuanto a la causa de los daños sufridos, la Demandante sostiene que los daños que ha sufrido son consecuencia exclusivamente de las acciones de Bolivia¹¹⁸⁸. La Demandante mantiene que si las Concesiones Mineras no hubiesen sido expropiadas por Bolivia, SAS continuaría siendo propietaria del Proyecto¹¹⁸⁹. La Demandante afirma que las medidas adoptadas por Bolivia, particularmente la Reversión pero también su no intervención para evitar la escalada del conflicto y las confrontaciones que siguieron, fueron las causantes de la pérdida total de su inversión, y por ende, los daños sufridos por SAS “*son única y directamente imputables a las acciones de Bolivia*”¹¹⁹⁰. Según la Demandante, las alegaciones de Bolivia en este sentido carecen de justificación, pues (i) el razonamiento seguido por los casos invocados por Bolivia no es aplicable, ya que niegan la compensación al inversionista debido a su estado de insolvencia, mientras que en el presente caso, existe una base financiera sólida¹¹⁹¹; y (ii) el Decreto de Reversión prevé expresamente la obligación de Bolivia de pagar una compensación a SAS, y por ende, la propia Demandada “*reconoció la causalidad directa entre [la Reversión] y la toma de las inversiones de [SAS] en el Proyecto*”¹¹⁹².

2. Estándar de compensación por expropiación

735. La Demandante sostiene que en ausencia de *lex specialis* aplicable, pues el artículo 5 del Tratado se refiere exclusivamente a la compensación por expropiaciones lícitas, el derecho internacional consuetudinario es el que rige la vía de reparación adecuada por la expropiación ilícita de la inversión de SAS por parte de Bolivia¹¹⁹³.

736. La Demandante afirma que, de acuerdo al estándar de compensación de derecho internacional consuetudinario, conforme al estándar en el caso *Chorzów*, la víctima de una apropiación ilícita por parte de un Estado tiene derecho a reparación plena, “*que borre todas las consecuencias del acto ilegal y restablezca la situación que habría existido con toda probabilidad si el acto no se hubiera cometido*”, en la forma de restitución o de su equivalente monetario, acompañada de la

¹¹⁸⁸ Escrito de Demanda, párrs. 118-127; Réplica de la Demandante, párrs. 375-383; Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 82.

¹¹⁸⁹ Réplica de la Demandante, párr. 376.

¹¹⁹⁰ Réplica de la Demandante, párr. 376.

¹¹⁹¹ Réplica de la Demandante, párr. 375, refiriéndose a RLA-17, *Elettronica Sicula SpA (ELSI) (Estados Unidos de América c. Italia)*, Caso CIJ, Sentencia, 20 de julio de 1989, párr. 101; RLA-142, *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. Tanzania*, Caso CIADI N.º ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008, párr. 786.

¹¹⁹² Réplica de la Demandante, párr. 377.

¹¹⁹³ Escrito de Demanda, párrs. 163-165; CLA-29, *Amoco International Finance Corporation v. Islamic Republic of Iran*, 27 I.L.M. 1314, laudo parcial, párrs. 112, 189, 199-93; CLA-35, *ADC v. Hungary*, Caso CIADI N.º ARB/03/16, Laudo, 2 de octubre de 2006, párrs. 481, 483; CLA-68, *Rumeli Telekom A.S. v. Kazakhstan*, Caso CIADI N.º ARB/05/16, Laudo, 29 de julio de 2008, párr. 789. Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 1, 100:18 – 101:11 (inglés).

compensación de cualquier pérdida adicional no cubierta por la restitución en especie o su equivalente monetario¹¹⁹⁴.

737. Durante la Audiencia¹¹⁹⁵, la Demandante desistió de su pretensión a la restitución, por lo que se omiten sus alegatos sobre la misma.
738. Con respecto a la compensación monetaria equivalente¹¹⁹⁶, según la Demandante, para restablecer la situación que existiría si el acto ilícito nunca hubiese sido cometido, la compensación debe equivaler al valor más alto entre el valor de mercado de la inversión al momento de la expropiación y el valor a la fecha del laudo¹¹⁹⁷, acompañada de una compensación por los daños adicionales¹¹⁹⁸.
739. Según la Demandante, incluso si el Tribunal considerara que la expropiación por parte de Bolivia es lícita, y por ende, que el estándar de compensación del artículo 5 del Tratado es aplicable, o que dicho estándar se aplica tanto a las expropiaciones lícitas como ilícitas, la Demandante tendría derecho, como mínimo, a recibir una “*puntual, adecuada y efectiva compensación*”, conforme a los términos del artículo 5 del Tratado¹¹⁹⁹.

3. Estándar de valuación por expropiación

740. La Demandante sostiene que la valuación de cualquier compensación otorgada debe realizarse con base en el valor justo de mercado del Proyecto¹²⁰⁰.
741. Según la Demandante, la jurisprudencia arbitral es unánime al afirmar que la “*compensación ‘total’*” a la que un inversionista tiene derecho en caso de expropiación, ya sea de acuerdo al estándar de derecho consuetudinario internacional o a disposiciones específicas de tratados, se determina con base en el valor justo de mercado de la inversión tomada¹²⁰¹. El artículo 5.1 del Tratado así lo confirma al establecer expresamente que la compensación por expropiación “*deberá responder al valor de mercado de las inversiones*”¹²⁰². Por ello, la Demandante concluye

¹¹⁹⁴ Escrito de Demanda, párrs. 167, 182-183; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 101:3-18 (inglés); CLA-69, *Case Concerning the Factory at Chorzów (Alemania c. Polonia.)*, sentencia, 13 de septiembre de 1928, P.C.I.J. (ser. A), N.º 17, p. 40.

¹¹⁹⁵ Transcripción, Día 1, 17:11-24, 117:9-11, 258:1-5 (inglés).

¹¹⁹⁶ Escrito de Demanda, párr. 176; Réplica de la Demandante, párrs. 356-359.

¹¹⁹⁷ Escrito de Demanda, párrs. 168-181.

¹¹⁹⁸ Escrito de Demanda, párrs. 183, 202.

¹¹⁹⁹ Escrito de Demanda, párr. 193; Réplica de la Demandante, párr. 368.

¹²⁰⁰ Escrito de Demanda, párrs. 185-188; Réplica de la Demandante, párrs. 367-368.

¹²⁰¹ Escrito de Demanda, párrs. 169-193; Réplica de la Demandante, párrs. 364-368; Memorial Post-Audiencia de SAS, párrs. 64, 66.

¹²⁰² Escrito de Demanda, párrs. 185-192; Réplica de la Demandante, párrs. 366-367.

que “*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*”¹²⁰³.

742. Asimismo, sobre la base de los informes de FTI y RPA, la Demandante arguye que la compensación con base en el valor justo de mercado es la única disponible en el presente caso, pues en vista de la etapa de desarrollo del Proyecto, la valuación conforme al flujo de fondos descontados no sería confiable, y dado el depósito de recursos minerales estimados, una valuación basada en costos no sería “*indicativ[a] de los potenciales flujos de caja del Proyecto*”¹²⁰⁴. Según la Demandante, una valuación basada en costos sería además imposible, puesto que (i) el Tratado se refiere específicamente al valor de mercado de la inversión¹²⁰⁵; (ii) las directrices de valuación internacionalmente aceptadas impiden adoptar el enfoque de costos para valorar propiedades minerales en la etapa de desarrollo en la que se encontraba el Proyecto¹²⁰⁶; (iii) el reembolso de los costes de la inversión no equivale a una compensación plena, pues no compensaría la pérdida de ganancias futuras a causa de la expropiación¹²⁰⁷ ni tiene en cuenta los años invertidos por la Demandante en descubrir, desarrollar e incrementar el valor del Proyecto¹²⁰⁸; y (iv) una valuación basada en costos premiaría a Bolivia “*por expropiar inversiones en un momento anterior, sin importar cuan indignante sea su conducta*”¹²⁰⁹.
743. Así, según la Demandante, desde una perspectiva tanto jurídica como económica, la valuación basada en el valor justo de mercado es la única aplicable al Proyecto¹²¹⁰.
744. No obstante, si el Tribunal decidiera adoptar una valuación sobre la base de costos de la inversión, la Demandante sostiene que el experto de la Demandada, Brattle, no tomó en consideración los

¹²⁰³ Réplica de la Demandante, párr. 367.

¹²⁰⁴ Escrito de Demanda, párrs. 207-209; CER-1, Primer Informe de FTI, párrs. 5.8, 8.29-8.41; CER-2, Primer Informe de RPA, págs. 3.1, 3.2.

¹²⁰⁵ Réplica de la Demandante, párr. 421; CER-4, Segundo Informe de FTI, párr. 4.14. Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 9, 1702:8-19 (inglés).

¹²⁰⁶ Réplica de la Demandante, párr. 421; 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; 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.); 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)

¹²⁰⁷ Réplica de la Demandante, párr. 422; CER-4, Segundo Informe de FTI, párrs. 4.15, 9.12.

¹²⁰⁸ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 65.

¹²⁰⁹ Réplica de la Demandante, párr. 423; CER-4, Segundo Informe de FTI párrs. 4.15, 9.16.

¹²¹⁰ Escrito de Demanda, párrs. 193, 209; Réplica de la Demandante, párr. 368.

costos generales y administrativos, que estima en US\$ 12,9 millones, sumando un total de US\$ 31,6 millones¹²¹¹.

4. Fecha de valuación

745. La Demandante sostiene que el día hábil inmediatamente anterior a la fecha en que se hizo pública la expropiación es el 6 de julio de 2012 (la “**Fecha de Valuación de la Demandante**”) y que es ésta la fecha en la que debe realizarse la valuación de la compensación de conformidad con el artículo 5.1 del Tratado¹²¹². La Demandante alega que el Acta de Entendimiento “*formalmente marca el comienzo del proceso de expropiación*”¹²¹³. Así, la Demandante rechaza la fecha propuesta por Bolivia, el 9 de julio de 2012, puesto que las autoridades bolivianas se reunieron con los opositores al Proyecto la tarde del sábado 7 de julio de 2012 y acordaron anular las Concesiones Mineras en esa reunión¹²¹⁴. Dicho acuerdo quedó reflejado en el Acta de Entendimiento firmada el domingo 8 de julio de 2012 y se hizo pública este mismo día¹²¹⁵.

746. Respecto de la fecha de valuación propuesta por la Demandada, la Demandante señala además lo siguiente:

*“A pesar de aceptar la instrucción de su cliente de usar el 9 de julio de 2012 como fecha de valuación, el perito mismo de Brattle reconoce que el mercado obtiene conocimiento del, y reacciona negativamente al, anuncio de expropiación durante el período de entre el 6 y 9 de julio. Ustedes lo pueden ver aquí en el párrafo 19 del RER-5. Consecuentemente, la única fecha válida de valuación sería el 6 de junio de 2012.”*¹²¹⁶.

*“[H]ubo una baja significativa en el precio de la acción, de un dólar el 6 de junio, un viernes, a 71 centavos el 9 de junio.”*¹²¹⁷.

747. En cuanto al argumento de la Demandada de que la Demandante comunicó al mercado que no se habían producido cambios en el estatus del Proyecto, la Demandante afirma lo siguiente:

*“El proyecto no había sido nacionalizado en esa época pero el mercado estaba reaccionando muy fuertemente al anuncio público de Bolivia el 8 de julio. Y el 9 de julio el precio de las acciones había quedado contaminado por las acciones de Bolivia”*¹²¹⁸.

¹²¹¹ CER-1, Primer Informe de FTI, párr. 5.27.

¹²¹² Réplica de la Demandante, párrs. 385-386; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 110:14 – 111:4 (inglés); Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 79.

¹²¹³ Réplica de la Demandante, párr. 385.

¹²¹⁴ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 79; C-16, Acta de Entendimiento, 8 de julio de 2012.

¹²¹⁵ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 79; C-16, Acta de Entendimiento, 8 de julio de 2012; C-61, *Morales confirma nacionalización de Malku Khota*, Agencia Boliviana de Información, 8 de julio de 2012; 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.

¹²¹⁶ Transcripción de la Audiencia, Día 1, 111:5-11 (inglés).

¹²¹⁷ Transcripción de la Audiencia, Día 9, 1703:3-5 (inglés).

¹²¹⁸ Transcripción de la Audiencia, Día 9, 1703:13-18 (inglés).

748. La Demandante concluye que “*usar el 9 de julio de 2012 como la fecha de valuación permitiría a Bolivia beneficiarse de sus acciones ilícitas, lo que contradice los principios del derecho internacional. Por consiguiente, la fecha de valuación apropiada es el 6 de julio de 2012*”¹²¹⁹.

5. Método de valuación

749. Según la Demandante, el método de valuación del informe de FTI, que trata de ver lo que harían participantes del mercado reales y no de realizar un ejercicio académico, es el método apropiado en el presente caso¹²²⁰, sobre la base de dos puntos:

1. Las tres valuaciones utilizadas por FTI son fiables. La Demandante afirma que FTI, tras analizar diversos enfoques y metodologías, identificó “*tres fuentes de información que son suficientemente confiables para el propósito de determinar el VJM del Proyecto*”¹²²¹. El perito de la Demandante examinó la información que habría estado disponible para los participantes del mercado a la Fecha de Valuación de la Demandante¹²²². Los tres indicadores de valor con base en el mercado se indican a continuación:
 - En primer lugar, la Demandante sostiene que la valuación con base en las transacciones comparables de RPA (la “**Valuación RPA**”), que dio un valor estimado de US\$270 millones, (i) es un método comúnmente utilizado y reconocido a nivel internacional¹²²³, (ii) las propiedades seleccionadas “*son lo suficientemente similares para servir de base en un análisis de transacciones comparables*”¹²²⁴, y (iii) el *Metal Transaction Ratio* (el “**MTR**”) desarrollado por RPA es idóneo para determinar el rango de valores aplicable a propiedades mineras que contienen varios metales, como es el caso del Proyecto¹²²⁵.

Frente a las críticas de la Demandada, la Demandante defiende que este enfoque toma en cuenta los distintos riesgos de los proyectos al hacer la selección de los que considera

¹²¹⁹ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 79.

¹²²⁰ Transcripción de la Audiencia, Día 9, 1707:8 – 1708:16 (inglés); Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 68.

¹²²¹ Escrito de Demanda, párr. 209; Réplica de la Demandante, párr. 417; CER-4, Segundo Informe de FTI párrs. 4.15, 9.16.

¹²²² Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 68.

¹²²³ Réplica de la Demandante, párr. 392; CER-5, Segundo Informe de RPA, pág. 6.4; CER-4, Segundo Informe de FTI, párr. 4.16.

¹²²⁴ Réplica de la Demandante, párrs. 402, 404; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 113:24 – 114:15 (inglés); CER-5, Segundo Informe de RPA, págs. 3.6, 6.14-6.18; CER-4, Segundo Informe de FTI, párrs. 9.5, 9.11-9.14; CER-2, Primer Informe de RPA, págs. 1.2, 1.3, 7.1, 9.8; CER-5, Segundo Informe de RPA, págs. 6.6, 6.7

¹²²⁵ Escrito de Demanda, párrs. 210-212; Réplica de la Demandante, párrs. 403-404; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 111:24 – 112:13 (inglés); CER-1, Primer Informe de FTI, párr. 8.32. Véase también RPA-K-ix, Roscoe, W.E., 2012, *Metal Transactions Ratio Analysis – A Market Approach for Valuation of Non-Producing Properties with Mineral Resources*, Victoria: The Australian Institute of Mining and Metallurgy, pp. 85-91, VALMIN Seminar Series, Oct. 18, 2011, Perth & Apr. 17, 2012, Brisbane.

“comparables” y alega “que los riesgos sociales y tecnológicos pued[e]n ser tomados en cuenta para ajustar a la baja [el] múltiplo [preferido por Dr. Roscoe] de 2 por ciento. Y [Dr. Roscoe] dice que uno puede mover este múltiplo más cerca del centro, equivalente a 1,75 por ciento”¹²²⁶. Durante la Audiencia, la Demandante, contestando a una crítica de Brattle de que el valor preferido del análisis basado en el MTR (US\$ 270 millones) no superaría la prueba de razonabilidad de CIMVal, afirmó:

*“los 270 millones es una cifra muy inferior al promedio de los analistas, y de las valuaciones realizadas por tres de los cuatro analistas individuales. Es inferior que la valuación de FTI de empresas comparables, que si se recuerda, FTI afirmó que no se estaría utilizando como indicador de valor, sino como prueba de razonabilidad. Y es también inferior al precio más alto de la acción que obtuvo SAS poco menos de un año antes de la expropiación”*¹²²⁷.

- En segundo lugar, la Demandante sostiene que las valuaciones del Proyecto por los analistas de la industria, que resultan en una valuación de US\$ 572,1 millones, (i) “*habrían sido consideradas por compradores y vendedores hipotéticos*” del Proyecto, pues eran públicas a la Fecha de Valuación de la Demandante, (ii) fueron realizados por expertos sujetos a los códigos de conducta profesionales aplicables, y (iii) todos coinciden en el alto valor del Proyecto¹²²⁸. La Demandante señala que la existencia de valuaciones de terceros preparadas en un contexto no litigioso es un indicador del valor del activo que el Tribunal no debe dejar de considerar¹²²⁹. Según la Demandante, el hecho de que éstas utilizaran FFD no les resta valor como indicadores contemporáneos del valor del activo¹²³⁰.
- En tercer lugar, según la Demandante, la valuación basada en las colocaciones privadas de las acciones de SASC representa un fiel indicador del valor justo de mercado, pues éstas “*fueron necesarias para que [CMMK] continuara avanzando con el Proyecto y ocurrieron sólo dos meses antes de la [expropiación]*”¹²³¹. La Demandante afirma que FTI explica que “son indicadores del justo valor de mercado más útiles que el precio de transacción diaria, porque este último justamente tiene que ver con las operaciones más pequeñas al por menor

¹²²⁶ Transcripción de la Audiencia, Día 9, 1713:16-20 (inglés); Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 71; Declaración del Dr. Roscoe en la Audiencia (Transcripción de la Audiencia, Día 6, 1013:20-25, 1015:19 – 1016:2, 1016:14-24, 1113:16-20, 1123:9 – 1024:9 (inglés)).

¹²²⁷ Transcripción de la Audiencia, Día 9, 1713:25 – 1714:10 (inglés).

¹²²⁸ Escrito de Demanda, párr. 213; Réplica de la Demandante, párrs. 409-414; CER-1, Primer Informe de FTI, párrs. 9.40-9.43, 9.53; CER-4, Segundo Informe de FTI, párrs. 4.16, 6.5-6.8, 6.73. Véase también FTI-58, CFA Institute, “Code of Ethics and Standards of Professional Conduct”.

¹²²⁹ Transcripción de la Audiencia, Día 9, 1710:2 – 1711:12 (inglés); Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 72.

¹²³⁰ Transcripción de la Audiencia, Día 9, 1711:20 – 1712:24 (inglés).

¹²³¹ Escrito de Demanda, párrs. 213-215; Réplica de la Demandante, párr. 418; CER-1, Primer Informe de FTI, párr. 9.53; CER-4, Segundo Informe de FTI, párr. 3.6.

que usualmente no capturan el valor intrínseco de los activos subyacentes de una acción que cotiza”¹²³².

Ante la crítica de Bolivia de que estas colocaciones privadas se realizaron meses antes de la fecha de valuación, y que no capturan la bajada del 60% del precio de las acciones antes de la expropiación, la Demandante alega que esa bajada se debe a la conducta ilícita de Bolivia y por tanto debe ser ignorada a efectos de la valuación¹²³³. La Demandante añade que por este motivo, son un mejor indicador que el precio de las acciones en el momento de la expropiación¹²³⁴.

Además, la Demandante explica que “*aun si se hubiese utilizado el precio de operación diario de la fecha anterior a la expropiación en lugar del de colocación privada, el impacto sería inmaterial. Los daños y perjuicios bajarían de 307 millones a 300 millones*”¹²³⁵.

2. La ponderación realizada por FTI es adecuada. La Demandante afirma que FTI realizó una revisión crítica y consideró los puntos fuertes y débiles de cada una de las tres valuaciones, ponderando así con un 50% la Valuación RPA, con un 25% las valuaciones del Proyecto por los analistas de la industria, y con un 25% la valuación con base en las colocaciones privadas¹²³⁶.

750. En defensa de la metodología utilizada por FTI en este caso:

- (a) La Demandante afirma que, a diferencia de lo que sostiene Bolivia¹²³⁷, la metodología aplicada por FTI en el caso *Copper Mesa* no fue diametralmente opuesta a la que ha empleado en este caso¹²³⁸. La Demandante señala que FTI utilizó un *market approach* y destaca que la valuación basada en costes se presentó *como alternativa*¹²³⁹ (resaltado de la Demandante). La Demandante subraya que esa fue una decisión de FTI siguiendo su criterio profesional en función de los hechos del caso *Copper Mesa*, en el que el proyecto

¹²³² Transcripción de la Audiencia, Día 1, 115:15-19 (inglés). Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 9, 1708:17 – 1710:1 (inglés).

¹²³³ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 73.

¹²³⁴ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 73.

¹²³⁵ Transcripción de la Audiencia, Día 1, 115:21-25 (inglés).

¹²³⁶ Escrito de Demanda, párr. 212; Réplica de la Demandante, párrs. 409-414; CER-1, Primer Informe de FTI, párrs. 9.40-9.43, 9.53; CER-4, Segundo Informe de FTI, párrs. 4.16, 6.5-6.8, 6.73

¹²³⁷ Véase *infra* párr. 780(c).

¹²³⁸ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 80.

¹²³⁹ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 80.

evaluado no contaba ni siquiera con un PEA ni la demandante había podido realizar sus propias pruebas y perforaciones en la propiedad¹²⁴⁰.

- (b) La Demandante niega que Brattle haya hecho en este caso lo mismo que hizo FTI en el caso *Bear Creek c. Perú*. La Demandante apunta que FTI explicó durante la Audiencia que la propiedad analizada en *Bear Creek* se encontraba en una etapa diferente para las propiedades mineras, lo que hizo que el enfoque de FTI en ese caso fuera apropiado¹²⁴¹. La Demandante aclara que no critica a Brattle por decidir finalmente utilizar un *share-price approach* en lugar de un análisis de comparables, sino por no describir en su informe su supuesto intento de encontrar comparables¹²⁴². La Demandante hace referencia a la declaración del señor Davis (Brattle) y afirma que, aparentemente, Brattle descartó el enfoque de comparables porque “existía un análisis en base a las acciones, y [Brattle sintió] que era confiable, [lo cual] causó que [Brattle] no le [dedicara] mayor análisis a un enfoque en base a comparables.”¹²⁴³.

751. La Demandante aborda la crítica de la Demandada sobre la aparente disociación entre la cifra de US\$ 307,2 millones (sin intereses) de FTI para el valor justo de mercado y los US\$ 75 millones para el valor accionario del Proyecto (cifra más o menos aceptable tanto para Brattle como FTI a la Fecha de Valuación de la Demandante: 6 de julio de 2012). Esta Parte destaca la explicación del señor Cooper quien aclaró que la diferencia se explica al examinar la “*acquisition premia*” de las compañías mineras junior (cuya aplicación resultaría en un rango de US\$ 126 a 376 millones¹²⁴⁴) y las valuaciones de los analistas (“*Consensus of Analyst Valuations of US\$ 572.1 million*”)¹²⁴⁵. La Demandante señala que la Demandada y su perito ignoran la innegable desconexión entre el valor de las acciones de una empresa minera junior de un solo activo y el valor subyacente de sus activos mineros¹²⁴⁶. El señor Cooper explicó que las compañías mineras junior tenían primas de adquisición sobre su precio accionario de 54% a 67% durante el período anterior a la expropiación¹²⁴⁷. También proporcionó una gráfica que muestra que, en la fecha de expropiación, los valores netos de los activos de las compañías junior no productoras estaban, de

¹²⁴⁰ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 80; RLA-281, *Copper Mesa Mining Corporation c. República del Ecuador*, Caso CPA N.º 2012-2, laudo, 15 de marzo de 2016, párrs. 7.9 (que señala que la demandante solicitó a FTI una valuación independiente).

¹²⁴¹ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 81, en referencia a la declaración del señor Rosen (FTI) (Transcripción de la Audiencia, Día 8, 1374:15 – 1375:17 (inglés)).

¹²⁴² Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 81.

¹²⁴³ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 81, citando la declaración del señor Davis (Transcripción de la Audiencia, Día 8, 1629:3-6 (inglés)).

¹²⁴⁴ CER-3, Informe de Cooper, párr. 42.

¹²⁴⁵ Transcripción de la Audiencia, Día 9, 1703:23 – 1706:12 (inglés); Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 76.

¹²⁴⁶ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 76.

¹²⁴⁷ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 76.

media, 2,44 veces por encima de su precio por acción, en un rango de 1,25 a 5 veces el precio por acción¹²⁴⁸. La Demandante afirma que esto es consistente con las valuaciones contemporáneas del Proyecto efectuadas por los analistas, todas ellas con valores significativamente mayores al precio por acción en la respectiva fecha del informe¹²⁴⁹.

752. En cuanto al método de valuación basada en costos presentado por Bolivia, la Demandante sostiene que, además de ser imposible jurídicamente pues no guarda relación con el valor justo de mercado exigido por el Tratado, el enfoque utilizado por el informe de Brattle “*es erróneo y está manifiestamente orientado hacia reducir los daños del Demandante a la menor cantidad posible*”¹²⁵⁰. La Demandante señala los motivos que se detallan a continuación:

- (a) Excluir los gastos generales y administrativos de la valuación es inconsistente con el enfoque basado en costos seguido por el propio informe de Brattle. Según la Demandante, el informe de Brattle no respeta su propio estándar de valuación, pues los gastos generales y administrativos constituyen costos de la inversión, ya que (i) el Proyecto es la causa de que se incurriera en dichos gastos; y (ii) se espera un retorno de todos los gastos incurridos, y no solo de los gastos de sondaje y exploración¹²⁵¹.
- (b) Deducir el valor hipotético de la Información Protegida del monto de la compensación no tiene justificación. La Demandante sostiene que el valor de la información técnica no tiene relación alguna con el valor de mercado del Proyecto y, en cualquier caso, la información únicamente tendría valor para Bolivia, pues es la que tiene el control de las Concesiones Mineras actualmente¹²⁵².

753. Durante la Audiencia, en relación con la valuación de la Demandada, la Demandante señaló que Brattle recibió instrucciones de calcular sólo el coste de la inversión en el Proyecto, y que únicamente en el Segundo Informe de Brattle se utilizó un enfoque de valor justo de mercado¹²⁵³. La Demandante destacó que este último se limitó a un “*share approach*”, que CIMVal considera un enfoque secundario, siendo el enfoque primario el “*market approach*”¹²⁵⁴. La Demandante

¹²⁴⁸ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 76; Presentación de los alegatos de cierre de la Demandante, diapositiva 102.

¹²⁴⁹ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 76.

¹²⁵⁰ Réplica de la Demandante, párrs. 424, 426.

¹²⁵¹ Réplica de la Demandante, párr. 424; CER-1, Primer Informe de FTI párr. 5.27; CER-4, Segundo Informe de FTI, párrs. 9.4 – 9.5.

¹²⁵² Réplica de la Demandante, párr. 425; CER-4, Segundo Informe de FTI, párrs. 4.8-4.9. Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 1, 117:1-4 (inglés).

¹²⁵³ Transcripción de la Audiencia, Día 9, 1699:15 – 1702:7 (inglés).

¹²⁵⁴ Transcripción de la Audiencia, Día 1, 1700:17-20 (inglés); Memorial Post-Audiencia de SAS, párrs. 74-75.

también señaló que Brattle había reconocido en la Audiencia que no habían analizado a profundidad el método de comparables¹²⁵⁵.

754. La Demandante añade que la metodología utilizada por Brattle “*does not reward Claimant at all for the risk it took in converting Malku Khota from an exploration property to a mineral resource property and on to the cusp of being a development property*”¹²⁵⁶.

755. La Demandante hace referencia asimismo a la valuación alternativa de daños presentada por las Partes y observa lo siguiente:

“Brattle en su réplica por primera vez entiende que el valor de las acciones al 9 de julio implica un valor de mercado para el Proyecto de entre 35 y 48 millones, dependiendo del valor atribuido al proyecto Escalones en Chile no expropiado.

FTI dijo que Brattle utilizó la fecha de valuación incorrecta, y que [Brattle] también sobrevaluó Escalones. Cuando se hacen estos ajustes, la alternativa de Brattle implica una valuación de entre 69 y 83 millones. De todas formas, la valuación alternativa no ajustada de Brattle es de cuatro a seis veces mayor que la valuación establecida en [el] informe inicial [de Brattle]”¹²⁵⁷.

756. Finalmente, la Demandante considera infundado el argumento de Bolivia relativo a la reducción del monto de la compensación por culpa contributiva¹²⁵⁸ y añade que Bolivia no ha probado ninguna de sus acusaciones y por lo tanto dicha reducción no encuentra justificación¹²⁵⁹.

757. Según la Demandante, (i) la decisión del caso *Abengoa c. México*, por analogía, confirma que la Demandada no puede invocar la culpa contributiva, pues “*no existe ningún marco regulatorio en Bolivia que defina las obligaciones de CMMK de implementar un programa de relaciones comunitarias*” y Bolivia nunca realizó una petición específica a CMMK en este sentido¹²⁶⁰; y (ii) en cualquier caso, la invocación de la culpa contributiva requiere una actitud dolosa o negligente por parte del inversionista, sin embargo, “*SAS siempre actuó lícitamente y no es responsable por la oposición motivada políticamente*”, como así lo confirman los propios representantes de Bolivia¹²⁶¹.

758. La Demandante asevera que tanto los hechos sobre los que se basa como la prueba presentada en el caso *Copper Mesa*, invocado por la Demandada, son muy distintos al presente caso¹²⁶². En ese

¹²⁵⁵ Transcripción de la Audiencia, Día 9, 1699:15 – 1702:7 (inglés).

¹²⁵⁶ Transcripción de la Audiencia, Día 1, 116:22-25 (inglés).

¹²⁵⁷ Transcripción de la Audiencia, Día 1, 117:11-23 (inglés).

¹²⁵⁸ Réplica de la Demandante, párrs. 378, 383.

¹²⁵⁹ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 106.

¹²⁶⁰ Réplica de la Demandante, párrs. 379-380; CLA-162, *Abengoa c. México*, párr. 673.

¹²⁶¹ Réplica de la Demandante, párrs. 379-382.

¹²⁶² Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 84.

caso, el tribunal concluyó que “*mediante los hechos de sus agentes en Ecuador, la Demandante [recurrió] al reclutamiento y empleo de hombres armados, armas de fuego y gas lacrimógeno contra población civil, no como un incidente aislado o accidental sino como parte de un plan encubierto, premeditado y bien concebido para tomarse la justicia por su mano*”¹²⁶³. La Demandante señala que la carga de la prueba recae sobre Bolivia respecto de las supuestas violaciones que la Demandante habría cometido, y ésta no ha probado que la Demandante otorgase armas a los miembros de las comunidades o que promoviese la violencia de algún otro modo¹²⁶⁴. La Demandante añade que, a diferencia del caso *Copper Mesa, SAS* nunca pagó a las comunidades o miembros de las comunidades para que formasen COTOA-6A, sino que lo hicieron voluntariamente y además se trataba de comunidades que vivían en el área del Proyecto¹²⁶⁵. Según la Demandante, la reducción de un 75% solicitada por Bolivia no está justificada¹²⁶⁶.

6. Compensación por otras violaciones del Tratado

759. La Demandante alega que, incluso si el Tribunal determinara que Bolivia no violó la disposición expropiatoria del artículo 5 del Tratado, la Demandante tendría derecho a recibir compensación por las violaciones de los demás estándares de protección por parte de Bolivia¹²⁶⁷.
760. Según la Demandante, a pesar de que el Tratado no prevé un estándar de compensación específico para las otras violaciones distintas de la expropiación, la indemnización por los daños sufridos debe “*ser suficiente para compensar plenamente a la parte afectada y eliminar las consecuencias de la acción del Estado*”¹²⁶⁸. Para restablecer la situación que hubiese existido de no haber sido por las acciones y omisiones de Bolivia, la Demandante sostiene que la compensación debe ser equivalente al valor del Proyecto, “*pues si no fuera por (‘but-for’) los actos ilícitos de Bolivia,*

¹²⁶³ RLA-281, *Copper Mesa Mining Corporation c. República del Ecuador*, Caso CPA N.º 2012-2, Laudo, 15 de marzo de 2016, párr. 6.99 (traducción no oficial).

¹²⁶⁴ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 86.

¹²⁶⁵ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 86.

¹²⁶⁶ Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 86.

¹²⁶⁷ Escrito de Demanda, párr. 194.

¹²⁶⁸ Escrito de Demanda, párrs. 195-196, citando a CLA-10, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/97/3, Laudo, 20 de agosto de 2007, párr. 8.2.7; Réplica de la Demandante, párrs. 369-370; CLA-47, *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A., c. República de Chile*, Caso CIADI N.º ARB/01/7, Laudo, 25 de mayo de 2004, párr. 238; CLA-69, *Case Concerning the Factory at Chorzów (Alemania c. Polonia.)*, Caso CPJI, Sentencia, 13 de septiembre de 1928, P.C.I.J. (ser. A), N.º 17, p. 40; 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. Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 1, 101:12-23 (inglés).

[SAS] aún sería propietaria de las Concesiones [Mineras] a través de su filial de su 100% propiedad, CMMK”¹²⁶⁹.

761. En cuanto al estándar de valuación, la Demandante afirma que existe “una clara tendencia emergente” a adoptar el estándar de valor justo de mercado¹²⁷⁰. Según la Demandante, “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”¹²⁷¹. Así, la Demandante considera que el estándar de valor justo de mercado es idóneo para este caso, pues las acciones adoptadas por Bolivia en contravención del Tratado provocaron “la pérdida total de la inversión de [SAS]”¹²⁷².
762. En consecuencia, en el caso de que el Tribunal concluyera que Bolivia violó alguno de los estándares de protección del Tratado, la Demandante solicita una compensación equivalente al valor justo de mercado del Proyecto¹²⁷³.

7. Intereses

763. La Demandante sostiene que la tasa de interés legal anual de Bolivia del 6% (i) es la única tasa de interés aplicable que ha sido planteada ante el Tribunal, pues ninguna de las propuestas por Bolivia representa “una tasa normal”, y (ii) es la “tasa de interés mínima aplicable” conforme al artículo 5.1 del Tratado, pues la tasa de interés comercial aplicada por el Banco Central de Bolivia oscila entre el 6,5% y el 7,0%¹²⁷⁴.
764. Respecto del tipo de interés, la Demandante sostiene que “en la actualidad el derecho internacional reconoce el otorgamiento de interés compuesto como el estándar de compensación

¹²⁶⁹ Réplica de la Demandante, párrs. 370-371.

¹²⁷⁰ Escrito de Demanda, párrs. 198-200; CLA-5, *CMS Gas Transmission Co. v. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo de 2005, párr. 410; CLA-40, *Azurix Corp., c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/12, Laudo, 5 de octubre de 2012, párrs. 424, 429-430; CLA-41, *National Grid c. República de Argentina*, Caso CNUDMI, Laudo, 3 de noviembre de 2008, párrs. 269-70.

¹²⁷¹ Réplica de la Demandante, párr. 372; RLA-27, *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/09/1, Laudo, 22 de septiembre de 2014, párr. 674; CLA-47, *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A., c. República de Chile*, Caso CIADI N.º ARB/01/7, Laudo, 25 de mayo de 2004, párr. 238; CLA-10, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A., and Vivendi Universal c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/97/3, Laudo, 20 de agosto de 2007, párr. 8.2.7; CLA-76, *S.D. Myers, Inc., c. Canadá*, CNUDMI (TLCAN), Segundo Laudo Parcial, 21 de octubre de 2002, párr. 309; CLA-5, *CMS Gas Transmission Co., c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo de 2005, párr. 410; CLA-40, *Azurix Corp., c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/12, Laudo, 5 de octubre de 2012, párrs. 424, 429-430.

¹²⁷² Réplica de la Demandante, párr. 373.

¹²⁷³ Escrito de Demanda, párr. 201; Réplica de la Demandante, párr. 374.

¹²⁷⁴ Réplica de la Demandante, párrs. 427-428; Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 104; CER-4, Segundo Informe de FTI, párrs. 10.13-10.22; CLA-1, *Guaracachi America Inc. at al. c. Bolivia*, Caso CPANº 2011-17, Laudo, 31 de enero de 2014, párr. 615.

*generalmente aceptado en los arbitrajes internacionales de inversión*¹²⁷⁵. Además, según la Demandante, el interés compuesto es una parte integrante de la reparación plena a la que SAS tiene derecho¹²⁷⁶.

765. Contrariamente a las alegaciones de Bolivia, la Demandante afirma que (i) la prohibición impuesta por el Código Civil boliviano no se aplica en el presente caso; y (ii) el argumento de Bolivia a este efecto “*fue categóricamente rechazado*” en el caso *Rurelec*¹²⁷⁷.

B. POSICIÓN DE LA DEMANDADA

1. Derecho a la compensación

766. Según la Demandada, para que un daño sea resarcible en derecho internacional, la supuesta víctima de un acto ilícito debe probar, por un lado, que sus daños son ciertos¹²⁷⁸, y por otro, que existe una relación de causalidad suficiente entre los daños reclamados y el acto ilícito en cuestión¹²⁷⁹. Sin embargo, la Demandada alega que SAS no ha satisfecho la carga de probar estas circunstancias indispensables en el presente caso¹²⁸⁰. La Demandada alega que las pretensiones de SAS carecen de sustento y que el hecho de que la Demandante renunciase a su pretensión restitutoria durante la Audiencia¹²⁸¹ confirma la frivolidad de la misma¹²⁸².

767. La Demandada sostiene que los daños que SAS alega haber sufrido “*son meramente hipotéticos*”¹²⁸³, por los motivos que se detallan a continuación:

(a) La continuidad del Proyecto Malku Khota hasta la explotación es mera especulación, dado el estado embrionario del mismo. La Demandada afirma que “*desde que se descubre un yacimiento minero, puede tomar entre 15 y 20 años para que una mina alcance la etapa de*

¹²⁷⁵ Escrito de Demanda, párrs. 223, 227-228; Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 105; CLA-87, *Santa Elena*, Laudo, párr. 101; CLA-94, Natasha Affolder, “Awarding Compound Interest In International Arbitration”, *12 Am. Rev. Int’l. Arb.* 45, 80 (2001). CLA-90, Gotanda, *A Study of Interest*, p. 31; CLA-93, Colón & Knoll en 10; CLA-92, F.A. Mann, *Compound Interest*, pp. 581-82; CLA-86, *Starrett Housing Interlocutory*, Caso del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos N.º 24 (32-24-1), Laudo, 19 de diciembre de 1983.

¹²⁷⁶ Escrito de Demanda, párrs. 222-226; Réplica de la Demandante, párr. 429.

¹²⁷⁷ Réplica de la Demandante, párr. 431; Memorial Post-Audiencia de SAS, párr. 105; CLA-1, *Guaracachi America, Inc. et al. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CPA N.º 2011-17, Laudo, 31 de enero de 2014, párr. 616.

¹²⁷⁸ Contestación a la Demanda, párrs. 529-534; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 282:10-18 (español).

¹²⁷⁹ Contestación a la Demanda, párrs. 565-567.

¹²⁸⁰ Contestación a la Demanda, párrs. 534, 567; Dúplica de la Demandada, párrs. 531-532; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 282:19-22 (español).

¹²⁸¹ Véase *infra* párr. 737.

¹²⁸² Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 80.

¹²⁸³ Contestación a la Demanda, párr. 564.

producción”, en el caso de que esto se consiga¹²⁸⁴. Bolivia explica que el desarrollo de un proyecto minero hasta la explotación requiere diversos estudios ambientales, incluyendo el Estudio de Impacto Ambiental, y una serie de estudios geológicos que comienzan con una PEA, al que sigue un estudio de pre-factibilidad, que culmina, en su caso, con un estudio de factibilidad. Una vez realizados todos estos estudios, y si su resultado es favorable, se requiere iniciar el proceso de obtención de licencias y permisos, conseguir financiamiento externo, cumplir con la etapa de consulta previa de las comunidades locales y poner en marcha una serie de actividades de construcción complejas y costosas¹²⁸⁵. Por todo lo anterior, “*solo un porcentaje mínimo de proyectos mineros llega a desarrollarse*”, algo que el informe de RPA presentado por la Demandante reconoce¹²⁸⁶. En el presente caso, el Proyecto Malku Khota se encontraba en la etapa del PEA, es decir, en la etapa más incipiente del proceso de desarrollo de un proyecto minero¹²⁸⁷. Sobre la base de lo anterior, la Demandada sostiene que SAS está pidiendo que el Tribunal compense un daño hipotético y que ignore todos los riesgos de una operación minera como el Proyecto¹²⁸⁸, cuya viabilidad técnica y/o económica era incierta¹²⁸⁹.

- (b) La potencialidad económica de la explotación del Proyecto Malku Khota es mera especulación, dado que el mismo únicamente contaba con un PEA¹²⁹⁰ y la viabilidad técnica y económica de un proyecto minero sólo puede determinarse a partir de un estudio de pre-factibilidad¹²⁹¹. La Demandada sostiene que el PEA simplemente recoge los resultados de perforaciones limitadas para determinar si es viable continuar con la etapa de exploración, y únicamente cuando se realizan los estudios de pre-factibilidad y factibilidad, que identifican las reservas minerales económicamente extraíbles, es posible evaluar la viabilidad económica de la explotación del proyecto¹²⁹². La Demandada destaca que la

¹²⁸⁴ Contestación a la Demanda, párr. 544; RER-2, Primer Informe del Dr. Dagdelen, párr. 33.

¹²⁸⁵ Contestación a la Demanda, párrs. 535-546; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 285:22 – 292:4 (español); RER-2, Primer Informe del Dr. Dagdelen, párrs. 12-61.

¹²⁸⁶ Contestación a la Demanda, párrs. 544-545; Dúplica de la Demandada, párrs. 539-541; RER-2, Primer Informe del Dr. Dagdelen, párr. 32; R-121, W. E. Roscoe, *Valuation of Mineral Exploration Properties Using the Cost-Based Approach*, p. 2; CER-5, Segundo Informe de RPA, pp. 5-14. Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 1, 271:21 – 273:2 (español).

¹²⁸⁷ Contestación a la Demanda, párr. 546; Dúplica de la Demandada, párrs. 537, 566.

¹²⁸⁸ Transcripción de la Audiencia, Día 9, 1887:3 – 1888:5, 1889:7 – 1890:21 (español).

¹²⁸⁹ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párrs. 85-88, haciendo referencia a la declaración de RPA (Transcripción de la Audiencia, Día 6, 1121:1 – 1122:8 (inglés)).

¹²⁹⁰ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 86, refiriéndose a la declaración de RPA en la que reconoce que el Proyecto sólo contaba con un PEA (Transcripción de la Audiencia, Día 6, 969:24 – 970:10 (inglés)).

¹²⁹¹ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 87, refiriéndose a la declaración de RPA (Transcripción de la Audiencia, Día 6, 1120:5-7 (inglés)). Véase también Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párrs. 91-95.

¹²⁹² Contestación a la Demanda, párrs. 538-539, 550; Dúplica de la Demandada, párrs. 563-564; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 273:4 – 274:3, 274:4 – 282:7 (español); CER-5, Segundo Informe de RPA, pág. 3-2; Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párrs. 86, 94.

existencia de recursos minerales, que es lo que tiene el Proyecto, no implica que sea viable técnica y/o económicamente¹²⁹³. Así, según la Demandada, dado su carácter especulativo, tal y como ha sido reconocido por SASC, por los expertos de la Demandante y por el propio PEA del Proyecto, y dado el muy bajo nivel de confiabilidad que presenta, el PEA es considerada como un mero “*estudio conceptual*”, y no como “*un estudio económico sólido*”¹²⁹⁴. Por ello, la estimación de los recursos minerales y de los ingresos y costes de extracción previsibles contenida en el PEA, que jamás fue confirmada por los estudios de pre-factibilidad y factibilidad necesarios, es eminentemente especulativa¹²⁹⁵. La Demandada reitera además el carácter embrionario del Proyecto señalando que, tal y como reconoció SASC en 2012, le faltaban aún 2 o 3 años para poder completar la financiación y asegurar el desarrollo del procedimiento¹²⁹⁶.

- (c) La estimación de los recursos minerales del PEA 2011 es exagerada. Según la Demandada, el PEA 2011 atribuye US\$ 0,72 a cada tonelada de recurso mineral estimado debido a la existencia de créditos de oro, lo que equivale a un total de US\$ 144 millones, y sobreestima los recursos indicados en 70.806 millones de toneladas y subestima los recursos inferidos en 49.855 millones de toneladas. El PEA incrementa así artificialmente el tamaño del depósito mineral estimado, pues los supuestos créditos de oro no existen y es altamente probable que los recursos inferidos, que disponen del menor nivel de confiabilidad geológica, tampoco existan¹²⁹⁷.
- (d) La valuación de los recursos minerales del informe de RPA, basada en el PEA 2011, es inexacta. En primer lugar, según la Demandada, RPA no diferencia los recursos inferidos de los recursos indicados y medidos a efectos de la valuación a pesar de que en la industria minera los recursos minerales inferidos “*no tienen valor alguno*”¹²⁹⁸.

¹²⁹³ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párrs. 92-93.

¹²⁹⁴ Contestación a la Demanda, párrs. 538, 547-554; Dúplica de la Demandada, párrs. 536-538, 544; RER-2, Primer Informe del Dr. Dagdelen, párrs. 46, 123-127.

¹²⁹⁵ Contestación a la Demanda, párrs. 550, 558, 561; Dúplica de la Demandada, párr. 563; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 275:1 – 279:1 (español). Para las definiciones citadas en la Transcripción de la Audiencia, véase R-125, CIM Standing Committee on Reserve Definitions, *CIM Definition Standards - For Mineral Resources and Mineral Reserves*, 2010, pp. 3-6. Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 9, 1889:7 – 1892:2 (español).

¹²⁹⁶ Transcripción de la Audiencia, Día 9, 1894:17 – 1895:23 (español), apoyándose en R-299, Carta de SASC a la Comisaria de Comercio de la Embajada de Canadá en Lima, 31 de mayo de 2012, p. 2.

¹²⁹⁷ Contestación a la Demanda, párrs. 556, 559-560; 563; Dúplica de la Demandada, párrs. 547-549, 556; RER-2, Primer Informe del Dr. Dagdelen, párrs. 80, 84; RER-4, Segundo Informe del Dr. Dagdelen, párr. 10; CER-5, Segundo Informe de RPA, pág. 5-9.

¹²⁹⁸ Contestación a la Demanda, párr. 559; Dúplica de la Demandada, párrs. 549, 556; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 279:2 – 282:7 (español); RER-2, Primer Informe del Dr. Dagdelen, párr. 80. Véase también DAG-3, National Instrument 43-101, 24 June 2011, Companion Policy 43-101 CP, secciones 2.3(1)(b), y 2.3(3)(a). Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 9, 1910:7 – 1911:8 (español).

En segundo lugar, la Demandada sostiene que RPA utiliza injustificadamente una ley de corte de tan solo 10 g/t AgEq, disminuyendo así la concentración mínima de metal que se requiere en una tonelada de material para que ésta pueda formar parte de los recursos minerales¹²⁹⁹. Según la Demandada, teniendo en cuenta los costos de capital y operación, la ley de corte aplicable al Proyecto Malku Khota es, como mínimo, de 20,4 g/t AgEq, pudiendo llegar hasta 30 g/t AgEq. La Demandante señala que el PEA 2011 era considerablemente mayor (20,9%)¹³⁰⁰. De lo anterior se desprende que RPA infla en un 110,6% los recursos minerales indicados, en un 84% los recursos minerales medidos y en un 127% los recursos minerales inferidos¹³⁰¹.

En tercer lugar, la Demandada alega que la valuación de RPA únicamente refleja los recursos minerales estimados y no los recursos económicamente extraíbles, pues RPA nunca realizó el análisis de límite de yacimiento necesario¹³⁰², sino que valuó el Proyecto “*assuming that a hundred percent of what is characterized as ‘resource’ is to be mined*”¹³⁰³. En cualquier caso, la Demandada aclara que: (i) tras un análisis de límite de yacimiento bajo una ley de corte de 20 g/t AgEq, los recursos económicamente extraíbles del Proyecto (113,1 millones de toneladas) representan menos de la mitad de los recursos minerales estimados (231,6 millones de toneladas)¹³⁰⁴; y (ii) la viabilidad económica efectiva de la extracción aún dependería de que los ingresos previsibles fueran suficientes para cubrir los costes de explotación del Proyecto¹³⁰⁵.

- (e) La valuación de los daños por parte de FTI y RPA no tiene en cuenta la incertidumbre del Proceso Metalúrgico. La Demandada aduce que “[e]l Tribunal no puede, sin violar el debido proceso, sustituir a SAS en la prueba de su daño”¹³⁰⁶. La Demandada afirma que los cálculos de los expertos económicos de la Demandante reposan sobre la premisa de que el Proceso Metalúrgico funciona y es viable a escala comercial¹³⁰⁷. Sin embargo, según la

¹²⁹⁹ Dúplica de la Demandada, párrs. 550-552; RER-2, Primer Informe del Dr. Dagdelen, párr. 80; CER-5, Segundo Informe de RPA, pp. 5-6 y 5-7; RER-4, Segundo Informe del Dr. Dagdelen, sección 4.1.2.

¹³⁰⁰ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 142.

¹³⁰¹ Dúplica de la Demandada, párrs. 553-558; RER-4, Segundo Informe del Dr. Dagdelen, párrs. 75-76.

¹³⁰² Dúplica de la Demandada, párr. 559; RER-2, Primer Informe del Dr. Dagdelen, párr. 83. Véase también Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 140.

¹³⁰³ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 140, citando a RPA durante la Audiencia (Transcripción de la Audiencia, Día 6, 1095:14-19 (inglés)).

¹³⁰⁴ Dúplica de la Demandada, párrs. 560-561; RER-2, Primer Informe del Dr. Dagdelen, párrs. 83-85.

¹³⁰⁵ Dúplica de la Demandada, párr. 562; RER-4, Segundo Informe del Dr. Dagdelen, párr. 44; RER-6, Informe de Taylor, párr. 28.

¹³⁰⁶ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 91.

¹³⁰⁷ Dúplica de la Demandada, párr. 567; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 287:8-12 (español); Día 9, 1896:6 – 1897:3 (español); RER-5, Segundo Informe de Brattle, párr. 53. Véase también Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 91.

Demandada, el Proceso Metalúrgico: (i) no tiene ningún precedente en el ámbito minero¹³⁰⁸; (ii) nunca ha sido probado en una planta piloto, ni en muestras reales de los minerales del Proyecto¹³⁰⁹; y (iii) se trata de un proceso nuevo y único, lo que aumenta los riesgos en la rentabilidad y viabilidad del Proyecto¹³¹⁰. Por ello, la Demandada sostiene que no existe certeza alguna de que el Proceso Metalúrgico pudiese ser utilizado en el Proyecto¹³¹¹.

La Demandada destaca que el doctor Dreisinger reconoció en la Audiencia que su testimonio respecto a la viabilidad del Proceso Metalúrgico se basa en la *Flowsheet B* únicamente¹³¹², y afirma que el informe sobre el que la Demandante basa sus argumentos metalúrgicos, y en el que, por primera vez, aparece la *Flowsheet B*, es un informe de SGS *del mes de agosto de 2013*, un año *después* de la fecha de valuación, y que no hay ninguna prueba de que la *Flowsheet B* existiese a la fecha de valuación¹³¹³ (resaltado de la Demandada). La Demandada argumenta que, a la fecha de valuación, el Proceso Metalúrgico estaba incompleto¹³¹⁴ y la *Flowsheet B* no existía¹³¹⁵, por lo que era incierto que el Proceso Metalúrgico pudiese extraer *económicamente* los metales del Proyecto¹³¹⁶ (resaltado de la Demandada). Según la Demandada, esto es fundamental por cuanto, según las estimaciones del PEA 2011, el valor estimado del Proyecto se reduce en un 50% bajo el método “clásico” de *cyanide-leaching*¹³¹⁷.

En cualquier caso, incluso asumiendo la viabilidad del Proceso Metalúrgico, seguirían existiendo incertidumbres en cuanto a su rentabilidad, puesto que, según la Demandada: (i) existen serias dudas sobre el impacto de este proceso en los valores de recuperación de los metales preciosos; (ii) la utilización de nueva tecnología impone incurrir en sobrecostos

¹³⁰⁸ Dúplica de la Demandada, párr. 568; CER-2, Primer Informe de RPA, p. 10.5; RER-6, Informe de Taylor, párr. 40; RER-5, Segundo Informe de Brattle, párr. 112; C-14, PEA 2011, secciones 1.4, 1.8. Véase también Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 103.

¹³⁰⁹ Dúplica de la Demandada, párrs. 569-570; Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párrs. 101-102; RER-6, Informe de Taylor, párrs. 44(1), 44(3). Véase también TAY-5, A. Mezei & Todd R. Molnar, “Can Complex Hydrometallurgical Pilot Plants Effectively Reduce Project Risks?”, SGS Minerals Services, Technical Paper 2006-4, p. 2.

¹³¹⁰ Dúplica de la Demandada, párr. 571; RER-6, Informe de Taylor, párr. 44(2). Véase también Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 103.

¹³¹¹ Contestación a la Demanda, párr. 562; Dúplica de la Demandada, párrs. 572-573; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 283:25 – 287:7 (español); R-222, Transcripción conversación entre FTI y Tom Pfister, 20 de octubre de 2015, p. 14.

¹³¹² Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 98.

¹³¹³ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 99; C-133, SGS Canada Inc., An Investigation into Metal Recovery from Malku Khota Leach Liquors, 19 de agosto de 2013.

¹³¹⁴ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párrs. 100-101, en referencia al testimonio de RPA durante la Audiencia (Transcripción de la Audiencia, Día 6, 1003:15-18 (inglés)).

¹³¹⁵ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 100.

¹³¹⁶ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párrs. 100-101.

¹³¹⁷ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 100.

y retrasos; y (iii) la utilización del Proceso Metalúrgico en el Proyecto impondría incurrir en costos adicionales muy elevados derivados del refinado del indio¹³¹⁸. A pesar de todo lo anterior, “RPA y FTI no realizan ningún ajuste en sus valuaciones para reflejar la incertidumbre del Proceso Metalúrgico y los posibles sobrecostos que puede generar”¹³¹⁹.

Adicionalmente, la Demandada pone en duda la credibilidad del testimonio del experto de la Demandante, el doctor Dreisinger, sobre la base de que éste, en tanto que posee acciones de clase B de SASC, “tiene un interés económico directo en el resultado de este arbitraje”¹³²⁰, que no lo reveló ni en su declaración testimonial ni durante su interrogatorio directo¹³²¹.

- (f) El Proyecto nunca habría recibido financiación externa. Apoyándose en los Principios del Ecuador, los reglamentos de las principales instituciones financieras y las políticas y programas de responsabilidad social corporativa adoptados por las principales compañías mineras, la Demandada concluye que “cualquier proyecto minero debe respetar [los derechos de las comunidades indígenas, sus recursos y el medio ambiente] para ser financiado”¹³²². Sin embargo, debido a la violación de los derechos humanos e indígenas por parte de CMMK, y al riesgo que el Proyecto suponía para los recursos y el medio ambiente del área, la Demandada considera evidente que el Proyecto nunca habría recibido financiamiento¹³²³. Así, aunque Bolivia no hubiese adoptado la Reversión, el Proyecto no podría haberse desarrollado, pues “no está en disputa que, sin financiamiento externo, SAS no podría construir ni mucho menos operar una mina en Malku Khota”¹³²⁴.
- (g) La gran oposición social habría impedido que el Proyecto se desarrollara. Según la Demandada, el Proyecto nunca habría superado la etapa de consulta previa de las comunidades locales, requisito *sine qua non* para la explotación de un proyecto minero en

¹³¹⁸ Contestación a la Demanda, párr. 562; Dúplica de la Demandada, párr. 574; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 287:13 – 288:4 (español); RER-2, Primer Informe del Dr. Dagdelen, párr. 89; RER-6, Informe de Taylor, párrs. 24-26, 37-47; C-14, PEA 2011, pp. 10, 19-20.

¹³¹⁹ Dúplica de la Demandada, párr. 567; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 287:8-12 (español); Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 104.

¹³²⁰ Transcripción de la Audiencia, Día 9, 1897:4-21 (español); Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párrs. 105-106. Véase Transcripción de la Audiencia, Día 7, 1272:18-20, 1270:24 – 1271:2 (inglés); R-207, Composición Accionaria de SASC 2014, pp. 6, 41.

¹³²¹ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 106.

¹³²² Dúplica de la Demandada, párrs. 578-586; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 290:3 – 291:10 (español); Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 90.

¹³²³ Dúplica de la Demandada, párrs. 587-591; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 291:11-17 (español); RER-2, Primer Informe del Dr. Dagdelen, párr. 98.

¹³²⁴ Dúplica de la Demandada, párrs. 576, 592.

Bolivia y, por ende, aunque Bolivia no hubiese adoptado la Reversión, SAS nunca hubiera podido desarrollar el Proyecto¹³²⁵.

768. En vista de lo anterior, la Demandada considera que SAS no tiene derecho a recibir una compensación, pues no ha satisfecho la carga de probar la certeza de sus daños¹³²⁶.
769. En cualquier caso, incluso si el Tribunal considerase que los daños de SAS son ciertos, la Demandada sostiene que la causa dominante de estos daños es imputable exclusivamente a SAS y, por ende, Bolivia no tiene obligación de compensarla, al no existir la relación de causalidad necesaria entre la Reversión y los daños reclamados por SAS¹³²⁷.
770. Según la Demandada, las decisiones de otros tribunales internacionales confirman que un inversionista no debe recibir compensación alguna cuando su propia conducta sea la causa dominante de sus daños, incluso si esta conducta no es la causa exclusiva¹³²⁸. La Demandada acepta que estas decisiones implicaban compañías con dificultades económicas; sin embargo, contrariamente a lo alegado por SAS, la Demandada sostiene que lo determinante en estas decisiones “*no son dichas dificultades en sí sino que éstas fueran causadas por las propias compañías afectadas*”¹³²⁹. Por ello, la Demandada considera que este razonamiento es aplicable al presente caso, ya que, a la luz de los hechos, “*si bien la Reversión fue el acto formal que puso fin a las actividades de exploración de SAS, ésta última fue la real causante de sus daños*”¹³³⁰.

2. Estándar de compensación por expropiación

771. Según la Demandada, la compensación monetaria es la vía de reparación comúnmente utilizada por los tribunales arbitrales para reparar los daños causados por las acciones de un Estado soberano, y es la vía de reparación específicamente prevista por el artículo 5 del Tratado para los casos de expropiación. Así, si el Tribunal considerara que existe algún daño resarcible, la

¹³²⁵ Dúplica de la Demandada, párrs. 593-595; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 288:12 – 290:2 (español).

¹³²⁶ Dúplica de la Demandada, párr. 596; Transcripción de la Audiencia, Día 9, 1898:8-12 (español). Véase también Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párrs. 83-107. La Demandada aclara que SAS no ha presentado un reclamo por pérdida de oportunidad ni cálculos alternativos que tuviesen en consideración la incertidumbre de, por ejemplo, el Proceso Metalúrgico (Transcripción de la Audiencia, Día 9, 1899:6-15 (español)).

¹³²⁷ Contestación a la Demanda, párrs. 568, 572; Dúplica de la Demandada, párrs. 601-602; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 292:5-15 (español).

¹³²⁸ Contestación a la Demanda, párrs. 570-571; Dúplica de la Demandada, párr. 598; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 292:5-15 (español); RLA-17, *Elettronica Sicula SpA (ELSI)* (Estados Unidos de América c. Italia), Caso CIJ, Sentencia, 20 de julio de 1989, párr. 101; RLA-142, *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. Tanzania*, Caso CIADI N.º ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008, párr. 786.

¹³²⁹ Dúplica de la Demandada, párr. 600.

¹³³⁰ Contestación a la Demanda, 569; Dúplica de la Demandada, párr. 602.

Demandada afirma que la reparación en el presente caso debe limitarse a la compensación monetaria por los daños sufridos a causa de la Reversión, sea ésta lícita o ilícita¹³³¹.

772. En este sentido, la Demandada considera que la pretensión compensatoria de SAS es arbitraria, pues no existe razón alguna que justifique una compensación monetaria a la fecha del laudo, y por lo tanto, debería ser rechazada por el Tribunal¹³³². En particular, la Demandada sostiene que: (i) el estándar de compensación del artículo 5.1 del Tratado, que “*garantiza la reparación integral*”, no prevé la fecha del laudo a tal efecto¹³³³; (ii) las reglas que rigen la compensación impiden utilizar la fecha del laudo, pues ésta no tiene relación alguna con los hechos del caso¹³³⁴; (iii) SAS no tiene derecho a beneficiarse de la fecha del laudo, pues cualquier incremento hipotético en el valor del Proyecto “*sería atribuible precisamente a la salida de SAS*”¹³³⁵; y (iv) la jurisprudencia invocada por SAS no respalda su posición¹³³⁶.

3. Estándar de valuación por expropiación

773. Según la Demandada, “*si el Tribunal concluyese que Bolivia debe compensar a SAS (quod non), dicha compensación debe limitarse al reembolso de los costos incurridos por SAS en relación al Proyecto*”¹³³⁷.
774. Apoyándose en las decisiones de otros tribunales arbitrales, la Demandada afirma que el valor de mercado de un activo expropiado, cuando no existe base sólida que permita establecer que dicho activo generaría ganancias futuras, se determina con base en los costos¹³³⁸. Así, ante el carácter especulativo del Proyecto, la Demandada considera que la única forma de determinar el valor de mercado de la inversión de SAS es sobre la base de los costos de inversión¹³³⁹.

¹³³¹ Contestación a la Demanda, párrs. 512-513; 525.

¹³³² Contestación a la Demanda, párrs. 636, 675; Dúplica de la Demandada, párrs. 675-679.

¹³³³ Contestación a la Demanda, párrs. 664, 666.

¹³³⁴ Contestación a la Demanda, párr. 665; RLA-149, Markham Ball, *Assessing Damages in Claims by Investors against States*, 16 ICSID Review Foreign Investment Law Journal, 2001, p. 417.

¹³³⁵ Contestación a la Demanda, párr. 667.

¹³³⁶ Contestación a la Demanda, párrs. 668-674; CLA-69, *Chorzów Factory*, p. 40; CLA-35, *ADC v. Hungary*, Caso CIADI N.º ARB/03/16, Laudo, 2 de octubre de 2006, párr. 496; CLA-2, *Siemens A. G. v. Argentine Republic*, Caso CIADI N.º ARB/02/8, Laudo, 6 de febrero de 2007, párrs. 8.3, 12.3

¹³³⁷ Dúplica de la Demandada, párr. 613.

¹³³⁸ Contestación a la Demanda, párrs. 579-581; Dúplica de la Demandada, párrs. 604-606; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 293:2 – 295:16 (español); RLA-145, *Wena Hotels c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N.º ARB/98/4, Laudo, 8 de diciembre de 2000, párrs. 123-125; RLA-105, *Venezuela Holdings y otros c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB/07/27, Laudo, 9 de octubre de 2014, párrs. 382, 385; RLA-146, *Hasan Awdi y otros c. Rumania*, Caso CIADI N.º ARB/10/13, Laudo, 2 de marzo de 2015, párr. 514; CLA-51, *PSEG Global, Inc. c. Turquía*, Caso CIADI N.º ARB/02/5, Laudo, 19 de enero de 2007, párr. 321.

¹³³⁹ Contestación a la Demanda, párrs. 576, 582; Dúplica de la Demandada, párr. 607.

775. Además, según la Demandada, la jurisprudencia arbitral confirma que la valuación con base en costos es el método utilizado cuando la valuación con base en el flujo de fondos descontados no resulta aplicable, o cuando la compensación solicitada es desproporcionada con respecto a los costes de inversión¹³⁴⁰. Ambas circunstancias, a juicio de la Demandada, concurren en el presente caso¹³⁴¹.
776. Contrariamente a las alegaciones de SAS, la Demandada sostiene que: (i) la determinación del valor de mercado de la inversión expropiada basada en costos, es un método “*aplicado reiteradamente en la práctica arbitral internacional*”¹³⁴²; (ii) los propios expertos económicos de SAS admiten que la valuación basada en costos es consistente con los estándares internacionalmente aplicables¹³⁴³; (iii) cualquier prospecto de desarrollo futuro del Proyecto es meramente especulativo¹³⁴⁴; y (iv) la valuación basada en costos no generaría un incentivo para que Bolivia expropiara activos en su etapa más incipiente, pues en el presente caso, Bolivia “*se vio forzada a revertir las Concesiones Mineras*”, y en cualquier caso, “*mientras más temprano en el tiempo se tome un activo, más riesgos se corre de que el activo no tenga valor*”¹³⁴⁵.

4. Fecha de valuación de la expropiación

777. Según la Demandada, la valuación debe realizarse al 9 de julio de 2012 (la “**Fecha de Valuación de la Demandada**”), y la fecha de valuación del informe de FTI es contraria al Tratado. La Demandada afirma que no existe justificación alguna para considerar que el 6 de julio de 2012 sea el día anterior a aquél en que se hizo efectiva la expropiación, pues el 9 de julio de 2012, SAS comunicó al mercado que el Acta de Entendimiento no tuvo impacto alguno sobre el Proyecto¹³⁴⁶. Según la Demandada, la expropiación se hizo efectiva el 1º de agosto de 2012 mediante el Decreto de Reversión, y “*fue recién el 10 de julio de 2012 que SASC informó al mercado que – ese mismo*

¹³⁴⁰ Contestación a la Demanda, párrs. 578, 583; RLA-103, S. Ripinsky y K. Williams, *Damages in International Investment Law*, British Institute of International and Comparative Law, 2008, p. 227; RLA-96, *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB (AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003, párr. 186; RLA-281, *Copper Mesa Mining Corporation c. República del Ecuador*, Caso CPA N.º 2012-2, Laudo, 15 de marzo de 2016, párrs. 7.3, 7.21, 7.24, 7.26-7.28.

¹³⁴¹ Contestación a la Demanda, párrs. 577, 584; RER-3, Primer Informe de Brattle, párr. 80.

¹³⁴² Dúplica de la Demandada, párr. 611; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 295:17 – 296:8 (español). RLA-103, S. Ripinsky y K. Williams, *Damages in International Investment Law*, British Institute of International and Comparative Law, 2008, p. 227; RLA-281, *Copper Mesa Mining Corporation c. República del Ecuador*, Caso CPA N.º 2012-2, Laudo, 15 de marzo de 2016, párrs. 7.3, 7.21, 7.24, 7.26-7.28.

¹³⁴³ Dúplica de la Demandada, párr. 609; CER-2, Primer Informe de RPA, p. 3.1; CER-5, Segundo Informe de RPA, Tabla 3-2, p. 3-6.

¹³⁴⁴ Dúplica de la Demandada, párrs. 611-612; RER-2, Primer Informe del Dr. Dagdelen, párr. 122.

¹³⁴⁵ Dúplica de la Demandada, párr. 610.

¹³⁴⁶ Contestación a la Demanda, párrs. 638-640; Dúplica de la Demandada, párrs. 670-673; Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 161.

día – Bolivia había anunciado su intención de nacionalizar las Concesiones Mineras”¹³⁴⁷. En consecuencia, de conformidad con el artículo 5.1 del Tratado, la fecha de valuación debe ser el 9 de julio de 2012, día inmediatamente anterior a aquél en que se hizo pública la expropiación¹³⁴⁸.

5. Método de valuación de la expropiación

778. La Demandada mantiene que el método de valuación basado en costos es utilizado por los tribunales internacionales para valuar proyectos mineros incipientes¹³⁴⁹. La Demandada cita la decisión del tribunal del caso *Copper Mesa* que concluyó respecto del método de costos, que éste era “*the most reliable, objective and fair method in this case for valuing the Claimant’s investments*”, y afirmó respecto de las demás metodologías, que eran “*uncertain, subjective, and dependent upon contingencies*”¹³⁵⁰. Según la Demandada, lo mismo ocurre en el presente caso: el Proyecto se encuentra en una etapa incipiente sin actividad minera y las valuaciones propuestas por SAS son inciertas, subjetivas y dependen de diversas contingencias¹³⁵¹.
779. La Demandada afirma que el método de valuación basado en costos de Brattle presenta dos virtudes: por un lado, únicamente se compensan los daños ciertos, y por otro lado, se evita el riesgo de sobrecompensación¹³⁵². Contrariamente a las alegaciones de SAS, la Demandada sostiene que:
- (a) no se ha demostrado que los costes de inversión del Proyecto implicaban gastos generales y administrativos, y por ende, “*considerar este concepto en el cómputo sería arbitrario y especulativo*”¹³⁵³; y
 - (b) la deducción del valor de la Información Protegida es imperativa, pues de lo contrario se permitiría que SAS siguiera beneficiándose económicamente del Proyecto mediante la venta de la información técnica, y por ende, “*SAS sería sobre-compensada*”¹³⁵⁴.

¹³⁴⁷ Contestación a la Demanda, párr. 639; Dúplica de la Demandada, párr. 669; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 298:7 – 299:10 (español); R-129, Nota de Prensa de SASC, *South American Silver Responds Strongly to Bolivian Government Statements*, 10 de julio de 2012.

¹³⁴⁸ Contestación a la Demanda, párr. 641; Dúplica de la Demandada, párr. 674.

¹³⁴⁹ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 110; RLA-281, *Copper Mesa Mining Corporation c. República del Ecuador*, Caso CPA N.º 2012-2, Laudo, 15 de marzo de 2016, párrs. 7.24-7.27.

¹³⁵⁰ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 110; RLA-281, *Copper Mesa Mining Corporation c. República del Ecuador*, Caso CPA N.º 2012-2, Laudo, 15 de marzo de 2016, párrs. 7.24-7.27.

¹³⁵¹ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 110; RLA-281, *Copper Mesa Mining Corporation c. República del Ecuador*, Caso CPA N.º 2012-2, Laudo, 15 de marzo de 2016, párrs. 7.24-7.27.

¹³⁵² Contestación a la Demanda, párr. 585; Dúplica de la Demandada, párr. 611.

¹³⁵³ Dúplica de la Demandada, párr. 615; RER-5, Segundo Informe de Brattle, Sección IV.D.

¹³⁵⁴ Contestación a la Demanda, párr. 592; Dúplica de la Demandada, párrs. 614-619; RER-3, Primer Informe de Brattle, párrs. 175-177, sección VIII.D; RER-5, Segundo Informe de Brattle, párrs. 252-259; BR-122, “Face the Analyst” interview with Greg Johnson, published July 26, 2011, at 22:20; RWS-7, Declaración de Testigo X, párr. 20.

780. Asimismo, la Demandada sostiene que incluso si el Tribunal considerara que la valuación basada en el valor justo de mercado es aplicable, el método de valuación del informe de FTI debería ser rechazado en su totalidad¹³⁵⁵, por los siguientes motivos:

(a) Ninguna de las tres valuaciones en que se basa el informe de FTI es confiable, éstas son *fundamentalmente* erradas y no reflejan el valor justo de mercado¹³⁵⁶ (resaltado de la Demandada).

i. Según la Demandada, la Valuación RPA debe ser rechazada. La Demandada mantiene que el método de comparables en el que se basa RPA es inherentemente especulativo, algo que ha sido reconocido por la industria minera, la doctrina, la jurisprudencia y por el propio FTI¹³⁵⁷.

Según la Demandada, las fuentes de FTI reconocen que el Proyecto no tiene comparables en el mercado¹³⁵⁸, y en cualquier caso, los activos mineros seleccionados por RPA son diferentes del Proyecto “*en todos los criterios relevantes*” (p. ej. ubicación geográfica, etapa de desarrollo, mineralogía y nivel de densidad de los recursos)¹³⁵⁹. La Demandada destaca que el análisis de comparabilidad de RPA también ignora riesgos *fundamentales* del Proyecto que tienen un impacto directo en su valor¹³⁶⁰, como el riesgo metalúrgico¹³⁶¹ (los supuestos “comparables” emplean procesos metalúrgicos *convencionales*), el riesgo social y el riesgo medioambiental¹³⁶². En consecuencia, según la Demandada, RPA sobrevalora el Proyecto y lo compara con propiedades que no son *realmente* comparables, lo que invalida su valuación¹³⁶³.

¹³⁵⁵ Contestación a la Demanda, párrs. 573, 634; Dúplica de la Demandada, párrs. 621, 667; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 300:2 – 303:8 (español).

¹³⁵⁶ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párrs. 112-113.

¹³⁵⁷ Contestación a la Demanda, párrs. 597-580; Dúplica de la Demandada, párrs. 635, 641-642; RER-3, Primer Informe de Brattle, párrs. 46, 123.

¹³⁵⁸ Dúplica de la Demandada, párr. 633; Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 123; Transcripción de la Audiencia, Día 8, 1412:5-1416:6, 1425:20-1428:21 (inglés).

¹³⁵⁹ Contestación a la Demanda, párrs. 606-607; Dúplica de la Demandada, párr. 634; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 304:9 – 310:22 (español); Día 9, 1906:21 – 1908:8 (español); Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párrs. 122, 124, 126. Véase RER-3, Primer Informe de Brattle, sección IV.A; RER-5, Segundo Informe de Brattle, párrs. 109, 125-127.

¹³⁶⁰ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 128.

¹³⁶¹ Véase *supra* párr. 767(e).

¹³⁶² Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 127; Transcripción de la Audiencia, Día 6, 1013:11-14, 1013:18-25, 1029:6-11, 1031:17-19 (inglés).

¹³⁶³ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 128.

La Demandada sostiene que la determinación y aplicación de un MTR en este caso es arbitraria¹³⁶⁴ y que el método MTR desarrollado por RPA (i) nunca ha sido validado científicamente¹³⁶⁵ y (ii) su aplicación en la práctica es nula¹³⁶⁶. Según la Demandada, RPA incurrió en las siguientes tres arbitrariedades al determinar y aplicar un MTR al Proyecto que invalidan su valuación: (1) arbitrariedad al determinar el MTR de propiedades supuestamente comparables¹³⁶⁷, (2) arbitrariedad al determinar el MTR aplicable al Proyecto¹³⁶⁸, y (3) arbitrariedad al aplicar el MTR a los recursos del Proyecto¹³⁶⁹.

Respecto de la primera arbitrariedad, la Demandada compara este caso, donde RPA ha calculado un MTR considerando cinco derechos de opción, con el caso *Bear Creek*, donde FTI excluyó los derechos de opción porque dificultan el establecer el valor del activo de plata subyacente¹³⁷⁰. Además, la Demandada alega que la determinación del precio de los derechos de opción por parte de RPA es “*totalmente subjetiva*”, pues no tiene ningún respaldo científico¹³⁷¹. La Demandada añade que RPA utilizó transacciones ocurridas más de cinco años antes de la fecha de valuación¹³⁷², mientras que en *Bear Creek*, FTI sólo utilizó transacciones ocurridas dos años antes de la fecha de valuación¹³⁷³ y señala que, bajo las propias premisas de RPA, únicamente deben considerarse transacciones realizadas 18 meses antes de la fecha de valuación y mientras más antigua sea la transacción, menos confiable sería la información¹³⁷⁴. La Demandada resalta que “*RPA se basó en estimaciones de recursos históricos de 4 propiedades a pesar de que las Qualified Persons (QPs) que realizaron esas estimaciones indicaron que ellas ‘should not be relied upon or cannot*

¹³⁶⁴ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, sección 4.4.2.2. Véase también Contestación a la Demanda, párr. 601; Dúplica de la Demandada, párr. 624.

¹³⁶⁵ Contestación a la Demanda, párrs. 602-603; Dúplica de la Demandada, párr. 636; RER-3, Primer Informe de Brattle, párr. 97.

¹³⁶⁶ Dúplica de la Demandada, párr. 639; RER-3, Primer Informe de Brattle, párr. 97; RER-4, Segundo Informe del Dr. Dagdelen, párr. 81.

¹³⁶⁷ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párrs. 130-131.

¹³⁶⁸ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párrs. 132-137.

¹³⁶⁹ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párrs. 138-144.

¹³⁷⁰ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 130; Transcripción de la Audiencia, Día 8, 1439:12-16 (inglés).

¹³⁷¹ Contestación a la Demanda, párrs. 609-614; RER-3, Primer Informe de Brattle, párrs. 88-93.

¹³⁷² Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 130; Transcripción de la Audiencia, Día 6, 1046:2-16 (inglés). Las seis transacciones consideradas como comparables por RPA ocurrieron entre 2 y 5 años antes de la fecha de valuación utilizada por FTI. Véase Contestación a la Demanda, párrs. 615-618; CER-2, Primer Informe de RPA, tabla 12-1, apéndice 2; RER-3, Primer Informe de Brattle, párrs. 94-95.

¹³⁷³ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 130; Transcripción de la Audiencia, Día 8, 1446:14-17 (inglés).

¹³⁷⁴ R-127, W. E. Roscoe, *Valuation of non-producing mineral properties using market comparables*, Journal of Business Valuation, 15 de julio de 2007, p. 215; Transcripción de la Audiencia, Día 6, 1044:21-25 (inglés).

be relied upon” para determinar un MTR de las propiedades comparables¹³⁷⁵ y que “lo lógico y diligente hubiera sido no basarse en estimaciones históricas no confiables”¹³⁷⁶.

En cuanto a la arbitrariedad al determinar el MTR aplicable al Proyecto, la Demandada aduce que el MTR del 2% fue determinado mediante un proceso¹³⁷⁷ subjetivo que no puede ser validado pues no puede ser replicado por otros expertos ya que RPA no indica fórmulas para su índice de comparabilidad¹³⁷⁸ y meramente señaló en la Audiencia que se encuentra “*in line with [their] experience doing other studies, other Comparable Transactions Analysis where there is invariably a fairly range of MTR values*”¹³⁷⁹. Según la Demandada, CIMVal intenta alejarse de este tipo de valuaciones que son impenetrables a otros expertos¹³⁸⁰ y el laudo en *Copper Mesa* confirma que una valuación del Proyecto no puede basarse en el criterio subjetivo e inverificable de una persona¹³⁸¹.

En relación con la arbitrariedad al aplicar el MTR a los recursos del Proyecto, la Demandada sostiene que la aplicación del MTR desarrollado por RPA aporta el mismo valor a los recursos indicados y medidos que a los recursos inferidos¹³⁸² y sobrestima los recursos del Proyecto al utilizar una ley de corte de 10 g/t AgEq, con lo que infla artificialmente el valor del Proyecto¹³⁸³.

La Demandada afirma que la Audiencia demostró que RPA no realizó *capping* al calcular los recursos del Proyecto, a pesar de haber reconocido que correspondía hacerlo¹³⁸⁴, porque habría reducido la valuación del Proyecto¹³⁸⁵.

¹³⁷⁵ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 130 citando Transcripción de la Audiencia, Día 6, 1067:20-23 (inglés).

¹³⁷⁶ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 130.

¹³⁷⁷ RPA explicó dicho proceso durante la Audiencia para determinar el MTR del 2% partiendo de un rango de 0,10% a 9,6%, luego de excluir los *outliers* creó un índice de comparabilidad, aplicado el cual seleccionó las “6 middle transactions” cuyo rango era de entre 1,03% y 2,38%. Véase Transcripción de la Audiencia, Día 6, 1055:6 – 1057:4, 949:11-25 (inglés).

¹³⁷⁸ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párrs. 133-135; Transcripción de la Audiencia, Día 8, 1574:17-20 (inglés); RER-5, Segundo Informe de Brattle, párr. 156.

¹³⁷⁹ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 137, citando a RPA durante la Audiencia (Transcripción de la Audiencia, Día 6, 956:20 – 957:3 (inglés)).

¹³⁸⁰ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 136; Transcripción de la Audiencia, Día 8, 1571:16 – 1572:1 (inglés).

¹³⁸¹ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 137.

¹³⁸² Véase *supra* párr. 767(d).

¹³⁸³ Véase *supra* párr. 767(d). Contestación a la Demanda, párrs. 604-605; RER-3, Primer Informe de Brattle, párrs. 100-101; Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párrs. 139, 141-143; Transcripción de la Audiencia, Día 8, 1646:16-172 (inglés). Véase también RER-5, Segundo Informe de Brattle, párr. 125; DAG-3, National Instrument 43-101, 24 de junio de 2011, Companion Policy 43-101 CP, sección 2.3(1) en relación al uso de recursos inferidos e históricos en la evaluación económica.

¹³⁸⁴ Transcripción de la Audiencia, Día 6, 1107:12-14 (inglés); RPA-11, RPA notes from October 20, 2015 meeting with K. Dagdelen and T. Matthews, p. 7.

¹³⁸⁵ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 144.

La Demandada afirma que, en cualquier caso, el rango de valores resultante no es fiable, ya que su aplicación sobre los propios activos mineros utilizados por RPA “*lleva a sobrevalorar o infravalorar los supuestos ‘comparables’*”¹³⁸⁶.

La Demandada concluye que se trata de una valuación subjetiva (pues considera la selección de las comparables como un ejercicio inherentemente subjetivo), incierta (a la luz del amplio rango de valores que arroja –US\$ 13,8 millones a US\$ 1.300 millones) y que depende de contingencias (p. ej. que el Proceso Metalúrgico funcione)¹³⁸⁷.

- ii. La Demandada considera, asimismo, que la valuación del Proyecto por los analistas de la industria debe ser descartada. Según la Demandada, (i) existían relaciones comerciales entre tres de los cuatro analistas y SASC al momento de la valuación¹³⁸⁸; (ii) las valuaciones se basan en el método de FFD¹³⁸⁹, que, como el propio FTI reconoce¹³⁹⁰, no es aplicable al Proyecto¹³⁹¹; (iii) la bajada del valor en bolsa de las acciones de SASC demuestra que las valuaciones no son relevantes para determinar el valor justo de mercado, pues “*el propio mercado no las consideró fiables*”¹³⁹²; y (iv) los analistas no consideraron riesgos importantes relativos al Proyecto, e incurrieron en errores fundamentales que no fueron corregidos por FTI¹³⁹³. La Demandada considera absurda la justificación dada por FTI durante la Audiencia de que su informe no se basa en los cálculos FFD de los analistas sino en las conclusiones de éstos, pues las conclusiones se sustentan en su modelo de FFD¹³⁹⁴.

¹³⁸⁶ Contestación a la Demanda, párrs. 619-621; Dúplica de la Demandada, párrs. 636-639; RER-3, Primer Informe de Brattle, párrs. 97, 117-118, sección V; RER-5, Segundo Informe de Brattle, párr. 161. Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 9, 1908:19 – 1910:6 (español).

¹³⁸⁷ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 110.

¹³⁸⁸ Contestación a la Demanda, párrs. 623-628; Dúplica de la Demandada, párrs. 650-651; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 303:13-17, 304:8-23 (español); RER-3, Primer Informe de Brattle, párrs. 135-136; RER-5, Segundo Informe de Brattle, párrs. 217-220; CER-4, Segundo Informe de FTI, párrs. 6.25-6.27. Véase FTI-37, Redchip, “April 3, 2012 Report”, p. 10; BR-45, Redchip, Research Issues Research Updated on South American Silver, p. 2; FTI-15, Edison, “January 10, 2012 Report”, p. 1.

¹³⁸⁹ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 115; Transcripción de la Audiencia, Día 8, 1434:2-3 (inglés).

¹³⁹⁰ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 116; Transcripción de la Audiencia, Día 8, 1436:21 – 1437:2 (inglés).

¹³⁹¹ Contestación a la Demanda, párr. 630; Dúplica de la Demandada, párr. 644; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 302:18-25 (español); Transcripción de la Audiencia, Día 9, 1903:10 – 1904:3 (español); Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 116; R-241, M. Maher, C. Stickney y R. Weil, Managerial Accounting. *An Introduction to Concepts, Methods and Uses*, Thomson South-Western, 2008, p. 184; CER-4, Segundo Informe de FTI, párrs. 6.23, 6.38; CER-1, Primer Informe de FTI, párr. 8.33; CER-2, Primer Informe de RPA, p. 3.1.

¹³⁹² Dúplica de la Demandada, párrs. 645-649, 652; RER-5, Segundo Informe de Brattle, párr. 201

¹³⁹³ Contestación a la Demanda, párr. 631; Dúplica de la Demandada, párrs. 651, 653; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 303:18-24, 304:24 – 305:8 (español); RER-3, Primer Informe de Brattle, párrs. 140-147; R-222, transcripción conversación entre FTI y Tom Pfister (Redchip) del 20 de octubre de 2015, pp. 2, 15.

¹³⁹⁴ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 117. Para la explicación de FTI véase Transcripción de la Audiencia, Día 8, 1437:3-7 (inglés).

La Demandada concluye que se trata de una valuación subjetiva¹³⁹⁵, incierta (en vista del amplio rango de valores entre US\$ 117 millones y US\$ 992 millones) y que depende de contingencias (p. ej. las premisas de los modelos de FFD que emplean los analistas)¹³⁹⁶.

- iii. En cuanto a la valuación basada en colocaciones privadas, la Demandada concede que éstas no comparten las deficiencias de ser subjetivas, inciertas y depender de contingencias de los métodos anteriores. Sin embargo, sostiene que “*diversos factores indicadores de mercado evolucionaron negativamente entre la fecha de dichas colocaciones y la Fecha de Valuación en julio de 2012*”, y por ende, los valores de abril y mayo de 2012 deben descartarse para determinar el valor justo de mercado del Proyecto, pues no reflejan la caída de diversos indicadores de mercado entre abril-mayo y julio¹³⁹⁷. Según la Demandada, la evidencia disponible confirma que la caída de esos indicadores afectó al valor de las acciones de SASC y, por consiguiente, del Proyecto, por lo que la valuación de FTI sobre la base de las colocaciones privadas debe descartarse al no reflejar esta evolución¹³⁹⁸.
- (b) La ponderación realizada por FTI es arbitraria¹³⁹⁹. La Demandada afirma que la ponderación de FTI no reposa sobre una base objetiva, pues es imposible probar que un comprador hipotético del Proyecto ponderaría de la misma manera las valuaciones utilizadas por FTI¹⁴⁰⁰.
- (c) La Demandada añade que el laudo *Copper Mesa* revela que la posición de FTI en este arbitraje es contradictoria con la que adoptó en ese caso, donde, asesorada por FTI, la demandante propuso valorar las concesiones mineras sobre la base del método de costos para calcular el valor justo de mercado¹⁴⁰¹. Asimismo, la Demandada señala que en el caso *Bear Creek*, FTI reconoció la relevancia de las diferencias geográficas en el valor de las propiedades mineras y no consideró comparables propiedades ubicadas en países

¹³⁹⁵ La Demandada cita la afirmación del señor Cooper durante la Audiencia de que “*they incorporate all kinds of assumptions that are personal to them*” (Transcripción de la Audiencia, Día 8, 1501:23 – 1502:1 (inglés)).

¹³⁹⁶ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 110.

¹³⁹⁷ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párrs. 110, 146; Contestación a la Demanda, párr. 633; Dúplica de la Demandada, párrs. 655-656; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 311:16 – 312:1 (español); RER-3, Primer Informe de Brattle, párr. 151; RER-5, Segundo Informe de Brattle, párr. 237. La Demandada se refiere a la caída del 13% del precio del metal principal del Proyecto (la plata), la caída del 5% del índice de la Bolsa de Valores de Toronto y del 23% de otras mineras *junior* que FTI consideró comparables.

¹³⁹⁸ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párrs. 148-149.

¹³⁹⁹ Transcripción de la Audiencia, Día 1, 301:19 – 302:17 (español).

¹⁴⁰⁰ Dúplica de la Demandada, párr. 628; RER-5, Segundo Informe de Brattle, párr. 211.

¹⁴⁰¹ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 109; RLA-281, *Copper Mesa Mining Corporation c. República del Ecuador*, Caso CPA N.º 2012-2, Laudo, 15 de marzo de 2016, párrs. 7.3, 7.21.

distintos¹⁴⁰². En contraposición, en el presente caso, ha ponderado con un 50% una valuación (RPA) con base en 12 propiedades, de las cuales 11 no se encuentran en Bolivia¹⁴⁰³. Según la Demandada, “[s]i RPA hubiese considerado la única propiedad ‘comparable’ ubicada en Bolivia (Pulacayo), el valor del Proyecto –bajo las premisas económicas del PEA– sería de US \$ 32.5 [sic]”¹⁴⁰⁴.

781. Según la Demandada, la arbitrariedad de la valuación del valor justo de mercado del Proyecto por parte de FTI queda demostrada a la luz del valor accionario de SASC, pues “*de acuerdo con la valuación de FTI, el Proyecto valdría 530% más que SASC entera*”¹⁴⁰⁵. La Demandada sostiene que, a la Fecha de Valuación de la Demandada, (i) el valor de SASC en la bolsa de valores era US\$ 48.7 millones y (ii) el valor del Proyecto oscilaría entre US\$ 35.2 y US\$ 48.7 millones (dependiendo del valor que se le asigne al proyecto Escalones, el otro activo de SASC)¹⁴⁰⁶. La Demandada señala que SAS no cuestionó este cálculo en la Audiencia, ni que, al basarse en las acciones que cotizan en bolsa, dicha valuación es objetiva, verificable y arroja un rango estrecho de valores¹⁴⁰⁷.
782. La Demandada mantiene que las Reglas CIMVal consideran el método del valor accionario (*market capitalization*) como un método secundario porque la mayoría de compañías tienen más de un proyecto principal, lo que dificulta la determinación del valor de cada uno de los proyectos principales¹⁴⁰⁸. La Demandada mantiene que ese no es el caso de SASC¹⁴⁰⁹.
783. La Demandada explica que puesto que el valor empresarial de SASC (entendido como el valor del capital menos las deudas y el efectivo) al 1º de agosto de 2012 equivalía a alrededor de US\$ 13.5-14 millones, el valor del proyecto Escalones oscilaría entre US\$ 0, como mínimo, y US\$ 13.5 millones, como máximo¹⁴¹⁰. Si se considera el valor que FTI atribuye a Escalones (US\$ 7,3), entonces el Proyecto tendría un valor máximo de US\$ 41.4 millones.

¹⁴⁰² Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 125, haciendo referencia a la declaración de FTI (Transcripción de la Audiencia, Día 8, 1441:11-20 (inglés)).

¹⁴⁰³ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 125, haciendo referencia a la declaración de RPA (Transcripción de la Audiencia, Día 6, 995:4-7 (inglés)).

¹⁴⁰⁴ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 125; RER-3, Primer Informe de Brattle, Workpaper 6, p. E-7.

¹⁴⁰⁵ Dúplica de la Demandada, párrs. 658-667; RER-5, Segundo Informe de Brattle, párrs. 20-25, 31, 34-35, Tabla 2, sección II.D.

¹⁴⁰⁶ Dúplica de la Demandada, párrs. 665-668. Véase RER-5, Segundo Informe de Brattle, Tabla 2.

¹⁴⁰⁷ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párrs. 152, 159. Véase declaración de Brattle, Transcripción de la Audiencia, Día 8, 1558:16-23 (inglés).

¹⁴⁰⁸ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 153; Transcripción de la Audiencia, Día 8, 1587:9-11 (inglés).

¹⁴⁰⁹ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 153.

¹⁴¹⁰ Dúplica de la Demandada, párrs. 660, 662; RER-5, Segundo Informe de Brattle, párrs. 20-21, 31. Véase también Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 151.

784. La Demandada afirma que, en este caso, sólo el valor accionario refleja adecuadamente los riesgos del Proyecto¹⁴¹¹, y que no existe razón para pensar que el valor accionario de SASC no refleja adecuadamente su valor como empresa y, por ende, el valor de sus activos¹⁴¹². Según la Demandada, este valor refleja toda la información pública disponible y los riesgos relevantes de sus activos¹⁴¹³.
785. La Demandada añade que FTI, al ponderar con un 25% las colocaciones privadas de SASC en abril y mayo de 2012, reconoce que el valor accionario de SAS es indicativo del valor justo de mercado del Proyecto¹⁴¹⁴. La Demandada argumenta además que: (i) a la fecha de las colocaciones privadas, SASC tenía el efectivo necesario para continuar con sus operaciones por lo que no le urgía obtener financiación¹⁴¹⁵; (ii) la falta de urgencia con relación a la financiación se pone de manifiesto a la vista del largo tiempo que tomó dicha empresa para publicitar y colocar las acciones; (iii) aceptar que se trataba de “*compelled transactions*” llevaría al absurdo de aceptar que SASC habría estado dispuesta a asumir una pérdida superior a la cuantía obtenida¹⁴¹⁶. La Demandada concluye que si las acciones fueron colocadas a precios muy similares a su valor en bolsa es porque éste sí refleja su valor justo de mercado¹⁴¹⁷.
786. Adicionalmente, según la Demandada, la deducción del valor de la Información Protegida es imperativa igual si se utiliza el valor accionario como método de valuación, pues “*si alguien ha tomado el valor justo de mercado del activo en su totalidad, lo debería haber tomado con información*”¹⁴¹⁸, y respecto de la patente,

“una cosa es qué pasa con la titularidad de la patente. Pero otra cosa es la licencia para usar esa patente. ¿Por qué digo esto? Su valuación de justo valor de mercado se basa como premisa en el funcionamiento del proceso metalúrgico. No pueden pretender compensación por valor justo de mercado como si el proceso funcionara y luego decir que quien venga luego eventualmente a desarrollar esto no tiene

¹⁴¹¹ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, sección 4.5.2.

¹⁴¹² Dúplica de la Demandada, párr. 666; RER-5, Segundo Informe de Brattle, sección II D. En contestación a la afirmación de FTI en la Audiencia de que las colocaciones privadas de SASC de abril y mayo de 2012 fueron realizadas a un valor inferior a su valor justo de mercado puesto que dicha compañía se vio forzada a ello para obtener financiación (declaración de FTI en la Audiencia, Transcripción de la Audiencia, Día 8, 1457:4-12 (inglés)), véase Transcripción de la Audiencia, Día 9, 1911:25 – 1913:11 (español); Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 154.

¹⁴¹³ Dúplica de la Demandada, párr. 663; RER-5, Segundo Informe de Brattle, párr. 25. Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 9, 1911:25 – 1913:11 (español); Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 160.

¹⁴¹⁴ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 150.

¹⁴¹⁵ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 155; véase declaración de Brattle, Transcripción de la Audiencia, Día 8, 1556:17, 1643:3-4 (inglés).

¹⁴¹⁶ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 155, en relación con la declaración de FTI (Transcripción de la Audiencia, Día 8, 1459:12-18 (inglés)).

¹⁴¹⁷ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 156.

¹⁴¹⁸ Transcripción de la Audiencia, Día 9, 1913:12-22 (español).

acceso a esta misma patente que es necesaria para calcular el valor justo de mercado”¹⁴¹⁹.

787. La Demandada mantiene que FTI reconoció en la Audiencia que si se ordenase a Bolivia compensar a SAS por la Reversión (*quod non*), debería descontarse de dicha compensación el valor de la Información Protegida¹⁴²⁰. Según la Demandada, ni SAS ni sus expertos han cuestionado (i) el cálculo del valor de la Información Protegida realizado por Brattle ni (ii) que existen terceros interesados en adquirir dicha Información¹⁴²¹. La Demandada señala que SAS tampoco interrogó a los testigos de Bolivia al respecto y concluye que, por ello, de ordenarse el pago de una compensación a SAS (*quod non*), dicha compensación deberá reducirse en US\$ 6,2 millones¹⁴²².
788. En cualquier caso, apoyándose en las decisiones de otros tribunales arbitrales, la Demandada afirma que la conducta de SAS debe ser tenida en cuenta a la hora de fijar el monto de la compensación, para reflejar su culpa contributiva en la producción del daño¹⁴²³. Contrariamente a lo que la jurisprudencia invocada por SAS pueda sugerir, la Demandada aclara que la culpa contributiva en el presente caso no gira en torno a “*las obligaciones de los inversionistas respecto de la comunicación social*”¹⁴²⁴, sino a las violaciones de los derechos humanos e indígenas, al conflicto social y a las violaciones de otras normas bolivianas imputables a SAS¹⁴²⁵. Así, la Demandada solicita que el monto de cualquier compensación otorgada a la Demandante “*sea reducido en, al menos, un 75%, toda vez que han sido las acciones y omisiones de la propia Demandante las que han contribuido decisivamente en el daño que dice haber sufrido*”¹⁴²⁶.

¹⁴¹⁹ Transcripción de la Audiencia, Día 9, 1913:23 – 1914:8 (español).

¹⁴²⁰ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 162; Transcripción de la Audiencia, Día 8, 1472:17-22 (inglés).

¹⁴²¹ Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 162; Transcripción de la Audiencia, Día 8, 1550:2-7 (inglés).

¹⁴²² Memorial Post-Audiencia de Bolivia, párr. 162.

¹⁴²³ Contestación a la Demanda, párrs. 728-736; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 313:9 – 314:23 (español); RLA-164, *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTH Chile S.A c. República de Chile*, Caso CIADI N.º ARB/01/7, Laudo, 25 de mayo de 2004, párrs. 178, 242-243; RLA-166, *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/06/11, Laudo, 5 de octubre de 2012, párrs. 678, 680, 687; RLA-161, *Iurii Bogdanov c. República de Moldova*, Caso SCC N.º V091/2012, Laudo, 22 de septiembre de 2005, cap. 5.2; RLA-281, *Copper Mesa Mining Corporation c. República del Ecuador*, Caso CPA N.º 2012-2, Laudo, 15 de marzo de 2016, párrs. 6.97, 6.100.

¹⁴²⁴ Dúplica de la Demandada, párrs. 704-705, 709, refiriéndose a CLA-162, *Abengoa S.A. y Cofides S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI ARB(AF)/09/2, Laudo, 18 de abril de 2013, párr. 665.

¹⁴²⁵ Dúplica de la Demandada, párrs. 707-708, 710-712; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 314:24 – 316:9 (español).

¹⁴²⁶ Contestación a la Demanda, párr. 725; Transcripción de la Audiencia, Día 1, 316:10-15 (español).

6. Compensación por otras violaciones del Tratado

789. La Demandada considera que “SAS no ha probado por qué, en casos distintos de la expropiación, la compensación debería calcularse en base al estándar del [valor justo de mercado]”¹⁴²⁷.
790. En primer lugar, la Demandada sostiene que la posición de SAS es contraria al Tratado, pues el artículo 5.1 dispone la aplicación del estándar de valor justo de mercado exclusivamente para los casos de expropiación. Así, según la Demandada, “[a]plicar dicho estándar a casos distintos de la expropiación conllevaría, por consiguiente, ignorar la voluntad de las partes”¹⁴²⁸.
791. En segundo lugar, la Demandada asevera que la jurisprudencia arbitral ha confirmado reiteradamente que el estándar de valor justo de mercado no es aplicable a casos distintos de la expropiación¹⁴²⁹. En este sentido, la Demandada considera que las decisiones invocadas por SAS no respaldan su posición, pues (i) en el caso *Gold Reserve c. Venezuela*, la aplicación del estándar de valor justo de mercado se vio justificada por la existencia de un acuerdo entre las partes, y no “por la pérdida de la inversión”¹⁴³⁰, y (ii) otros casos demuestran que los tribunales arbitrales rechazan la aplicación del estándar de valor justo de mercado, incluso cuando las medidas no expropiatorias provocaron que la inversión fuese “insostenible económicamente”¹⁴³¹.
792. En cualquier caso, apoyándose en las decisiones de otros tribunales arbitrales, la Demandada sostiene que el otorgamiento de una compensación por otras violaciones del Tratado, requiere la prueba del daño específico derivado de cada violación alegada, así como de la relación de causalidad entre el daño y la violación¹⁴³². Sin embargo, según la Demandada, SAS no ha identificado ni proporcionado una valuación individualizada de los daños causados por las medidas no expropiatorias¹⁴³³. En consecuencia, la Demandada sostiene que, “si el Tribunal

¹⁴²⁷ Dúplica de la Demandada, párr. 680.

¹⁴²⁸ Contestación a la Demanda, párr. 678; Dúplica de la Demandada, párrs. 681-682.

¹⁴²⁹ Contestación a la Demanda, párrs. 679-681; RLA-150, *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/99/1, Laudo, 16 de diciembre de 2002, párr. 194; CLA-76, *S.D. Myers, Inc. c. Canadá*, Caso CNUDMI, Segundo Laudo Parcial, 21 de octubre de 2002, párr. 144; CLA-51, *PSEG Global, Inc. c. Turquía*, Caso CIADI N.º ARB/02/5, Laudo, 19 de enero de 2007, párrs. 305-308.

¹⁴³⁰ Dúplica de la Demandada, párr. 682, refiriéndose a RLA-127, *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/09/01, Laudo, 22 de septiembre de 2014, párr. 674.

¹⁴³¹ Dúplica de la Demandada, párr. 683 refiriéndose a RLA-150, *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/99/1, Laudo, 16 de diciembre de 2002, párr. 188.

¹⁴³² Contestación a la Demanda, párrs. 685-688; Dúplica de la Demandada, párr. 687; RLA-125, *S. D. Myers, Inc. c. Canadá*, Laudo Parcial, 13 de noviembre 2000, párrs. 315-317; RLA-134, *LG&E et al. c. la República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/1, Laudo, 25 de julio de 2007, párr. 87; RLA-150, *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/99/1, Laudo, 16 de diciembre de 2002, párr. 194; CLA-104, *BG Group Plc. c. Argentina*, Caso CNUDMI, Laudo, 24 del diciembre de 2007, párr. 428; RLA-141, *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000, párr. 115.

¹⁴³³ Contestación a la Demanda, párrs. 683-684, 688; Dúplica de la Demandada, párrs. 685-686; CER-1, Primer Informe de FTI, párr. 2.2, sección 2; CER-4, Segundo Informe de FTI, sección 3.

*concluye que Bolivia no violó el artículo [5] del Tratado, relativo a la expropiación, deberá negar cualquier compensación por falta de prueba*¹⁴³⁴.

7. Intereses

793. Según la Demandada, una tasa de interés comercial es preferible en el presente caso, pues (i) de acuerdo al artículo 411 del Código Civil boliviano, “*aplicar la tasa de interés legal sobre-compensaría a SAS*”¹⁴³⁵, y (ii) en cualquier caso, SAS no ha aportado ningún argumento que explique “*por qué debería preferirse el interés legal sobre el interés comercial*”¹⁴³⁶.
794. La Demandada sostiene que la tasa de interés aplicable debe ser la tasa libre de riesgo del tesoro americano (del 0,21%). En su defecto, según la Demandada, la tasa comercial debe calcularse con base en la emisión de bonos soberanos a 10 años efectuada por Bolivia en octubre de 2012, fecha muy cercana a la Fecha de Valuación de la Demandada, y luego añadir los resultados a la tasa de interés libre de riesgo (resultando en una tasa anual de 2,9%)¹⁴³⁷, por los siguientes motivos: (i) la prima de riesgo constituye un punto de referencia natural para calcular los intereses que se aplicarían sobre los montos adeudados por Bolivia¹⁴³⁸; (ii) es un método utilizado por los tribunales arbitrales de forma recurrente¹⁴³⁹; y (iii) “*la tasa [comercial] así obtenida es incluso superior a aquellas comúnmente aplicadas por los tribunales arbitrales (en base a la tasa LIBOR)*”¹⁴⁴⁰.
795. La Demandada rechaza el interés compuesto puesto que: (i) existe una prohibición expresa bajo el derecho boliviano a la capitalización de intereses y diversos tribunales arbitrales han aplicado un interés simple cuando existe una prohibición nacional de este tipo¹⁴⁴¹; y (ii) no existe una jurisprudencia constante que establezca el principio de otorgar intereses compuestos y, de hecho, laudos recientes se pronuncian en favor de los intereses simples¹⁴⁴².

¹⁴³⁴ Contestación a la Demanda, párr. 689.

¹⁴³⁵ Contestación a la Demanda, párrs. 693-694; Dúplica de la Demandada, párr. 689; RLA-49, Artículo 411 del Código Civil de Bolivia; CER-1, Primer Informe de FTI, párr. 12.5.

¹⁴³⁶ Contestación a la Demanda, párr. 695; Dúplica de la Demandada, párr. 690.

¹⁴³⁷ Contestación a la Demanda, párrs. 697-707; Dúplica de la Demandada, párrs. 691-698.

¹⁴³⁸ Contestación a la Demanda, párr. 710.

¹⁴³⁹ Contestación a la Demanda, párr. 711; Dúplica de la Demandada, párr. 697; RLA-150, *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/99/1, Laudo, 16 de diciembre de 2002, párr. 205.

¹⁴⁴⁰ Contestación a la Demanda, párrs. 712-713; Dúplica de la Demandada, párr. 697.

¹⁴⁴¹ Contestación a la Demanda, párrs. 717-721; Dúplica de la Demandada, párr. 699; RLA-155, *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. c. República del Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/04/19, párr. 457; RLA-157, *Desert Line Projects LLC c. República de Yemen*, Caso CIADI N.º ARB/05/17, Laudo, 6 de febrero de 2008, párrs. 294-295; RLA-158, *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB/00/5, Laudo, 23 de septiembre de 2003, párr. 396.

¹⁴⁴² Contestación a la Demanda, párr. 716; Dúplica de la Demandada, párr. 701; RLA-272, *Mr. Franck Charles Arif c. República de Moldavia*, Caso CIADI N.º ARB/11/23, Laudo, 8 de abril de 2013, párr. 617; RLA-273, *Antoine Abou Lahoud y otros c.*

C. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

796. El Tribunal concluyó que la reversión de las Concesiones Mineras constituye una expropiación directa conforme al artículo 5 del Tratado. Asimismo, concluyó que Bolivia incumplió con la obligación de pago de una compensación establecida en dicho artículo.
797. Respecto de la expropiación, la pretensión original de la Demandante era la restitución y solamente en el evento en que esta fuere imposible, solicitaba al Tribunal ordenar una compensación por los daños causados por lo que consideraba era una actuación de Bolivia contraria al derecho internacional. No obstante, la Demandante expresamente desistió de su pretensión de restitución¹⁴⁴³, por lo cual el Tribunal no se referirá a la misma.
798. En lo referente a la compensación por expropiación dispone el artículo 5.1 del Tratado que deberá ser:

“una justa compensación efectiva. Dicha compensación deberá responder al valor de mercado de las inversiones de capital inmediatamente antes de la fecha de hacerse efectiva la expropiación o de hacerse pública la inminente expropiación cualquiera que sea la anterior; comprenderá los intereses conforme al tipo normal comercial o legal cualquiera que haya de aplicarse en el territorio de la Parte Contratante que efectuó la expropiación, hasta la fecha en que se efectuara el pago; el pago se efectuará sin demora, será efectivamente realizable y libremente transferible.”

799. El Tratado establece que la compensación deberá corresponder al valor de mercado de la inversión de capital expropiada; sin embargo, no prescribe un método de valuación para estimar dicho valor. Por lo tanto, corresponde al Tribunal determinar cuál es el método de valuación adecuado para obtener el citado valor de mercado, teniendo en cuenta los términos del Tratado y las características de la inversión en cuestión.
800. La Demandante considera que su inversión consiste en “*las acciones del inversor en la compañía local, así como los activos de esa compañía local*”¹⁴⁴⁴, es decir, tanto las acciones de CMMK como los activos de la misma. En este punto observa el Tribunal que aunque controle el 100% de CMMK, la Demandante no ha acreditado que dicho control le otorgue un derecho directo sobre los activos de la Compañía a la luz de las leyes aplicables, particularmente el derecho boliviano. La titular de las Concesiones Mineras y de los activos es CMMK y la inversión de SAS consiste

República Democrática del Congo, Caso CIADI N.º ARB/10/4, Laudo, 7 de febrero de 2014, párr. 633; RLA-159, Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, con comentarios, 2001, p. 108; RLA-155, *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. c. República del Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/04/19, párr. 473.

¹⁴⁴³ Transcripción de la Audiencia, Día 1, 17:11-24, 117:9-11, 258:1-5 (inglés).

¹⁴⁴⁴ Escrito de Demanda, párr. 110.

en la totalidad de las acciones de CMMK. En consecuencia, lo que se valora para efectos de la compensación es el efecto que la expropiación tiene en el valor de las acciones que indirectamente posee SAS en CMMK, teniendo en cuenta que las Concesiones Mineras y la inversión realizada en el Proyecto por la Compañía son los únicos activos de CMMK que están acreditados en el expediente.

801. La Demandante considera que el artículo 5 del Tratado antes citado aplica solamente cuando la expropiación es legal y que en caso de una expropiación ilegal aplica el derecho internacional consuetudinario ¹⁴⁴⁵. Sin embargo, la misma Demandante sostiene que *“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”*¹⁴⁴⁶. La Demandada, por su parte, señala que el estándar de compensación del Tratado aplica independientemente de si la expropiación es legal o ilegal¹⁴⁴⁷.
802. Además, las Partes difieren en dos aspectos sustanciales. Por una parte, con respecto a la fecha de valuación para la compensación. Mientras la Demandante considera que es el 6 de julio de 2012, día anterior al Acta de Entendimiento de fecha 7 de julio de 2012¹⁴⁴⁸, la Demandada considera que debe ser, como fecha temprana, el 9 de julio de 2012 dado que el anuncio público de expropiación se hizo el 10 de julio de 2012¹⁴⁴⁹.
803. Por la otra, difieren en cuanto al método adecuado para determinar la compensación. FTI, el experto de la Demandante, calcula la compensación debida a SAS por la expropiación como el valor justo de mercado del 100% de su participación accionaria en el Proyecto a la Fecha de Valuación de la Demandante¹⁴⁵⁰. Para calcular dicha compensación, FTI utiliza tres fuentes de información basadas en el mercado: (i) las que RPA considera transacciones comparables; (ii) los reportes de los analistas, y (iii) las colocaciones privadas que involucraban acciones de SASC en el período anterior a la Fecha de Valuación de la Demandante¹⁴⁵¹.
804. Por su parte, Bolivia considera que si hay lugar a compensación, la misma debe limitarse a los costos incurridos por la Demandante en relación con el Proyecto¹⁴⁵². En caso que el Tribunal no

¹⁴⁴⁵ Escrito de Demanda, párrs. 163-164.

¹⁴⁴⁶ Réplica de la Demandante, párr. 367.

¹⁴⁴⁷ Véase Contestación a la Demanda, párrs. 512-513; 525.

¹⁴⁴⁸ Escrito de Réplica, párr. 385.

¹⁴⁴⁹ Dúplica de la Demandada, párrs. 668-674.

¹⁴⁵⁰ Escrito de Demanda, párr. 206.

¹⁴⁵¹ Escrito de Réplica, párrafos 417 y 418.

¹⁴⁵² Contestación a la Demanda, párr. 573.

acepte la compensación de costos, y como valuación subsidiaria, la Demandada alega que el Proyecto sólo se puede valorar confiablemente con base en el valor accionario de SASC¹⁴⁵³. En línea con lo anterior, en su primer informe, Brattle, experto de la Demandada, determinó el monto de los costos invertidos en el Proyecto¹⁴⁵⁴ y, en su segundo informe, presentó una valoración alternativa del Proyecto basada en lo que considera es el precio de mercado de las acciones de SASC en la Fecha de Valuación de la Demandada (9 de julio de 2012)¹⁴⁵⁵.

805. Las Partes no disputan que el enfoque de valuación apropiado depende de la etapa de exploración o desarrollo de la propiedad minera en cuestión¹⁴⁵⁶. Tampoco disputan que, de acuerdo con las categorías propuestas por CIMVal, el Proyecto se calificaría como una “propiedad de recurso mineral”¹⁴⁵⁷, correspondiente a aquellas propiedades minerales que contienen “recurso mineral” que no ha demostrado ser económicamente viable por un estudio de factibilidad o un estudio de prefactibilidad¹⁴⁵⁸.
806. Según CIMVal, las “propiedades de recurso mineral” se pueden valorar usando un enfoque de mercado y, en algunos casos, un enfoque de ingreso o un enfoque de costo¹⁴⁵⁹. Los expertos de ambas Partes están de acuerdo en que un enfoque de ingresos —en particular, el método de flujo de fondos descontados— no es apropiado¹⁴⁶⁰. Los expertos de la Demandante abogan por un enfoque de mercado y sostienen que el enfoque de costos no es adecuado¹⁴⁶¹. Por su parte, los expertos de Bolivia alegan que los métodos utilizados por FTI para estimar el valor justo de mercado del Proyecto no son fiables y, conforme a su mandato, presentan el cálculo de los costos de invertidos en el Proyecto¹⁴⁶².
807. El Tribunal se referirá en primera instancia al estado de desarrollo en que se encontraba el Proyecto a julio de 2012 y, posteriormente, procederá a examinar los métodos de valuación

¹⁴⁵³ Escrito Post-Audiencia de Bolivia, párr. 80.

¹⁴⁵⁴ RER-3, Primer Informe de Brattle, párr. 2.

¹⁴⁵⁵ RER-5, Segundo Informe de Brattle, párr. 10.

¹⁴⁵⁶ CER-1, Primer Informe de FTI, párr. 8.27.

¹⁴⁵⁷ De acuerdo con CIMVal, las propiedades mineras se pueden clasificar en las siguientes categorías, de acuerdo con su nivel de desarrollo: (i) propiedades de exploración; (ii) propiedades de recurso mineral; (iii) propiedades en desarrollo y (iv) propiedades en producción. (FT-27, pág. 21 [Traducción del Tribunal]).

¹⁴⁵⁸ CER-1, Primer Informe de FTI, párr. 8.30; RER-3, Primer Informe de Brattle, párr. 31. El Tribunal nota que, en sus respectivos informes periciales, los expertos de ambas Partes se han referido a los “Estándares y Lineamientos para Valuación de Propiedades Minerales” del Comité Especial del Instituto Canadiense de Minería, Metalurgia y Petróleo sobre la Valuación de Propiedades Minerales (“CIMVal”, por sus siglas en inglés), aportados a este arbitraje como Anexo FTI-27, en relación con los estándares aplicables a la valuación de propiedades mineras. En lo pertinente, el Tribunal hará referencia a dicho estándares sin que ello signifique que éstos sean vinculantes.

¹⁴⁵⁹ CER-1, Primer Informe de FTI, párr. 8.29, haciendo referencia al Anexo FTI-27, pág. 22.

¹⁴⁶⁰ Escrito de Demanda, párr. 207; CER-2, Primer Informe de RPA, pág. 3.1; RER-3, Primer Informe de Brattle, párr. 138.

¹⁴⁶¹ CER-1, Primer Informe de FTI, párr. 8.32 y párr. 8.36; CER-2, Primer Informe de RPA págs. 3.1, 3.2.

¹⁴⁶² Véase RER-3, Primer Informe de Brattle, párrs. 14-15 y 25.

presentados por los expertos en daños de ambas Partes y a establecer los parámetros con fundamento en los cuales se debe pagar la compensación a la Demandante.

1. El estado de desarrollo del Proyecto a la fecha de la expropiación

808. No está en discusión que un proyecto minero debe atravesar varias etapas antes de alcanzar la fase de producción. Los expertos de ambas Partes coinciden en que una propiedad mineral puede clasificarse en las siguientes cuatro categorías, según su nivel de avance: (i) exploración; (ii) recursos minerales; (iii) desarrollo, y (iv) producción¹⁴⁶³.
809. Para poder avanzar a la etapa de producción, se deben llevar a cabo varios estudios para determinar si se justifica continuar con el proyecto. En orden de menor a mayor nivel de exactitud y certidumbre respecto de la viabilidad del proyecto, estos estudios se clasifican como: (i) estudio conceptual o *Preliminary Economic Assessment*; (ii) estudio de pre-factibilidad y (iii) estudio de factibilidad¹⁴⁶⁴. Sólo después de haber completado cada uno de estos estudios, se puede tomar una decisión sobre producción y buscar financiación¹⁴⁶⁵. Además, de forma paralela y como requisito para obtener financiación, debe realizarse un trabajo sustancial en aspectos medioambientales y sociales, y procurar una serie de permisos y licencias¹⁴⁶⁶.
810. En el presente caso, los expertos de FTI, RPA y Brattle están de acuerdo en que el Proyecto podría ser clasificado como una “propiedad de recursos minerales” (“*Mineral Resource Property*”) en la medida en que se había completado un PEA y se había establecido la existencia de recursos minerales¹⁴⁶⁷.
811. La Demandante y sus expertos señalaron en sus escritos que, además de haber completado un PEA, SAS había comenzado a trabajar en un estudio de prefactibilidad¹⁴⁶⁸. Sin embargo, el Tribunal no encuentra evidencia en el expediente de que tales estudios estuviesen en curso al momento de la Reversión y mucho menos de que hubiesen culminado. En efecto, RPA confirmó durante la Audiencia que el Proyecto no contaba con un estudio de factibilidad o prefactibilidad

¹⁴⁶³ Estas categorías corresponden a las definiciones de CIMVal (Véase Anexo FTI-27). CER-1, Primer Informe de FTI, párr. 8.28; CER-2, Primer Informe de RPA, pág. 3.1; RER-3, Primer Informe de Brattle, párr. 31 y nota al pie 14. El Dr. Dagdelen, experto de la Demandada, divide el ciclo de vida de la minería en las siguientes categorías: (i) exploración; (ii) evaluación y diseño; (iii) construcción; (iv) puesta en marcha; (v) producción; (vi) cierre, y (vi) recuperación de la mina (RER-2, Primer Informe del Dr. Dagdelen, párr. 12).

¹⁴⁶⁴ RER-2, Primer Informe del Dr. Dagdelen, párr. 27.

¹⁴⁶⁵ Véase, por ejemplo, Transcripción de la Audiencia, Día 6, 1112:21-1113:4 (inglés).

¹⁴⁶⁶ Véase RER-2, Primer Informe del Dr. Dagdelen, párr. 30; Transcripción de la Audiencia, Día 6, 1113:5-9 (inglés).

¹⁴⁶⁷ CER-1, Primer Informe de FTI, párr. 8.30; CER-2, Primer Informe de RPA, pág. 3.1; RER-3, Primer Informe de Brattle, párr. 31.

¹⁴⁶⁸ Véase, por ejemplo, Escrito de Réplica de SAS, párr. 25; CER-1, Primer Informe de FTI, párr. 8.30.

que sería necesario para demostrar su viabilidad económica¹⁴⁶⁹. Por lo tanto, el Tribunal concluye que, a la fecha de la Reversión, el Proyecto no contaba con estudios acabados distintos al PEA 2011.

812. No está en disputa que el PEA es la primera etapa de evaluación económica de un proyecto minero¹⁴⁷⁰. Según explica el Dr. Dagdelen, el PEA “*is a first level study and the preliminary evaluation of the mining Project. The principal parameters for a conceptual study are mostly assumed and/or factored. Accordingly, the level of accuracy is low.*”¹⁴⁷¹ El propósito de un PEA es determinar si un proyecto de minería demuestra potencial para continuar invirtiendo en el mismo y avanzar hasta un estudio de factibilidad¹⁴⁷².
813. El Dr. Dagdelen también señala que, en la medida en que en esta etapa no se realiza ningún trabajo de ingeniería, el PEA es un estudio altamente especulativo que no puede ser utilizado para determinar la viabilidad o el valor de un proyecto minero¹⁴⁷³. Aunque RPA afirma que los proyectos en esta etapa son objeto de transacciones y tienen un valor, coincide en que a nivel de un PEA no es posible demostrar la viabilidad económica de un proyecto minero¹⁴⁷⁴. Específicamente, el experto de la Demandante confirmó que, en este punto, la viabilidad económica del Proyecto no estaba demostrada y que no existía ninguna garantía de que éste fuera a ser económicamente viable en algún momento¹⁴⁷⁵.
814. En suma, más allá de que se califique el PEA como especulativo o no, lo expertos coinciden y el Tribunal considera probado que el Proyecto apenas había avanzado hasta la compleción de un PEA que, como se dijo, es un estudio de carácter preliminar —el primero en la evaluación económica de un proyecto minero—, basado principalmente en supuestos, que simplemente indica si se debe seguir adelante con la exploración, sin ofrecer ninguna certeza sobre la viabilidad económica del proyecto.
815. Así las cosas, incluso si se aceptara que el PEA 2011 permitía vislumbrar que el Proyecto tenía gran potencial —como ha sostenido SAS en este arbitraje—, lo cierto es que en la etapa de avance en que se encontraba el Proyecto al momento de la Reversión no existía certidumbre alguna de que tal potencial se pudiese realizar. En efecto, así lo reconoció SASC en una comunicación de

¹⁴⁶⁹ Transcripción de la Audiencia, Día 6, 969:21-970:10 (inglés).

¹⁴⁷⁰ En efecto, así lo reconoce expresamente RPA, el experto de la Demandada. Véase Transcripción de la Audiencia, Día 6, 972:20-973:2, 1112:11-13 (inglés).

¹⁴⁷¹ RER-2, Primer Informe del Dr. Dagdelen, párr. 34.

¹⁴⁷² RER-2, Primer Informe del Dr. Dagdelen, párrs. 34, 46; Transcripción de la Audiencia, Día 6, 1112:21-23 (inglés).

¹⁴⁷³ RER-2, Primer Informe del Dr. Dagdelen, párr. 46.

¹⁴⁷⁴ Transcripción de la Audiencia, Día 6, 1120:7-9, 1120:13-19 (inglés).

¹⁴⁷⁵ Transcripción de la Audiencia, Día 6, 1121:1-4 (inglés).

mayo de 2012, en la que además señaló que esperaba perforar entre 120.000 y 150.000 metros adicionales —es decir, un número de perforaciones aproximadamente tres veces superior al que había realizado hasta el momento— y requería hacer inversiones sustanciales en estudios técnicos, ambientales, sociales y de factibilidad en los próximos dos a tres años antes de poder completar la financiación del proyecto y asegurar su desarrollo¹⁴⁷⁶.

816. Por otra parte, no está en disputa que, al momento de la Reversión, el Proyecto contaba con recursos minerales, pero no con reservas¹⁴⁷⁷. El Tribunal entiende que sólo aquella parte de los recursos que se clasifican como reserva pueden ser extraídos económicamente¹⁴⁷⁸. Por el contrario, y como advierte el texto del PEA 2011, los recursos minerales que no son reservas minerales no tienen viabilidad económica demostrada¹⁴⁷⁹.
817. Tampoco está en disputa que la mayoría de los recursos identificados en el PEA 2011 fueron clasificados como recursos inferidos¹⁴⁸⁰. Con base en la certeza geológica y la precisión de la estimación, los recursos minerales se clasifican en orden decreciente como medidos, indicados e inferidos¹⁴⁸¹. Los recursos inferidos tienen el nivel de certeza geológico más bajo y, por lo tanto, no son relevantes para determinar la existencia de reservas minerales¹⁴⁸².
818. Ahora bien, las Partes y sus expertos disputan si los recursos inferidos pueden ser o no tenidos en cuenta para valorar el Proyecto. Según el Dr. Dagdelen, dado que los recursos inferidos no pueden utilizarse al determinar el tamaño del depósito explotable, tampoco contribuyen o pueden

¹⁴⁷⁶ R-299, Carta de Phillip Brodie-Hall para Alexandra Laverdure, 31 de mayo de 2012, pág. 2. (“*Clearly, we have a project with potential but that potential is a long way from being realized. We expect to have to undertake between 120,000 and 150,000 metres of additional diamond drilling and will be required to make substantial additional investments in technical, environmental, social and feasibility studies over the next 2-3 years before the project financing can be completed and development assured.*”)

¹⁴⁷⁷ Así lo reconoció expresamente el RPA, el experto de la Demandante, durante la Audiencia. (Véase Transcripción de la Audiencia, Día 6, 933:8-9 (inglés)). Véase también C-14, PEA 2011, pág. 14. (“*No reserve estimate has been carried out for the PEA because the extent of mineralization is not considered sufficiently defined at this stage to create a reserve. This PEA is preliminary in nature and includes inferred mineral resources that are considered too speculative geologically to have the economic considerations applied to them that would enable them to be categorized as mineral reserves and there is no certainty that the preliminary assessment will be realized. Mineral resources that are not mineral reserves do not have economic viability.*”)

¹⁴⁷⁸ RER-3, Primer Informe de Brattle, párr. 33 (“*Reserves are the portion of the resource base that can be mined economically, after taking into account geological structure, geophysical elements, mine plan, metallurgical recoveries, treatment and refining logistics, metals prices, and mining costs.*”). Véase también R-125, pág. 5 (“*A Mineral Reserve is the economically mineable part of a Measured or Indicated Mineral Resource demonstrated by at least a Preliminary Feasibility Study. [...]*”);

¹⁴⁷⁹ C-14, PEA 2011, pág. 14.

¹⁴⁸⁰ El Tribunal observa que, de acuerdo con el PEA 2011, los recursos inferidos oscilaban entre el 55% y el 64% del total de los recursos (CER-2, Primer Informe de RPA, pág. 9.4). Asimismo, nota que RPA reclasificó algunos recursos inferidos en la categoría “Potencial de Exploración” (CER-2, Primer Informe de RPA, pág. 1.2). Por su parte, el Dr. Dagdelen señaló que el PEA 2011 había sobrestimado los recursos indicados y subestimado los recursos inferidos (RER-2, Primer Informe del Dr. Dagdelen, párr. 80). De acuerdo con las observaciones de RPA y del Dr. Dagdelen, el Tribunal entiende que el porcentaje de recursos que se deben clasificar como inferidos pueden ser incluso superior al señalado en el PEA 2011.

¹⁴⁸¹ RER-2, Primer Informe del Dr. Dagdelen, párr. 15.

¹⁴⁸² Véase RER-2, Primer Informe del Dr. Dagdelen, párr. 19.

contribuir a la valoración de una propiedad minera¹⁴⁸³. RPA sostiene que la premisa de que los recursos inferidos no se pueden usar para la valoración de propiedades minerales es falsa y que las transacciones de propiedades minerales en etapas tempranas se producen por el valor acordado entre las partes con base en los recursos minerales inferidos¹⁴⁸⁴.

819. El Tribunal no desconoce que las propiedades minerales en etapas tempranas pueden ser objeto de transacciones en el mercado y que las partes en una transacción en el mercado pueden acordar un valor a los recursos inferidos. Sin embargo, no está probado que los criterios de valoración que utiliza la Demandante hayan sido utilizados para la valoración de transacciones de mercado de una propiedad mineral con las características del Proyecto y con un porcentaje tan elevado de recursos inferidos pueda ser valorada para efectos de mercado en la forma que propone la Demandante.
820. Finalmente, el Tribunal encuentra que, a la fecha de la Reversión, no existía certeza alguna de que el Proceso Metalúrgico pudiese ser utilizado para extraer económicamente metales del Proyecto. Si bien es cierto que SASC había llevado a cabo algunas pruebas del Proceso Metalúrgico y que sus componentes individuales habían sido probados, los propios expertos de la Demandante reconocen que a la fecha de la Reversión (i) los componentes del Proceso Metalúrgico no se habían combinado secuencialmente en una aplicación comercial¹⁴⁸⁵; (ii) el Proceso Metalúrgico no había sido probado en una planta piloto¹⁴⁸⁶, y (iii) tampoco se había probado en su totalidad en los minerales del Proyecto, sino en muestras sintéticas¹⁴⁸⁷.
821. Teniendo en cuenta lo novedoso e incierto del Proceso Metalúrgico, por una parte, y las particularidades de la mezcla de metales presente en el Proyecto, por la otra, el Tribunal concluye que al momento de la Reversión no existía certeza de que el Proceso Metalúrgico pudiese funcionar y, en caso de que funcionara, cuál sería el nivel de recuperación de los metales y el costo del proceso.
822. Ni la Demandante ni sus expertos discuten que una imposibilidad de utilizar el Proceso Metalúrgico para extraer económicamente los metales del Proyecto —en particular el indio y el galio— afectaría gravemente la viabilidad técnica y económica del Proyecto y, por consiguiente, su valor. La ausencia de certidumbre respecto del Proceso Metalúrgico impacta la fiabilidad del

¹⁴⁸³ RER-2, Primer Informe del Dr. Dagdelen, párr. 25.

¹⁴⁸⁴ CER-5, Segundo Informe de RPA, págs. 1-4; 3-15; 5-1; 5-13 - 5-15.

¹⁴⁸⁵ CER-2, Primer Informe de RPA, pág. 10.5.

¹⁴⁸⁶ Transcripción de la Audiencia, Día 7, 1263:18-1263:7 (inglés).

¹⁴⁸⁷ Transcripción de la Audiencia, Día 7, 1287:21-1288:23 (inglés).

análisis de RPA que, como se señala más adelante, asume que el Proceso Metalúrgico funcionaría con certeza¹⁴⁸⁸.

823. En resumen, el Tribunal encuentra probado que, al momento de la Reversión, (i) el Proyecto no se encontraba en una etapa avanzada, sólo contaba con el PEA 2011 y no había adelantado un estudio de prefactibilidad o factibilidad; (ii) no tenía reservas minerales, sino apenas recursos, la mayoría de ellos inferidos, y (iii) no existía certeza de que los metales pudiesen ser extraídos económicamente mediante el Proceso Metalúrgico. El Tribunal considera que las condiciones de avance del Proyecto generan serias dudas sobre su viabilidad económica y, por las razones que se explican a continuación, impiden aceptar la valoración que presenta la Demandante.

2. Los métodos de valuación presentados por las Partes

824. Como punto de partida para decidir sobre la forma para determinar la compensación, señala el Tribunal que es un principio aceptado en materia de carga de la prueba que quien alega un daño debe probar la cuantía del mismo. Si bien asiste la razón a la Demandada en cuanto a que el daño debe ser cierto, el Tribunal considera que no se trata de una certeza matemática o absoluta. Particularmente, cuando se trata de estimar daños futuros, es imposible tener un grado de certeza total y lo que debe tener el Tribunal ante sí es un prueba que arroje cierto grado de certeza de que, por una parte, las variables sobre las que está construido el cálculo tienen una base sólida y una posibilidad razonable de ocurrencia, y por la otra, que la combinación de tales variables arroje un nivel alto de probabilidad de que el resultado sería realmente el daño sufrido por el inversionista.
825. Lo anterior descarta cálculos cuyas bases o variables no arrojen un grado confiable de certeza y, obviamente, variables que sean meramente especulativas, o que arrojen resultados impredecibles o, en fin, que no generen en quien decide el convencimiento de que, en ausencia del acto estatal cuestionado, es altamente probable que el inversionista hubiese recibido el monto que alega por el daño sufrido.
826. El caso que ocupa a este Tribunal se trata de un Proyecto que no está en etapa productiva y para el cual no es posible, como lo aceptan ambas Partes, calcular un flujo de fondos a futuro. Bolivia considera que la inversión no tiene un valor superior a lo que la Demandante hubiere invertido en el Proyecto y la Demandante considera que tiene un valor sustancialmente superior. Corresponde a la Demandante demostrar ese valor superior con un grado de certeza tal que le permita al

¹⁴⁸⁸ Véase infra párr. 848.

Tribunal concluir que en ausencia del acto estatal cuestionado, es altamente probable que el inversionista hubiese recibido el monto que reclama.

827. Ya señaló el Tribunal que Bolivia incumplió el Tratado al no haber pagado a la Demandante la compensación que le corresponde por la expropiación. Dado que la Demandada no ha pagado compensación alguna a la Demandante, le corresponde al Tribunal fijar el monto de la compensación por la expropiación, sobre el cual las Partes tienen diferencias fundamentales.
828. Bolivia consideró, en el Decreto de Reversión, que el valor de la compensación correspondía al valor de las inversiones realizadas en el Proyecto. Esta misma posición fue adoptada por la Demandada en la Contestación a la Demanda¹⁴⁸⁹. Sin embargo, en su Dúplica, Bolivia propone dos nuevas tesis bajo las cuales no habría lugar a compensación —las fundadas en que se trató del ejercicio de los poderes de policía o de un estado de necesidad— tesis que el Tribunal ya rechazó. Propone, además, una nueva tesis bajo la cual la compensación debía calcularse teniendo en cuenta el valor de las acciones de SASC a la Fecha de Valuación de la Demandada (9 de julio de 2012)¹⁴⁹⁰.
829. La Demandante, por su parte, presentó una valuación fundada en las variables que se analizan más adelante a partir del párrafo 832. Además, se queja la Demandante en su Réplica de que la Demandada critica las opiniones de los expertos FTI y RPA, pero no ofrece ninguna alternativa de valoración sobre el valor del Proyecto o los daños causados a SAS¹⁴⁹¹.
830. En cuanto a la ausencia de una alternativa de valoración, observa el Tribunal que desde la expedición el Decreto de Reversión, Bolivia ha sostenido que la única compensación adeudada sería la correspondiente a los costos del Proyecto. Con respecto a la valuación fundada en el valor accionario de SASC, la misma, como ya se señaló, solamente fue presentada por Bolivia con su Dúplica y fue ampliamente debatida en la Audiencia, pero Bolivia señaló de manera clara que esa aproximación al valor sería para demostrar que la compensación calculada por la Demandante es “*a todas luces, exagerada y debe ser descartada*”¹⁴⁹², y en su Escrito Post-Audiencia señaló que la misma aplicaría solamente si el Tribunal considera que no procede la compensación fundada en los costos incurridos en el Proyecto¹⁴⁹³.

¹⁴⁸⁹ Contestación a la Demanda, párr. 573.

¹⁴⁹⁰ Escrito Post-Audiencia de Bolivia, párrs. 150-163.

¹⁴⁹¹ Réplica de la Demandante, párr. 381.

¹⁴⁹² Dúplica de la Demandada, párr. 667.

¹⁴⁹³ Escrito Post-Audiencia de Bolivia, § 4.5.

831. El Tribunal analizará, en primer lugar, la compensación presentada por la Demandante posteriormente la compensación basada en los costos incurridos en el Proyecto y, si este no resultare aplicable, la compensación basada en el valor accionario de SASC presentada por Bolivia.
832. En su valoración de la compensación, FTI, experto de la Demandante, señala que para determinar el valor justo de mercado del Proyecto aplicó una metodología basada en el mercado (*market based approach*) y para el efecto se fundó en información proveniente de tres fuentes: (i) información de operaciones que involucraron propiedades mineras comparables según lo señalado en el Informe de RPA; (ii) los informes de los analistas de industria, e (iii) información relativa a colocaciones privadas de las acciones de SASC en los meses anteriores a la Fecha de Valuación de la Demandante¹⁴⁹⁴.
833. A cada una de esas tres fuentes de información de mercado FTI le asigna un porcentaje dentro de la valoración, teniendo en cuenta las fortalezas y debilidades que FTI atribuye a cada una. Así, a las operaciones que involucran propiedades mineras comparables, FTI les asigna un 50%; a los reportes de los analistas de industria un 25% y a la información relativa a las colocaciones privadas de acciones de SASC un 25%¹⁴⁹⁵. Con fundamento en esa asignación de porcentajes, FTI establece un promedio de las tres fuentes para determinar el valor justo de mercado de las acciones que indirectamente tiene SAS en CMMK.
834. El Tribunal considera que el método de valoración utilizado por FTI no puede llevar al convencimiento de que corresponda a un valor justo de mercado por las razones que se explican en los párrafos siguientes.
835. En efecto, no hay una explicación clara y convincente de las razones que llevan a FTI a asignar los porcentajes de peso específico a cada una de las fuentes utilizadas para calcular el promedio de las tres variables. Por el contrario, la evidencia sugiere que la asignación de 50% de peso a las operaciones comparables y 25% a los informes de analistas y a las colocaciones privadas corresponden más a una asignación discrecional de porcentajes que a una determinación con una base científica o financiera. En la Audiencia, los expertos de ambas Partes coincidieron en que se trataba de una asignación subjetiva de porcentajes¹⁴⁹⁶.
836. Se trata, además, de una ponderación de fuentes extremadamente sensible a cambios en cualquiera de los porcentajes asignados a cada fuente y que por lo tanto requiere, por una parte, de un análisis

¹⁴⁹⁴ CER-1, Primer Informe de FTI, párr. 8.10.

¹⁴⁹⁵ CER-4, Segundo Informe de FTI, párr. 3.6.

¹⁴⁹⁶ Véase Transcripción de la Audiencia, Día 8, 1363:11-15, 1547:15-19 (inglés).

detallado de las razones por las cuales se asigna el respectivo porcentaje a cada fuente y, por la otra, de un análisis de las sensibilidades en los ajustes eventuales que se hagan a cada porcentaje. Como ya señaló el Tribunal, los expertos coinciden en que la asignación de porcentajes es subjetiva y queda a criterio de quien hace la valoración. Ello requeriría, en opinión del Tribunal, una explicación detallada y convincente de las razones para la asignación de los porcentajes, ni de los elementos que harían que cada uno de tales porcentajes variaran al alza o a la baja y del impacto que tales variaciones tendrían en el valor justo de mercado calculado por los expertos de la Demandante. El informe presentado por FTI no tiene una explicación completa y persuasiva de las razones por las cuales se asignó un 50% a una de las fuentes y 25% a cada una de las otras.

837. Para el Tribunal, lo anterior sería motivo suficiente para descartar la valoración presentada por la Demandante. Sin embargo, y en la medida en que las Partes han discutido cada una de las fuentes tomadas por FTI para el cálculo del valor justo de mercado, el Tribunal se referirá a continuación a cada una de dichas fuentes.
838. Respecto a la primera de las fuentes señaladas por la Demandante, es decir, la información de operaciones que involucraron propiedades mineras comparables, observa el Tribunal que los cálculos de FTI se fundamentan en el análisis de comparabilidad realizado por RPA, también experto de la Demandante. Sin embargo, dicho análisis de comparabilidad de RPA no permite claramente concluir que las propiedades mineras que RPA tuvo en cuenta para su análisis sean comparables con el Proyecto.
839. Coinciden los expertos de las Partes en que el Proyecto es único por la composición de minerales contenidos en el yacimiento y que es difícil encontrar transacciones sobre proyectos comparables¹⁴⁹⁷. RPA, experto de la Demandante, es claro al afirmar que:

“No hay propiedades verdaderamente comparables, sin embargo, si se puede encontrar un número de propiedades con atributos similares transadas, las mismas pueden ser analizadas para desarrollar un rango de valores. RPA está de acuerdo con el Reporte Brattle en que hay diferencias entre las transacciones comparables utilizadas y la propiedad MK, pero considera que las propiedades seleccionadas son suficientemente similares para sustentar un análisis de transacciones comparables para determinar un rango apropiado de valores a aplicar a la propiedad MK.”¹⁴⁹⁸

¹⁴⁹⁷ CER-2, Primer Informe de RPA, pág. 3.3; CER-5, Segundo Informe de RPA, págs. 6-8 y 6-9. Transcripción de la Audiencia, Día 8, 1412:5-7, 1425:20-1428:21 (inglés) (FTI reconoce que los analistas afirmaron que el Proyecto tenía unas características muy particulares y que prácticamente no existían comparables).

¹⁴⁹⁸ CER-5, Segundo Informe de RPA, pág. 6-9.

840. De la misma opinión de que Malku Khota es un proyecto único son el testigo Cooper¹⁴⁹⁹ y los analistas¹⁵⁰⁰. Más aún, los mismos analistas —cuyos informes toma como fuente FTI— consideraron la posibilidad de hacer un análisis por el sistema de transacciones comparables, y lo descartaron¹⁵⁰¹, optando por un cálculo sobre la base del flujo de fondos descontados¹⁵⁰².
841. El análisis comparativo que hace RPA, y que está resumido en la Tabla 6-1 de su Segundo Informe señala como factores de comparabilidad los siguientes: (a) ubicación; (b) contenido de metales; (c) acceso; (d) estado de desarrollo; (e) configuración geológica; (f) tipo de depósito; (g) calificación país¹⁵⁰³.
842. En su Segundo Informe, RPA señala que, en lugar de hacer un ajuste del valor de cada transacción comparable para simular el valor del Proyecto, ha buscado “*un número de transacciones que sean generalmente comparables con el Proyecto MK en términos de los factores de comparabilidad listados en la Tabla 6-1*”¹⁵⁰⁴ y mencionados en el párrafo 841 inmediatamente anterior.
843. Considera el Tribunal que, dado el carácter único del yacimiento, no disputado por las Partes, un análisis de comparabilidad no puede realizarse sobre un número de propiedades “generalmente comparables”¹⁵⁰⁵ y excluyendo factores que incluso uno de los expertos de la Demandante considera relevantes para dicho análisis¹⁵⁰⁶. Pero aún si los factores de comparación que propone RPA fueren la totalidad de los factores a considerar, el Tribunal encuentra que algunos de los factores propuestos solo han sido analizados parcialmente y otros arrojan rangos tan amplios o conducen a resultados tan inciertos, que generan serias dudas sobre el resultado y la validez de la comparación.
844. Respecto de la ubicación de los proyectos, RPA propone como transacciones comparables operaciones referentes a proyectos ubicados desde México hasta Chile, y para efectos de la comparación señala que se trata de proyectos que están ubicados en la Cordillera Central y que

¹⁴⁹⁹ CER-3, Informe de Cooper, párr. 26.

¹⁵⁰⁰ Anexos BR-98 y BR-99 correspondientes a las notas de los analistas, tomadas por FTI durante sus conversaciones con ellos.

¹⁵⁰¹ Transcripción de la Audiencia, Día 8, 1412:5-7, 1425:20-1428:21 (inglés).

¹⁵⁰² CER-1, Primer Informe de FTI, párrs. 9.18, 9.25, 9.34-9.35.

¹⁵⁰³ CER-5, Segundo Informe de RPA, pág. 6-10.

¹⁵⁰⁴ CER-5, Segundo Informe de RPA, pág. 6-10.

¹⁵⁰⁵ CER-5, Segundo Informe de RPA, pág. 6-10.

¹⁵⁰⁶ El Dr. Roscoe, uno de los expertos de RPA, señala como factores a tener en cuenta para la comparabilidad la jurisdicción política, acceso, infraestructura, configuración geológica, tipo de mineralización, potencial de aumentar los recursos minerales, ubicación en áreas “calientes” con nuevos descubrimientos minerales, actividad en las propiedades vecinas, y cuestiones ambientales, sociales o políticas que generen potenciales responsabilidades. (Véase Roscoe, W.E., 2012, Metal Transaction Ratio Analysis – A Market Approach for Valuation of Non-Producing Properties with Mineral Resources: Proceedings of VALMIN Seminar Series 18 October 2011, Perth & 17 April 2012, Brisbane, Australasian Institute of Mining and Metallurgy, p. 86 — Documento aportado con el Segundo Informe de RPA (CER-5)).

tienen un significativo nivel de comparación desde el punto de vista geológico y metalúrgico¹⁵⁰⁷. El Tribunal concuerda con el experto de la Demandante en que la similitud de los aspectos geológicos y metalúrgicos de un proyecto pueden hacerlo comparable con proyectos de similares características geológicas y metalúrgicas. Sin embargo, también concuerda con el comentario formulado por Brattle, experto presentado por Bolivia, en cuanto a que la diferente ubicación de un proyecto impacta no solamente los aspectos geológicos y metalúrgicos sino, además, otros aspectos que inciden en la valoración, incluyendo las condiciones climáticas, la infraestructura disponible, la fuerza de trabajo, el tratamiento fiscal, las condiciones para la inversión, la carga fiscal y el riesgo social y político¹⁵⁰⁸. Ninguno de esos factores es analizado por el experto de la Demandante para explicar la comparabilidad del Proyecto con proyectos ubicados en México, Guatemala, Perú, Argentina y Chile.

845. Pero aun asumiendo que fuere suficiente una comparación de los aspectos geológicos y metalúrgicos, encuentra el Tribunal que hay diferencias sustanciales en el estado de desarrollo de los proyectos que RPA considera comparables que arrojan dudas sobre su comparabilidad. En efecto, (a) once de los proyectos que RPA considera comparables se encuentran en fase de exploración avanzada, sin que se haya acreditado que tienen un PEA comparable al del Proyecto; (b) dos tienen estudios de factibilidad; y (c) uno se encuentra en fase de explotación¹⁵⁰⁹. Solamente Malku Khota aparece con un PEA. Según quedó acreditado, y las Partes no parecen discutirlo, la fase de exploración es anterior a una fase en que ya existe un PEA y esta a su vez es anterior y sujeta a un mayor grado de incertidumbre que un proyecto que tiene estudio de factibilidad¹⁵¹⁰. Las Partes disputan si un proyecto que tiene un PEA está o no en una fase avanzada de exploración que permita reducir la incertidumbre sobre el contenido del yacimiento y la viabilidad de su explotación¹⁵¹¹. RPA, experto de la Demandante, no explica de manera convincente cuál es el grado de desarrollo de los once proyectos que califica como proyectos en etapa avanzada de exploración, ni acredita que tengan un PEA comparable al del Proyecto, ni explica cómo se compara ese nivel de desarrollo con un proyecto que tiene ya dos PEA, como es el caso de Malku Khota.

846. Igualmente, arroja serias dudas sobre la comparabilidad de los proyectos la combinación de metales que la Demandante alega existen en el Proyecto y la combinación de metales en los

¹⁵⁰⁷ CER-5, Segundo Informe de RPA, pág. 6-10.

¹⁵⁰⁸ RER-5, Segundo Informe de Brattle, párr. 109.

¹⁵⁰⁹ CER-5, Segundo Informe de RPA, pág. 6-10.

¹⁵¹⁰ CER-1, Primer Informe de FTI, párrs. 8.28-8.30; CER-2, Primer Informe de RPA, pág. 3.1; RER-3, Primer Informe de Brattle, párr. 31.

¹⁵¹¹ Véase CER-1, Primer Informe de FTI, párrs. 8.30-8.36; Primer Informe de RPA, pág. 3-1; RER-3, Primer Informe de Brattle, párrs. 31-41.

proyectos que considera como comparables. Si bien todos los proyectos presentados como comparables contienen plata, al igual que Malku Khota, el Tribunal encuentra dos diferencias sustanciales que, nuevamente, añaden incertidumbre a la comparación. Por una parte, Malku Khota, a diferencia de los demás proyectos listados por RPA, parece contener indio y galio que contribuyen al valor justo de mercado calculado por FTI¹⁵¹². Sin embargo, la extracción del indio y el galio depende de una tecnología novedosa, que no se ha ensayado y que de fracasar podría resultar en mayores costos de operación que los de aquellos proyectos considerados como comparables pero que no contienen indio y galio. El mismo PEA 2011, preparado a instancias de CMMK, contiene un plan alternativo para el evento en que la opción del Proceso Metalúrgico — la tecnología no probada— no sea viable¹⁵¹³, plan alternativo que no es considerado para efectos de la comparación y que afectaría la comparación efectuada por RPA. Por la otra, la mitad de los proyectos analizados como comparables contienen oro, metal que no aparece en Malku Khota y que según los mismos expertos de las Partes cambia la composición de costos de los proyectos, aunque difieran esos expertos en cuanto a la forma en que se impacta esa composición¹⁵¹⁴.

847. RPA, experto de la Demandante, fue interrogado ampliamente en la Audiencia sobre el método de comparables utilizado, y sus respuestas generan igualmente dudas sobre la comparabilidad del Proyecto con los demás proyectos seleccionados.
848. En efecto, RPA admitió no haber calculado específicamente el “riesgo metalúrgico” ni el diferencial de valor si el Proyecto no tuviera indio y galio, que no están presentes en los proyectos seleccionados para la comparación¹⁵¹⁵. Igualmente admitió que su modelo no consideró la posibilidad de tener que usar “*cyanide leaching*” (el proceso convencional) para extraer los metales¹⁵¹⁶ y que no revisó los números (“*the economics*”) del PEA 2011 en caso que se aplicara el “*cyanide leaching*”¹⁵¹⁷. Adicionalmente, aunque RPA afirmó que el “riesgo país” que calculó incluye el “riesgo social”, esto no aparece señalado en su dictamen¹⁵¹⁸, por lo que concluye el Tribunal que RPA no tuvo en cuenta el riesgo social de forma específica. Además, el modelo de RPA asume que el 100% de lo que se caracteriza como recurso se puede extraer¹⁵¹⁹ lo cual parece

¹⁵¹² CER-5, Segundo Informe de RPA, p. 6-13 y Tabla 6-2.

¹⁵¹³ C-14, PEA 2011, Secciones 1.4, 1.8.

¹⁵¹⁴ RER-5, Segundo Informe de Brattle, párrs 115-117.

¹⁵¹⁵ Transcripción de la Audiencia, Día 6, 1001:16-1002:6 (inglés).

¹⁵¹⁶ Transcripción de la Audiencia, Día 6, 1008:7-11 (inglés).

¹⁵¹⁷ Transcripción de la Audiencia, Día 6, 1010:21-1011:5 (inglés).

¹⁵¹⁸ Transcripción de la Audiencia, Día 6, 1016:14-25, 1013:11-14 (inglés).

¹⁵¹⁹ Transcripción de la Audiencia, Día 6, 1095:14-19 (inglés).

contradecir lo que los mismos expertos de las Partes han aceptado en cuanto a la incertidumbre de un proyecto que no tiene aún estudio de prefactibilidad.

849. De otra parte, FTI, experto de la Demandante, señala que los analistas consideraron y descartaron el “*comparables approach*” —método adoptado por RPA— y optaron por una valoración basada en flujo de fondos descontados, método descartado por FTI¹⁵²⁰. Es decir, los analistas que prepararon una de las variables utilizadas por FTI aplicaron un método de valoración que FTI descartó como no viable y, sin embargo, FTI le asigna un 25% de peso específico a esa valoración.
850. Finalmente, no está en disputa que para que un proyecto minero sea económicamente viable no solamente se requiere de la existencia de los metales de que se trate, sino que los mismos deben ser económicamente extraíbles. Un muy elemental ejercicio financiero permite concluir que si existe el metal en el depósito pero el costo de su extracción excede el precio al cual se podría vender en el mercado, el proyecto no sería económicamente viable. Lo anterior significa que un ejercicio de comparables debe tener en cuenta en la forma más precisa posible los factores que afectan tales costos, que incluyen, entre otros, la ubicación y profundidad del depósito, los minerales alrededor del depósito, las especificaciones geológicas del lugar, las condiciones del país y un análisis completo de los accesos, entre otros. La comparación que propone RPA no analiza estos aspectos con el nivel de detalle suficiente para arrojar un convencimiento de que los costos de operación de los proyectos considerados como comparables y su viabilidad económica son comparables con Malku Khota.
851. FTI otorga a la valoración realizada por los analistas, una de las fuentes identificadas por FTI, un porcentaje del 25% en la valoración para efectos de la compensación. Como ya lo señaló el Tribunal en el párrafo 835, no hay una explicación convincente de cómo y por qué se asignaron esos porcentajes. Pero, además, en el caso de los analistas existen factores adicionales que plantean serias dudas sobre la consistencia y objetividad de la metodología utilizada.
852. En efecto, por una parte, los analistas valoraron el Proyecto siguiendo el método de flujo de fondos descontados, método que FTI, experto de la Demandante, considera que no es adecuado para la valoración de Malku Khota¹⁵²¹. Si bien FTI explica que el rol de los analistas es diferente al de los expertos de daños en un arbitraje¹⁵²², no explica satisfactoriamente las razones por las cuales le asigna un 25% de peso específico en la valoración a un cálculo efectuado a través de un método que según la misma FTI no es adecuado.

¹⁵²⁰ Transcripción de la Audiencia, Día 8, 1381:16-21; 1398:19-21; 1404:3-10; 1405:7-11 (inglés).

¹⁵²¹ CER-4, Segundo Informe de FTI, párr. 6.38.

¹⁵²² CER-4, Segundo Informe de FTI, párr. 6.40.

853. Pero, además, el Tribunal echa de menos una validación o comprobación de los cálculos de los analistas quienes difieren de manera sustancial en sus valuaciones de Malku Khota, con rangos que van desde US\$ 195,9 millones (el analista Byron) a US\$ 922,2 millones (el analista Edison)¹⁵²³. Esa diferencia, además, está dada por estimaciones personales de cada analista como lo reconoció el experto Cooper¹⁵²⁴.
854. Los modelos de los analistas, basados en flujo de fondos descontados, tampoco fueron objeto de examen de debida diligencia por parte del experto Cooper¹⁵²⁵ y fueron aceptados a pesar de que ninguno de los expertos considera que una valuación con base en flujo de fondos descontados sea apropiada en el estado actual del Proyecto.
855. Las circunstancias mencionadas resultan en un altísimo grado de incertidumbre respecto del estimado de los analistas, que le impide a un evaluador tener algún grado de certeza sobre el valor de Malku Khota.
856. Con respecto a las colocaciones privadas, a las que FTI asigna un 25% de peso específico en la valoración, se trata de colocaciones realizadas en abril/mayo de 2012 y los expertos de las Partes coincidieron en que entre la fecha de esas colocaciones y la fecha en que se hizo pública la expropiación —julio de 2012— se presentaron variables que afectan el valor de las acciones de la sociedad, incluyendo una baja del 13% en el valor de la plata que es, según ambas Partes, el metal predominante en Malku Khota¹⁵²⁶. El Tribunal encuentra que una variación importante en los precios del metal predominante afecta el valor del activo y por ende el valor de la compañía titular del mismo, por lo que el valor en la fecha de las colocaciones privadas era superior al valor en la fecha de expropiación por lo cual era necesario hacer ajustes para determinar cuál habría sido el valor de una colocación en la fecha de expropiación¹⁵²⁷.
857. En síntesis, el método de valoración presentado por FTI está sujeto a incertidumbres de tal magnitud que no permiten tener un grado siquiera aproximado de convicción de lo que podría ser el valor del Proyecto. Se trata de una valuación sujeta a un alto grado de contingencias, a la elaboración de hipótesis y a criterios de apreciación por la falta de bases objetivas. Ello obedece, en opinión del Tribunal, a la evidente dificultad de valorar con algún grado de aproximación y

¹⁵²³ Véase Transcripción de la Audiencia, Día 8, 1403:12-24 y 1406:22-24 (inglés).

¹⁵²⁴ Transcripción de la Audiencia, Día 8, 1501:23-1502:1 (inglés).

¹⁵²⁵ Transcripción de la Audiencia, Día 8, 1513:13-19 (inglés).

¹⁵²⁶ Sobre la caída del precio de la plata ver interrogatorio de FTI (Transcripción de la Audiencia, Día 8, 1450:21-1451:14 (inglés)). Además, cayeron el índice de la Bolsa de Valores de Toronto y el índice de otras mineras que FTI consideró comparables al Proyecto para efectos de su valoración (RER-5, Segundo Reporte de Brattle, sección IV-C).

¹⁵²⁷ Véase RER-3, Primer Informe de Brattle, párrs. 150-152; RER-5, Segundo Informe de Brattle, párrs. 234-239; Transcripción de la Audiencia, Día 8, 1567:22-1568:9 (inglés).

objetividad un proyecto que, como se señaló en los párrafos 808 a 823 anteriores, está en un estado incipiente, sin ninguna actividad minera, con un volumen importante de exploración aún pendiente, sin estudio de pre-factibilidad y sujeto a serias incertidumbres que cubren tanto los aspectos técnicos, incluida la incertidumbre de usar el Proceso Metalúrgico no probado, como la extensión real de los recursos, y su comerciabilidad atendiendo a la falta de algún grado de certeza sobre los costos para llegar a una explotación comercialmente viable. Es, en fin, un proyecto cuyo estado casi embrionario no permite hacer una valoración que brinde un grado suficiente de certeza respecto de su valor real.

858. Por las razones anteriores, considera el Tribunal que no procede la valoración propuesta por la Demandante y, en consecuencia, según lo anunciado en el párrafo 831 anterior, procede el Tribunal a determinar, en primer lugar, la aplicabilidad del método de valoración basado en los costos del Proyecto y, a renglón seguido, a determinar los componentes de dicho método para el caso que ocupa a este Tribunal.
859. La valoración sobre la base de costos no es extraña al arbitraje internacional de inversiones. En diversas circunstancias los tribunales han descartado otros métodos y acudido a la valuación con base a las inversiones realizadas o valuación basada en costos¹⁵²⁸ por razones tales como que el proyecto no se encuentra en producción¹⁵²⁹, o que dado el estado del proyecto el cálculo de flujos futuros puede resultar altamente especulativo¹⁵³⁰, o cuando no hay una base sólida para estimar la utilidad o el crecimiento de la inversión¹⁵³¹, o cuando no se trata de una operación en marcha y hay incertidumbres respecto a ingresos y costos futuros¹⁵³², o cuando existe una enorme diferencia entre las inversiones realizadas y la compensación demandada¹⁵³³.
860. Aunque el experto de la Demandada señala que su cálculo de costos no lo efectuó para hacer un estimado de valor justo de mercado, dicho experto no asume una posición jurídica sobre el tema —de hecho afirma que no lo hace¹⁵³⁴— y tampoco descarta que una valoración por costos pueda

¹⁵²⁸ RLA-103, S. Ripinsky y K. Williams, *Damages in International Investment Law*, British Institute of International and Comparative Law, 2008, pág. 227.

¹⁵²⁹ CLA-51, *PSEG Global, Inc. c. Turquía*, Caso CIADI No. ARB/02/5, Laudo, 19 de enero de 2007, párr. 321.

¹⁵³⁰ RLA-141, *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000, párrs. 121-122.

¹⁵³¹ RLA-145, *Wena Hotels c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/98/4, Laudo, 8 de diciembre de 2000, párrs. 124-125.

¹⁵³² RLA-146, *Hasan Awdi y otros c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/10/13, Laudo, 2 de marzo de 2015, párr. 514.

¹⁵³³ RLA-96, *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003, párrs. 191 *et seq.*

¹⁵³⁴ RER-5, Segundo Informe de Brattle, párr. 13; Transcripción de la Audiencia, Día 8, 1579:8-18 (inglés).

corresponder al valor justo de mercado. Por su parte, el experto de la Demandante ha reconocido que mediante la valoración por costos se puede determinar el valor justo de mercado¹⁵³⁵.

861. Corresponde en consecuencia al Tribunal determinar si desde el punto de vista de los hechos acreditados en este arbitraje, desde el punto de vista del derecho y a la luz del Tratado se puede aplicar la valoración por costos para establecer el valor de la inversión.

862. La Demandante no está de acuerdo con la valoración con base en costos por varias razones fundamentales:

- (a) Porque sería inconsistente con el Tratado que específicamente se refiere al “valor de mercado de la inversión” que es el valor justo de mercado uno de cuyos principios esenciales es que el valor es una proyección de los flujos de fondos futuros que generaría el Proyecto a lo largo de su vida¹⁵³⁶.
- (b) Porque sería inconsistente con los estándares internacionalmente aceptados de valuación de proyectos mineros en el estado de desarrollo de Malku Khota, tal como se establecen en las guías de Canadá, Sudáfrica y Australia¹⁵³⁷.
- (c) Porque no eliminaría las consecuencias de las violaciones del Tratado en que incurrió la Demandada¹⁵³⁸.
- (d) Porque no compensaría la pérdida del retorno de los riesgos incurridos hasta la fecha de la violación del Tratado, o por la pérdida de oportunidad de obtener ingresos adicionales continuando con el desarrollo de la mina hasta su etapa productiva¹⁵³⁹.
- (e) Señala además la Demandante que si un Estado puede tomar un proyecto minero una vez que el inversionista ha hecho un descubrimiento significativo y pagar solamente los costos de la inversión, ningún inversionista racional invertiría en actividades de exploración porque el inversionista asumiría todo el riesgo y el Estado tendría todo el beneficio¹⁵⁴⁰.

863. La Demandante parte del presupuesto, en varios de los planteamientos anteriormente señalados, de que la Reversión no cumplió con los requisitos de utilidad pública y beneficio social, o con el

¹⁵³⁵ Véase RLA-281, *Copper Mesa Mining Corporation c. República de Ecuador*, Caso CPA No. 2012-2, Laudo, 16 de marzo de 2016, párrs. 7.1, 7.6.

¹⁵³⁶ Réplica de la Demandante, párr. 421.

¹⁵³⁷ Réplica de la Demandante, párr. 421.

¹⁵³⁸ Réplica de la Demandante, párr. 422.

¹⁵³⁹ Réplica de la Demandante, párr. 422.

¹⁵⁴⁰ Réplica de la Demandante, párr. 423.

de debido proceso. Ya el Tribunal señaló que la Reversión cumplió con dichos requisitos por lo que no volverá sobre el punto.

864. En cuanto a las aseveraciones de la Demandante sobre la valoración, el Tribunal estaría de acuerdo con la hipótesis de que la prueba aportada demuestra que se trata de un proyecto minero en un estado de desarrollo que permita calcular con algún grado de certeza el valor del Proyecto como activo de CMMK. Sin embargo, como ya lo analizó a espacio el Tribunal en los párrafos 808 a 857 del laudo, no hay una base que permita dar un grado de certeza a dicho valor, en primer lugar porque se trata de un proyecto en un estado incipiente y no en el estado de desarrollo que pretende la Demandante y, en segundo lugar, porque aún si teóricamente se encontrara en tal estado de avance, el método de valoración propuesto por la Demandante arroja un alto grado de incertidumbre, que no permite al Tribunal tener un grado razonable de certeza sobre la existencia y el monto del daño alegado.
865. Es cierto que el Tratado exige que la compensación debe corresponder al “valor de mercado de la inversión” y que debe tratarse de un valor justo, como lo señala el artículo 5 del Tratado. Sin embargo, ello no significa, en el caso que ocupa a este Tribunal, que la compensación tenga que estar atada a la productividad del Proyecto que, a su vez, impactaría el valor de las acciones que indirectamente tiene SAS en CMMK. No está en disputa que se trata de un Proyecto que no está en producción. Si no es posible calcular el valor del Proyecto a través del método de flujo de fondos descontado por no ser un proyecto en producción, como lo admiten los expertos de ambas Partes; si no es posible valorar el Proyecto sobre la base de proyectos comparables, que no parecerían existir en este caso; si no existe, como ya lo señaló el Tribunal, una prueba de viabilidad económica del Proyecto que permita estimar con algún grado de certeza su valor, y si no existe una prueba confiable que dé algún grado de certeza sobre el valor al cual se transan las acciones de SAS en el mercado, el valor de mercado de dichas acciones estaría dado por el valor probado de CMMK que para efectos de la compensación y con fundamento en las pruebas aportadas estaría determinado por el valor de la inversión de CMMK en el Proyecto.
866. El Tribunal procede entonces a determinar el valor de la compensación sobre la base del método de costos, es decir, el valor de la inversión realizada por CMMK en el Proyecto.
867. Los expertos de las Partes coinciden en que existen unos costos de exploración por valor de US\$18.7 millones¹⁵⁴¹. Sin embargo, las Partes discrepan en dos puntos de la valoración por el método de costos: (i) la Demandante considera que se deben adicionar US\$12.5 millones

¹⁵⁴¹ RER-3, Primer Informe de Brattle, párr. 165; CER-4, Segundo Reporte de FTI, párr. 9.4.

correspondientes a gastos generales y administrativos¹⁵⁴², a los cual se opone la Demandada, y (ii) esta última considera que se debe deducir el valor de la información confidencial que ha retenido la Demandante¹⁵⁴³ a lo cual se opone SAS.

868. En cuanto al primero de los aspectos mencionados, el Tribunal no encuentra demostrado que la suma de US\$12.5 millones que reclama la Demandante corresponda a gastos generales y administrativos de SAS atribuibles al Proyecto.
869. En primer lugar, no se han aportado al expediente estados financieros de SAS, sino estados financieros de su matriz, SASC, y esta última empresa tiene gastos que no solamente están asociados a la operación de CMMK, sino a otros proyectos diferentes. El Tribunal no está convencido de que mediante una simple regla porcentual fundada solamente en el valor de cada proyecto que tiene SASC se puedan atribuir al Proyecto los costos administrativos que aparecen en los estados financieros de SASC, sin sustentar siquiera la razón por la cual los costos administrativos guardarían una proporción exacta con el valor de un proyecto. En segundo lugar, no hay prueba de que los gastos administrativos y generales incluidos por FTI en el Apéndice 6 de su Informe tengan una relación de causalidad con el Proyecto. En tercer lugar, en los estados financieros de CMMK no se pueden identificar contablemente los gastos administrativos y generales en que sus accionistas directos o indirectos alegan haber incurrido por su cuenta o en el desarrollo del Proyecto. Dichos estados financieros solamente reflejan cuentas por pagar a SASC por aproximadamente US\$6 millones que están incluidos en los US\$18.7 millones que los expertos atribuyen a los costos del Proyecto.
870. En conclusión, no está demostrado que la suma de US\$12.5 millones reclamada por la Demandante corresponda a gastos administrativos y generales de SAS atribuibles exclusivamente a la operación de CMMK. Por lo tanto, no corresponde la adición de la suma de US\$12.5 millones pretendida por la Demandante.
871. Con respecto a la pretensión de Bolivia de que se deduzca el valor de la Información Privilegiada, el Tribunal encuentra contradictoria dicha pretensión en dos aspectos. Primero, en cuanto la Demandada, como ya lo señaló el Tribunal, ha sostenido desde el Decreto de Reversión que la compensación correspondería al valor de las inversiones, sin hacer mención alguna de posibles deducciones por uso de la Información Privilegiada. Segundo, porque la Demandada alegó que para este Proyecto existen serias dudas sobre la efectividad y uso de una parte importante de la Información Privilegiada dado su estado de desarrollo y el hecho de no haberse utilizado en

¹⁵⁴² CER-1, Primer Reporte de FTI, párr. 5.27; CER-4, Segundo Reporte de FTI, párrs. 9.4-9.5.

¹⁵⁴³ RER-3, Primer Informe de Brattle, párr. 159; 175-178; RER-5, Segundo Informe de Brattle, párrs. 11, 254-259.

campo, por lo que no sería procedente, por una parte, descalificar la Información Privilegiada para efectos de determinar la viabilidad futura del Proyecto y por la otra, asignarle un valor como el que pretende la Demandada por la posibilidad de ser vendida a un tercero.

872. El Tribunal ya encontró que no está probado que el proceso de extracción que hace parte de la Información Privilegiada pueda ser utilizado con éxito en el Proyecto y que ello, sumado a los demás factores ya analizados, no permite estimar con algún grado de certeza la viabilidad del Proyecto. En todo caso, se trata de una información cuyo estado de desarrollo y valor de mercado son totalmente inciertos, por lo que cualquier valoración resultaría caprichosa. No puede el Tribunal especular acerca de si la Información Privilegiada tiene un valor para un pretendido futuro explotador del Proyecto y asignar a la Información Privilegiada un valor que no está acreditado en el proceso. En consecuencia, el Tribunal no deducirá de la suma a compensar por parte de Bolivia un valor correspondiente a la Información Privilegiada. En consecuencia, el monto de la compensación corresponde a los costos incurridos en el Proyecto, es decir, la suma de US\$18.7 millones, sin que haya lugar a deducir el valor de la Información Privilegiada.
873. Teniendo en cuenta la decisión del Tribunal en cuanto al método de valuación a utilizar, la Fecha de Valuación, que marcaba una diferencia importante en un escenario de valuación basado en el método de valuación propuesto por la Demandante y el esquema alternativo propuesto en la Dúplica por la Demandada, resulta irrelevante para efectos de la valuación por el método de costos dado que las variaciones en el mercado entre las fechas que debaten las Partes no tienen injerencia alguna en la determinación de los costos del Proyecto.
874. Habiendo establecido la forma de determinar la compensación, el Tribunal pasará a examinar si hay lugar a una reducción como consecuencia de la conducta de la Demandante, según lo alegó Bolivia. En efecto, en la Contestación a la Demanda y en sus escritos subsiguientes, la Demandada solicitó al Tribunal que, en caso de que ordenara una indemnización a la Demandante, redujera el monto de la compensación al menos un 75% considerando que *“han sido las acciones y omisiones de la propia Demandante las que han contribuido decisivamente al daño que dice haber sufrido”*¹⁵⁴⁴.
875. En el presente caso, el Tribunal encontró probado que la decisión soberana del Estado de expropiar las Concesiones Mineras obedeció a la existencia de un conflicto social grave y prolongado que se originó en el Proyecto. Es decir, el Tribunal encontró que la expropiación cumplió con la causa de utilidad pública y beneficio social establecida en el artículo 5 del Tratado.

¹⁵⁴⁴ Contestación a la Demanda, párr. 725.

En este caso, la violación del Tratado se originó en la ausencia de pago u oferta de pago de una compensación por parte de Bolivia, violación que, como ya estableció el Tribunal, no es imputable al inversionista ni tiene como causa la conducta que la Demandada atribuye al inversionista. El Tribunal no puede reducir el monto de la compensación debida al inversionista por una violación del Tratado que no tiene relación con su conducta.

876. Además, si el inversionista o CMMK contribuyeron al conflicto social que dio lugar a la Reversión, la decisión soberana de expropiar las Concesiones Mineras los privó de continuar con el desarrollo del Proyecto y percibir sus eventuales. [REDACTED]

877. Dicho lo anterior, el Tribunal se referirá a los intereses aplicables al monto de la compensación.

878. De conformidad con el artículo 5.1 del Tratado la compensación “*comprenderá los intereses conforme al tipo normal comercial o legal, cualquiera que haya de aplicarse en el territorio de la Parte Contratante que efectuó la expropiación, hasta la fecha en que se efectuara el pago*”.

879. Para los expertos de la Demandante, la tasa aplicable debe ser la tasa de interés legal que fija en el 6% y, alternativamente, una tasa de interés comercial basada en la tasa libre de riesgo de los Bonos del Tesoro de Estados Unidos a un año más un margen (*premium*), y añade que se podría usar la tasa LIBOR como base, aunque es la tasa a la que los bancos se efectúan préstamos entre ellos¹⁵⁴⁵. En su Segundo Informe, FTI presenta una tasa alternativa basada en el laudo proferido en el caso *Rurelec c. Bolivia* que refleja la tasa de interés fijada por el Banco Central de Bolivia¹⁵⁴⁶.

880. Los expertos de la Demandada, por su parte, calculan la tasa de interés sobre la base de la tasa de interés comercial con base en la emisión de bonos soberanos a 10 años realizada por Bolivia en octubre de 2012¹⁵⁴⁷.

881. Las Partes no disputan que el interés debe compensar la remuneración que hubiese recibido la Demandante sobre el monto de compensación pagado por Bolivia, de haberse pagado dicha compensación el día de la expropiación. Tampoco disputan que la tasa aplicable será la tasa “*que haya de aplicarse en el territorio de la Parte Contratante que efectuó la expropiación*”, de acuerdo con el artículo 5 del Tratado.

¹⁵⁴⁵ CER-1, Primer Informe de FTI, párrs. 12.5-12.8.

¹⁵⁴⁶ CER-4, Segundo Informe de FTI, párrs. 10.5-10.7.

¹⁵⁴⁷ RER-5, Segundo Informe de Brattle, párr. 261.

882. Lo anterior significa que la tasa aplicable será, de conformidad con el Tratado, la que resulte aplicable en el territorio de Bolivia y que puede ser una tasa de interés comercial o legal.
883. Con respecto a la tasa de interés legal del 6% aplicada por el experto de la Demandante, el Tribunal no encuentra que dicho experto haya presentado un sustento financiero para la aplicación de dicho interés, sino que simplemente recibió instrucciones para aplicarlo¹⁵⁴⁸. Tampoco presenta la Demandante un sustento jurídico de por qué la tasa de interés legal es la que resulta aplicable en este caso. Bolivia, por su parte, considera que la tasa de interés legal es una tasa máxima, tasa que no puede excederse bajo la ley boliviana, y por lo tanto no puede ser la tasa aplicable en este caso¹⁵⁴⁹.
884. Por el contrario, antes de hacer referencia a la instrucción recibida, el experto de la Demandante coincide con el de la Demandada en que el interés debe ser el interés comercial tomando una base a la cual se debe adicionar un margen (*premium*)¹⁵⁵⁰.
885. Coinciden igualmente los expertos en que la base debe ser la tasa libre de riesgo de los Bonos del Tesoro de Estados Unidos más un margen (*premium*), pero difieren en (a) el plazo de vencimiento de los Bonos del Tesoro de Estados Unidos, que debe ser de un año, según la Demandante, y de un mes, según la Demandada¹⁵⁵¹; y (b) en cómo determinar el margen o *premium* sobre la tasa base.
886. El Tratado, como se ha señalado de manera reiterada, señala que la compensación “*comprenderá los intereses conforme al tipo normal comercial o legal que haya de aplicarse en el territorio de la Parte Contratante que efectuó la expropiación*”. Se trata, en primer lugar, de un interés de tipo normal comercial o legal y, en segundo lugar, del interés que haya de aplicarse en el territorio de Bolivia.
887. Considera el Tribunal como punto de partida que los términos del artículo 5 del Tratado son vinculantes para este Tribunal. Además, la tasa de interés que se aplique debe ser una tasa “normal” y debe tener en cuenta la tasa que haya de aplicarse en el territorio de Bolivia, lo que implica una limitación a las posibles tasas de interés que pueda considerar el Tribunal. Solo podrían considerarse las tasas “normales” que fueren aplicables en el territorio de Bolivia.

¹⁵⁴⁸ CER-1, Primer Informe de FTI, párr. 12.8.

¹⁵⁴⁹ Contestación a la Demanda, párr. 694.

¹⁵⁵⁰ CER-1, Primer Informe de FTI, párr. 10.16; RER-5, Segundo Informe de Brattle, párr. 264.

¹⁵⁵¹ CER-4, Segundo Informe de FTI, párrs. 12.5-12.7; RER-3, Primer Informe de Brattle, párr. 181.

888. Ni el Tratado ni el derecho boliviano acreditado por las Partes señalan lo que debe entenderse por tasa de interés comercial “normal”. En cuanto al interés legal, ni la Demandada explica por qué debe aplicarse una tasa de interés del Código Civil boliviano que parecería prevista para obligaciones civiles y no para operaciones mercantiles o créditos bancarios, ni resulta persuasivo el argumento de la Demandada de que en derecho boliviano sea el Código Civil, y no las disposiciones mercantiles o bancarias, el que determine las reglas y límites a las tasas de interés para operaciones comerciales. La misma Bolivia sostiene que la tasa de interés legal es de aplicación marginal en materia comercial en los países de tradición civilista¹⁵⁵² por lo que no encuentra el Tribunal razón alguna para aplicar dicha tasa de interés ni los límites que aplican a operaciones meramente civiles.
889. Si bien el Tribunal concuerda con Bolivia en que fijar la tasa de interés con fundamento en los riesgos que hubiese asumido SAS de haber invertido el dinero o en el riesgo de SAS como prestamista resulta inadecuado —y, además, en las circunstancias del caso especulativo dada la incertidumbre de cómo cada inversor puede invertir los fondos—, no está de acuerdo en que la tasa de interés “normal” deba reflejar únicamente la tasa de los Bonos del Tesoro de Estados Unidos sin margen (*premium*) alguno. Aún bajo la tesis de Bolivia, el deudor de la compensación es la Demandada y las obligaciones de la Demandada, como se refleja en la misma tasa de los bonos bolivianos aducida por Bolivia, tienen un margen adicional que refleja el riesgo asumido por encima de la tasa libre de riesgo.
890. El experto de la Demandante propone como tasa de interés la certificada por el Banco Central de Bolivia para préstamos comerciales en dólares¹⁵⁵³; el experto de la Demandada sostiene que dicha tasa no es aplicable en cuanto las tasas de interés fijadas por los bancos centrales no son necesariamente tasas comerciales determinadas por el mercado y pueden reflejar políticas monetarias que no tienen relación con este caso¹⁵⁵⁴.
891. El Tribunal está de acuerdo con la tasa propuesta por la Demandante. En primer lugar, porque la tasa del Banco Central de Bolivia a que se refiere la Demandante no es una tasa que fije el citado banco, sino una tasa que el banco certifica o publica teniendo en cuenta las diferentes tasas de interés de los diferentes actores financieros. En consecuencia, el Tribunal no encuentra sustento para la afirmación de que se trata de tasas no determinadas por el mercado o que se fijen por razones de política económica. En segundo lugar, porque en la medida en que son las tasas de

¹⁵⁵² Contestación a la Demanda, párr. 693.

¹⁵⁵³ CER-4, Segundo Informe de FTI, párrs 10.5-10.7.

¹⁵⁵⁴ RER-5, Segundo Informe de Brattle, párr. 262.

operaciones comerciales y financieras en Bolivia, constituyen una tasa comercial normal en el territorio de la Demandada.

892. En consecuencia, el Tribunal fijará la tasa de interés en la tasa señalada por el Banco Central de Bolivia.
893. Finalmente, las Partes debaten si la tasa de interés debe ser simple o compuesta. La Demandante considera que lo usual es que se determine la tasa de interés como compuesta y que esta ha sido la práctica de los tribunales arbitrales de inversión¹⁵⁵⁵. La Demandada, por su parte, invoca el artículo 412 del Código Civil boliviano que, al decir de Bolivia, prohíbe la capitalización de intereses.
894. El Tribunal considera que la limitante que invoca Bolivia no aplicaría para tasas de interés comerciales. La misma Bolivia sostiene que la tasa de interés legal es de aplicación marginal en las operaciones mercantiles. El mismo raciocinio tendría que aplicar para las limitaciones fijadas por el Código Civil respecto de operaciones civiles que generen intereses. Bolivia no explica por qué las limitaciones a la tasa de interés civil fijadas en el Código Civil aplican a operaciones mercantiles y tampoco las razones por las cuales si las limitaciones del Código Civil —incluyendo la alegada tasa máxima del 6%— aplican a operaciones mercantiles, las tasas de interés certificadas por el Banco Central boliviano exceden ese supuesto límite legal.
895. Adicionalmente, una tasa de interés compuesto es una tasa de interés “normal” en operaciones comerciales, y una tasa que han aceptado varios tribunales como una tasa apropiada para remunerar el valor del dinero en el tiempo.
896. En conclusión, sobre el monto de la compensación la Demandada deberá pagar interés compuesto a la tasa anteriormente fijada.
897. En cuanto a la fecha a partir de la cual se causan los intereses, considera el Tribunal que debe tomarse como fecha aquella en que se hizo efectiva la expropiación y se estableció por parte de Bolivia la procedencia de la compensación, es decir, la fecha del Decreto de Reversión. Es a partir de dicha fecha que la expropiación se concreta de acuerdo con el derecho boliviano y que surge para Bolivia la obligación de compensar bajo el Tratado.
898. Por último, las Partes disputan si el estándar de valor justo de mercado es aplicable al cálculo de la compensación por las demás violaciones al Tratado alegadas por la Demandante. En la medida en que el Tribunal no encontró violaciones al Tratado distintas al incumplimiento del requisito de

¹⁵⁵⁵ Escrito de Demanda, párrs. 222-226; Réplica de la Demandante, párr. 429.

pago de la compensación establecido en artículo 5 del Tratado, el Tribunal no considera necesario pronunciarse sobre este punto.

899. En cualquier caso, el Tribunal observa que la Demandante (i) indicó que el Tribunal le debía otorgar una compensación por las demás violaciones alegadas en el evento en que el Tribunal encontrara que no hubo expropiación alguna¹⁵⁵⁶, y (ii) reclamó la misma compensación en cada instancia —una “compensación total”—, independientemente de cuál fuese la violación que el Tribunal encontrare probada¹⁵⁵⁷. En otras palabras, no alegó ni probó la Demandante una compensación por las alegadas violaciones diferentes a la expropiación que tuviera fundamentos fácticos o cálculos diferentes a los presentados para la expropiación y la compensación reclamada por la Demandante por las demás violaciones se presentó además como equivalente y alternativa, no adicional, a la compensación reclamada por la expropiación.

¹⁵⁵⁶ Véase Escrito de Demanda, párr. 194 (“*Para el improbable caso que el Tribunal determinara que Bolivia no expropió las inversiones de South American Silver, ya sea lícita o ilícitamente, el Tribunal aún debe otorgar una compensación al Demandante si determina que Bolivia violó uno o más de los otros estándares de protección sustantivos del TBI.*”)

¹⁵⁵⁷ Véase Escrito de Demanda, párr. 201 (“*En suma, el Demandante tiene derecho a compensación total por las violaciones de Bolivia a las disposiciones del Tratado relativas a trato justo y equitativo, la cláusula paraguas, medidas arbitrarias y discriminatorias, y plena protección y seguridad. Aun cuando es la postura del Demandante que Bolivia violó cada una de estas disposiciones (así como la disposición relativa a expropiación del Artículo 5), la violación de cualquiera de ellas daría derecho al Demandante a compensación total.*”); Réplica de la Demandante, párrs. 369-374.

IX COSTAS

A. POSICIÓN DE LA DEMANDANTE

900. La Demandante solicita el reembolso de todos los honorarios y gastos recuperables relacionados a su representación en este arbitraje conforme a los artículos 40 a 42 del Reglamento CNUDMI¹⁵⁵⁸. Asimismo, la Demandante solicita al Tribunal que deniegue la recuperación de las costas de la Demandada en virtud de que ésta “*no realizó una solicitud detallada*” en su escrito sobre costas de fecha 28 de noviembre de 2016, en la que, según la Demandante, “*ni siquiera queda claro que Bolivia solicite una condena en costas*”, y en virtud de las demás razones que se exponen en esta sección¹⁵⁵⁹. La Demandante afirma que la presentación de la Demandada debería ser desechada por el Tribunal, así como cualquier argumentación presentada por la Demandada por primera vez con sus Comentarios al Escrito sobre Costas de la Demandante de fecha 12 de diciembre de 2016 (Réplica sobre Costas), respecto de la cual, la Demandante no ha tenido la oportunidad de responder¹⁵⁶⁰.
901. Así, la Demandante solicita que el Tribunal le otorgue la totalidad de sus costas en este arbitraje, más los honorarios legales de éxito correspondientes que la Demandante está obligada a pagar a sus abogados¹⁵⁶¹ y los intereses compuestos a una tasa razonable hasta la fecha del pago total por parte de Bolivia¹⁵⁶². La Demandante basa su solicitud (i) en que sus costos y gastos son razonables y que ésta debería imponerse en este arbitraje por las razones señaladas en sus alegaciones orales y escritas¹⁵⁶³, y (ii) en la persistente conducta procesal inapropiada de Bolivia a lo largo de este proceso¹⁵⁶⁴.
902. Los abogados de la Demandante certifican que los honorarios y gastos comprendidos en los costos del Demandante fueron necesarios para el correcto desarrollo de este caso, y son razonables y apropiados a la luz de la complejidad de este caso, de su duración y del monto del perjuicio que las violaciones al Tratado de Bolivia causaron a las inversiones de la Demandante¹⁵⁶⁵.

¹⁵⁵⁸ Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 1; Réplica sobre Costas de la Demandante, párr. 4.b.

¹⁵⁵⁹ Réplica sobre Costas de la Demandante, párr. 4.a.

¹⁵⁶⁰ Réplica sobre Costas de la Demandante, párr. 1.

¹⁵⁶¹ Véase *infra* párr. 902.

¹⁵⁶² Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 26.

¹⁵⁶³ Escrito sobre Costas de la Demandante, párrs. 1, 21-25.

¹⁵⁶⁴ Escrito sobre Costas de la Demandante, párrs. 1-20.

¹⁵⁶⁵ Escrito sobre Costas de la Demandante, párrs. 21, 24.

903. Los costos, honorarios y gastos totales de la Demandante en este procedimiento arbitral, a la fecha del Escrito de Costas de la Demandante ascendían a US\$ 6.645.445,59¹⁵⁶⁶. Este monto incluye los honorarios y gastos de los peritos (*ex* artículo 40.c) del Reglamento CNUDMI), los “[h]onorarios y gastos de [t]estigos” (*ex* artículo 40.d) del Reglamento CNUDMI), los “[h]onorarios y gastos legales”, los “[s]ervicios de traducción” y de “[p]rocesamiento y almacenamiento de datos de la etapa de Discovery” (*ex* artículo 40.e) del Reglamento CNUDMI) y la parte de la Demandante de los costos y gastos del Tribunal y de la CPA¹⁵⁶⁷. No obstante, teniendo en cuenta que el Tribunal puede emitir nuevas facturas que requieran que la Demandante realice pagos adicionales y/o aplicar montos anteriormente adelantados por la Demandante, la Demandante señala que puede ser necesario ajustar sus costos¹⁵⁶⁸.
904. La Demandante indica que la partida que corresponde a los honorarios de King & Spalding se incrementará entre US\$ 400.000 y US\$ 2 millones¹⁵⁶⁹ dependiendo del monto de cualquier decisión que se adopte en el laudo¹⁵⁷⁰.
905. Según la Demandante, no es objeto de controversia que en el arbitraje conforme al Reglamento CNUDMI los tribunales tienen en cuenta la conducta de las partes a la hora de condenar en costas¹⁵⁷¹. Particularmente, los tribunales han atendido a si las partes presentaron un gran número de requerimientos procesales, persiguieron demandas manifiestamente frívolas, incurrieron en tácticas consumidoras de tiempo y no cumplieron plazos¹⁵⁷². La Demandante arguye que el Tribunal debe tener en cuenta la conducta procesal de Bolivia a la hora de evaluar la procedencia

¹⁵⁶⁶ Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 23. El Tribunal observa que en el párrafo 23 del Escrito sobre Costas de la Demandante, ésta señala: “*Counsel for Claimant certifies that Claimant have to date incurred US \$6,645,445.59 in total [...]*” (énfasis añadido). Sin embargo, en el párrafo inmediatamente anterior del mismo escrito afirma: “*Claimant seeks recovery of its costs beginning July 16, 2012, when Claimant began working with King & Spalding and local Bolivian counsel to build a case and evidentiary record for an arbitral proceeding against Respondent, through October 31, 2016. Counsel for Claimant will submit any relevant fees and expenses incurred by Claimant during November and December 2016 by January 31, 2017*”. (Énfasis añadido) Dado que el Escrito sobre Costos de la Demandante está fechado el 28 de noviembre de 2016, no es claro si la suma reclamada por la Demandante incluye costos hasta la fecha de dicho escrito o únicamente hasta el 31 de octubre del mismo año. En cualquier caso, y por las razones que se establecen en las consideraciones del Tribunal, esta diferencia no es relevante para la decisión del Tribunal.

¹⁵⁶⁷ Escrito sobre Costas de la Demandante, tabla en p. 10.

¹⁵⁶⁸ Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 22.

¹⁵⁶⁹ Véase nota al pie 44 del Escrito sobre Costas de la Demandante para un desglose de cómo variará esta cantidad dependiendo del monto del laudo.

¹⁵⁷⁰ Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 23.

¹⁵⁷¹ Réplica sobre Costas de la Demandante, párr. 3; *Mesa Power Group LLC c. El Gobierno de Canadá*, Caso CPA N.º 2012-17, Laudo, 24 de marzo de 2016, párrs. 703-705.

¹⁵⁷² Réplica sobre Costas de la Demandante, párr. 3; *European American Investment Bank AG (Austria) c. República Eslovaca*, Caso CPA N.º 2010-17, Laudo sobre Costas, 20 de agosto de 2014, párr. 43.

de una condena en costas a la Demandada y la razonabilidad de los costes y gastos de la Demandante¹⁵⁷³.

906. La Demandante sostiene que Bolivia repetidamente complicó el curso del procedimiento mediante su conducta procesal y esto merece que se la condene en costas¹⁵⁷⁴. La Demandante alega que Bolivia en numerosas ocasiones complicó y demoró el procedimiento. En este sentido, la Demandante señala el intento de Bolivia de recusar al árbitro Orrego Vicuña, de incluir declaraciones testimoniales en el momento procesal incorrecto y de excluir prueba documental presentada por la Demandante, además de su solicitud de prórrogas de plazos y su falta de colaboración e intransigencia para llegar a acuerdos con la Demandante en cuestiones procesales o acatar las decisiones del Tribunal¹⁵⁷⁵. La Demandante también describe la solicitud de *Cautio Judicatum Solvi* de Bolivia como frívola y la califica de intento de acoso e intimidación¹⁵⁷⁶. La Demandante aduce también que Bolivia presentó dos argumentos legales totalmente nuevos en su Dúplica, en violación del derecho de la Demandante al debido proceso, que provocó que la Demandante incurriera en gastos adicionales para contestar a dichos argumentos¹⁵⁷⁷.
907. Además, la Demandante arguye, en relación con la fase de exhibición de documentos, que la Demandada adoptó una postura obstruccionista¹⁵⁷⁸ y agresiva, hasta el punto de llegar al acoso respecto de la Demandante¹⁵⁷⁹. Asimismo, la Demandante afirma que la forma de las solicitudes de documentos de la Demandada constituía un abuso del proceso arbitral ya que ésta no se limitaba a las columnas señaladas en el Redfern entregado por el Tribunal (conforme a la Sección 5.2.5 de la Orden Procesal N.º 1), sino que reiteradamente presentaba extensas cartas y tablas complementarias, fuera de los argumentos contenidos en los Redfern de las Partes¹⁵⁸⁰. Adicionalmente, la Demandante señala que Bolivia presentó una solicitud de documentos frívola

¹⁵⁷³ Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 3; *Bosh International, Inc. and B&P, LTD Foreign Investments Enterprise c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/08/11, Laudo, 25 de octubre de 2012, n. 377 (citando a *Europe Cement Investment & Trade S.A. c. República de Turquía*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/07/2, Laudo, 13 de agosto de 2009, entre otros casos).

¹⁵⁷⁴ Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 3.

¹⁵⁷⁵ Escrito sobre Costas de la Demandante, párrs. 2-9, 13-15.

¹⁵⁷⁶ Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 19.

¹⁵⁷⁷ Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 15.

¹⁵⁷⁸ La Demandada compara el volumen de documentos exhibidos por cada Parte (cerca de 5.800 páginas de la Demandante y 11 documentos con un total de 43 páginas de la Demandada –todos correspondientes a una sola categoría de los documentos requeridos por el Demandante en su Calendario Redfern–). La Demandante señala en particular que la Demandada no exhibió documentos relativos al viaje del Presidente de la COMIBOL, Héctor Córdova, a China en agosto de 2012 a reunirse con socios que podrían asistir en el desarrollo del Proyecto Malku Khota así como reuniones en Bolivia con potenciales socios chinos, y destaca que el Ministro Navarro Miranda confirmó en la Audiencia que muchos documentos, incluyendo el tipo de documentos cuya existencia Bolivia había negado, se generaban cuando los funcionarios del gobierno de Bolivia viajaban al exterior (Transcripción de la Audiencia, Día 3, 699:14 – 700:4 (español)).

¹⁵⁷⁹ Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 16.

¹⁵⁸⁰ Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 17.

más de dos meses y medio después de que la Demandante hubiera presentado su Réplica y siete meses después de que la fase de intercambio de documentos hubiera concluido¹⁵⁸¹.

908. Adicionalmente, la Demandante sostiene que los actos de acoso procesal de la Demandada creaban de forma rutinaria trabajo adicional e innecesario para la Demandante y el Tribunal, y que ésta también empleó tácticas de acoso personal contra los testigos de la Demandante y antiguos empleados de CMMK¹⁵⁸². Según la Demandante, los actos de la Demandada constituyen un acoso que vino a agravar la disputa entre las Partes y, en el peor de los casos, dichas acciones representaban un intento de menoscabar la capacidad de la Demandante de presentar a sus testigos en la Audiencia¹⁵⁸³.
909. Finalmente, la Demandante afirma que tomó un día entero de audiencia examinar un testigo (Testigo X) que claramente la Demandada había buscado, a pesar de las normas de la legislación boliviana sobre confidencialidad entre cliente y abogado¹⁵⁸⁴.

B. POSICIÓN DE LA DEMANDADA

910. La Demandada detalla en su certificación de costas que: (i) los honorarios de sus abogados ascienden a US\$ 2.548.532,59 y los de sus expertos a US\$ 1.233.255,17, lo que hace un total por estos conceptos de US\$ 3.781.787,76¹⁵⁸⁵; (ii) las costas administrativas como depósitos anticipados a la CPA ascienden a US\$ 600.000¹⁵⁸⁶; y (iii) los gastos ascienden a US\$ 382.996,58 en concepto de viajes, alojamiento, alimentación y gastos de soporte (mensajería, preparación de bundles, fotocopiado, horas extra de personal administrativo, demonstrative evidence, etc.)¹⁵⁸⁷. El total de las costas de la Demandada es US\$ 4.764.784.34¹⁵⁸⁸.
911. La Demandada afirma que el Tribunal dispone de un poder discrecional amplio para decidir sobre el reparto de las costas del procedimiento conforme al artículo 40 del Reglamento CNUDMI¹⁵⁸⁹, y sostiene que éstas deberán ser sufragadas por SAS¹⁵⁹⁰. La Demandada argumenta que la conducta de SAS y, en particular, su falta de *clean hands* debe ser considerado por el Tribunal

¹⁵⁸¹ Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 18.

¹⁵⁸² Escrito sobre Costas de la Demandante, párrs. 10-12.

¹⁵⁸³ Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 12.

¹⁵⁸⁴ Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 20.

¹⁵⁸⁵ Certificación de Costas de Bolivia, p. 2.

¹⁵⁸⁶ Certificación de Costas de Bolivia, p. 3.

¹⁵⁸⁷ Certificación de Costas de Bolivia, p. 3.

¹⁵⁸⁸ Certificación de Costas de Bolivia, p. 3.

¹⁵⁸⁹ Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 9.

¹⁵⁹⁰ Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 3.

para condenar a SAS en costas¹⁵⁹¹. Según la Demandada, si, *par impossible*, el Tribunal considerase que Bolivia incurrió en alguna responsabilidad, deberá considerar que la regla del “*costs follow the event*” ha sido matizada para tomar en cuenta las circunstancias del caso¹⁵⁹². La Demandada argumenta que el Tribunal debe, al decidir sobre el reparto de costas, tener en cuenta que: (i) los reclamos de SAS han sido innecesariamente complejos y el monto reclamado es absurdo, y (ii) SAS modificó su caso entre su Memorial y su Réplica y presentó una pretensión restitutoria en su Solicitud de Arbitraje que sólo retiró en la Audiencia¹⁵⁹³. La Demandada alega que esto la obligó a destinar tiempo y dinero en la preparación de estos argumentos¹⁵⁹⁴.

912. En cuanto al escrito sobre costas de la Demandante, la Demandada sostiene que se basa en motivos falsos o irrelevantes para justificar una condena en costas a favor de SAS¹⁵⁹⁵. Según la Demandada, SAS distorsiona la historia procesal del caso y omite los numerosos incidentes procesales creados por ella misma e invoca meras anécdotas procesales sin ningún impacto (en costos o tiempos) para las Partes¹⁵⁹⁶.

913. La Demandada mantiene que las críticas de SAS son injustificadas respecto de las órdenes procesales, a la luz de las causas de las solicitudes por parte de Bolivia de dichas órdenes procesales y del resultado de las mismas, y en nada justificarían una condena en costas del Estado, pues¹⁵⁹⁷:

(a) La Demandante niega el supuesto acoso procesal de que le acusa la Demandante¹⁵⁹⁸, y afirma que es la Demandante quien debiera ser sancionada por su posición extrema en cuanto a la revisión de la Información Protegida¹⁵⁹⁹. Según la Demandada, dada la intransigencia de SAS, los expertos de Bolivia no pudieron realizar su labor de forma eficiente e incluir en sus informes las pruebas de todas sus afirmaciones por lo que el Estado mantiene su reserva de derechos al respecto¹⁶⁰⁰.

(b) La Demandante también niega el supuesto acoso personal contra los testigos de la Demandante y antiguos empleados de CMMK¹⁶⁰¹ y reitera que (i) esta cuestión ya fue

¹⁵⁹¹ Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 10.

¹⁵⁹² Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 11; Reglamento de la CNUDMI, artículo 42.1).

¹⁵⁹³ Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 12.

¹⁵⁹⁴ Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 12.

¹⁵⁹⁵ Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, sección 3.

¹⁵⁹⁶ Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, secciones 3.1, 3.2.

¹⁵⁹⁷ Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, párrs. 14-18.

¹⁵⁹⁸ Véase *supra* párr. 908.

¹⁵⁹⁹ Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 19.

¹⁶⁰⁰ Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 20.

¹⁶⁰¹ Véase *supra* párr. 908.

tratada y explicada antes y durante la Audiencia¹⁶⁰², (ii) la investigación penal también incluyó a testigos de Bolivia y otros servidores públicos¹⁶⁰³, (iii) el Procurador General del Estado solicitó al Fiscal General que, en la medida de lo posible, y preservando la independencia de la Fiscalía, la investigación en curso no interfiriese con el normal desarrollo de este arbitraje¹⁶⁰⁴, y (iv) fue SAS quien intimidó a los testigos con el proceso penal¹⁶⁰⁵.

- (c) En relación a que la Demandada habría intentado incluir declaraciones testimoniales en el momento procesal incorrecto, la Demandada niega esta acusación y mantiene que si hubo una parte que abusó de su derecho a presentar pruebas, fue SAS¹⁶⁰⁶. La Demandada señala: (i) el intento de SAS de incorporar los testimonios CWS-14 y CWS-15, las circunstancias que rodearon su posible incorporación, lo que resultó en cuatro órdenes procesales y numerosas comunicaciones¹⁶⁰⁷, y las condiciones que intentó imponer para el tratamiento de estos testimonios¹⁶⁰⁸; (ii) su intento de incorporar prueba documental fuera del momento procesal correspondiente y secciones en su Dúplica sobre Jurisdicción que no se referían a cuestiones jurisdiccionales¹⁶⁰⁹.
- (d) Respecto de la crítica de la Demandante para con la conducta de Bolivia en conexión con la exhibición de documentos¹⁶¹⁰, la Demandada afirma que su solicitud anterior al inicio de dicha fase procesal se debió a que SAS no comunicó con su Escrito de Demanda los documentos citados por sus expertos, y señala que su solicitud fue admitida por el Tribunal¹⁶¹¹. Además, la Demandada afirma que los documentos relativos al viaje a China del Presidente de COMIBOL a que se refiere la Demandante no existen porque dicho viaje nunca ocurrió y niega la postura de la Demandante de que Bolivia no los estaría exhibiendo¹⁶¹². Según la Demandada, la conjetura de SAS de que el Ministro Navarro

¹⁶⁰² Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 22; Transcripción de la Audiencia, Día 4, 950:15 – 971:7 (español); Carta de Bolivia al Tribunal del 4 de julio de 2016.

¹⁶⁰³ Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 22.

¹⁶⁰⁴ Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 22.

¹⁶⁰⁵ Bolivia hace referencia al contrainterrogatorio del señor Chajmi sobre si conocía la existencia de un proceso penal en su contra, línea de preguntas que fue objetada por los abogados de Bolivia y que el Tribunal ordenó detener (Transcripción de la Audiencia, Día 4, 937:4-9 (español)).

¹⁶⁰⁶ Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 23.

¹⁶⁰⁷ Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 27.

¹⁶⁰⁸ Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 24.

¹⁶⁰⁹ Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 25.

¹⁶¹⁰ Véase *supra* párr. 907.

¹⁶¹¹ Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 28.

¹⁶¹² Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 28.

Miranda estaría mintiendo es infundada y debe ser tenida en cuenta por el Tribunal a la hora de otorgar las costas¹⁶¹³.

914. Según la Demandada, el Tribunal debe tener en cuenta, en contraste con lo anterior, el incidente respecto de los documentos obtenidos del Gobierno de Canadá, que la Demandada califica de importantes y que respondían a categorías del RDD aceptadas por el Tribunal y cuya exhibición (en una versión no expurgada) tuvo que ser ordenada por el Tribunal durante la Audiencia¹⁶¹⁴. Al analizar la negativa de SAS a comunicar documentos cuya exhibición había ordenado el Tribunal, éste deberá observar lo dispuesto en la Directriz 14 de las Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional¹⁶¹⁵ y que estas Directrices recomiendan al Tribunal “*considerar la conducta indebida al momento de distribuir los costos del arbitraje*”¹⁶¹⁶.
915. Asimismo, la Demandada mantiene que no ha habido dilación en la tramitación del procedimiento a la luz del tiempo transcurrido entre la Orden Procesal N.º 1 y la Audiencia (dos años y dos meses), en particular teniendo en cuenta la complejidad del caso y que todas las cuestiones de admisibilidad, jurisdicción, fondo y quantum se han tratado conjuntamente¹⁶¹⁷. La Demandada afirma que las prórrogas que le otorgó el Tribunal le fueron concedidas porque estaban justificadas¹⁶¹⁸, y destaca que la Demandante también solicitó prórrogas que fueron parcialmente rechazadas¹⁶¹⁹. La Demandada añade que las prórrogas no concedidas a Bolivia no tienen impacto en los tiempos y los costos¹⁶²⁰, y que las que sí le fueron otorgadas no habrían incrementado los costos de SAS (quien no trabaja en el caso mientras Bolivia prepara un escrito) y algunas de éstas se debieron a la conducta de la propia SAS¹⁶²¹.
916. Por último, la Demandada afirma que los gastos de SAS son injustificados y generan serias dudas sobre su razonabilidad¹⁶²². La Demandada señala, en primer lugar, que considera que el monto de las costas reclamadas por la Demandante no es razonable puesto que es un 40% superior al de Bolivia (sin considerar, en este cálculo, el monto del honorario de resultado que alega haber

¹⁶¹³ Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 28.

¹⁶¹⁴ Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 29.

¹⁶¹⁵ Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional, Directriz N.º 14, “*Un Representante de Parte debe explicar a la Parte a la que él o ella representa, la necesidad de exhibir, así como las posibles consecuencias en caso de no hacerlo, cualquier Documento que la Parte o Partes se hayan comprometido a exhibir; o les haya sido ordenado exhibir*”.

¹⁶¹⁶ Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 29; Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional, Directriz N.º 26.

¹⁶¹⁷ Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 36.

¹⁶¹⁸ Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, párrs. 34-35.

¹⁶¹⁹ Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 33; Orden Procesal N.º 5, párr. 5.

¹⁶²⁰ Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 33.

¹⁶²¹ Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 38.

¹⁶²² Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, sección 4.

ofrecido SAS a sus abogados) y, según la Demandada, no hay razones objetivas que justifiquen esta diferencia, como podría ser una diferencia sustantiva en el número de escritos, testigos o expertos, o una multiplicidad de partes del lado demandante¹⁶²³. En segundo lugar, la Demandada alega que la falta de discriminación y detalle de las costas de SAS genera dudas sobre su exactitud¹⁶²⁴.

917. En este sentido, la Demandada destaca dos cuestiones: (i) una diferencia (aunque reconoce que es mínima¹⁶²⁵) en el monto correspondiente a los depósitos pagados a la CPA, que no se justifica en vista de que ambas Partes pagaron los mismos anticipos en concepto de depósito¹⁶²⁶; (ii) el rubro referente a los honorarios y gastos de SAS no desglosa la cuantía en estos dos conceptos¹⁶²⁷.
918. En relación con esta segunda cuestión, la Demandada mantiene, en primer lugar, que las costas de la Demandante ponen de manifiesto que algunos de los testigos de SAS han estado recibiendo un salario de SASC por el simple hecho de ser testigos en este arbitraje, lo que genera serias dudas sobre su credibilidad¹⁶²⁸. La Demandada afirma que suponiendo que los US\$4.631 del señor Dreisinger (la partida más baja dentro de este rubro) corresponden exclusivamente a gastos, y suponiendo que los gastos de otros testigos fueran similares, el resto (cuantías superiores a US\$20.000) habría sido pagado como “honorario” a cambio de la presentación de testimonios¹⁶²⁹. La Demandada mantiene que estos honorarios no parecen responder a la “*compensación razonable por la pérdida de tiempo incurrida por un Testigo al testificar o durante su preparación para testificar*” permitida por la Directriz 25 de las Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional y confirma la falta de credibilidad de los testigos de SAS¹⁶³⁰.
919. La Demandada solicita al Tribunal que condene a la Demandante a reembolsarle la integralidad de las costas incurridas en este arbitraje¹⁶³¹.

¹⁶²³ Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, párrs. 3, 40.

¹⁶²⁴ Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 41.

¹⁶²⁵ US\$ 1.991,80.

¹⁶²⁶ Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 41.

¹⁶²⁷ Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 42.

¹⁶²⁸ Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 42. Véase también Transcripción de la Audiencia, Día 2, 489:20-22 (español), en relación con el señor Angulo y Transcripción de la Audiencia, Día 3, 556:12-23 (español), en relación con el señor Gonzales Yutronic.

¹⁶²⁹ Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, párrs. 43-44.

¹⁶³⁰ Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 44.

¹⁶³¹ Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 45.

C. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

920. Ambas Partes solicitan al Tribunal que condene a la otra Parte al reembolso de la totalidad de las costas incurridas en el presente arbitraje¹⁶³².
921. De acuerdo con el artículo 40 del Reglamento CNUDMI, “*el tribunal arbitral fijará las costas del arbitraje en el laudo final y, si lo considera adecuado, en cualquier otra decisión*”. Por su parte, el artículo 42.1 establece que “[l]as costas del arbitraje serán a cargo de la parte vencida o las partes vencidas. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear cada uno de los elementos de estas costas entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.”
922. Con base en las anteriores disposiciones, el Tribunal pasará a (i) fijar las costas del arbitraje y (ii) asignar las costas y demás gastos reembolsables conforme al Reglamento CNUDMI.
923. La Demandante ha realizado anticipos para sufragar las costas del arbitraje por US\$701.500¹⁶³³ y la Demandada por US\$700.000¹⁶³⁴, para un total de US\$1.401.500 por concepto de anticipos.
924. Las tarifas horarias de los miembros del Tribunal fueron establecidas en los párrafos 12.1 y 12.2 del Acta de Constitución fechada el 4 de marzo de 2014. Con base en la tarifa establecida, los honorarios del Tribunal ascienden a US\$891.700¹⁶³⁵.
925. Asimismo, en el párrafo 12.3 del Acta de Constitución se estableció que los miembros del Tribunal serían reembolsados por todos los gastos razonables en que incurran en relación con el arbitraje. Los gastos razonables del Tribunal, incurridos en relación con el presente arbitraje ascienden a US\$25.023,30.
926. La CPA ha cobrado la suma de US\$167.362,49 por la administración del caso y sus servicios de registro. Otros costos de la CPA ascienden a US\$17.414,21, por lo que el total de los costos de la CPA equivalen a US\$184.776,70.
927. En consecuencia, la totalidad de las costas del arbitraje ascienden a un total de US\$1.401.500.
928. Finalmente, los costos de representación legal y asistencia de la Demandante (incluyendo honorarios y gastos de sus apoderados, expertos y testigos, y otros costos y gastos) ascienden a

¹⁶³² Véase Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 1; Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, párr. 45.

¹⁶³³ Escrito sobre Costas de la Demandante, pág. 11.

¹⁶³⁴ Escrito sobre Costa de la Demandada, pág. 2.

¹⁶³⁵ Los honorarios de cada miembro del Tribunal son los siguientes: (i) Prof. Francisco Orrego Vicuña: US\$192.026,96; (ii) Sr. Osvaldo César Guglielmino: US\$301.505,93, (iii) Dr. Eduardo Zuleta Jaramillo: US\$398.167,11.

US\$6.043.453,79¹⁶³⁶. Por su parte, los costos de representación legal y asistencia de la Demandada (incluyendo honorarios de sus apoderados y expertos, y gastos administrativos) equivalen a US\$4,164,784.34¹⁶³⁷.

929. Ahora bien, el artículo 42.1 del Reglamento CNUDMI antes citado establece que “[I]as costas del arbitraje serán a cargo de la parte vencida”. Sin embargo, por disposición del mismo artículo, el Tribunal podrá apartarse de la regla general y “*prorratear cada uno de los elementos de estas costas entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.*”
930. Ambas Partes parecen entender que la asignación de las costas no sólo depende del resultado del caso, sino también de la conducta desplegada por las Partes en el arbitraje¹⁶³⁸. Con base en las disposiciones aplicables y teniendo en cuenta las consideraciones expuestas por las Partes, el Tribunal procederá a asignar las costas y demás gastos reembolsables del arbitraje teniendo en cuenta el éxito relativo de los reclamos y defensas de las Partes, así como su conducta procesal y las demás circunstancias del caso.
931. Respecto del resultado del caso, el Tribunal observa que la Demandada presentó sendas objeciones a la jurisdicción del Tribunal y a la admisibilidad de los reclamos de la Demandante que fueron rechazadas por el Tribunal en su totalidad. Por lo tanto, se podría considerar que en lo relativo a la jurisdicción y admisibilidad, la Demandada resultó vencida.
932. En cuanto al fondo, la Demandante alegó que Bolivia había incumplido sus obligaciones bajo los artículos 2, 3 y 5 del Tratado y reclamó una indemnización por una suma superior a US\$300 millones más intereses. El Tribunal encontró que la Reversión constituye una expropiación directa bajo el Tratado que no cumplió con el requisito de pago de una compensación. Asimismo, el Tribunal desestimó las defensas de la Demandada basadas en el ejercicio de los poderes de policía y el estado de necesidad. Por otra parte, el Tribunal no encontró probadas las demás violaciones del Tratado alegadas por la Demandante.
933. En relación con la compensación, el Tribunal encontró que su monto equivalía a los costos invertidos en el Proyecto, más intereses compuestos a la tasa de interés la certificada por el Banco Central de Bolivia para préstamos comerciales en dólares. Esta suma dista del monto reclamado por la Demandante a título de indemnización, monto que no fue probado en el arbitraje. Con base

¹⁶³⁶ Véase Escrito sobre Costas de la Demandante, pág. 11.

¹⁶³⁷ Véase Escrito sobre Costas de la Demandada, págs. 2-3.

¹⁶³⁸ Véase Escrito sobre Costa de la Demandante, párr. 1; Comentarios de Bolivia al Escrito sobre Costas de la Demandante, párrs. 10-12.

en lo anterior no es posible considerar que la Demandada hubiese sido vencida en relación con el fondo y la compensación.

934. Ahora bien, ambas Partes acusan a la otra de haber incurrido en conductas procesales que generaron retrasos y mayores costos en el proceso. El Tribunal no considera útil referirse a cada una de las alegadas instancias de conducta indebida de las Partes; sin embargo, observa que, en ocasiones, tanto la Demandante como la Demandada incurrieron en conductas que no contribuyeron a la conducción eficiente del arbitraje. De hecho, el arbitraje tiene un número inusual de órdenes procesales resolviendo cuestiones planteadas, muchas por fuera de los calendarios procesales y sin alertar al Tribunal, por ambas Partes en materia de pruebas, manejo de información confidencial e incidentes procesales. Dado que ambas Partes incurrieron en tales conductas, el Tribunal no asignará un peso específico a este factor al asignar las costas ni impondrá a una Parte la obligación de reembolsar total o parcialmente los honorarios de la otra.
935. Finalmente, el Tribunal no encuentra razones para ordenar el pago de intereses sobre las costas del arbitraje.
936. Con base en las anteriores consideraciones, el Tribunal resuelve que:
- (a) La Demandante asumirá el 65% del monto de las costas del arbitraje señalado en el párrafo 927 de este laudo y la Demandada asumirá el 35% restante, y
 - (b) Cada Parte asumirá sus propios costos y gastos de representación en el arbitraje, incluyendo los honorarios y gastos de sus apoderados, peritos y testigos, y demás costos y gastos incurridos en relación con el arbitraje.
937. La anterior decisión quedará reflejada en la parte resolutive del presente laudo.

X DECISIÓN

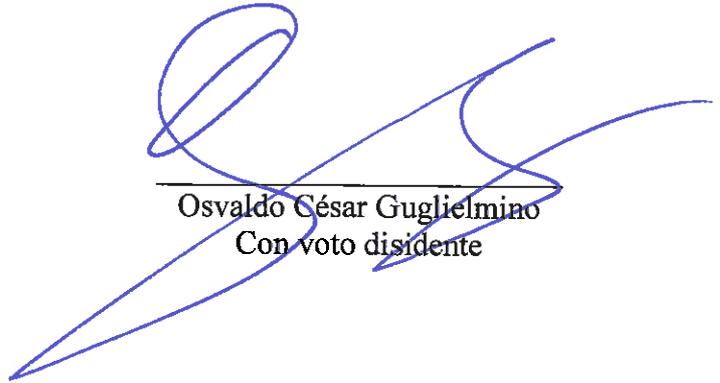
938. Por las razones expuestas, el Tribunal, por mayoría, resuelve:

- (a) Desestimar todas las objeciones por parte de la Demandada a la jurisdicción del Tribunal y a la admisibilidad de los reclamos de la Demandante, y declarar que tiene competencia sobre la controversia.
- (b) Declarar que la Demandada incumplió con el requisito de pago de la compensación establecido en el artículo 5 del Tratado.
- (c) Declarar que la Demandada no violó su obligación de otorgar un trato justo y equitativo a la inversión.
- (d) Declarar que la Demandada no violó su obligación de brindar plena protección y seguridad a la inversión.
- (e) Declarar que la Demandada no violó su obligación de no adoptar medidas arbitrarias y discriminatorias que obstaculicen el uso y disfrute de la inversión.
- (f) Declarar que la Demandada no violó su obligación de no proveer un trato menos favorable a las inversiones de SAS que a las de sus propios inversionistas.
- (g) Ordenar que la Demandada pague a la Demandante la suma de US\$18.7 millones a título de compensación.
- (h) Ordenar que la Demandada pague a la Demandante intereses compuestos sobre la suma establecida en el literal (g) anterior a la tasa de interés señalada por el Banco Central de Bolivia desde el 1 de agosto de 2012 hasta la fecha en que sea pagada la compensación.
- (i) Ordenar que la Demandante asuma el 65% del monto de las costas del arbitraje señalado en el párrafo 927 de este laudo y la Demandada el 35% restante.
- (j) Ordenar que cada Parte asuma sus propios costos y gastos de representación en el arbitraje, incluyendo los honorarios y gastos de sus apoderados, peritos y testigos, y demás costos y gastos incurridos en relación con el arbitraje.

Suscrito en La Haya, el 30 de agosto de 2018.



Francisco Orrego Vicuña
Con voto concurrente



Osvaldo César Guglielmino
Con voto disidente



Eduardo Zuleta Jaramillo
Árbitro presidente

CPA Caso N° 2013-15

**EN EL CASO DE UN ARBITRAJE DE CONFORMIDAD CON EL 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,
DE FECHA 24 DE MAYO DE 1988**

- y -

EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA CNUDMI (REVISADO EN 2010)

- entre -

SOUTH AMERICAN SILVER LIMITED (BERMUDAS)

(la “Demandante”)

- y -

EL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

(la “Demandada”, y conjuntamente con la Demandante, las “Partes”)

OPINIÓN SEPARADA DEL PROF. FRANCISCO ORREGO VICUÑA

Tribunal

Dr. Eduardo Zuleta Jaramillo (Árbitro Presidente)
Prof. Francisco Orrego Vicuña
Sr. Osvaldo César Guglielmino

Opinión separada del árbitro Orrego Vicuña

Esta opinión desea expresar en primer lugar su admiración por la manera eficaz y detallada con la que el Presidente del Tribunal ha analizado un importante problema de suyo complejo. La opinión de este árbitro es en gran medida concurrente con la del Presidente, particularmente en materia de jurisdicción y admisibilidad. Hay, sin embargo, aspectos en que no me resulta posible concurrir y respecto de los cuales debo expresar mis discrepancias.

Hay en primer lugar un aspecto que se relaciona con la evaluación de los hechos. Sin lugar a dudas estos hechos son en cierta medida confusos y difíciles de apreciar, pero aun así el suscrito habría llegado a una conclusión diferente. El Laudo en buena medida descansa en la premisa de que las turbulencias sociales en la zona del proyecto se originan en la conducta de la parte Demandante, asignándose a la Demandada una responsabilidad menor. Hubo sin duda falencias en la política de la Demandante en su relacionamiento con las comunidades originarias, que se procuraron corregir a lo largo del tiempo, pero no podría prescindirse del hecho de que el Estado es en definitiva el responsable de la mantención del orden público, máxime cuando fundamenta en buena parte sus argumentos en el ejercicio del derecho de policía, mantención que fue escasa y en numerosas ocasiones insuficiente.

Los conflictos locales condujeron a la reversión del dominio originario del Estado respecto de las autorizaciones mineras otorgadas al inversionista, tras lo cual COMIBOL fue puesta a cargo del proyecto. Sin embargo, el interés del Estado en intervenir y finalmente revertir ese dominio parece manifiesto desde etapas anteriores al malestar social señalado. Existe así una seria discrepancia entre la proporcionalidad de la situación local y las determinaciones de política nacional.

No obstante que el Artículo 5 del Tratado no prevé la proporcionalidad como una garantía principal de la inversión, no tiene el suscrito dudas acerca del hecho de que no puede invocarse una interpretación literal que contraríe el espíritu de la norma, siendo esa proporcionalidad un elemento implícito de varias de las dificultades que habrían de continuar y de los daños reclamados. No pareciera que esos elementos son compatibles con la interpretación sistémica invocada por la Demandada prevista en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, razón por la cual el Laudo correctamente no la acoge. Tampoco la doctrina del “clean hands” es un principio del derecho internacional, elemento que tampoco ha sido demostrado en este caso y que el Tribunal también desecha.

Las discrepancias principales del suscrito se relacionan con las conclusiones relativas a la expropiación, pues en su opinión las causales de expropiación son considerablemente más amplias que el hecho de que no se haya pagado compensación alguna al inversionista afectado. Esa es sin duda una causal de primera importancia, pero examinado el Artículo 5 en su conjunto se puede apreciar que hay varios otros elementos constitutivos de la garantía que resultan contradichos por la reversión efectuada. En efecto el referido Artículo prevé, además, la garantía de la utilidad pública de la reversión, su beneficio social y el debido proceso, todo lo cual es inseparable de la legalidad de la expropiación.

Desde luego, la exigencia de la utilidad pública como requisito de la legalidad de la expropiación no puede considerarse como debidamente satisfecha. No parece posible considerar que la utilidad pública se satisface con medidas que tienen un alcance más bien local, debiendo entenderse como una materia de interés para la comunidad nacional en su conjunto, lo que no se ha demostrado por la Demandada. Más bien por el contrario, las insatisfacciones de las comunidades indígenas en muchos lugares de Bolivia, incluyendo el recurso a la violencia, no ha cesado de manifestarse, con lo cual la utilidad pública de la reversión más pareciera una excusa para justificar la expropiación que una medida de alcance nacional. Tampoco el beneficio social

de la expropiación puede considerarse satisfactorio para las comunidades indígenas de la zona del proyecto, cuya condición de pobreza y carencia de bienestar parece continuar inalterada. Un estudio actualizado de las condiciones sociales en la zona podría haber contribuido a aclarar las diferentes alegaciones, pero el Tribunal no tiene conocimiento del mismo ni de que este se haya realizado.

Si bien autoridades públicas, principalmente locales, buscaron ocasionalmente un diálogo y se procuró alcanzar un acuerdo con las comunidades, nada de ello fructificó. Por esta razón no resultaba equivocada la invocación de medidas alternativas, que tampoco prosperaron, sin que pueda culparse de todo ello a la Demandante pues, como se ha señalado anteriormente, también la responsabilidad del Estado como garante del orden público no puede minimizarse. Por ello, el Tribunal ha concluido correctamente que no puede invocarse en este caso el Estado de Necesidad por la Demandada ni la salvaguarda de los derechos de policía. El eventual recurso a medidas alternativas en cuyo contexto la proporcionalidad y razonabilidad podría haberse asegurado, fue debidamente analizado por el Tribunal, pero subsistió a este respecto una diferencia de criterios.

Tampoco reconoce el Laudo otros aspectos cruciales de una expropiación legítima, entre ellos la existencia de un debido proceso que en definitiva se reduce a un eventual derecho para reclamar un monto determinado, pero sin que se reconozca la posibilidad de participar en la toma de la decisión expropiatoria. En un caso en que se han efectuado supuestas políticas de acercamiento entre las partes, en definitiva se procede sin tener en cuenta las opiniones de la Demandante respecto de la conclusión de la autoridad pública ni menos se plantea la hipótesis de que el recurso a los tribunales nacionales pudiera resultar limitativo e inconducente. Es así como en definitiva el cumplimiento del debido proceso es más bien simbólico pero no susceptible de resultados independientes.

Otro tanto ocurre con el estándar del Trato Justo y Equitativo y su relación con las expectativas legítimas del inversionista, materia en la cual el Laudo reprocha algunas conductas de la Demandada pero no una violación del Tratado. Este Trato es un factor tan esencial del proceso de la privación de derechos que en muchas ocasiones se ha entendido como una alternativa respecto de la expropiación, pero cuyos resultados no necesariamente son diferentes en cuanto a las indemnizaciones que procedan. En este sentido el Laudo prescinde de conductas que puedan considerarse irreconciliables con el debido trato, particularmente en cuanto a su transparencia y consistencia.

Igualmente cuestionables son otros aspectos en que el Laudo no acepta alegaciones respecto de la garantía de la plena seguridad y protección, siendo este uno de aquellos casos en que la seguridad personal de funcionarios de la compañía inversionista se ha visto violentada, y que unido a los factores anteriormente examinados puede llegar a constituir una ausencia de protección legal a la propia inversión efectuada. Igualmente rechaza el Laudo la eventual existencia de medidas irrazonables o discriminatorias o la posibilidad de que se haya incurrido en una violación del estándar del trato nacional.

De todas las limitaciones anteriormente expuestas es que los criterios relativos a una reparación plena, o incluso del valor justo de mercado conforme lo señala el Tratado, difícilmente podían ser acogidos por el Laudo, que se limita entonces a los costos de inversión como criterio y método de indemnización, sin tampoco tomar en cuenta costos generales y administrativos. La expropiación que tuvo lugar se compensa así de una manera muy limitada pues no tiene en cuenta los elementos relativos a la valoración de la inversión como proyecto o de los recursos minerales involucrados. Difícil como es llegar a una estimación de una indemnización completa a la luz de los hechos del caso en controversia y del estado de desarrollo del proyecto, ello permitiría de todos modos una aproximación razonable, sobre todo si se toman en consideración otras

violaciones del Tratado que el suscrito considera pertinentes como fuentes de la responsabilidad de la Demandada.

Acertadamente, sin embargo, el Laudo no acepta reducir el valor de la indemnización por el valor de la información confidencial que el inversionista retiene para sí, como tampoco acepta atenerse únicamente a los costos de exploración no obstante las pretensiones de la Demandada a este respecto. Igualmente adecuado es que se aplique la tasa de interés fijada por el Banco Central de Bolivia y que ese interés se calcule de manera compuesta.

El resultado final del Laudo llevaría a fijar una indemnización por el monto de US\$ 18.7 millones en circunstancias que el rango de los montos en discusión alcanzaba, en la opinión de los expertos de la Demandante, de US\$ 195,9 millones hasta US\$ 922,2 millones. Por su parte, los costos de inversión, incluyendo gastos generales y administrativos, sumaban US\$ 31.6 millones en la estimación de la parte Demandante. El valor del proyecto, en la apreciación de la Demandada, oscilaba entre US\$ 35.2 y US\$ 48.7. Cabe también observar que la evaluación de los gastos efectuados, en la apreciación de la Agencia Quality, auditoría y contadores públicos, contratada por la Demandada como valuador independiente, fueron de US\$ 17.047.190, cifra comparable con el monto de la indemnización fijada por el Laudo. Es importante señalar, sin embargo, que no se aceptó rebajar el monto de la indemnización en el valor de la información confidencial retenida por la Demandante, como apropiadamente observa el Laudo.

La apreciación de conjunto del razonamiento del Laudo permite observar que en algunas materias se siguen enfoques que este árbitro considera razonables, en tanto que en otros aspectos hay una tendencia a la minimización. Ello es particularmente evidente en el hecho de que se asigna una alta cuota de responsabilidad a la Demandante y una participación muy menor de la Demandada en los eventos controvertidos. Ello se traduce, en primer lugar, en que las exigencias del Tratado y la costumbre internacional para los efectos de evaluar la legitimidad de la expropiación, incluyendo los demás estándares del Tratado que acompañan ese proceso, no se tomen debidamente en consideración. Ello, a su vez, lleva a la fijación de una indemnización que cabe considerar muy por debajo de lo que sugiere la información disponible y los propios informes de expertos y valuadores. Este árbitro no comparte estos resultados.

Debe también destacarse que los miembros del Tribunal llevaron a cabo largas e intensas deliberaciones, tanto en forma presencial como mediante conferencias telefónicas y correos electrónicos, que permitieron llegar a consensos sobre importantes materias de que trata el Laudo. Desafortunadamente, sin embargo, no pudo llegarse en definitiva a una opinión unánime. Las discrepancias que suscita al suscrito la lectura detallada de este Laudo son lo suficientemente serias como para justificar una opinión disidente. Esas discrepancias ya han sido expuestas en los párrafos anteriores. No obstante ello, el árbitro que suscribe ha tomado la decisión de dar su voto concurrente a la dictación del Laudo. No es esta la primera vez que un Tribunal se ve enfrentado a la disyuntiva de que no haya mayoría para la aprobación de su decisión, pero en tales casos el Tribunal es en verdad prisionero de las normas UNCITRAL que rigen su actuación, que exigen tal mayoría en toda circunstancia. La consecuencia es que pudiera no lograrse esa mayoría, habida cuenta del hecho de que un árbitro ya ha manifestado su oposición a este Laudo. En ausencia de esa mayoría el Laudo permanecería en un estado de suspensión o hibernación, sin que en los términos de las reglas de UNCITRAL el Presidente pueda decidir en ausencia de mayoría.

El problema fue bien expuesto por el árbitro Howard M. Holtzmann, quien en más de una oportunidad se vio enfrentado a esta situación. En particular en el caso *Economy Forms Corp. c. Iran*, (*Economy Forms Corp. v. Islamic Republic of Iran*, Iran-United States Claims Tribunal, 1983, Concurring Opinion of Howard M. Holtzmann, Iran-United States Claims Tribunal Reports, 1984, at 55) sostuvo el árbitro señalado una posición con la que el árbitro suscrito

concuera plenamente. Concluyó en aquella oportunidad en una Opinión Concurrente, en la que señala:

“Concurro en el Fallo en este caso...¿Porque lo hago no obstante considerarlo inadecuado en vez de disentir del mismo? La respuesta se encuentra en el antiguo dicho de que “algo es mejor que nada”...En un Tribunal compuesto por tres miembros una mayoría de dos miembros debe concurrir o, de lo contrario, no podrá lograrse un Laudo. En vista de una disidencia por uno de los miembros me veo enfrentado a la opción de ya sea unirme a la aprobación del Laudo o aceptar la consecuencia de una postergación indefinida de todo Laudo en este caso...en la que los árbitros deben continuar sus deliberaciones hasta que se alcance una mayoría...Las deliberaciones en este caso se han prolongado en demasía. Ni las Partes ni el Tribunal, en mi opinión, se beneficiarían con prolongaciones adicionales”.

El árbitro Richard M. Mosk llegó a una conclusión similar en el caso *Granite State Machine Co. Inc c. The Islamic Republic of Iran* (*Granite State Machine Co. Inc. v. Islamic Republic of Iran*, Concurring Opinion of Richard M. Mosk, 1983, at 8, Iran-United States Claims Tribunal Reports, Vol 1, 1983, at 442). También fue esta nuevamente la opinión del árbitro Holtzmann en el caso *Starrett Housing Corp. v. Islamic Republic of Iran*, 1987, Concurring Opinion of Judge Holtzmann, Reports, Vol. 16 at 238).

El importante análisis de la práctica y la doctrina que ha acompañado estos y otros casos muestra las complejidades del tema así como las soluciones que se han dado en la práctica, con particular referencia a la manera de formar una mayoría para la aprobación de una sentencia (David D. Caron y Lee M. Caplan: *The UNCITRAL Arbitration Rules. A Commentary*, 2nd edition, 2013, Oxford University Press, 2015 y M. Pellonpää, “The Process of Decision-Making,” in D Caron and J Crook (eds), *The Iran-United States Claims Tribunal and the Process of International Claims Resolution* (2000) 238).

Habida cuenta de esta realidad el árbitro suscrito se une al Laudo preparado por el Presidente del Tribunal, dejando constancia de las discrepancias que se han explicado.

CPA Caso N° 2013-15

**EN EL CASO DE UN ARBITRAJE DE CONFORMIDAD CON EL 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, DE FECHA
24 DE MAYO DE 1988**

- y -

EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA CNUDMI (REVISADO EN 2010)

- entre -

SOUTH AMERICAN SILVER LIMITED (BERMUDAS)

(la “Demandante”)

- y -

EL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

(la “Demandada”, y conjuntamente con la Demandante, las “Partes”)

VOTO EN DISIDENCIA DEL SR. OSVALDO CÉSAR GUGLIELMINO

Tribunal

Dr. Eduardo Zuleta Jaramillo (Árbitro Presidente)
Prof. Francisco Orrego Vicuña
Sr. Osvaldo César Guglielmino

ÍNDICE

I. Resumen	4
II. ¿Tiene Jurisdicción el Tribunal para Resolver esta Disputa?	5
A. ¿Hizo SAS una inversión protegida por el Tratado?	5
1. La disputa jurisdiccional entre las Partes respecto de la existencia de una inversión de SAS	5
2. ¿Existen pruebas de un involucramiento activo de SAS con la alegada inversión?	7
3. La existencia de pruebas de un involucramiento activo de una empresa distinta de la Demandante con la alegada inversión	13
4. ¿Hizo SAS una inversión en los términos del Tratado entre Bolivia y el Reino Unido?	26
a. Los términos del Tratado	27
b. El contexto de los términos del Tratado	30
c. El objeto y fin del Tratado	38
d. La falta de acuerdo entre las Partes sobre la existencia de una inversión protegida	41
e. Otras autoridades legales citadas por SAS y por mis colegas para la interpretación del Tratado en materia de jurisdicción	42
5. ¿Protege el Tratado las inversiones indirectas?	50
a. La interpretación del Tratado en materia de protección de inversiones indirectas de acuerdo con los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena	50
b. Las autoridades legales invocadas por la mayoría en relación la protección de las inversiones indirectas	59
c. El Artículo 5.2 del Tratado	64
B. Conclusión	66
III. Consideraciones Adicionales	66
A. Sobre la licitud o ilicitud de la expropiación	66
B. Sobre la tasa de interés aplicable	83
IV. Costos	90

Voto de Osvaldo César Guglielmino

1. A pesar de los mejores esfuerzos realizados para llegar a un acuerdo unánime en la decisión del caso, me veo forzado a expresar mi voto en disidencia con el voto de la mayoría.
2. Por lo que se verá más adelante, siguiendo el único método admisible para la confección de un laudo –esto es, el análisis minucioso de todos los elementos con que los árbitros contamos para decidir– no es posible, objetivamente, acompañar el voto de la mayoría, puesto que desconsidera o aplica de manera equivocada documentos, normas y laudos en apoyo de argumentos que quedan, así, carentes de sustento.
3. Mi disenso no es de criterio. Son los hechos los que conducen a un resultado diferente del que proponen mis colegas.
4. Expongo, a continuación, las razones por las que considero que, aplicando a la resolución de esta disputa el derecho aplicable, la única conclusión posible es que este Tribunal carece de jurisdicción.
5. Expondré mis razones de acuerdo con la siguiente estructura. En Sección I resumiré mi opinión. En la Sección II.A.1 formularé algunas precisiones sobre el alcance de la disputa jurisdiccional entre las Partes. En la Sección II.A.2 analizaré si existen pruebas de un involucramiento activo de la Demandante con su alegada inversión. En la Sección II.A.3 analizaré si existen pruebas de un involucramiento activo de alguna compañía diferente de la Demandante con la alegada inversión. Una vez que los hechos probados por los materiales de prueba del expediente estén establecidos, procederé, en la Sección II.A.4, a analizar si, sobre la base de esos hechos, es posible afirmar que la Demandante hizo una inversión en los términos del Tratado entre Bolivia y el Reino Unido. Luego, en la Sección II.A.5 analizaré si el Tratado protege las inversiones indirectas. Finalmente, en la Sección II.B expresaré la conclusión a la que me ha conducido el análisis de los hechos probados y del derecho aplicable.
6. En la Sección III formularé algunas consideraciones adicionales. En la Sección III.A consideraré si Bolivia violó el requisito de compensación por expropiación bajo el Tratado. En la Sección III.B analizaré cuál debería ser la tasa de interés aplicable a cualquier eventual compensación en este caso.
7. En la Sección IV me pronunciaré respecto de los costos.

I. Resumen

8. El Tratado de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre Bolivia y el Reino Unido (“el Tratado”) exige algún tipo de involucramiento activo del alegado inversor con la inversión para que pueda considerarse que el alegado inversor hizo una inversión protegida por el Tratado.¹
9. No existe ningún rastro en el expediente de este arbitraje que demuestre involucramiento alguno de la Demandante, South American Silver Limited (“SAS”), con la alegada inversión. La Demandante, SAS, no hizo una inversión protegida bajo el Tratado.²
10. Los documentos que integran el expediente demuestran un involucramiento activo de una empresa distinta de la Demandante con la alegada inversión. Esa empresa es South American Silver Corporation (“SASC”), de nacionalidad canadiense. Canadá no tiene un TBI con Bolivia.³
11. Considerar que el mero traspaso de la tenencia de acciones a una empresa subsidiaria de papel basta para crear un inversor protegido por el Tratado es socavar el texto, el contexto y el objeto y fin del Tratado.⁴
12. Aun si se asumiera que SAS realizó una inversión en Bolivia, esa inversión no estaría alcanzada por el Tratado porque el Tratado no protege las inversiones indirectas.⁵
13. Antes de que un tribunal arbitral internacional pueda ingresar a decidir sobre el mérito de una disputa, es imprescindible que se asegure de que las Partes han consentido la competencia del tribunal para hacerlo. El consentimiento es un pilar esencial del derecho internacional en general, y del arbitraje internacional en particular. Ése es un límite sagrado para cualquier tribunal. Desafortunadamente, la mayoría lo sobrepasó.
14. En la medida en que considero que el Tribunal no tiene jurisdicción para resolver esta disputa, no es necesario que ingrese a analizar las cuestiones de mérito y daños. Sin embargo, me refiero a dos aspectos de la decisión de la mayoría sobre dichas cuestiones: la licitud de la expropiación bajo el Artículo 5 del Tratado y la tasa de interés aplicable al eventual monto compensatorio.

¹ Ver *infra*, ¶¶76-136.

² Ver *infra*, ¶¶18-42.

³ Ver *infra*, ¶¶43-75.

⁴ Ver *infra*, ¶¶79-120.

⁵ Ver *infra*, ¶¶137-80.

Considero que Bolivia no realizó una expropiación ilícita bajo el Tratado⁶ y que la tasa de interés aplicable debe ser la tasa simple calculada por Bolivia en base a la emisión de bonos soberanos efectuada por Bolivia en octubre de 2012.⁷

II. ¿Tiene Jurisdicción el Tribunal para Resolver esta Disputa?

A. ¿Hizo SAS una inversión protegida por el Tratado?

1. La disputa jurisdiccional entre las Partes respecto de la existencia de una inversión de SAS

15. Para comenzar, es importante definir debidamente cuál es la disputa jurisdiccional entre las Partes en relación con la existencia de una inversión de SAS. Bolivia afirma que SAS no ha realizado ninguna inversión y que, si se hubiera hecho una inversión, la habría realizado SASC (que es una compañía canadiense) y no SAS (que es una compañía de Bermudas, territorio al que se extendió el alcance del Tratado), por lo que el Tribunal no tiene jurisdicción bajo el Tratado celebrado entre el Reino Unido y Bolivia.⁸ Tal como se señala en el voto de la mayoría,⁹ Bolivia sostiene que, para que exista una inversión, es necesario que el alegado inversor haya participado activamente en la realización de la inversión en el Estado receptor. Bolivia sostuvo que el argumento según el cual el TBI no protege a quien –como SAS, según Bolivia– no ha realizado una inversión era su “argumento principal”.¹⁰
16. El planteo de Bolivia sobre la inexistencia de una inversión de SAS fue formulado y discutido por las Partes con independencia de la referencia al “test de Salini”.¹¹ Los argumentos sobre

⁶ Ver *infra*, ¶¶184-235.

⁷ Ver *infra*, ¶¶236-69.

⁸ Ver, por ejemplo, Memorial de Contestación, ¶¶222-267, Memorial de Dúplica, ¶¶264-275, Escrito Posterior a la Audiencia, ¶¶10-18.

⁹ Voto de la Mayoría, ¶336.

¹⁰ En el Memorial de Dúplica, ¶264, Bolivia afirma que “SAS sostiene que ‘*whether South American Silver is the ultimate owner of the shares in CMMK and of the ten Mining Concessions is entirely irrelevant for purposes of the Tribunal’s jurisdiction*’ porque ‘*[t]he Treaty protects such indirect owners even if they are not the ultimate owners of the investments [...]*’. Esto, sin embargo, no responde al argumento principal de Bolivia consistente en que el Tratado protege únicamente a quienes realizaron una inversión” (énfasis añadido).

¹¹ Al respecto ver, por ejemplo, el Memorial de Dúplica, ¶265: “El artículo 8(1) del Tratado atribuye jurisdicción únicamente a inversiones “*de una sociedad de una Parte Contratante*”. Sin embargo, para que un activo constituya una inversión de una compañía, dicha compañía debe tener un vínculo objetivo con ese activo: debe haber participado activamente en la realización de la inversión en el Estado receptor. En el mismo sentido puede verse también el Escrito Posterior a la Audiencia de Bolivia, ¶17: “Consciente de su débil posición jurisdiccional, SAS se limita a afirmar que “*the definition of ‘investment’ should be the one contained in the BIT*” y no una visión objetiva como la que propone Bolivia, que correspondería tan solo a arbitrajes CIADI [D1:P259:L6-10]. Sin embargo, es precisamente al analizar el texto de tratados de

jurisdicción, incluyendo la referencia al “test de Salini”, formulados por Bolivia en el Memorial de Dúplica de Bolivia (que la mayoría denomina “Dúplica”¹² y que abarca argumentos tanto de jurisdicción como de mérito) fueron contestados por SAS con su Dúplica sobre Jurisdicción,¹³ para la presentación de la cual este Tribunal concedió una prórroga a la Demandante en la Orden Procesal Nro. 15.¹⁴

17. Comparto con el voto de la mayoría que: “[E]s respecto de SAS de quien debe predicarse la existencia o no de una inversión para efectos de la jurisdicción del Tribunal.”¹⁵ Esto es obvio puesto que SAS es la Demandante en este arbitraje. SAS es quien alega que Bolivia violó el derecho internacional y le causó un daño que debe ser declarado y cuantificado por este Tribunal y pagado por la Demandada. Sin embargo, la constatación de que mis colegas han suscrito esta afirmación general correcta –“es respecto de SAS de quien debe predicarse la existencia o no de una inversión para efectos de la jurisdicción del Tribunal”– para luego no tener en cuenta los hechos del caso, es lo que me obliga a resaltar este error –que recorre todo el voto de la mayoría, lamentablemente– mostrando, a su vez, los hechos tal cual están acreditados.

protección recíproca de inversiones (similares al Tratado) y *no* el Convenio CIADI que otros tribunales, como el caso *Standard Chartered Bank* presidido por el Prof. “Rusty” Park, han concluido que la expresión “investment of” no significa “the abstract possession of shares in a company that holds title to some piece of property.” Ver también en el Escrito Posterior a la Audiencia de Bolivia, ¶18: “SAS, en suma, no es titular de una inversión bajo el Tratado ya que SASC sería la única que realizó una presunta inversión en Bolivia. Al no poder SASC prevalerse de los derechos otorgados por el Tratado a nacionales bolivianos o del Reino Unido, el Tribunal carece de competencia sobre la presente disputa.” La propia demandante reconoce que el planteo de Bolivia apunta al “involucramiento activo” con la inversión y que ese planteo se apoya en el texto del Tratado: “[W]e will dive into the second jurisdictional requirement, which Bolivia discusses in its Rejoinder, which is that of active involvement. So, according to Bolivia, the terms “investment of the former” in Article 8(1) would mean that there must be an objective link between the Company and the investment and that the Company must have been actively involved in the realization of the investment in the host State.” Tr. Aud., Día 1, 129:9-16 (Alegato de Apertura SAS) (ENG). Asimismo, en los párrafos ¶¶39-47 del Escrito Posterior a la Audiencia de SAS se discute la objeción jurisdiccional de inexistencia de inversión de SAS sin mención al “test de Salini”.

¹² Ver Voto de la Mayoría, ¶345 y ¶346. No debemos perder de vista que la descripción como “Dúplica” de lo que en realidad es un memorial de dúplica sobre el mérito y réplica sobre jurisdicción es una abreviación. Luego del escrito de Dúplica sobre Jurisdicción, las Partes hicieron todavía sus presentaciones sobre jurisdicción oralmente en la audiencia y por escrito en los escritos posteriores a la audiencia (al respecto, ver Escrito Posterior a la Audiencia de Bolivia, ¶¶10-18, y Escrito Posterior a la Audiencia de SAS, ¶¶37-54). Al analizar la excepción jurisdiccional de ausencia de inversión de SAS estamos analizando una defensa que ha sido desarrollada de manera separada y suficiente por cada una de las Partes en sus manifestaciones escritas y orales ante el Tribunal.

¹³ Memorial de Dúplica sobre Jurisdicción, del 2 de mayo de 2016.

¹⁴ Ver Orden Procesal Nro. 15, ¶51. Por cierto, en la misma Orden Procesal Nro. 15 el Tribunal resolvió excluir del expediente los testimonios de Javier Díez de Medina Romero (RWS-5) y Juan Mamani Ortega (RWS-6) que habían sido presentados por la Demandada con su memorial de Dúplica sobre el Fondo y Réplica sobre Jurisdicción, sin haberse declarado inadmisibles ninguno de los argumentos jurisdiccionales de Bolivia relacionados con la ausencia de inversión, exclusión que tampoco fue solicitada en esa oportunidad por SAS.

¹⁵ Voto de la Mayoría, ¶332.

2. ¿Existen pruebas de un involucramiento activo de SAS con la alegada inversión?

18. Establecido lo anterior, voy a emprender un análisis que me permita una conclusión que pueda explicarse con la máxima claridad y sencillez posibles. Se impone una pregunta simple: SAS, que es la Demandante en este arbitraje, ¿realizó una inversión en los términos del Tratado?
19. Para responder a esta pregunta consideraré, primero, la prueba disponible respecto de los actos de la Demandante. Posteriormente –ver *infra*, Secciones II.A.4 y II.A.5– consideraré el encuadre jurídico que corresponde a esos actos.
20. Bolivia ha afirmado que SAS es una compañía de papel o “cáscara” (*shell company*), que no tenía personal ni oficina.¹⁶ La Demandante no ha cuestionado siquiera esto en ninguno de sus escritos ni durante la audiencia. No hay en el expediente prueba que ayude al Tribunal a considerar que SAS no es una compañía de papel, o que tiene empleados, o que su dirección no es exactamente la misma dirección de numerosas otras compañías de papel constituidas en Bermudas. La Demandante ha aceptado que la tenencia de acciones en las compañías que a su vez tenían acciones en la sociedad boliviana involucrada en el Proyecto Malku Khota es todo lo que SAS “hizo” en este caso como inversor.¹⁷
21. He hecho la búsqueda más diligente y paciente que ha estado a mi alcance en el expediente de este caso –conformado por cientos de documentos de prueba presentados por cada una de las Partes– en busca de documentos que prueben la existencia de una inversión de SAS. No los he encontrado. Y la mayoría tampoco.¹⁸
22. En efecto, mis colegas no afirman la existencia de actos de inversión fuera de la tenencia accionaria por parte de SAS,¹⁹ lo que se explica por la ausencia de documentos del expediente que demuestren que tales actos existieron. La constatación de que la mayoría no pretende mostrar forma alguna de involucramiento activo con la inversión alegada por parte de SAS bastaría para detener aquí mis consideraciones sobre este tópico. Sin embargo, en el

¹⁶ Memorial de Dúplica, ¶272. La relevancia de este dato para la determinación de la existencia de una inversión protegida bajo el tratado es desarrollada *infra*, Sección II.A.4.

¹⁷ Ver, por ejemplo, Escrito Posterior a la Audiencia de SAS, ¶40: “[T]he Treaty does not require the claimant to do anything more than it did here, namely acquire 100% of the shares of CMMK, in order for that investment to be protected.”

¹⁸ Por ello, mis colegas se limitan a aceptar jurisdicción considerando que una tenencia accionaria indirecta de SAS en este caso se encuentra probada y es suficiente para acreditar que SAS realizó una inversión protegida por el Tratado.

¹⁹ Ver, por ejemplo, Voto de la Mayoría, ¶340: “[L]a inversión consiste en acciones en una sociedad boliviana —CMMK— y la Demandante detenta el 100% de las acciones de las sociedades intermedias que, a su vez, detentan el 100% de las acciones de CMMK.”

entendimiento de que las pruebas producidas por las Partes deben ser estudiadas con exhaustividad para ofrecer una explicación clara de las respectivas posiciones, destacaré algunos elementos adicionales relevantes.

23. Este caso tiene una peculiaridad notable: la compañía que invoca la protección internacional del Tratado y reclama compensación por daños, es decir, SAS, constituida en Bermudas, no ha presentado balances en este arbitraje. Por el contrario, los únicos balances presentados por la Demandante corresponden a una empresa distinta, SASC, constituida en Canadá, que no está alcanzada por el ámbito de protección del Tratado entre Bolivia y el Reino Unido.
24. La ausencia de balances de SAS es considerada por la propia mayoría al momento de evaluar los daños reclamados por SAS. Así, para rechazar la pretensión de la Demandante de que se le paguen USD 12.5 millones en concepto de gastos administrativos y generales relacionados con el Proyecto, mis colegas afirman que “[N]o se han aportado al expediente estados financieros de SAS, sino estados financieros de su matriz, SASC, y esta última empresa tiene gastos que no solamente están asociados a la operación de CMMK, sino a otros proyectos diferentes”;²⁰ que “[N]o hay prueba de que los gastos administrativos y generales incluidos por FTI en el Apéndice 6 de su Informe tengan una relación de causalidad con el Proyecto.”²¹ y que “[E]n los estados financieros de CMMK no se pueden identificar contablemente los gastos administrativos y generales en que sus accionistas directos o indirectos alegan haber incurrido por su cuenta o en el desarrollo del Proyecto. Dichos estados financieros solamente reflejan cuentas por pagar a SASC por aproximadamente US\$6 millones que están incluidos en los US\$18.7 millones que los expertos atribuyen a los costos del Proyecto.”²² En vista de ello, mis colegas afirman que “[E]l Tribunal no encuentra demostrado que la suma de US\$12.5 millones que reclama la Demandante corresponda a gastos generales y administrativos de SAS atribuibles al Proyecto.”²³
25. La mayoría no afirma que hay prueba en el expediente de erogaciones atribuibles a SAS en relación con el Proyecto.²⁴ Eso, exactamente, es lo relevante para establecer si este Demandante —SAS— hizo una inversión que sustente la jurisdicción de este Tribunal bajo este Tratado —el Tratado entre Bolivia y el Reino Unido—.

²⁰ Voto de la Mayoría, ¶869.

²¹ *Id.*

²² *Id.*

²³ Voto de la Mayoría, ¶868.

²⁴ Voto de la Mayoría, ¶¶868-870.

26. Por supuesto, no podría justificarse esta falta de presentación de evidencia en la dificultad para obtenerla o producirla, pues producir evidencia sobre la realización de inversiones en un proyecto, cuando tal inversión se realizó, es un cometido obviamente sencillo.
27. Asimismo, no es posible considerar que SAS podría haber realizado inversiones significativas en Bolivia a la luz del capital social declarado en este procedimiento. Si analizamos el único documento de prueba disponible al respecto, el Anexo C-10, vemos que el capital suscrito de SAS apenas alcanza los USD 12.000.²⁵
28. Respecto de la constitución de las sociedades accionistas de CMMK, es decir, Malku Khota Ltd., Productora Ltd. y GM Campana Ltd., constituidas en Bahamas, los documentos disponibles son escuetos. Se trata de los anexos C-6,²⁶ C-7²⁷ y C-8,²⁸ tal como la mayoría acepta.²⁹ Esos anexos consisten en una copia del certificado de registro de cada una de las compañías y en un cuadro digitalizado que reflejaría la tenencia accionaria de SAS a fecha 14 de agosto de 2012. No hay ningún elemento en esos tres documentos que pruebe la intervención de SAS en la constitución de las tres compañías accionistas de CMMK.
29. La copia de los certificados de registro de Malku Khota Ltd., Productora Ltd. y GM Campana puede considerarse prueba relevante de que esas sociedades están debidamente registradas en un determinado país (Bahamas) y existen. No es prueba relevante, sin embargo, respecto de quién las constituyó. Determinar que una sociedad existe es diferente a determinar quién la constituyó. La prueba de lo primero no sustituye la prueba de lo segundo. Y es lo segundo lo que debe estar probado para que pueda afirmarse que SAS constituyó a las compañías accionistas de CMMK.
30. Nótese que SAS sí introdujo en el expediente documentos relevantes para la prueba de la autoría de la constitución de otras sociedades. Así, por ejemplo, el Anexo C-11³⁰ contiene la Escritura Pública de Constitución de la Compañía Minera Malku Khota S.A. (CMMK), de fecha 7 de noviembre de 2003, constituida por los Sres. Fernando Rojas Herrera, Carlos Ferreira Vásquez y

²⁵ Certificate of Incorporation of General Minerals Corporation Limited, Certificate of Incorporation on Change of Name certifying the change of name to South American Silver Limited, Register of Members and Certificate of Compliance of South American Silver Limited (C-10).

²⁶ Certificate of Incorporation, Certificate of Good Standing and Register of Members of Malku Khota Ltd. (C-6).

²⁷ Certificate of Incorporation, Certificate of Good Standing and Register of Members of Productora Ltd. (C-7).

²⁸ Certificate of Incorporation, Certificate of Good Standing and Register of Members of G.M. Campana Ltd. (C-8).

²⁹ Voto de la Mayoría, ¶81.

³⁰ Incorporation of Compañía Minera Malku Khota (CMMK), Public Deed No. 204/2003 and Public Deed No. 228/2003 (C-11).

Felipe Bernardo Malbrán Hourton. Nada semejante podemos encontrar en el expediente respecto de las compañías Malku Khota Ltd., Productora Ltd. y GM Campana.

31. Desde luego, existe una diferencia jurídica entre constituir una sociedad y adquirir sus acciones. Tomemos, a modo de ilustración, los casos de Compañía Minera Malku Khota S.A. (CMMK), GM Campana Ltd. y SAS. De acuerdo con el Anexo C-11, Compañía Minera Malku Khota S.A. (CMMK) fue constituida por los Sres. Fernando Rojas Herrera, Carlos Ferreira Vásquez y Felipe Bernardo Malbrán Hourton el 7 de noviembre de 2003. Posteriormente, tres compañías de Bahamas —entre las que se cuenta GM Campana Ltd.— habrían adquirido sus acciones. Según los Anexos C-9³¹ y C-37,³² GM Campana Ltd. habría adquirido acciones de CMMK el 16 de octubre de 2007. Por su parte, de acuerdo con el Anexo C-8, GM Campana Ltd. fue constituida en Bahamas el 8 de septiembre de 1994. Posteriormente, según el mismo Anexo C-8, SAS habría adquirido acciones de GM Campana Ltd., comenzando en fecha 10 de octubre de 1994. Estos ejemplos ilustran lo obvio: constituir una sociedad y adquirir sus acciones son actos jurídicos distintos.
32. Respecto de la adquisición de acciones en las tres sociedades de Bahamas, no existe prueba en el expediente de este arbitraje de la compraventa de acciones que habría celebrado SAS (que antes se habría denominado General Minerals Corp. Limited) para adquirir esas acciones. Lo único que consta en el expediente es el cuadro digitalizado que reflejaría la participación de SAS como accionista de las tres sociedades de Bahamas a fecha 14 de agosto de 2012, donde se indica que SAS tendría (por emisión o transferencia) cierta cantidad de acciones.³³
33. Es necesario recordar que durante la etapa de producción de documentos Bolivia le solicitó a SAS que presente el contrato de compraventa de acciones y cualquier otro elemento que acredite que tiene el 100% de las compañías de Bahamas y cuánto pagó por ello:

Solicitud N° 1: “Documentos relativos a la adquisición, por parte de SAS, de Malku Khota Ltd. incluidos (sin limitación) aquellos que demuestren: (i) que SAS es actualmente titular del 100% de las acciones de Malku Khota Ltd.; y (ii) el pago efectivo del valor de dichas acciones.”³⁴

³¹ Share Certificates issued by CMMK in favor of Malku Khota Ltd. (Title 4), Productora Ltd. (Title 8), and G.M. Campana Ltd. (Title 9) (C-9).

³² CMMK Shareholders’ Registry for Productora Ltd., Malku Khota Ltd., and G.M. Campana Ltda. (Anexo C-37).

³³ Certificate of Incorporation of General Minerals Corporation Limited, Certificate of Incorporation on Change of Name certifying the change of name to South American Silver Limited, Register of Members and Certificate of Compliance of South American Silver Limited (C-10).

³⁴ Ver Orden Procesal 7, Anexo 1, Documentos Solicitados por Bolivia.

34. Las solicitudes 2 y 3 de Bolivia extienden ese mismo pedido a las otras dos compañías de Bahamas que serían accionistas de CMMK, Productora Ltd. y GM Campana Ltd.³⁵
35. SAS se opuso a producir esos documentos. Al hacerlo, argumentó que ya consideraba probada la inversión con la mera tenencia de acciones, y que a todo evento el precio pagado constaba en los anexos C-6, C-7 y C-8, respectivamente:

*Claimant has already provided ample evidence supporting the fact that it owns 100% of CMMK (including the consideration paid for Malku Khota Ltd.'s shares, at Exhibit C-6), and thus satisfies the definition of investor and investment under the Treaty.*³⁶

*Claimant confirms that it already provided ample evidence supporting the fact that it owns 100% of CMMK (including the consideration paid for Productora Ltd.'s shares, at Exhibit C-7).*³⁷

*Claimant confirms that it already provided ample evidence supporting the fact that it owns 100% of CMMK (including the consideration paid for GM Campana Ltd.'s shares, at Exhibit C-8).*³⁸

36. El Tribunal concedió las solicitudes de documentos 1, 2 y 3 de Bolivia y ordenó a SAS producir los documentos requeridos en los siguientes términos:

El Tribunal considera que los Documentos Solicitados pueden ser relevantes y materiales para la resolución de la controversia. Las objeciones de la Demandante están fundadas en su interpretación del Tratado entre el Reino Unido y Bolivia, aspecto sobre el cual no puede pronunciarse el Tribunal en esta etapa procesal. La Demandante deberá exhibir los Documentos Solicitados.³⁹

37. A pesar de la orden de producción emanada del Tribunal, esos documentos no ingresaron al expediente. Es importante recordar que quien tiene la carga de la prueba respecto de la jurisdicción del Tribunal y, en este caso, la realización de la inversión es la Demandante, por lo que no podría cargarse a Bolivia la falta de presentación de estos documentos, si es que la Demandante los produjo oportunamente.
38. Por cierto, encontramos circunstancias similares en la adquisición de la participación accionaria que tendrían en CMMK las compañías de Bahamas: Malku Khota Ltd., Productora Ltd. y GM Campana Ltd. Los escuetos documentos presentados por la Demandante al respecto (Anexos C-9 y C-37) ni siquiera son consistentes entre sí. Así, por ejemplo, mientras que el Anexo C-9

³⁵ *Id.*

³⁶ *Id.*

³⁷ *Id.*

³⁸ *Id.*

³⁹ *Id.*

refleja que Productora Ltd. habría adquirido su participación accionaria en CMMK el 15 de octubre de 2007,⁴⁰ el Anexo C-37 indica que Productora Ltd. habría adquirido su participación accionaria en CMMK el 12 de diciembre de 2003.⁴¹

39. A mayor abundamiento, si volvemos a los documentos de prueba que sí integran el expediente respecto de la participación accionaria de SAS en las compañías de Bahamas, los Anexos C-6, C-7 y C-8, vemos que registran que SAS —la Demandante que en este arbitraje reclama daños por más de 385 millones de dólares—sería titular (por emisión o transferencia) de unas 104 acciones, de valor de un dólar cada una, en las tres compañías de Bahamas, para un total de 104 dólares, monto que —si se asumiera que se trata de una operación real— la propia SAS sostuvo que refleja el precio efectivo de la operación.⁴²
40. Estos documentos societarios no sólo son pocos y escuetos sino también defectuosos. Por ejemplo, llama la atención que el respectivo cuadro digitalizado que reflejaría la tenencia accionaria de SAS en Malku Khota Ltd., Productora Ltd. y GM Campana Ltd. a fecha 14 de agosto de 2012, en dos de las tres ocasiones ni siquiera está completo. Así ocurre, por ejemplo, respecto de Malku Khota Ltd. (C-6) y de GM Campana Ltd. (C-8), donde se advierte que sólo se presenta una de las dos páginas del documento, “*page 1 of 2*”, sin presentación de la segunda página.
41. No está disputado que SAS tiene la carga de la prueba de las afirmaciones sobre las que apoya su pretensión jurisdiccional. La ausencia de documentos de prueba de sus alegadas inversiones, así como las carencias y defectos de los escasos documentos presentados en relación con sus alegadas tenencias accionarias, obstaculizan la posibilidad de considerar que la Demandante ha satisfecho su carga de la prueba en materia de jurisdicción.⁴³

⁴⁰ Share Certificates issued by CMMK in favor of Malku Khota Ltd. (Title 4), Productora Ltd. (Title 8), and G.M. Campana Ltd. (Title 9) (C-9), p. 3 del document electrónico.

⁴¹ CMMK Shareholders’ Registry for Productora Ltd., Malku Khota Ltd., and G.M. Campana Ltda. (C-37), p. 4 del documento electrónico. Asimismo, durante la etapa de producción de documentos, la Demandada solicitó a SAS la producción de documentos que constaten que las tres compañías de Bahamas habían comprado y efectivamente pagados sus acciones en CMMK y que eran en la actualidad sus accionistas. SAS se opuso. El Tribunal concedió la solicitud de la Demandada y ordenó a la Demandante producir estos documentos. (Ver Orden Procesal 7, Anexo 1, Documentos Solicitados por Bolivia, Solicitud Nro. 4). Los documentos no ingresaron nunca al expediente.

⁴² Ver Orden Procesal 7, Anexo 1, Documentos Solicitados por Bolivia.

⁴³ Tal como señaló el tribunal del caso *Standard Chartered c. Tanzania*, los árbitros debemos decidir los casos basados en los hechos probados en el expediente, pues de otra manera los litigantes ganarían sus casos simplemente afirmando que algún elemento de su caso podría ser verdadero. Ver al respecto *Standard Chartered Bank c. República de Tanzania*, caso CIADI No. ARB/10/12, laudo del 2 de noviembre de 2012 (Park, Legum, Pryles) (RLA-60), ¶262: “[T]he Tribunal must decide this question of fact based on the record.”

42. En conclusión, el análisis de los materiales que integran el expediente muestra que no hay pruebas de que SAS haya realizado algún tipo de actividad en relación con las Concesiones Mineras y con el Proyecto, más allá de –en el mejor de los casos– una tenencia nominal y pasiva de acciones en las compañías accionistas de CMMK.

3. La existencia de pruebas de un involucramiento activo de una empresa distinta de la Demandante con la alegada inversión

43. Ahora bien, desde un punto de vista jurisdiccional, el caso que nos ocupa presenta todavía otra característica peculiar en lo que respecta a la prueba que integra el expediente. No sólo no hay prueba de un involucramiento activo por parte de la Demandante en la alegada inversión, sino que existen pruebas abundantes que vinculan esa alegada inversión con una compañía distinta, SASC, cuya nacionalidad canadiense es ajena al ámbito jurisdiccional del Tratado entre Bolivia y el Reino Unido.

44. Tal vez el hecho más significativo en este sentido esté constituido por los actos y dichos propios de SASC respecto de su proyecto de inversión en Bolivia. Por ejemplo, una vez surgida la disputa con Bolivia alrededor de las Concesiones Mineras y el Proyecto, SASC acudió en busca de protección diplomática a la embajada de Canadá. No fue el caso que SAS, la Demandante, de manera alternativa o complementaria, acudiera en busca de la protección diplomática del Reino Unido.

45. Tal como se aprecia en el Anexo R-299, al acudir en busca de protección diplomática por parte de Canadá, SASC afirma que la inversión es de su propiedad y que es canadiense:⁴⁴

We are most concerned that we will **have all or part of our property taken away** from us at some stage. Whether that happens now or at some time in the future, the result will be equally as devastating for the country and our company, and will **inhibit future Canadian investment**. We are also very concerned that the **community issues have become highly politicized** in recent months and manipulated by outsiders for political purposes unrelated to the project.

46. Notablemente, SASC no hace mención alguna a SAS en todo el documento, ni siquiera cuando se avoca específicamente a describir su perfil societario y la estructura a través de la que opera en Bolivia:⁴⁵

The Tribunal cannot accept that the possibility that control might have existed will relieve Claimant from making that showing. Were such an approach acceptable, litigants would win cases by simply asserting that some element of their case might well have been true.” (énfasis añadido).

⁴⁴ Anexo R-299 (extracto).

South American Silver Corp. (SASC) is a Canadian public company listed on the Toronto Stock Exchange (TSX:SAC), with its head office in Vancouver. SASC's core business is exploration and development of mining projects and the company has exploration properties in Chile (Escalones) and Bolivia (Malku Khota). The company operates in Bolivia through its wholly owned Bolivian subsidiary Compañía Minera Malku Khota S.A. (CMMK).

47. Los correos electrónicos intercambiados entre SASC y la Embajada de Canadá al momento de las medidas tomadas por Bolivia que son cuestionadas en este arbitraje tampoco dejan lugar a dudas al respecto. Así, por ejemplo, en el anexo R-300 podemos leer al Sr. Guillermo Funes, en representación de SASC, dirigiéndose a la funcionaria del gobierno canadiense Alexandra Laverdure en relación con la protección para la inversión de SASC, diciéndole “[V]oy a continuar agradeciéndote porque hoy es uno de esos días en los que me siento muy afortunado y agradecido de ser canadiense”.⁴⁶
48. De la misma manera, SASC declaró públicamente haber adquirido el proyecto minero Malku Khota, lo que integraba el valor de sus acciones al cotizar en la bolsa, como se ve por ejemplo en la página 16 del “Annual Report” de SASC en 2006.⁴⁷

(c) In 2003, the Company entered into an option agreement (the “Kempff Option”) to acquire the Malku Khota property located in the Department of Potosi in west central Bolivia. Pursuant to the Kempff Option, the Company has the right for a period of five years from July 24, 2003 to purchase the claims upon payment to the owner of \$255,000. As at December 31, 2006, \$45,000 has been paid to date and the Company is obliged to pay, at its election, either: (i) \$50,000 by January 30, 2007 and \$50,000 by March 30, 2007, or (ii) \$10,000 by July 30, 2007 and \$200,000 by July 30, 2008. See note 14 (a).

49. Esto mismo se encuentra reflejado en los documentos contables de SASC, según se advierte, por ejemplo, en el Anexo R-180:⁴⁸

South American Silver Corp - South America

Summary of Properties
as at Dec 31 2011

	<u>Year to Date</u> <u>Dec/11 USD\$</u>
MALKU KHOTA	3,856,961.80
LAURANI	62,058.28
ESCALONES	<u>1,207,270.42</u>
TOTAL	\$ <u>5,126,290.50</u>
2011 Laurani Costs to Recon late AJE - Malku Khota - SBC	(62,058.28) 6,444.90
TOTAL at Dec 31, 2011	5,070,677.12

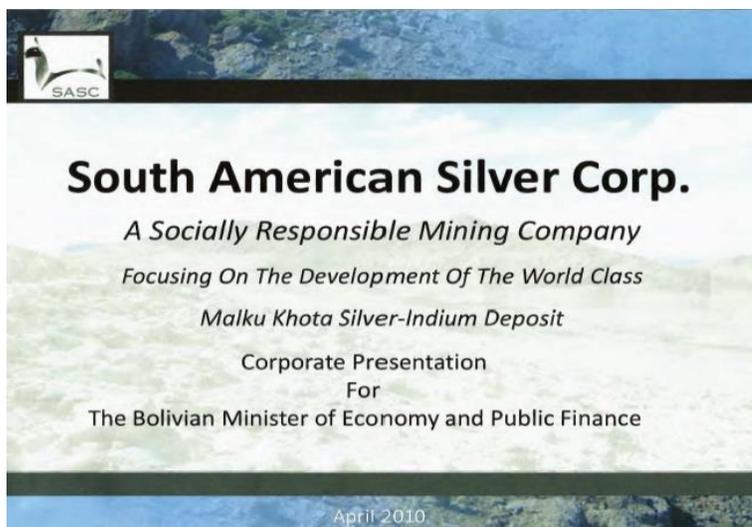
50. SASC fue quien se presentó ante las autoridades bolivianas y ofreció su proyecto de desarrollo minero en Malku Khota, según se ve en la presentación realizada en abril de 2010 ante el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de Bolivia contenida en el Anexo C-89:⁴⁹

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ Anexo R-300.

⁴⁷ Informe anual de SASC para 2006 (FTI-6), p. 16 (extracto).

⁴⁸ Lista de propiedades de SASC (R-180) (extracto).



51. En el mismo mes de abril de 2010, el Sr. Ralph Fitch, como Director Ejecutivo de SASC, reporta en un “*update*” de SASC sobre los resultados de sus reuniones con el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de Bolivia refiriéndose al Proyecto Malku Khota como “nuestro Proyecto”, según se aprecia en el Anexo C-40:⁵⁰

Subject: SAC Update
From: Ralph Fitch (ralphfitch@yahoo.com)
To: rdoran@soamsilver.com; wdf@malaspinaconsultants.com; ph@haberandco.com; grgsj@yahoo.com; wmurray@polymetmining.com; john.w.paul@comcast.net; jewats@aol.com; Tina.Woodside@gowlings.com;
Cc: fmalbran@soamsilver.com;
Date: Thursday, April 29, 2010 12:05 PM

To The Board:

SAC Update April 29, 2010

Greg Johnson has now given his first series of talks to investors in New York and Toronto with pleasingly positive results. We are also advancing with our application to list on the QX which should further increase our liquidity and price.

Last week I visited with the Minister of Economy and Public Finance, Plurinational State of Bolivia to introduce our Malku Khota Project. The meeting was also attended by the General Consul of

Ralph Fitch
Executive Chairman

South American Silver Corp
4201 East Yale Ave, Suite 230
Denver, CO 80222 USA
direct 303-584-9656
office 303-584-0606
fax 303-758-2063

⁴⁹ South American Silver Corp., *A Socially Responsible Mining Company Focusing on the Development of the World Class Malku Khota Silver-Indium Deposit, Corporate Presentation for The Bolivian Minister of Economy and Public Finance, April 2010 (C-89)* (extracto).

⁵⁰ Email from Ralph Fitch to SAC Board of Directors, April 29, 2010 (C-40) (extractos).

52. En vista de todo lo anterior, no sorprende encontrar que desde Bolivia se hiciera referencia a la inversión en Malku Khota como canadiense, según se aprecia, por ejemplo, en el reporte de prensa contenido en el Anexo C-67:⁵¹

Morales destaca acuerdo con originarios de Malku Khota que permite recuperar recursos naturales

La Paz, 10 jul (ABI).- El presidente Evo Morales destacó el martes el acuerdo suscrito con los originarios de la población minera de Malku Khota, al norte de Potosí, porque aseguró que permite recuperar para el Estado los recursos naturales en beneficio de los bolivianos.

El jefe de Estado se reunió con los dirigentes de los ayllus de esa región que demandaban la anulación de la concesión otorgada a la compañía canadiense South American Silver (SAS).

El acuerdo establece que se nacionalizará ese yacimiento minero a través de un Decreto Supremo.

"Estos recursos naturales son del Estado por tanto del pueblo boliviano, por lo que el Gobierno nacional debe realizar la explotación y exploración con la participación de los comunarios de esa zona, eso hemos acordado", fundamentó el Jefe de Estado.

Morales lamentó el enfrentamiento entre grupos de comunarios, uno a favor de las actividades mineras de la empresa canadiense, y consideró que esa confrontación fue ocasionada por esa empresa transnacional.

"Aquí ha habido un problema, lamentablemente así son las empresas llamadas transnacionales, las empresas que enfrentaron a hermanos a cuñados, a primos, a vecinos, a hermanos del mismo ayllu, también soy culpable quiero reconocer al no ver que estaba pasando", reconoció.

En ese marco, recordó los conflictos generados por la explotación de los recursos naturales que -dijo- se registran desde la época de la colonia.

"Lo que debemos recordar es que nuestros antepasados, nuestros abuelos antes de la fundación de la República dieron su vida, su tiempo por la vida de los demás, por la patria y la Pachamama que son los recursos naturales", fundamentó.

53. Estamos ante dichos y actos propios de la compañía dueña de la alegada inversión, que generaron efectos en la Demandada y en terceros. Como árbitros, no podemos hacer como si estos dichos y actos no hubieran ocurrido o no formaran parte del expediente. Ocurrieron y forman parte del expediente. No es fácil entender por qué la mayoría del Tribunal desmerece las propias afirmaciones y pruebas de la empresa que se declara inversora en relación con los activos en disputa en este arbitraje, pero que buscó la protección diplomática de un Estado (Canadá) diferente al Estado (Reino Unido) cuya nacionalidad ahora invoca a través de una compañía de papel para afirmar la jurisdicción del Tribunal.
54. Los dichos y actos propios de la empresa SASC actuando como inversora canadiense en Bolivia están acompañados de una multiplicidad de otros dichos y actos que ratifican el carácter canadiense de la alegada inversión que se invoca en este arbitraje.
55. Uno de los propios testigos presentados por la Demandante, el Sr. Felipe Malbrán, afirmó de modo categórico durante la audiencia que entre SASC y CMMK había un vínculo "absolutamente directo":

PREGUNTA (SR. SILVA ROMERO): Vamos al separador número 12 por favor, señor Malbrán.

RESPUESTA (SR. FELIPE MALBRÁN): Sí.

⁵¹ *Morales destaca acuerdo con originarios de Malku Khota que permite recuperar recursos naturales*, Agencia Boliviana de Información, 10 de julio de 2012 (C-67) (extracto). En igual sentido pueden consultarse los anexos *Gobierno dice que tenía hace un año la intención de anular contrato con minera en Malku Khota*, 9 de julio de 2012 (C-63) y *Definen que el Estado se hará cargo de la mina Malku Khota*, Página Siete, 11 de julio de 2012 (C-64).

P: Este es el informe de BSR de mayo del 2009. Anexo C154 para la transcripción. Y entiendo que, primero que todo, usted está familiarizado con este documento.

R: Sí.

P: Bien. Este informe fue preparado por encargo de South American Silver Corporation. ¿Correcto?

R: Correcto.

P: Y ahí yo sí quisiera que corrigiéramos un punto, señor Malbrán, entre paréntesis. Primero quería que viéramos la segunda página. Ahí se dice claramente que el informe fue encargado o pedido por South American Silver Corporation. ¿Correcto?

R: Sí.

P: De tal manera que no fue CMMK quienes tomaron o quien tomó la decisión de contratar a BSR. ¿Correcto?

R: Bueno, eso es CMMK y estando yo, digamos, dirigiendo CMMK fue el que recomendó. Finalmente suscribió el contrato South American Silver Corporation.

P: Okay.

R: Pero sí había un vínculo absolutamente directo con CMMK.⁵²

56. Ciertamente, este interrogatorio constata que las decisiones y gestiones relativas a las Concesiones Mineras y al Proyecto estaban directamente a cargo de SASC en relación con CMMK. En este caso se trataba del reporte de la empresa *Business for Social Responsibility* (BSR) contratado por SASC respecto de las relaciones con las comunidades que habitaban en los

⁵² Ver Tr. Aud., Día 3, 646:18 a 647:22 (ESP). En la transcripción en inglés, este intercambio puede encontrarse en Tr. Aud., Día 3, 553:14-25, 554:1-9 (ENG):

QUESTION (MR. SILVA-ROMERO): Let us now look at Tab Number 12, Mr. Malbran. This is a report by BSR, dated May '09. This is C-154, for the Transcript. First, you're familiar with this document; right?

ANSWER (MR. MALBRÁN): Yes.

Q: I understand that you read English?

A: Yes.

Q: This Report was prepared because it was--or rather at the behest of SASC; correct?

A: Yes.

Q: First, let us look at the second page. Here it says that this Report was commissioned by SASC—South American Silver Corporation--correct?

A: Yes.

Q: So, it wasn't CMMK who made the decision to hire BSR; correct?

A: Well, CMMK--and I was managing CMMK--well, we made the recommendation, and the Contract was entered into by SASC, and we had a direct link, CMMK and SASC.

sitios del proyecto minero.⁵³ Pero existen muchos otros documentos en el expediente que reflejan ese involucramiento activo y directo de SASC en las decisiones y gestiones relativas a las Concesiones Mineras y el Proyecto durante el período relevante, no habiendo rastros semejantes respecto de SAS en ninguna de las decisiones financieras, técnicas, administrativas o de cualquier otro tipo relacionadas con las Concesiones Mineras y el Proyecto, entre las que, sólo a título ilustrativo, cabe destacar las siguientes.

57. El Anexo R-183 refleja el involucramiento directo de SASC en la comisión de un *3D Resource Model Construction* a la firma Pincock, Allen & Holt para el Proyecto Malku Khota:⁵⁴

August 21, 2008

Mr. Ralph Fitch
President, CEO & Chairman
South American Silver Corp.
4201 East Yale Avenue, Suite 230
Denver, CO 80222
Email: ralphfitch@cs.com

Re: Malku Khota Project – 3D Model and 43-101 Technical Report
PAH Proposal No. 08-071

Dear Mr. Fitch:

Pincock, Allen and Holt (PAH) appreciates the opportunity to provide South American Silver Corp. (SASC) with a proposal for a 3D Resource Model Construction by September 30, 2008 followed by an updated 43-101 Technical Report by November 15, 2008 for the Malku Khota Project Silver-Gold Project located in Bolivia. PAH welcomes the opportunity to work with SASC on this project.

PROJECT BACKGROUND

SASC's Malku Khota property is located in the Cordillera Oriental, approximately 98 kilometers east-southeast of Oruro, Bolivia and 85 kilometers south of Cochabamba in southwest Bolivia. The historic gold and silver workings, some of which date back to Colonial Spanish times, are located within sandstone. SASC through its wholly owned subsidiary Compañía Minera Malku Khota S.A. (CMMK) currently holds mineral rights to 5,050 hectares that covers a core area encompassing the Malku Khota project area, and covers the majority of the mineralized sandstone unit. Drilling is in progress with 29 holes completed. Silver mineralization is associated with indium and gold.

58. El Anexo R-185 refleja el involucramiento directo de SASC en el acuerdo con la Compañía de Minas Buenaventura S.A., refiriéndose en todo momento SASC, como compañía canadiense, al Proyecto Malku Khota como de su propiedad:⁵⁵

⁵³ *Id.*

⁵⁴ Contrato entre Pincock, Allen & Holt y SASC del 2 de septiembre de 2008 (R-183).

⁵⁵ Acuerdo de confidencialidad entre SASC y Compañía de Minas Buenaventura del 3 de diciembre de 2009 (R-185) (extracto).

Mr. Raul Benavides Ganoza
Manager, Business Development
Compania de Minas Buenaventura S.A.A.
Carlos Villaran 790, Santa Catalina
La Victoria, Lima, Peru

Dear Mr. Benavides Ganoza:

South American Silver Corp. ("SASC"), which is a Canadian Federal Corporation, holds rights to certain properties known as Malku Khota through its wholly owned subsidiary, Compania Minera Malku Khota S.A., in the Department of Potosí, Bolivia, which properties are described and identified in the attached Exhibit A (the "Properties"). Said Properties, together with all land within three (3) kilometres of the exterior boundary of the Properties, will be referred to collectively in this Agreement as the "Area of Interest".

SASC has conducted reconnaissance and other exploration and evaluation operations in connection with the Area of Interest in view of discovering and producing valuable minerals. SASC has offered to disclose to Compania de Minas Buenaventura S. A. A. ("Recipient"), certain information and data collected by SASC and others in tangible form (the "Information") to determine whether Recipient wishes whether or not to enter into future business transactions with SASC regarding the properties and the Area of Interest (the "Purpose").

59. El Anexo R-190 refleja el involucramiento directo de SASC en la contratación con la empresa Optimum Project Services Ltd. para el desarrollo del Proyecto Maku Khota.⁵⁶

Ralph Fitch
President and CEO
South American Silver Corp.
880 – 580 Hornby Street
Vancouver BC V6C 3B6

Dear Ralph,

Proposal for Services to the Malku Khota project

Following our recent discussions, we are pleased to submit this proposal for Optimum Project Services Ltd. (Optimum) to provide services to South American Silver Corp. (SASC) to help take the Malku Khota project from its current scoping stage through future development phases to production.

60. El Anexo R-191 refleja el modo en que SASC trataba su proyecto minero en Bolivia al interior de la sociedad, observándose cómo en el Directorio de SASC se abordaban los detalles de gestión del Proyecto Malku Khota.⁵⁷

⁵⁶ Propuesta de servicios de Optimum Project Services a SASC del 30 de enero de 2009 (R-190) (extracto).

⁵⁷ Acta del directorio de SASC del 31 de enero de 2009 (R-191).

SOUTH AMERICAN SILVER CORP.
(the "Corporation")

MINUTES OF THE MEETING OF THE DIRECTORS
Held in Denver, Colorado on January 31, 2009 at 9:00 am (Denver time),
11:00 am (Toronto time)

CALL TO ORDER

The meeting was called to order by Ralph Fitch, who, with the consent of the meeting, acted as Chairman of the meeting.

APPOINTMENT OF THE SECRETARY FOR THE MEETING

With the consent of the meeting, Richard Doran acted as secretary of the meeting.

CONSTITUTION OF THE MEETING

The directors of the Corporation present at the meeting were Ralph Fitch, Tina Woodside, John Paul, Paul Haber, and John Watson. As notice of the meeting had been given in accordance with the Corporation's by-laws, and a quorum was present, the Chairman declared the meeting properly constituted for the transaction of business. With the consent of the meeting, Richard Doran was also present.

PURPOSE OF THE MEETING

The Chairman reviewed the purpose of the meeting and began with an outline of the agenda which included the following:

1. a review of the Malku Khota property in Bolivia;
2. the status of the Pincock Allen and Holt ("PAH") preliminary economic assessment study on the Malku Khota property ("PEA Study");

61. Asimismo, tal como se aprecia en los informes valuatorios de ambas Partes y en sus respectivos anexos y apéndices, ningún balance de SAS fue presentado en este arbitraje, presentándose en cambio solamente los balances de SASC,⁵⁸ sobre la base de los que se realizaron todos los cálculos valuatorios. En efecto, la lectura de los informes valuatorios es sorprendente en este sentido, ya que en este arbitraje, donde la compañía SAS de Bermudas (Reino Unido) es la Demandante por más de USD 385 millones, todas las referencias conciernen a la compañía SASC de Canadá, que no es parte en el arbitraje.
62. De modo ilustrativo podemos considerar, por ejemplo, el documento FTI-10 presentado por el experto valuatorio de SAS. Se trata de un balance consolidado, con fecha de cierre 30 de septiembre de 2012, pero no de la Demandante, SAS, sino de otra compañía, SASC, como se aprecia en la carátula misma del documento:⁵⁹

South American Silver Corp.

(An Exploration Stage Company)

Condensed Interim Consolidated Financial Statements
Third Quarter Ended September 30, 2012

(Unaudited - expressed in U.S. dollars)

⁵⁸ Ver *supra*, ¶23.

⁵⁹ SASC. Balance Interino Consolidado. Tercer Cuatrimestre de 2012 con fecha de cierre 30 de septiembre (FTI-10) (extracto).

63. Ese balance consolidado de SASC no permite identificar ningún aporte realizado por SAS al Proyecto. De hecho, la revisión del balance contable en su totalidad muestra que las únicas menciones a SAS se encuentran en las notas al estado contable, más específicamente en aquellos pasajes en los que se hace referencia a la existencia de este arbitraje internacional.⁶⁰
64. Lo mismo se aprecia, por ejemplo, en el Apéndice 6 del Primer Informe de FTI, referido por mis colegas en su voto.⁶¹ Tal como puede verse en la imagen a continuación, el Apéndice 6 –que es un cuadro elaborado por FTI, no un documento de prueba– indica que refleja los “costos bolivianos (sic) de SASC relacionados con el Proyecto”, sin ninguna mención a SAS y sin ningún elemento que permita vincular a SAS con ninguno de los flujos de dinero relacionados con el Proyecto.⁶²

Appendix 6 Project Costs Incurred

A6.1 In the table below we have provided a reconciliation of SASC’s Bolivian costs related to the Project based on capitalized exploration costs (Column A) and an allocation of general and administrative costs (Column H) based on exploration costs incurred on an annual basis (Column I).¹⁸¹

Figure 27 – SASC’s Bolivian Costs

Period	A	B	C	D	E	F	G	H = C - D - E - F + G	I	J = H * I
	Maliku Khota Capitalized Exploration	Total Capitalized Exploration	Gross G&A	Less: Share-based Payments	Less: Reconciliation and Sundry Exploration	Less: Mining Claim Write-down	Add (Less): Gain (Loss) on Disposal	Net G&A	% Allocation	Maliku Khota G&A
2003	\$ 27,023	\$ 463,441	\$ 1,062,092	\$ -	\$ 3,789	\$ -	\$ (1,029,305)	\$ 28,998	6%	\$ 1,690,86
2004	\$ 170,978	\$ 511,188	\$ 17,958	\$ -	\$ 46,653	\$ -	\$ 77,600	\$ 48,905	36%	\$ 17,826.52
2005	\$ 155,003	\$ 465,410	\$ 286,912	\$ -	\$ 126,143	\$ 75,112	\$ -	\$ 160,769	0%	\$ -
2006	\$ 324,145	\$ 863,614	\$ 214,840	\$ -	\$ 30,207	\$ -	\$ -	\$ 184,633	42%	\$ 78,425.12
2007	\$ 1,893,243	\$ 3,180,496	\$ 2,705,776	\$ 1,507,714	\$ 16,160	\$ -	\$ -	\$ 1,181,902	68%	\$ 800,437.86
2008	\$ 5,845,999	\$ 6,454,790	\$ 2,118,609	\$ 1,031,578	\$ 10,600	\$ -	\$ -	\$ 1,076,431	98%	\$ 1,050,148.83
2009	\$ 7,845,524	\$ 8,675,051	\$ 1,873,796	\$ 548,443	\$ 73,019	\$ -	\$ -	\$ 1,252,334	90%	\$ 1,127,828.28
2010	\$ 11,457,634	\$ 12,524,965	\$ 3,774,996	\$ 784,604	\$ 16,905	\$ -	\$ -	\$ 2,973,487	94%	\$ 2,789,825.96
2011	\$ 13,321,041	\$ 17,595,832	\$ 10,293,856	\$ 4,989,090	\$ 98,863	\$ -	\$ -	\$ 5,205,903	76%	\$ 3,966,437.24
03/2012	\$ 18,711,088	\$ 24,396,225	\$ 8,022,910	\$ 1,810,252	\$ 16,429	\$ -	\$ -	\$ 6,196,229	50%	\$ 3,088,775.87
Total	\$ 18,711,088									\$ 12,921,397

¹⁸¹ SASC. “Excerpts from Financial Statements for Costs Incurred”. (FTI 55) Percentage G&A allocation (column I) calculated as Project exploration costs divided by SASC’s total exploration costs in each period, expressed as a percentage.

65. En la nota a pie número 181, debajo del cuadro, puede apreciarse que el apoyo documental para el cuadro elaborado por FTI serían los “Extractos de los Balances contables para los Costos Incurridos” de SASC, documento FTI-55. Si consultamos el documento FTI-55, comprobamos que se trata de extractos de balances correspondientes a SASC, no a SAS.⁶³

South American Silver Corp.

(An Exploration Stage Company)

Condensed Interim Consolidated Statements of Loss and Comprehensive Loss
For the three and nine months ended September 30

⁶⁰ *Id.*, p. 9 del documento electrónico.

⁶¹ Ver Voto de la Mayoría, ¶869.

⁶² Primer Informe de FTI, Apéndice 6.

⁶³ SASC. Extractos de los Balances contables para los Costos Incurridos (FTI-55) (extracto).

66. Asimismo, ninguno de los extractos que conforman el documento FTI-55 contiene mención alguna a la Demandante, aunque sí incluyen referencias al Proyecto formuladas directamente en nombre de SASC.⁶⁴
67. Otro ejemplo ilustrativo puede encontrarse en el Anexo BR-27, que integra la documentación contable aportada por el experto valuador de la Demandada. Este documento es un balance de CMMK –no de SAS– que no contiene referencia alguna a SAS y cuyo encabezado es elocuente respecto del vínculo directo entre CMMK y SASC:⁶⁵



ESTADO DE RESULTADOS ACUMULADOS
del 01 de Octubre del 2011 al 30 de Septiembre de 2012
(Importes expresado en Bolivianos)

68. Más todavía, si estudiamos este balance contable advertimos que, en el rubro correspondiente a cuentas por pagar a las “sociedades relacionadas”, se menciona solamente Canadá, Estados Unidos y Chile (países en que están registradas, según el organigrama societario provisto por la Demandante,⁶⁶ parte del resto de las sociedades del grupo diferentes a SAS, Malku Khota Ltd., Productora Ltd. y GM Campana Ltd.), sin ninguna mención a Bermudas, el país de nacionalidad de SAS en base al que se pretende generar jurisdicción bajo el Tratado entre Bolivia y el Reino Unido.⁶⁷

F. SOCIEDAD RELACIONADA

Las cuentas por pagar a largo plazo a las compañías relacionadas ascienden a un total Bs. 44.209.565,00.- al 30 de septiembre de 2012.

Detalle	Importe
Cuenta por Pagar Chile	319.589,28
Cuenta por Pagar USA	6.200.218,52
Cuenta por Pagar Canada	37.689.757,20
TOTAL CUENTAS POR PAGAR LP	44.209.565,00

⁶⁴ Ver SASC. Extractos de los Balances contables para los Costos Incurridos (FTI-55), por ejemplo en p. 2 del documento electrónico.

⁶⁵ Ver Compañía Minera Malku Khota SA. Financial Statements, October 1, 2011 to September 30, 2012 (BR-27), página 4 del documento electrónico.

⁶⁶ Memorial de Demanda, ¶33.

⁶⁷ Compañía Minera Malku Khota SA. Financial Statements, October 1, 2011 to September 30, 2012 (BR-27) (extracto).

69. Como se ve, los materiales contables que integran el expediente no presentan elementos de actividad atribuibles a compañía alguna de nacionalidad alcanzada por el ámbito de protección del Tratado entre Bolivia y el Reino Unido.⁶⁸
70. Lo mismo aplica al valor de mercado de las acciones de la Demandante, sobre lo que no se produjo ninguna prueba, tomándose en cuenta en cambio las colocaciones privadas de acciones de la canadiense SASC para el cálculo de los daños reclamados en este arbitraje.⁶⁹
71. En el mismo sentido, tal como se aprecia en el Anexo R-16, el acuerdo de financiación para cubrir los costos de este arbitraje internacional —con la presumible asunción de costos, riesgos y garantías— fue celebrado, según reportes de la propia SASC, por SASC y no por SAS, a pesar de que la Demandante es SAS y no SASC:⁷⁰

South American Silver Announces Arbitration Costs Funding Arrangement

By

Published: May 24, 2013 11:52 a.m. ET

VANCOUVER, BRITISH COLUMBIA, May 24, 2013 (Marketwired via COMTEX) -- South American Silver Corp. (SAC) (otcqx:SOHAF) (the "Company") is pleased to announce that on May 23, 2013 the Company entered into an agreement with a third party funder (hereinafter the "Fund") pursuant to which the Fund will cover South American Silver's future costs and expenses related to the international arbitration proceedings against the Plurinational State of Bolivia for the expropriation of the Malku Khota project. The funding is on a non-recourse basis and includes costs and expenses of the enforcement of any award rendered by the arbitral tribunal. No broker has acted in the transaction.

⁶⁸ En igual sentido pueden consultarse los siguientes documentos del expediente: SASC. Balance Interino Consolidado. Tercer Cuatrimestre de 2012 con fecha de cierre 30 de junio (FTI-4), SASC Consolidated Financial Statements for December 31, 2006 and 2005, March 27, 2007 (BR-11), SASC Consolidated Financial Statements for December 31, 2007 and 2006, March 25, 2008 (BR-12), SASC Consolidated Financial Statements for December 31, 2008 and 2007, March 25, 2009 (BR-13), SASC Consolidated Financial Statements for December 31, 2009 and 2008, March 24, 2010 (BR-14), SASC Consolidated Financial Statements for December 31, 2010 and 2009, March 18, 2011 (BR-15), SASC Consolidated Financial Statements for December 31, 2011 and 2010, March 20, 2012 (BR-16), SASC Consolidated Financial Statements for December 31, 2012 and 2011, March 28, 2013 (BR-17), SASC Condensed Consolidated Financial Statements, First Quarter Ended March 31, 2011(BR-18), SASC Condensed Consolidated Financial Statements, Third Quarter Ended September 30, 2011 (BR-19), SASC Condensed Interim Consolidated Financial Statements, First Quarter Ended March 31, 2012 (BR-20), SASC Condensed Consolidated Financial Statements, Third Quarter Ended September 30, 2012 (BR-21), SASC Annual Information Form For the Fiscal Year Ended December 31, 2007, March 25, 2008 (BR-22), South American Silver Corp. Annual Information Form for the Fiscal Year Ended December 31, 2011, March 20, 2012 (BR-23), Compañía Minera Malku Khota SA. Financial Statements, October 1, 2011 to September 30, 2012 (BR-27).

⁶⁹ Al respecto, ver el Primer Informe FTI, ¶¶9.43-9.52. Ver también el análisis del precio de las acciones de SASC y su relevancia para la evaluación del cálculo realizado en Primer Informe FTI ¶¶2.4 y ¶¶10.8-10-17.

⁷⁰ Nota de prensa, Market Watch, South American Silver Announces Arbitration Costs Funding Arrangement del 24 de mayo de 2013 (R-16) (extracto).

72. Más todavía, según se observa en el Anexo C-38, el invento patentado en relación con la exploración minera corresponde a SASC, no a SAS:⁷¹

(12) United States Patent		(10) Patent No.:	US 8,585,991 B2
Dreisinger et al.		(45) Date of Patent:	Nov. 19, 2013
(54) METHOD FOR RECOVERING INDIUM, SILVER, GOLD AND RARE, PRECIOUS AND BASE METALS FROM COMPLEX OXIDE AND SULFIDE ORES	(56) References Cited		
(75) Inventors: David Dreisinger, Delta (CA); Ralph Fitch, Denver, CO (US); Cornelis Verbaan, Denver, CO (US)	U.S. PATENT DOCUMENTS		
(73) Assignee: South American Silver Corp., Vancouver (CA)	2,283,198 A * 5/1942 Fink et al. 423/38		
	3,545,964 A * 12/1970 Hansen et al. 423/38		
	4,378,275 A 3/1983 Adamson et al.		
	2002/0152845 A1 10/2002 Fleming et al.		
	2002/0159927 A1 10/2002 Allen et al.		
	2004/0156765 A1* 8/2004 Lalancette 423/40		
	2004/0228783 A1 11/2004 Harris et al.		
	FOREIGN PATENT DOCUMENTS		

73. Podría continuar engrosando la lista de ejemplos documentales extraídos del expediente del caso.⁷² A fin de no alargar innecesariamente este voto, me detengo aquí, indicando una vez más

⁷¹ United States Patent No. US8,585,991 B2, Method for Recovering Indium, Silver, Gold and Rare, Precious and Base Metals from Complex Oxide and Sulfide Ores, November 19, 2013 (C-38) (extracto).

⁷² En igual sentido pueden consultarse los siguientes documentos del expediente: Preliminary Economic Assessment Technical Report for the Malku Khota Project, March 13, 2009 (C-13), Preliminary Economic Assessment Update Technical Report for the Malku Khota Project, May 10, 2011 (C-14), Letter from CMMK to the Minister of Mines and Metallurgy, July 21, 2012 (C-18), Email from Marco A. Medrano Valdivia to Ralph Fitch, April 26, 2010 (C-90), SGS Canada Inc., An Investigation into Standard Soak Tests for Silver and Indium Extraction from the Malku Khota Deposit Samples (10 Series and Column Leach Residues), May 31, 2012 (C-295), South American Silver Corp. Enters into an Agreement to Acquire High Desert Gold Corporation, South American Silver Corp., Press Release, October 21, 2013 (C-28), Updated Malku Khota Study Doubles Production Levels and 1st 5 Year Cashflow Estimates, South American Silver Corp. Press Release, March 31, 2011 (C-41), Email from Jim Mallory to Walker San Miguel and Danilo Bocángel, May 9, 2012 (C-52), Letter from Xavier Gonzales to Félix Gonzales, February 3, 2012 (C-69), Letter from Jim Mallory and Xavier Gonzales to Félix Gonzales, February 22, 2012 (C-70), Letter from Xavier Gonzales to Governor of Potosí, June 4, 2012 (C-71), Email from Varinia Cecilia Daza to Ralph Fitch, June 2, 2010 (C-91), SGS Canada Inc., An Investigation into The Recovery of Lead, Copper and Zinc by Flotation from Malku Khota Samples, May 9, 2011 (C-135), SASC y Cumbre del Sajama S.A., Informe Final, “Conociendo la Minería,” 2008 (C-139), Fundación Medmin, Actualización de Formulario EMAP, PMA and PASA, Apr. 2012 and filed on Apr. 13, 2012 (C-148), SASC y Cumbre del Sajama S.A., Talleres “Conociendo y Cuidando Nuestro Medio Ambiente Comunitario,” May 2009 (C-166), South American Silver Corp., Malku Khota Project Community Relations Update, May 25, 2011 (C-170), South American Silver Corp., Operations Report March – 2012 (C-194), South American Silver Corp., Operations Report - February 2012 (C-212), South American Silver Corp., Operations Report - April 2012 (C-213), South American Silver Corp., Operations Report - May 2012 (C-214), E-mail from A. Cárdenas to F. Cáceres et. al, Jun. 11, 2012 (C-215), Fernando Cáceres, Informe Mensual Proyecto Minero Malku Khota, Aug. 2007 (C-258), Fernando Cáceres, Informe Mensual Proyecto Minero Malku Khota, Apr. 2007 (C-259), Fernando Cáceres, Informe Mensual Proyecto Minero Malku Khota, May 2008 (C-260), Fernando Cáceres, Informe Mensual Proyecto Minero Malku Khota, June 2008 (C-261), Memorándum de Santiago Angulo a Felipe Malbrán, Informe Mensual Proyecto Malku Khota, Nov. 2007 (C-262), Memorándum de Santiago Angulo a Felipe Malbrán, Informe Mensual Proyecto Malku Khota, Dec. 2008 (C-263), Memorándum de Santiago Angulo a Felipe Malbrán, Informe Mensual Proyecto Malku Khota, Feb. 2009 (C-264), Memorándum de Santiago Angulo a Felipe Malbrán, Informe Mensual Proyecto Malku Khota, Mar. 2009 (C-265), Memorándum de Santiago Angulo a Felipe Malbrán, Informe relaciones comunitarias Proyecto Malku Khota, Sept. 2009 (C-266), Memorándum de Santiago Angulo a Felipe Malbrán, “Talleres en el proyecto Malku Khota,” Jul. 2008 (C-267), Memorándum de Santiago Angulo a Felipe Malbrán, Informe Mensual Proyecto Malku Khota, Apr. 2009 (C-268), Compañía Minera Malku Khota S.A., Evaluación Taller “Mensajes de la Compañía Minera Malku Khota,” May 2, 2010 (C-269), Compañía Minera Malku Khota S.A., “Taller Mensajes,” Apr. 2010 (C-

270), Comunicado de prensa de SASC, South American Silver Corp. Announces First Drilling Results at the Malku Khota Silver Project in Bolivia del 28 de junio de 2007 (R-10), Comunicado de prensa de SASC, South American Silver Announces Intersection of New Lead-Zinc-Silver SEDEX Mineralization at Malku Khota del 28 de agosto de 2008 (R-11), Comunicado de prensa de SASC, South American Silver Corp. Completes Final Tranche of \$3.25 Million Financing del 7 de diciembre de 2009 (R-12), Comunicado de prensa de SASC, South American Silver Provides a Metallurgical Update at Malku Khota Showing Improved Metal Recoveries del 11 de septiembre de 2009 (R-13), Comunicado de prensa de SASC, South American Silver Third Quarter President's Message and Project Update del 18 de noviembre de 2010 (R-15), W. Sacher, El modelo minero canadiense: Saqueo e impunidad institucionalizados de julio de 2011 (R-19), Comunicado de Prensa de SASC, South American Silver provides Update on Malku Khota Silver-Indium Project del 4 de mayo de 2011 (R-124), Comunicado de prensa de SASC, Two employees freed, South American Silver in discussion with Bolivian government and indigenous authorities del 9 de julio de 2012 (R-128), Comunicado de prensa, SASC, South American Silver Responds Strongly to Bolivian Government Statements del 10 de julio de 2012 (R-129), Acta del directorio de SASC del 10 de mayo de 2011 (R-166), Acta del directorio de SASC del 12 de enero de 2011 (R-170), Contrato entre General Minerals Corporation y Dreisinger Consulting Inc. del 4 de mayo de 2006 (R-182), Acta del directorio de SASC del 11 de julio de 2008 (R-184), , Acuerdo de confidencialidad entre SASC y Coeur d'Alene Mines Corporation del 13 de noviembre de 2008 (R-186), Acuerdo de confidencialidad entre SASC y Pan American Silver Corp. del 27 de Julio de 2008 (R-187), Acuerdo de confidencialidad entre SASC y Koromet. Co. Ltd. del 8 de diciembre de 2009 (R-188), Acuerdo de confidencialidad entre SASC y SK Networks Co. del 1 de diciembre de 2009 (R-189), Acta del directorio de SASC del 18 de abril de 2008 (R-196), Acta del directorio de SASC del 22 de marzo de 2007 (R-199), Acta del directorio de SASC del 9 de noviembre de 2007 (R-200), Acta del directorio de SASC del 18 de enero de 2008 (R-201), Acta del directorio de SASC del 14 de abril de 2009 (R-202), Acta del directorio de SASC del 12 de agosto de 2009 (R-203), Acta del directorio de SASC del 12 de agosto de 2010 (R-204), Acta del directorio de SASC del 7 de diciembre de 2011 (R-205), Presentación corporativa de SASC para la aprobación del presupuesto y plan de negocios para 2012 del 7 de diciembre de 2011 (R-206), Fernando Cáceres, Informe Mensual Proyecto Minero Malku Khota, Jul. 2007 (C-283), Fernando Cáceres, Informe Mensual Proyecto Minero Malku Khota, Sept. 2007 (C-284), Fernando Cáceres, Informe Mensual Proyecto Minero Malku Khota, Oct. 2007 (C-285), Fernando Cáceres, Informe Mensual Proyecto Minero Malku Khota, Dec. 2007 (C-286), South American Silver, Malku Khota: Community Relations Chronology, July 2012 (C-287), Descripción de Puesto de Promotor Territorial, July 2011 (C-289), Fernando Cáceres, Informe Mensual Proyecto Minero Malku Khota, Nov. 2011 (C-290), Fernando Cáceres, Informe Mensual Proyecto Minero Malku Khota, Dec. 2011 (C-291), Fernando Cáceres, Informe Mensual Proyecto Minero Malku Khota, Jan. 2012 (C-292), SGS Canada Inc., An Investigation into Further Soak Tests for Silver and Indium from the Malku Khota Deposit, May 31, 2012 (C-296), South American Silver Corp., Corporate Report 2011, 2 de mayo de 2012 (C-300), South American Silver Corp., First Quarter Ended March 31, 2012 – Management's Discussion & Analysis ("MD&A"), 11 de mayo de 2012 (C-301), Nota de Prensa de South American Silver Corp., "South American Silver Corp. Announces Final Closing of \$16 Million Financing with Asian based High Technology Groups," 7 de mayo de 2012 (C-302), Comunicado de prensa de SASC del 19 de febrero de 2007 (FTI-3), Formulario de información anual 2010 de SAS (FTI-5), Comunicado de prensa de SASC del 17 de abril de 2007 (FTI-7), Comunicado de prensa de SASC del 28 de junio de 2007 (FTI-8), Edison, "Informe del 10 de enero de 2012" (FTI-15), NBF, "Informe del 17 de junio de 2011" (FTI-34), NBF, "Informe del 20 de diciembre de 2011" (FTI-35), NBF, "Informe del 11 de julio de 2012" (FTI-36), Redchip, "Informe del 3 de abril de 2012" (FTI-37), Edison, "Informe del 16 de mayo de 2012" (FTI-38), Edison, "Informe del 17 de mayo de 2012" (FTI-39), SASC, "Comunicado de prensa del 7 de mayo de 2012" (FTI-41), "South American Silver Announces \$28 Million Financing." South American Silver Corp., 8 de noviembre de 2010 (BR-24), "South American Silver Announces \$16 Million Financing with Asian Based High Technology Manufacturers and Investors." South American Silver Corp., April 16, 2012 (BR-25), Johnson, Greg. "South American Silver Corp. 2012 Corporate Presentation." Precious Metals Mining Investment Seminar. CPM Group, 17 de mayo de 2012 (BR-51), South American Silver Press Release, "South American Silver Responds Strongly to Bolivian Government Statements," 10 de julio de 2012 (BR-74) y South American Silver Press Release, "Two employees freed, South American Silver in discussion with Bolivian government and indigenous authorities," 9 de julio de 2012 (BR-75).

que no hay en el expediente ningún documento comparable a los que he referido en esta sección que muestre algún rol activo de SAS en una inversión en Bolivia.

74. El recorrido fáctico que hemos realizado revela lo siguiente: una compañía canadiense ajena a este arbitraje (SASC) afirma ser la dueña de la alegada inversión y realiza todos los actos de dirección y control propios de una compañía que es la dueña de la alegada inversión y tiene un involucramiento activo con ella. Sin embargo, quien se presenta ante este Tribunal como inversor no es esa compañía canadiense sino otra, de Bermudas (territorio al que se extiende el alcance del TBI Bolivia-Reino Unido), que es una compañía de papel con un capital ínfimo y una tenencia nominal y pasiva de acciones de sociedades en Bahamas, respecto de la que no se ha podido establecer la realización de actos de ningún tipo que reflejen un involucramiento activo con el objeto de esta disputa.
75. Lo que resta es evaluar si, en vista de los hechos comprobados *supra* en las Secciones II.A.2 y II.A.3, es posible afirmar que el Tribunal tiene jurisdicción bajo el Tratado entre Bolivia y el Reino Unido.

4. ¿Hizo SAS una inversión en los términos del Tratado entre Bolivia y el Reino Unido?

76. Desde el punto de vista jurídico, los hechos que hemos recorrido en las secciones anteriores deben analizarse a luz del Tratado. Tal como reconocen mis colegas, no se trata de elaborar una doctrina general respecto de la protección de las inversiones indirectas en el derecho internacional de las inversiones, sino de determinar el alcance específico del Artículo 8.1 del Tratado para efectos de esta controversia.⁷³ Debemos comenzar entonces nuestro análisis con el Artículo 8.1 del Tratado, que es la cláusula de solución de controversias inversor-Estado.
77. De acuerdo con mis colegas, “nada a la luz del artículo 8.1 impide que la inversión pueda pertenecer a un inversionista (ser “de” un inversionista) aunque no haya un control directo de la

⁷³ Ver Voto de la Mayoría, ¶296: “La labor que le corresponde al Tribunal en este caso no es la de establecer una doctrina general sobre la protección de las llamadas ‘inversiones indirectas’, ni la de pronunciarse, en términos generales, sobre los eventuales derechos de los accionistas de una sociedad por las actuaciones de un Estado que lleguen a afectar a la sociedad de la cual son accionistas. La excepción jurisdiccional planteada por la Demandada se refiere específicamente al Tratado y al alcance del consentimiento de la Demandada en el Tratado.” Ver también Voto de la Mayoría, ¶320: “[E]l tema en discusión no es si la propiedad o tenencia indirecta en general es objeto de protección en el derecho internacional de las inversiones, sino el alcance específico del artículo 8.1 del Tratado para efectos de esta controversia.” En igual sentido, Voto de la Mayoría, ¶284 y ¶326.

inversión por el inversionista sin la utilización de sociedades intermedias a quienes el inversionista también controla.”⁷⁴ En la Sección II.A.5 explicaré por qué no es posible estar de acuerdo con esta afirmación en lo que respecta a la protección de las inversiones indirectas en el Tratado. El punto ahora es que el análisis jurisdiccional comienza antes. El Artículo 8.1, tal como ha sido debatido por las Partes, nos enfrenta a la pregunta sobre la existencia de una inversión a pesar de que el alegado inversor no ha tenido un involucramiento activo con su alegada inversión. Esta cuestión previa y distinta, que Bolivia calificó como su “argumento principal” en materia de jurisdicción,⁷⁵ no es resuelta por mis colegas en el pasaje citado.

78. De acuerdo con el Artículo 31.1 de la Convención de Viena, “Un 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.”⁷⁶ Empecemos, pues, por la literalidad del Tratado.

a. Los términos del Tratado

79. El Artículo 8.1 del Tratado dispone lo siguiente:

*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 hayan sido arregladas legalmente y amigablemente, pasado un periodo 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.*⁷⁷

80. Por su parte, el Artículo 1(a) del Tratado entre Bolivia y el Reino Unido dispone lo siguiente:

Para los fines del presente Convenio

⁷⁴ Voto de la Mayoría, ¶319.

⁷⁵ Memorial de Dúplica, ¶264.

⁷⁶ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (CLA-11).

⁷⁷ A los fines de facilitar la tarea de comparación con los tratados relevantes en los precedentes que analizaremos en esta sección, transcribo también aquí el texto en inglés del Artículo 8.1 del Tratado:

(1) Disputes between a national or company of one Contracting Party and the other Contracting Party concerning an obligation of the latter under this Agreement in relation to an investment of the former which have not been legally and amicably settled shall after a period of six months from written notification of a claim be submitted to international arbitration if either party to the dispute so wishes.

(a) el concepto "inversiones" significa toda clase de bienes capaces de producir rentas y en particular, aunque no exclusivamente, comprende:

(i) bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales, como hipotecas y derechos de prenda;

(ii) acciones, títulos y obligaciones de sociedades o participación en los bienes de dichas sociedades;

(iii) derechos a fondos o a prestaciones bajo contrato que tengan un valor económico;

(iv) derechos de propiedad intelectual y goodwill;

(v) cualesquiera concesiones de tipo comercial otorgadas por las Partes Contratantes de conformidad con sus respectivas leyes, incluidas las concesiones para la exploración, cultivación, extracción o explotación de recursos naturales.

Un cambio de la forma de inversión de los bienes no afecta su condición de inversiones. Las inversiones realizadas antes de la fecha de entrada en vigor así como las realizadas después de la entrada en vigor se beneficiaran de las disposiciones del presente Convenio.⁷⁸

81. Manteniéndonos dentro de las cuatro paredes de la literalidad del Tratado, y sin necesidad de recurrir a ninguna fuente ajena al texto del Tratado, vemos que la protección se extiende a inversiones de inversores de uno de los Estados Parte en el territorio del otro Estado Parte. En la versión en inglés del Tratado se utilizan dos preposiciones distintas para los pasajes referidos a

⁷⁸ A los fines de facilitar la tarea de comparación con los tratados relevantes en los precedentes que analizaremos en esta sección, transcribo también aquí el texto en inglés del Artículo 1(a) del Tratado:

For the purposes of this Agreement;

(a) " investment" means every kind of asset which is capable of producing returns and in particular, though not exclusively, includes:

(i) movable and immovable property and any other property rights such as mortgages, liens or pledges;

(ii) shares in and stock and debentures of a company and any other form of participation in a company;

(iii) claims to money or to any performance under contract having a financial value;

(iv) intellectual property rights and goodwill;

(v) any business concessions granted by the Contracting Parties in accordance with their respective laws, including concessions to search for, cultivate, extract or exploit natural resources.

A change in the form in which assets are invested does not affect their characters as investments. Investments made before the date of entry into force as well as those made after entry into force shall benefit from the provisions of this Agreement.

la inversión⁷⁹ en los que en la versión en castellano se utiliza la misma preposición “de”: “of” y “by”.⁸⁰

82. El significado ordinario de la preposición “of”, de acuerdo con el Diccionario de Oxford de la Lengua Inglesa, es, en su tercera acepción, a la vez “indicación de una asociación entre dos entidades, típicamente una de pertenencia, en la que la primera es el encabezado de la frase y la segunda es algo asociado con ella”⁸¹ y “expresión de la relación entre un autor, artista o compositor y sus trabajos”⁸². Ejemplos de lo primero serían frases como “el hijo de un amigo” o “el gobierno de India”.⁸³ Ejemplos de lo segundo serían frases como “las obras de Shakespeare” o “las pinturas de Rembrandt”.⁸⁴
83. Por su lado, el significado ordinario de la preposición “by”, de acuerdo con el Diccionario de Oxford de la Lengua Inglesa, es, en su primera y principal acepción, una relación de autoría, de acción, “la identificación del agente que realiza una acción” (“*identifying the agent performing an action*”). Ejemplos de ello serían frases como: “la puerta fue abierta por mi prima Annie”, “el daño fue causado por el fuego”, “una decisión clara tomada por el electorado”, “años de dura recaudación de fondos realizada por la población local”, “un libro escrito por Ernest

⁷⁹ Las Partes han discutido sobre el significado de estas preposiciones para la definición de inversión bajo el Tratado con referencia al Diccionario de Oxford, incorporado como autoridad legal RLA-48 en el expediente, tal como puede apreciarse en Memorial de Contestación, ¶228, Memorial de Dúplica, ¶252 y Memorial de Dúplica sobre Jurisdicción, ¶57 y nota al pie n° 182. Mis colegas también discuten el alcance de estas preposiciones con referencia al Diccionario de Oxford, según se aprecia en Voto de la Mayoría ¶301 y nota al pie n° 468. La Demandante se ha referido a la “afición” de Bolivia por utilizar definiciones de diccionario, y ha procedido a su vez a utilizar la definición del adjetivo “pronto” que brinda el Diccionario de Oxford. Ver Memorial de Réplica, ¶296.

⁸⁰ Así, por ejemplo, vemos que en el Preámbulo se afirma que Bolivia y el Reino Unido celebran el Tratado “*Desiring to create favourable conditions for greater investment by nationals and companies of one State in the territory of the other State*” (versión en inglés) “Animados del deseo de crear condiciones favorables para mayores inversiones de capital de los nacionales o sociedades de un Estado en el territorio del otro Estado” (versión en castellano). De igual manera, en el Artículo 8.1 del Tratado se contempla el arbitraje inversor-Estado para “*Disputes between a national or company of one Contracting Party and the other Contracting Party concerning an obligation of the latter under this Agreement in relation to an investment of the former...*” (versión en inglés) “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” (versión en castellano).

⁸¹ Ver Diccionario de Oxford de la Lengua Inglesa (RLA-48): “*Indicating an association between two entities, typically one of belonging, in which the first is the head of the phrase and the second is something associated with it*”.

⁸² Ver Diccionario de Oxford de la Lengua Inglesa (RLA-48): “*Expressing the relationship between an author, artist, or composer and their works*”.

⁸³ Ver Diccionario de Oxford de la Lengua Inglesa (RLA-48): “*the son of a friend*”, “*the government of India*”.

⁸⁴ Ver Diccionario de Oxford de la Lengua Inglesa (RLA-48): “*the plays of Shakespeare*”, “*the paintings of Rembrandt*”.

Hemingway”.⁸⁵ El Diccionario de Oxford de la Lengua Inglesa no contempla ninguna acepción de la palabra “by” que remita a una relación de pertenencia.

84. Como vemos, las palabras escogidas por los Estados Parte del TBI Reino Unido-Bolivia para referirse a la relación entre el inversor y la inversión establecen un involucramiento activo del inversor con la inversión, toda vez que el único significado común a ambas expresiones “of” y “by” es el significado activo de autoría, “la identificación del agente que realiza una acción”. Es imprescindible ceñirnos al significado que tengan en común ambas preposiciones, porque de otra manera sería inexplicable que la versión en castellano del Tratado utilice la misma preposición “de” en los pasajes en que se refiere a la relación entre el inversor y la inversión, en los que en la versión en inglés se utilizan indistintamente las preposiciones “of” y “by”, siendo que, por supuesto, se trata del mismo texto, con carácter auténtico, en los dos idiomas⁸⁶ y debe ser interpretado de la misma manera en los dos idiomas.
85. Por lo tanto, el texto del Tratado no admite una relación pasiva, nominal con la alegada inversión, sino que requiere un involucramiento activo con la realización de una inversión, tal que haga posible predicar que la inversión es “de” el alegado inversor que se presenta como demandante. Sin este elemento de involucramiento activo con la realización de la inversión no podría considerarse que estamos en presencia de un inversor que ha realizado una inversión y que, por tanto, puede considerarse comprendido en el consentimiento al arbitraje prestado por los Estados Parte del Tratado.⁸⁷

b. El contexto de los términos del Tratado

86. El contexto de los términos del Tratado bajo análisis confirma esta interpretación, en tanto – como analizaremos seguidamente– el Tratado refiere a inversiones “realizadas” o “efectuadas” (“made”) en vez de a inversiones “tenidas” (“held”) o “de pertenencia de” (“owned”).

⁸⁵ Ver Diccionario de Oxford de la Lengua Inglesa (RLA-48): “the door was opened by my cousin Annie”, “damage caused by fire”, “a clear decision by the electorate”, “years of hard fund-raising work by local people”, “a book by Ernest Hemingway”.

⁸⁶ Tal como se indica al cierre del Tratado, antecediendo la firma de los representantes del Reino Unido y de Bolivia: “Hecho en doble ejemplar en la ciudad de La Paz, a los veinticuatro días del mes de mayo de mil novecientos ochenta y ocho años, en idiomas ingles y español, siendo ambos textos igualmente auténticos” (versión en castellano) y “Done in duplicate at La Paz this twenty fourth day of May 1988 in the English and Spanish languages, both texts being equally authoritative” (versión en inglés).

⁸⁷ Mis colegas no pueden dejar de reconocer que el Tratado “es la disposición que contiene el consentimiento de la Demandada al arbitraje” (Voto de la Mayoría, ¶324). Sin embargo, su decisión tuerce los límites del consentimiento brindado por las Partes Contratantes en el Tratado.

87. Un criterio similar respecto de la interpretación más razonable a dar al término “de” es el que ha sido expuesto por el tribunal del caso *Standard Chartered c. Tanzania*, según el cual la preposición “de” (“of”) en la cláusula de resolución de controversias inversor-Estado de un TBI con un texto esencialmente igual al del Tratado⁸⁸ requiere una relación activa entre el inversor y la inversión, debiendo demostrarse que la inversión fue hecha bajo la dirección de la parte demandante, o bien que fue financiada por la parte demandante, o bien que fue controlada de una manera directa y activa por la parte demandante, sin que sea suficiente la mera propiedad pasiva o abstracta de acciones:

Having considered the ordinary meaning of the BIT’s provision for ICSID arbitration when a dispute arises between a Contracting State to the BIT and a national of the other Contracting State concerning an investment “of” the latter set out in Article 8(1) of the UK- Tanzania BIT, the context of that provision and the object and purpose of the BIT, the Tribunal interprets the BIT to require an active relationship between the investor and the investment. To benefit from Article 8(1)’s arbitration provision, a claimant must demonstrate that the investment was made at the claimant’s direction, that the claimant funded the investment or that the claimant controlled the investment in an active and direct manner. Passive ownership of shares in a company not controlled by the claimant where that company in turn owns the investment is not sufficient.

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

*Rather, for an investment to be “of” an investor in the present context, some activity of investing is needed, which implicates the claimant’s control over the investment or an action of transferring something of value (money, know-how, contacts, or expertise) from one treaty-country to the other.*⁸⁹

88. La cuestión que enfrentamos es transparente: de acuerdo con el texto del Tratado, específicamente con su Artículo 8.1, para que un tribunal arbitral internacional tenga jurisdicción bajo el Tratado el inversor demandante tiene que haber hecho la inversión por la que reclama. Si la inversión fue hecha por ese inversor, entonces la inversión es de ese inversor. Si la inversión no fue hecha por ese inversor, entonces la inversión no es de ese inversor y, por lo tanto, en realidad no es un inversor ni puede invocar la protección del Tratado.

89. El voto de la mayoría no reconoce el peso de la decisión del tribunal del caso *Standard Chartered c. Tanzania* postulando una distinción entre el derecho aplicable y los hechos de

⁸⁸ Ver *infra*, ¶¶91-3.

⁸⁹ *Standard Chartered Bank c. República de Tanzania*, caso CIADI No. ARB/10/12, laudo del 2 de noviembre de 2012 (Park, Legum, Pryles) (RLA-60), ¶¶230-232 (énfasis añadido).

ambos casos.⁹⁰ No comparto la diferenciación que proponen mis colegas. Este análisis es relevante, además, en tanto explica por qué no es suficiente, para que exista una inversión, como pretenden mis colegas, que la demandante sólo haya constituido una sociedad o posea acciones en una sociedad —asumiendo que ello hubiera podido considerarse probado respecto de SAS en este caso—. ⁹¹

90. En primer lugar, el voto de la mayoría afirma que el caso *Standard Chartered c. Tanzania* se basa en un tratado cuya definición de inversión es diferente a la del Tratado aplicable en nuestro caso. Preliminarmente, debo señalar que la mera constatación de diferencias textuales entre un tratado y otro carece de relevancia argumentativa. Lo que importa es cuáles son las diferencias que existen entre un texto normativo y otro y por qué son relevantes.
91. En ese sentido, podemos comprobar que la definición de “inversión” contenida en el Artículo 1 del tratado aplicable en el caso *Standard Chartered c. Tanzania* (el tratado entre Tanzania y el Reino Unido) es casi idéntica a la definición de “inversión” contenida en el Tratado entre Bolivia y el Reino Unido que hemos transcripto más arriba,⁹² incluyendo la misma definición amplia de inversiones como “todo tipo de activos” y las “acciones... toda otra forma de participación en una compañía” como uno de los ejemplos de formas posibles de inversión:

Article 1

For the purpose of this Agreement:

(a) *"investment" means every kind of asset admitted in accordance with the legislation and regulations in force in the territory of the Contracting Party in which the investment is made and, in particular, though not exclusively, includes:*

(i) *movable and immovable property and any other property rights such as mortgages, liens or pledges;*

(ii) *shares in and stock and debentures of a company and any other form of participation in a company;*

(iii) *claims to money or to any performance under contract having a financial value;*

⁹⁰ Dicen mis colegas: “[R]especto al laudo en el caso *Standard Chartered Bank c. Tanzania*, encuentra la mayoría del Tribunal que si bien es cierto que el tribunal sostuvo que la proposición ‘de’ en la frase ‘inversión [del demandante]’ requería ‘cierta actividad de inversión’, el tribunal en ese caso se fundó en el tratado bilateral de inversión entre el Reino Unido y Tanzania, cuya definición de ‘inversión’ es diferente a la del Tratado. Además, fue particularmente relevante en dicha decisión que la sociedad que inició el arbitraje no controlaba a la subsidiaria que había efectuado la inversión —un préstamo a una sociedad tanzana—, situación fundamentalmente diferente a la discutida en este arbitraje en el que la inversión consiste en acciones en una sociedad boliviana —CMMK— y la Demandante detenta el 100% de las acciones de las sociedades intermedias que, a su vez, detentan el 100% de las acciones de CMMK.” Voto de la Mayoría, ¶340.

⁹¹ En relación con las severas insuficiencias y defectos de los documentos aportados por la Demandante en este caso, ver *supra*, Sección II.A.2.

⁹² Ver *supra*, ¶80.

- (iv) *intellectual property rights, goodwill, technical processes and know-how;*
(v) *business concessions conferred by law or under contract, including concessions to search for, cultivate, extract or exploit natural resources.*⁹³

92. Lo mismo aplica a la cláusula de resolución de controversias inversor-Estado y la preposición “de” en relación con la realización de la inversión:

Article 8.1

*Each Contracting Party hereby consents to submit to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (hereinafter referred to as "the Centre") for settlement by conciliation or arbitration under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States opened for signature at Washington on 18 March 19651 any legal dispute arising between that Contracting Party and a national or company of the other Contracting Party concerning an investment of the latter in the territory of the former.*⁹⁴

93. Es sobre la base de estos artículos casi idénticos a los del Tratado Bolivia-Reino Unido que el tribunal del caso *Standard Chartered c. Tanzania* llegó a la conclusión sobre la existencia de inversión que hemos referido.

94. La definición de inversión del Tratado Bolivia-Reino Unido no contiene, en el *chapeau* del Artículo 1(a), la expresión “made” en relación con la inversión, es decir, la expresión “realizada” o “efectuada” en relación con la inversión definida en ese artículo, a diferencia del *chapeau* del Artículo 1 del Tratado Tanzania-Reino Unido que sí la contiene. Pero, contrariamente a lo que pretende la Demandante⁹⁵ y aceptan mis colegas,⁹⁶ esta diferencia no socava sino que fortalece el argumento jurisdiccional de la Demandada.

95. Ello así, porque el tribunal del caso *Standard Chartered c. Tanzania* específicamente se refirió a esa palabra dentro del análisis del texto y contexto del Artículo 8(1) del Tratado Tanzania-Reino Unido en seguimiento de las pautas interpretativas del Artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.⁹⁷ El tribunal indagó qué tipo de acción –si alguna– exigía el tratado en relación con la inversión protegida. Si exigía una acción de “realizar” (*investments made*), entonces exigía una relación activa entre el inversor y la inversión, un involucramiento

⁹³ TBI entre el Reino Unido y Tanzania, Artículo 1(a) (énfasis añadido).

⁹⁴ TBI entre el Reino Unido y Tanzania, Artículo 8.1 (énfasis añadido).

⁹⁵ Escrito Posterior a la Audiencia de SAS, ¶45.

⁹⁶ Ver Voto de la Mayoría, nota al pie n° 486: “Para soportar la afirmación de que dicho tratado requería cierta actividad de inversión, el tribunal de *Standard Chartered c. Tanzania* hizo particular énfasis en el término “made” que aparece en la definición de “inversión” recién transcrita, así como en otras disposiciones del tratado correspondiente.”

⁹⁷ *Standard Chartered Bank c. República de Tanzania*, caso CIADI No. ARB/10/12, laudo del 2 de noviembre de 2012 (Park, Legum, Pryles) (RLA-60), ¶¶206-225.

activo en la realización de la inversión, en vez de la pura propiedad pasiva. Si, en cambio, el tratado no exigía acción alguna en relación con la inversión, o bien si exigía una acción de “tener” o “tener la pertenencia de” la inversión, entonces el tratado era menos estricto respecto de la relación activa entre el inversor y la inversión.⁹⁸

96. El tribunal del caso *Standard Chartered c. Tanzania* advirtió que el tratado Tanzania-Reino Unido se refería a inversiones “realizadas” por el inversor (en vez de a inversiones “tenidas” o inversiones “pertenecientes a”), encontrando esa expresión en diversas partes de ese TBI, no sólo en el Artículo 1.⁹⁹
97. Tal como en el caso del tratado Tanzania-Reino Unido, el Tratado Bolivia-Reino Unido se refiere a inversiones “realizadas” (en vez de a inversiones “tenidas” o inversiones “pertenecientes a”), encontrándose esa expresión en diversas partes del TBI, incluido el propio Artículo 1(a) que trae la definición de inversión.
98. Las primeras dos ocasiones las encontramos en el mencionado Artículo 1(a), segundo párrafo, del Tratado:

Un cambio de la forma de inversión de los bienes no afecta su condición de inversiones. Las inversiones realizadas antes de la fecha de entrada en vigor así como las realizadas después de la entrada en vigor se beneficiarán de las disposiciones del presente Convenio.¹⁰⁰

99. La tercera ocasión la encontramos en el Artículo 13 del Tratado:

El presente Convenio permanecerá en vigor por un período de diez años. Posteriormente continuará en vigor hasta la expiración de un período de doce meses contando a partir de la fecha en que una de las Partes Contratantes haya notificado la denuncia por escrito a la otra. No obstante, en lo referente a inversiones efectuadas mientras el Convenio permanezca en vigor, sus disposiciones continuarán teniendo su efecto en lo referente a dichas inversiones por un período de veinte años contando a partir de la

⁹⁸ *Id.*, ¶221.

⁹⁹ *Id.*, ¶¶222-224.

¹⁰⁰ TBI entre el Reino Unido y Bolivia, (C-1), Artículo 1(a), segundo párrafo. A los fines de facilitar la tarea de comparación con los tratados relevantes en los precedentes que analizaremos en esta sección, transcribo también aquí el texto en inglés del segundo párrafo del Artículo 1(a) del Tratado:

A change in the form in which assets are invested does not affect their characters as investments. Investments made before the date of entry into force as well as those made after entry into force shall benefit from the provisions of this Agreement.

*fecha de la terminación del mismo, y sin perjuicio a la aplicación posterior de las reglas del Derecho Internacional General.*¹⁰¹

100. La clara presencia textual de la expresión “realizadas” o “efectuadas” (“*made*”) en relación con las inversiones protegidas por el Tratado Bolivia-Reino Unido, sumada a la ausencia de expresiones alternativas como inversiones “tenidas” o “pertencientes a”, nos conduce a las mismas conclusiones a que la misma circunstancia condujo al tribunal del caso *Standard Chartered c. Tanzania*:

[It is] open to interpretation whether “by” in Article 11 and the preamble implies “investment held/owned by” investor, or “investment made by” investor, a formulation that would connote a more active relationship between investor and investment.

Elsewhere in its provisions, however, the treaty repeatedly uses a verb to address the relationship between investor and protected investments. Article 1(a) of the BIT defines the term “investment” for purposes of the treaty. In its first paragraph, it refers to the “territory of the Contracting State in which the investment is made”. Its last paragraph includes within its definition of investment “all investments, whether made before or after the date of entry into force of this Agreement.” Similarly, the third sentence of Article 14 extends the protections of the treaty for twenty years after termination of “investments made whilst this Agreement is in force.” Again, nothing in these provisions suggests that the Contracting States in these provisions contemplated a relationship between investor and investment different from that in other provisions of the treaty, including Article 8(1). As noted above, the verb “made” implies some action in bringing about the investment, rather than purely passive ownership.

*By contrast, the BIT nowhere uses the verb “own” or “hold” in connection with an investment by or of an investor.*¹⁰²

101. Por cierto, cabe destacar que la misma Demandante acepta que su caso es el de una inversión “pertenciente a” (“*owned*”), en vez de un caso de una inversión “realizada”.¹⁰³ Pero, como

¹⁰¹ TBI entre el Reino Unido y Bolivia, (C-1) Artículo 13, segundo párrafo. A los fines de facilitar la tarea de comparación con los tratados relevantes en los precedentes que analizaremos en esta sección, transcribo también aquí el texto en inglés del segundo párrafo del Artículo 13 del Tratado:

This Agreement shall remain in force for a period of ten years. Thereafter it shall continue in force until the expiration of twelve months from the date on which either Contracting Party shall have given written notice of termination to the other. Provided that in respect of investments made whilst the Agreement is in force, its provisions shall continue in effect with respect to such investments for a period of twenty years after the date of termination and without prejudice to the application thereafter of the rules of general international law.

¹⁰² *Standard Chartered Bank c. República de Tanzania*, caso CIADI No. ARB/10/12, laudo del 2 de noviembre de 2012 (Park, Legum, Pryles) (RLA-60), ¶¶221-223 (énfasis añadido).

¹⁰³ Escrito Posterior a la Audiencia de SAS, ¶50.

vimos, el texto del Tratado requiere que el inversor haya realizado una inversión, no sólo que la “tenga”.¹⁰⁴

102. En segundo lugar, no es cierto que el tribunal del caso *Standard Chartered c. Tanzania* haya tomado su decisión basado en el hecho de que la demandante en ese caso no “controlaba” en términos de participación accionaria a la compañía que tenía la alegada inversión. Si bien consideró la participación accionaria de la empresa demandante en el marco de la discusión del precedente *Cemex c. Venezuela*,¹⁰⁵ el tribunal se ocupó específicamente de aclarar que su decisión respecto de la ausencia de inversión no dependía del control en términos de porcentaje accionario sino del control del proceso de inversión como tal:

*For the avoidance of doubt, however, the Tribunal confirms its view that the UK-Tanzania BIT requires control of the investment process itself, which in some cases might be demonstrated through evidence that a third country subsidiary was acting under the alleged investor’s direction. No such control or direction can be found on the basis of Claimant’s evidentiary submissions.*¹⁰⁶

103. En efecto, el tribunal de *Standard Chartered v. Tanzania* apoyó su decisión en la ausencia de rastros de control sobre el proceso de inversión de la empresa demandante, aun si hubiera “hecho” la inversión a través de la actividad de una compañía bajo su control:

For a putative investor to have valid rights pursuant to the UK-Tanzania BIT, that investor should have “made” the investment in an active sense, even if operating through the agency of a company under its control. The activities qualified as relevant investment under the BIT would include the activity of purchasing debt, which was done by SCB Hong Kong, not Claimant.

Here, however, the record reflects no action by Claimant itself concerning the investment and Claimant has explicitly disavowed any reliance on control of SCB HK or its assets. Absent any such control, it is difficult to perceive in this record any evidence that could serve to show that the investment process was actually made at the direction of Claimant as

¹⁰⁴ Es interesante notar que mis colegas no pueden evitar utilizar el lenguaje específico del Tratado cuando se refieren a la inexistente inversión de SAS. Así, por ejemplo, en el ¶331 de su voto se refieren a efectuar la inversión: “Es cierto, como lo afirma la Demandada, que el citado preámbulo señala que los Estados parte en el Tratado buscan crear condiciones favorables para “mayores inversiones de capital” de sociedades del otro Estado. Pero de allí no se puede concluir que quien califica como inversionista, por ser sociedad de un Estado parte en el Tratado, no pueda obtener recursos de agentes externos o de compañías del grupo al que pertenece para efectuar la inversión.” (énfasis egregado). No obstante, mis colegas se apartan de la conclusión a que ese lenguaje del Tratado conduce.

¹⁰⁵ *Standard Chartered Bank c. República de Tanzania*, caso CIADI No. ARB/10/12, laudo del 2 de noviembre de 2012 (Park, Legum, Pryles) (RLA-60), ¶¶247-253.

¹⁰⁶ *Id.*, ¶254 (énfasis añadido).

investor.¹⁰⁷

104. Tercero, como ya vimos,¹⁰⁸ al igual que en el caso *Standard Chartered c. Tanzania*, aquí no hay pruebas de que SAS haya ejercido ningún control ni realizado actos de dirección (ni de cualquier otro tipo) en relación con la alegada inversión en Bolivia.

105. Otros tribunales han alcanzado decisiones similares en este sentido. Así, por ejemplo, en el caso *Caratube c. Kazajistán* se estableció que más allá de la existencia o no de un requisito de “origen de capital” en el TBI, igualmente “tiene que haber algún vínculo económico entre ese capital y el supuesto inversor que le permita al Tribunal decidir que una determinada inversión es una inversión de ese particular inversor”.¹⁰⁹

106. La Demandante intenta diferenciar su caso del precedente *Caratube c. Kazajistán* alegando que en ese caso el tribunal tomó su decisión sobre la base del requisito de control incluido en el Artículo 25.2(b) del Convenio CIADI.¹¹⁰ Esto es incorrecto. La decisión que tomó el tribunal en *Caratube c. Kazajistán* respecto de la existencia o no de una inversión fue tomada de acuerdo con los términos del TBI (no del Convenio CIADI) y con independencia de la determinación sobre la existencia o no de control extranjero, tal como el tribunal se ocupó de indicar expresamente:

*Even if control had been shown, as discussed above, existence of an investment denotes an economic arrangement requiring a contribution to make profit, and thus involving some degree of risk.*¹¹¹

107. Asimismo, la decisión del tribunal del caso *Caratube c. Kazajistán* fue tomada aun concediendo el argumento —que mis colegas formulan en su voto— según el cual la ausencia de un requisito expreso en el tratado respecto del origen de capital hace innecesario analizar cuál es el origen de los fondos para establecer si existe una inversión protegida por el tratado. El tribunal del caso *Caratube c. Kazajistán* señaló que aun así el capital debía tener alguna vinculación con la persona que alega haber realizado la inversión:

Claimant insisted that the origin of capital used in investments is immaterial. This is correct, however, the capital must still be linked to the person

¹⁰⁷ *Id.*, ¶260-261 (énfasis añadido).

¹⁰⁸ Ver *supra*, Sección II.A.2.

¹⁰⁹ *Caratube International Oil Company LLP c. Republica de Kazakstán*, caso CIADI No. ARB/08/12, laudo del 5 de junio de 2012 (Böckstiegel, Griffith, Hossain) (RLA-59), ¶456.

¹¹⁰ Escrito Posterior a la Audiencia de SAS, ¶73.

¹¹¹ *Caratube International Oil Company LLP c. Republica de Kazakstán*, caso CIADI No. ARB/08/12, laudo del 5 de junio de 2012 (Böckstiegel, Griffith, Hossain) (RLA-59), ¶408.

*purporting to have made an investment. In this case there is not even evidence of such a link.*¹¹²

108. La decisión del tribunal en *Caratube c. Kazajistán* al respecto tomó en cuenta también el pago de un precio meramente nominal por las acciones como indicativo de la ausencia de una inversión, y considera sobre todo que esa participación accionaria era toda la contribución alegada por el inversor:

*[P]ayment of only a nominal price and lack of any other contribution by the purported investor must be seen as an indication that the investment was not an economic arrangement, is not covered by the term ‘investment’ as used in the BIT, and thus is an arrangement not protected by the BIT.*¹¹³

109. Como vimos más arriba, esta situación es sustancialmente análoga a la que enfrentamos en nuestro caso, tal como lo reconoce la Demandante cuando describe su propio accionar.¹¹⁴

110. Si hay “peculiaridades” en el “patrón fáctico”¹¹⁵ del caso *Caratube c. Kazajistán* comparado con nuestro caso no hay modo de ver que éstas favorezcan la posición jurisdiccional de SAS. Recordemos que el Sr. Devincci Hourani —respecto de quien el tribunal del caso *Caratube c. Kazajistán* rechazó jurisdicción— habría pagado USD 6.500 por el 92% de su participación accionaria, mientras que aquí SAS habría pagado USD 104 por el 100% de su participación accionaria.¹¹⁶

c. El objeto y fin del Tratado

111. Además de la interpretación del texto y el contexto del Tratado que hemos realizado a la luz de los precedentes relevantes, es necesario considerar su objeto y fin. Los tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones reflejan una negociación bilateral entre Estados. En este caso, se invoca el TBI celebrado entre el Reino Unido y Bolivia, no entre Canadá y Bolivia. Entre Canadá y Bolivia no existe un TBI.

112. De acuerdo con el Artículo 31 de la Convención de Viena, la consideración del objeto y fin de un tratado es uno de los aspectos relevantes para su interpretación. Para entender el objeto y fin

¹¹² *Id.*, ¶456 (énfasis añadido).

¹¹³ *Id.*, ¶435.

¹¹⁴ Escrito Posterior a la Audiencia de SAS, ¶40.

¹¹⁵ Escrito Posterior a la Audiencia de SAS, ¶73.

¹¹⁶ Ver *Caratube International Oil Company LLP c. Republica de Kazakstán*, caso CIADI No. ARB/08/12, laudo del 5 de junio de 2012 (Böckstiegel, Griffith, Hossain) (RLA-59), ¶437: “A putative transaction to pay USD 6,500 for 92% for an enterprise into which over USD 10 million have been invested and for which later a relief of over USD 1 billion is sought calls for explanation and justification.”

del Tratado es útil considerar su preámbulo.¹¹⁷ En el Preámbulo del Tratado Reino Unido-Bolivia leemos que los Estados Parte celebran el Tratado

“Animados del deseo de crear condiciones favorables para mayores inversiones de capital de los nacionales o sociedades de un Estado en el territorio del otro Estado;

Reconociendo que el fomento y la protección recíproca mediante acuerdos internacionales de esas inversiones de capital pueden servir para estimular la iniciativa económica privada y aumentará la prosperidad de ambos Estados;”

113. El Preámbulo explícitamente refleja que el objeto y fin del Tratado fue crear condiciones favorables para aumentar la inversión de nacionales o compañías de uno de los Estados Parte en el territorio del otro, para estimular la iniciativa económica privada y aumentar la prosperidad de ambos Estados.

114. Más allá del análisis que sigue, la lectura del Preámbulo impone un interrogante preliminar. ¿Es posible aceptar sensatamente que un mero traspaso de acciones a una sociedad de papel puede implicar “mayores inversiones” o que puede “aumentar la prosperidad de ambos Estados”? ¿En qué podría haber sido “mayor” o “aumentada” la inversión de nacionales del Reino Unido en Bolivia por el traspaso de acciones a una sociedad de papel constituida en un territorio al que se extiende el alcance del Tratado?

115. En relación con este tema, como vimos¹¹⁸ la mayoría afirma que “Es cierto, como lo afirma la Demandada, que el citado preámbulo señala que los Estados Parte en el Tratado buscan crear condiciones favorables para ‘mayores inversiones de capital’ de sociedades del otro Estado. Pero de allí no se puede concluir que quien califica como inversionista, por ser sociedad de un Estado Parte en el Tratado, no pueda obtener recursos de agentes externos o de compañías del grupo al que pertenece para efectuar la inversión. En efecto, no hay nada en el Tratado que indique que el Tribunal debe examinar los orígenes del capital invertido por un inversionista para efectos de decidir sobre su jurisdicción.”¹¹⁹ A mi modo de ver, esta interpretación de la mayoría del

¹¹⁷ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (CLA-11). Esto es aceptado por mis colegas, tal como podemos leer en el Voto de la Mayoría, ¶330: “El preámbulo del Tratado, que sirve para ayudar a desentrañar su objeto y fin.” Los tribunales arbitrales de inversión se dirigen habitualmente al preámbulo de los tratados durante la crucial tarea de indagar su objeto y fin, tal como lo constatan, por ejemplo, Rudolf Dolzer y Christoph Schreuer en su libro *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008 (CLA-62), ¶330: “A treaty’s object and purpose is among the primary guides for interpretation listed in Article 31 VCLT. Tribunals have frequently interpreted investment treaties in the light of their object and purpose, often by looking at their preambles.”

¹¹⁸ Ver *supra*, nota a pie nro. 104.

¹¹⁹ Voto de la Mayoría, ¶331.

Tribunal desnaturaliza la intención de los suscriptores de un tratado, haciendo un análisis en mi opinión distorsionado.

116. Tal como vimos en relación con el caso *Caratube c. Kazajistán*, que exista o no un requisito de origen de capital en el Tratado no releva a la Demandante de la necesidad de haber hecho una inversión para poder invocar el Tratado. Esto es coincidente con lo afirmado por mis colegas en el pasaje recién citado, en el que afirman que el inversionista puede haber recibido recursos de agentes externos “para efectuar la inversión”. Mis colegas reconocen así que el origen de los fondos y la realización de una inversión son cuestiones distintas. Allí está, justamente, el principal problema de SAS en este caso: que no efectuó una inversión. Que haya o no un requisito de “origen de capital” en el Tratado no impacta sobre esa constatación que ofrece la lectura no sesgada de la evidencia del caso.¹²⁰ Es insustancial producir una polémica sobre el origen de una inversión que SAS no hizo.
117. En similar desacierto incurren mis colegas cuando postulan que “Lo que pretende Bolivia es que el Tribunal desconozca la inversión protegida —la propiedad indirecta de las acciones de CMMK por parte de SAS y la titularidad de las Concesiones Mineras por parte de CMMK— analizando quién aportó los recursos para el Proyecto, test económico que no prevé en parte alguna el Tratado.”¹²¹ Esto es incorrecto. Antes de discutir si el Tratado exige que todos los recursos o la tecnología provengan de uno u otro lugar, corresponde determinar si el alegado inversor realizó algún tipo de acto que revele un involucramiento activo con la realización de una inversión. No hay prueba de que el alegado inversor en este arbitraje, SAS, haya hecho inversión alguna en Bolivia en los términos exigidos por el TBI Bolivia-Reino Unido.
118. La mayoría sostiene que “La Demandada no cuestiona la propiedad por parte de SAS de las acciones de las sociedades que son accionistas de CMMK ni la proveniencia de los fondos para la adquisición de tales acciones que —se repite— constituyen una inversión protegida bajo el Tratado. Su objeción se centra en el origen de ciertos recursos y tecnologías utilizados por CMMK para las Concesiones Mineras.”¹²² Sin embargo, como ya indiqué *supra*,¹²³ la mayoría reconoció¹²⁴ que Bolivia sostiene que, para que exista una inversión, es necesario que el alegado inversor haya participado activamente en la realización de la inversión en el Estado receptor, y Bolivia, por su parte, enfatizó que el argumento según el cual el TBI no protege a quien —como

¹²⁰ Ver *supra*, Sección II.A.4.

¹²¹ Voto de la Mayoría, ¶343.

¹²² *Id.*, ¶342.

¹²³ Ver *supra*, ¶15.

¹²⁴ Voto de la Mayoría, ¶326.

SAS, según Bolivia— no ha realizado una inversión era su “argumento principal”.¹²⁵ La discusión sobre la existencia o no de un requisito de origen de capital en el Tratado no desplaza la determinación anterior y fundamental sobre si existe o no algún tipo de acto que pueda ser caracterizado como una inversión de SAS en Bolivia, independientemente de la proveniencia de los eventuales recursos y tecnologías que SAS podría haber utilizado para la realización de esa eventual inversión.

119. Establecido lo anterior, salta a la vista una inconsistencia adicional en el razonamiento de la mayoría sobre este punto. Por un lado, mis colegas declaran que, dado que el Tratado no incorpora expresamente una cláusula de origen de capital debe considerarse que el Tratado no exige que el capital o los recursos utilizados en la inversión tengan su origen en el Estado en el que fue constituido o incorporado el inversionista.¹²⁶ Pero, por el otro lado, mis colegas declaran que, dado que el Tratado no incorpora expresamente una cláusula que disponga la protección de las inversiones indirectas, debe considerarse que el Tratado sí protege las inversiones indirectas.¹²⁷ Dicho de otra manera: en su interpretación del Tratado en materia de jurisdicción la mayoría le otorga al silencio a veces un sentido negativo y a veces un sentido positivo, todas las veces favoreciendo la pretensión jurisdiccional de SAS. No puedo compartir esto.

120. En definitiva, el objeto y fin del Tratado confluye hacia la misma conclusión que la literalidad y el contexto de los artículos del Tratado ya analizados bajo las reglas de la Convención de Viena. No existen elementos jurídicos para considerar que los Estados Parte del Tratado Reino Unido-Bolivia consintieron que el Tratado sea utilizado para proteger supuestas inversiones de inversores de terceros países (como Canadá) a través del uso de una sociedad de papel que no haya realizado ninguna inversión en Bolivia o en el Reino Unido.

d. La falta de acuerdo entre las Partes sobre la existencia de una inversión protegida

121. No comparto la afirmación de la Mayoría respecto a que “Ambas Partes están de acuerdo en que las acciones de CMMK y las Concesiones Mineras se enmarcan en la definición de ‘inversión’ bajo el Tratado”.¹²⁸ Más allá de cierta expresión que, exagerando su importancia, pueda ser considerada poco clara,¹²⁹ es evidente que Bolivia se opuso en el mismo Memorial de

¹²⁵ Ver Memorial de Dúplica, ¶264.

¹²⁶ Voto de la Mayoría, ¶333.

¹²⁷ *Id.*, ¶¶305-316.

¹²⁸ Voto de la Mayoría, ¶316.

¹²⁹ Ver Memorial de Contestación, ¶224.

Contestación y en todas sus presentaciones posteriores escritas y orales a que la Demandante, SAS, haya realizado una inversión bajo el Tratado. Asimismo, SAS cuestionó en cada una de sus presentaciones escritas y orales los argumentos de Bolivia respecto de la inexistencia de una inversión protegida en este caso. Todo este debate entre las Partes¹³⁰ no tendría sentido si, como sostiene la mayoría, las Partes estuvieran de acuerdo respecto de la realización por parte de SAS de una inversión bajo el Tratado. Ése es el punto en análisis aquí: determinar si SAS hizo alguna inversión. No encuentro que las Partes se hayan puesto de acuerdo sobre este punto en ningún lugar del expediente, en el sentido en que lo afirman mis colegas.

e. Otras autoridades legales citadas por SAS y por mis colegas para la interpretación del Tratado en materia de jurisdicción

122. La Demandante argumenta que no le corresponde al Tribunal crear requisitos adicionales a los que los Estados, en ejercicio de su poder soberano, incluyeron en el tratado respectivo,¹³¹ citando en apoyo de esa proposición las decisiones de los casos *Tokios Tokeles c. Ucrania*, *ADC c. Hungría*, *Yukos c. Rusia*, *Gold Reserve c. Venezuela*, *Siag c. Egipto*, *Rompetrol c. Rumania* y *Saluka c. República Checa*.¹³² Como hemos visto,¹³³ siguiendo las reglas de interpretación de la Convención de Viena,¹³⁴ la existencia de una inversión realizada por el alegado inversor es un requisito que se deriva del texto y contexto del Tratado, así como de su objeto y fin. No es necesario crear ningún requisito adicional para establecer esto. Justamente, es interpretar lo contrario lo que modificaría la voluntad soberana expresada por los Estados Parte en el texto del Tratado.

123. A todo evento, las decisiones que cita la Demandante no ayudan a su posición.

124. Para empezar, como lo ha señalado la Demandada,¹³⁵ todas esas decisiones abordan en los pasajes citados por la Demandante un problema diferente al planteado en la objeción jurisdiccional bajo análisis en el presente caso. Pero además, el estudio cuidadoso de los hechos de esos casos y del contenido de las decisiones revela que no pueden invocarse para favorecer la posición de SAS en lo que respecta a la existencia de una inversión en este arbitraje.

¹³⁰ Al respecto, ver lo desarrollado *supra*, Sección II.A.1.

¹³¹ Ver Dúplica sobre Jurisdicción, ¶67: “[I]nvestment treaty tribunals have consistently rejected parties’ efforts to impose additional jurisdictional requirements beyond those already included in the underlying treaty.”

¹³² Ver Dúplica sobre Jurisdicción, ¶44 y nota al pie n° 135.

¹³³ Ver *supra*, Sección II.A.4.

¹³⁴ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (CLA-11).

¹³⁵ Memorial de Dúplica, ¶290.

125. Así, por ejemplo, el voto de la mayoría en el caso *Tokios Tokeles c. Ucrania* formuló la afirmación citada por la Demandante en el trance de analizar si, bajo el TBI entre Lituania y Ucrania, existía un requisito de origen de capital tal que debía desconocerse la personalidad jurídica de la compañía lituana demandante para considerar la personalidad de quienes controlaban y habían aportado el capital a esa compañía, que eran personas de nacionalidad ucraniana.¹³⁶ En ese caso, se produjo prueba abundante de que la compañía como tal había realizado una serie cuantiosa de actos de inversión, que además habían sido notificados y reconocidos por Ucrania.¹³⁷ La situación de SAS es la opuesta. No hay en el expediente prueba alguna de que SAS haya hecho una inversión en Bolivia —independientemente de la discusión que podría darse en ese caso sobre el origen de su capital— así como no hay rastro de reconocimientos de Bolivia respecto de SAS como compañía inversora británica vinculada con el Proyecto durante la realización de la alegada inversión.¹³⁸

126. Una diferencia análoga aunque todavía más contundente la encontramos en el caso *ADC c. Hungría*. El tribunal de ese caso remarcó que las autoridades húngaras conocían y habían consentido expresamente la estructuración de la inversión a través de entidades incorporadas en Chipre.¹³⁹ Asimismo, no estaba en discusión que las compañías demandantes, ADC Affiliate y ADC & ADMC Management, de nacionalidad cipriota, habían tenido un involucramiento económico y administrativo activo en la realización de las inversiones.¹⁴⁰ El planteo de Hungría en ese caso no desconocía estos hechos, sino que se basaba en afirmar que el tribunal debía inspeccionar el origen de los fondos invertidos y la nacionalidad de los controlantes de las

¹³⁶ *Tokios Tokelés c. Ucrania*, Caso CIADI N° ARB/02/18, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de abril de 2004 (Weil, Price, Bernardini) (CLA-115), ¶¶74-78.

¹³⁷ *Id.*, ¶76: “*The Claimant has provided substantial evidence of its investment in Ukraine, beginning with its initial investment of USD 170,000 in 1994, and continuing reinvestments each year until 2002, for a total investment of more than USD 6.5 million. Moreover, although the Treaty does not require the Contracting Parties to acknowledge the investments of entities of the other Contracting Party in order for such investments to fall within the scope of the Treaty, in this case, the Respondent has done so. In particular, the Claimant has produced copies of twenty-three “Informational Notice(s) of Payment of Foreign Investment,” in which the Claimant’s investments were registered by Ukrainian governmental authorities.*”

¹³⁸ Los pasajes citados por la Demandante y mis colegas de la decisión en *Siag et al. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N° ARB/05/15, Decisión sobre Jurisdicción, 11 de abril de 2007 (CLA-114), consisten básicamente en una transcripción de pasajes de la decisión en *Tokios Tokeles c. Ucrania*, por lo que no amerita un análisis separado.

¹³⁹ *ADC Affiliate Limited et al. c. República de Hungría*, Caso CIADI N° ARB/03/16, Laudo del Tribunal, 2 de octubre de 2006 (Kaplan, Brower, van den Berg) (CLA-35), ¶352 (“*The fact that Cypriot entities were to be used was known at the time to Hungary and consented to by it.*”) y ¶360 (“*In the present case, nationals of a third State, with substantial business interests and the express consent of the Hungarian Government, incorporated the Claimants in Cyprus.*”).

¹⁴⁰ *Id.*, ¶353.

compañías cipriotas.¹⁴¹ De nuevo, la situación es diametralmente contraria a la de SAS en nuestro caso. SAS no ha probado la realización de ninguna acción de inversión. Para siquiera ingresar en la discusión sobre el origen del capital primero debería estar probado que SAS hizo alguna inversión bajo el Tratado. SAS, a diferencia de las compañías cipriotas demandantes en el caso *ADC c. Hungría*, no ha probado haber hecho ninguna inversión bajo el Tratado.

127. Por su lado, en el caso *Yukos c. Rusia* el tribunal fue muy claro al expresar que el *Energy Charter Treaty* (ECT) tenía el propósito de proteger la inversión internacional entre los distintos Estados signatarios, no proteger la inversión de los nacionales de un Estado respecto de ese mismo Estado (en el caso, Rusia).¹⁴² Sin embargo, el tribunal terminó aceptando su jurisdicción en base a lo que interpretó era el significado del texto del ECT, cuya definición de inversión refiere a activos “pertencientes a” (*owned*) o “controlados de manera directa o indirecta” por el alegado inversor.¹⁴³ El texto del ECT es sustancialmente diferente respecto del texto del TBI Reino Unido-Bolivia, en el que —como vimos—¹⁴⁴ se protegen inversiones que sean “realizadas” (*made*) por el alegado inversor y —como veremos—¹⁴⁵ no se incluyen referencias al control indirecto. Además, otra vez, en el caso *Yukos c. Rusia* la demandante había presentado pruebas de cuantiosos pagos de la compañía por las acciones adquiridas¹⁴⁶ y no se estaba en presencia de una sociedad cáscara, a diferencia de lo que sucede con SAS en este caso, lo que no ha sido cuestionado por la mayoría ni por la Demandante.¹⁴⁷

¹⁴¹ *Id.*, ¶355: “*The Respondent’s jurisdictional argument is however posited on the contention that the source of funds and the control of the Claimants rests with Canadian entities.*”

¹⁴² *Yukos Universal Limited c. Federación Rusa*, Caso CPA N° AA 227, CNUDMI, Laudo Interino sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 30 de noviembre de 2009 (Fortier, Poncet, Schwebel) (CLA-113), ¶434: “*The Tribunal accepts that the ECT is directed towards the promotion of foreign investment, especially of investment by Western sources in the energy resources of the Russian Federation and other successor States of the USSR. The Treaty is meant, as specified in the Secretariat’s Introduction, to ensure “the protection of foreign energy investments.” If the States that took part in the drafting of the ECT had been asked in the course of that process whether the ECT was designed to protect—and should be interpreted and applied to protect—investments in a Contracting State by nationals of that same Contracting State whose capital derived from the energy resources of that State, it may well be that the answer would have been in the negative, not only from the representatives of the Russian Federation but from the generality of the delegates.*”

¹⁴³ *Id.*, ¶430 y ¶435, con referencia al Artículo 1(6) de la ECT.

¹⁴⁴ Ver *supra*, Sección II.A.4.

¹⁴⁵ Ver *infra*, Sección II.A.5.

¹⁴⁶ *Yukos Universal Limited c. Federación Rusa*, Caso CPA N° AA 227, CNUDMI, Laudo Interino sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 30 de noviembre de 2009 (Fortier, Poncet, Schwebel) (CLA-113), ¶429: “[A]lthough insisting that it is not required by the ECT and not relevant therefore to the issue of jurisdiction, Claimant asserts, by reference to various agreements regarding acquisition of Yukos shares, that it did in fact legally acquire and pay for its Yukos shares in 1999 and 2000. Claimant alleges that it paid more than US\$ 142 million in total for the acquisition of shares in 1999 and 2000.”

¹⁴⁷ Ver, por ejemplo, Escrito Posterior a la Audiencia de SAS, ¶40.

128. La decisión del tribunal en el caso *Gold Reserve c. Venezuela* también se basó en el texto de un tratado diferente al TBI Reino Unido-Bolivia, en tanto refiere a activos “owned” por el inversor y admite el control directo o indirecto de la inversión protegida.¹⁴⁸ Asimismo, en ese caso el tribunal consideró que estaba probado que la compañía demandante incorporada en Canadá tuvo un involucramiento activo con la inversión, habiendo sido guiada su creación por la necesidad de acceder a financiamiento canadiense para la inversión,¹⁴⁹ lo cual ese tribunal entendió que en efecto habría sucedido, al punto de representar la mayor parte de los USD 300 millones que habría invertido la compañía en Venezuela.¹⁵⁰ Ninguna similitud puede encontrarse con la situación de SAS en este arbitraje bajo el TBI Reino Unido-Bolivia.
129. La decisión del tribunal en el caso *Rompetrol c. Rumania* también está claramente fuera del ámbito de relevancia para la objeción que estamos analizando, en tanto aborda aspectos vinculados con la “nacionalidad efectiva” de una compañía bajo el derecho internacional y el requisito de origen de capital que, de nuevo, no afectan la determinación fundamental y anterior de existencia de una inversión del alegado inversor.¹⁵¹ Pero, además, en *Rompetrol c. Rumania* la compañía demandante no aceptó ser una sociedad cáscara. Por el contrario, aportó pruebas de una vinculación activa de la empresa con la inversión, incluyendo intervención en las decisiones estratégicas, en el financiamiento y en el mercado de capitales, así como pruebas de un funcionamiento comercial independiente reflejado en circunstancias tales como la compra del 75% de su paquete accionario por la compañía petrolera estatal de Kazajistán.¹⁵² La situación de SAS es la opuesta. En este arbitraje SAS no ha cuestionado ser una sociedad cáscara y, a todo

¹⁴⁸ *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N° ARB(AF)/09/1, Laudo, 22 de septiembre de 2014 (Bernardini, Dupuy, Williams) (RLA-27), ¶259.

¹⁴⁹ *Id.*, ¶265: “[T]he driver behind the restructure was the ability to access further funds from the Canadian market which were then used to further the investment in the Brisas Project.”

¹⁵⁰ *Id.*, ¶271: “Claimant has stated that one of the reasons for incorporating the Canadian entity was to raise funds in Canada for its mining activities in Venezuela and most of the US\$ 300 million invested in the so-called Brisas Project came through Canadian investors.”

¹⁵¹ *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 (Berman, Donovan, Lalonde) (CLA-112), ¶¶75-109.

¹⁵² *Id.*, ¶66: “The Claimant further rejects Mr. Haberman’s portrayal of TRG as a “shell”, since the holding company was actively involved in corporate governance and financing and strategic matters, did some trading on behalf of the group, and had successfully expanded its activities throughout Europe, investing significantly since 1999 in several European countries. The Claimant characterises TRG as a well-established and important Dutch company with diverse international activities. Confirmation of this could be found in the fact that Kaz Munai Gaz, the State oil company of Kazakhstan, had one month before the hearing signed an agreement to purchase a 75% stake in TRG from the Swiss holding company.”

evento, no ha producido prueba alguna de haber tenido un vínculo activo con actividades de inversión en Bolivia.¹⁵³

130. Finalmente, la decisión del tribunal del caso *Saluka c. República Checa* no hace sino ratificar este criterio. El tribunal de ese caso hizo expresa su adhesión al argumento según el cual una compañía como Saluka Investments BV que no tenía real conexión con un Estado Parte de un TBI, y que en realidad era una mera sociedad cáscara controlada por otra compañía no constituida bajo las leyes de un Estado Parte, no debería tener derecho a invocar la previsiones de ese tratado.¹⁵⁴ A pesar de esto, el tribunal del caso *Saluka c. República Checa* interpretó — aplicando un criterio que no interesa aquí valorar— que el texto del tratado no le permitía considerar que la demandante quedaba fuera de su ámbito de protección.¹⁵⁵ Ahora bien, el texto de ese tratado es sustancialmente distinto al del TBI Reino Unido-Bolivia, en tanto incluye la protección de la inversión indirecta¹⁵⁶ y, más importante todavía, el tribunal apoyó su interpretación en el hecho de que la República Checa había conocido en todo momento la intención del grupo al que pertenecía Saluka Investments BV —Nomura Group— de transferir las acciones a una sociedad vehículo cuyo único propósito sería la tenencia de esas acciones,¹⁵⁷ circunstancia que no puede predicarse respecto de la relación entre SAS y Bolivia en este arbitraje.

131. La mayoría hace referencia a decisiones dictadas por los tribunales de los casos *Siemens c. Argentina*,¹⁵⁸ *Kardassopoulos c. Georgia*,¹⁵⁹ *BG Group c. Argentina*,¹⁶⁰ *Cemex c. Venezuela*,¹⁶¹

¹⁵³ Quizás corresponda confirmar que con la expresión “sociedad cáscara” sólo pretendo referirme a una sociedad que se ha limitado a invocar el carácter de tenedora de las acciones de las compañías de Bahamas que detentan el 100% de las acciones de la empresa boliviana CMMK, lo que no es un hecho controvertido.

¹⁵⁴ *Saluka Investments BV c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 (Watts, Fortier, Behrens) (CLA-46), ¶240: “*The tribunal has some sympathy for the argument that a company which has no real connection with a State party to a BIT, and which is in reality a mere shell company controlled by another company which is not constituted under the laws of that State, should not be entitled to invoke the provisions of that treaty*”.

¹⁵⁵ *Id.*, ¶241.

¹⁵⁶ *Id.*, ¶198.

¹⁵⁷ *Id.*, ¶242: “*The Tribunal is confirmed in the appropriateness of the view which it has taken by the consideration, in the particular circumstances of the present case, that it was always apparent to the Czech authorities that it was Nomura’s intention to transfer the IPB shares it was purchasing to another company within the Nomura Group, and that that other company would be a special-purpose vehicle set up for the specific and sole purpose of holding those shares. The Share Purchase Agreement contained express provision to that effect.*”

¹⁵⁸ Ver Voto de la Mayoría, ¶336.

¹⁵⁹ *Id.*, ¶337.

¹⁶⁰ *Id.*, ¶338.

¹⁶¹ *Id.*, ¶313.

*Rurelec c. Bolivia*¹⁶² y *Standard Chartered c. Tanzania*.¹⁶³ Ya me he referido al alcance de la decisión del tribunal del caso *Standard Chartered c. Tanzania*.¹⁶⁴ Más adelante me referiré al alcance de los casos *Cemex c. Venezuela* y *Rurelec c. Bolivia*, al analizar si el Tratado protege las inversiones indirectas.¹⁶⁵ Ninguna de estas decisiones ayuda al caso jurisdiccional de SAS ni a la decisión que contiene el voto de la mayoría.

132. En efecto, ni en *Siemens c. Argentina*, ni en *Kardassopoulos c. Georgia*, ni en *BG c. Argentina* se extiende la protección del respectivo TBI a una empresa de papel sin ningún involucramiento activo con la alegada inversión. Por el contrario, en esos tres casos el demandante era la empresa o la persona física que tenía la propiedad beneficiar y control de la alegada inversión, no una sociedad cáscara sin ningún tipo de actividad comprobada relacionada con la alegada inversión.

133. Adicionalmente, en el caso *Siemens c. Argentina*, la sociedad alemana demandante, Siemens A.G., era la controlante final y activamente involucrada en la dirección de la inversión desde el inicio, lo cual fue puesto en conocimiento de las autoridades argentinas de modo expreso por Siemens Nixdorf Informationssysteme AG, la sociedad intermedia –también alemana– que titularizaba las acciones de la compañía local Siemens IT Services S.A. que se presentó a la licitación pública para un contrato de establecimiento de un sistema de control de la migración y la identificación personal.¹⁶⁶ Además, el Ad Artículo 4 del Protocolo del tratado aplicable en el caso *Siemens c. Argentina* (el TBI Argentina-Alemania) contemplaba de manera específica la inversión indirecta, lo cual había sido aceptado por la parte demandada, cuya objeción apuntaba a que el TBI Argentina-Chile (que la parte demandante invocaba vía una cláusula de NMF en ese caso) no contemplaba la protección de las inversiones indirectas.¹⁶⁷

¹⁶² *Id.*, ¶314.

¹⁶³ *Id.*, ¶340.

¹⁶⁴ Ver *supra*, ¶¶88-105.

¹⁶⁵ Ver *infra*, ¶¶163-74.

¹⁶⁶ Ver *Siemens A.G. c. República de Argentina*, caso CIADI No. ARB/02/8, decisión de jurisdicción del 3 de agosto de 2004 (RLA-55), por ejemplo en ¶¶23-24: “En agosto de 1996, la Demandada convocó un concurso en el que se ofertaba un contrato para establecer un sistema de control de la migración y la identificación personal (conocido como ‘el sistema’). Las bases del concurso requerían que los licitadores establecieran una sociedad local para participar en el proceso del concurso. La Demandante, Siemens, estableció, a través de su filial Siemens Nixdorf Informationssysteme AG (‘SIN’), una sociedad local, Siemens IT Services S.A. (‘SITS’). Como era requerido en las bases del concurso, SITS tomó parte en la licitación y en su oferta demostró – como había sido solicitado por la Demandada – que la sociedad SNI estaba totalmente integrada en Siemens, siendo ésta la propietaria de todas sus acciones, que SNI estaba dirigida por Siemens y que en virtud de la ley es solidariamente responsable de las obligaciones que SNI asume ante terceros.”

¹⁶⁷ *Id.*, por ejemplo en ¶124: “La Demandada reconoce que existe la posibilidad de reclamaciones indirectas en virtud del Artículo 4 del Tratado y el Ad Artículo 4 del Protocolo. Esta posibilidad específica en virtud del Artículo 4 del Tratado y el Ad Artículo 4 demuestra la naturaleza excepcional de las reclamaciones indirectas. Confirma que no pueden ser implícitas sino que requieren una disposición expresa en el acuerdo y el APPRI

134. Como resulta evidente, los hechos y el derecho aplicable en el caso *Siemens c. Argentina* son sustantivamente diferentes de los hechos y el derecho aplicable en este caso. SAS es una empresa de papel, que no tuvo ningún involucramiento con la realización de la alegada inversión,¹⁶⁸ cuya nacionalidad (Bermudas) no es la misma que la de las accionistas de CMMK (Bahamas) ni de la controlante final (Canadá) y cuya existencia fue recién revelada a las autoridades bolivianas con ocasión de este arbitraje (habiéndose presentado siempre la propiedad de la empresa como canadiense, incluso al buscar protección diplomática tras el surgimiento de la disputa),¹⁶⁹ y el Tratado no contempla la protección de la inversión indirecta.¹⁷⁰
135. Por su parte, en el caso *Kardassopoulos c. Georgia* el demandante no era una empresa de papel como SAS. El Sr. Ioannis Kardassopoulos era propietario beneficiario final de la inversión realizada en Georgia,¹⁷¹ lo que configura una situación similar a la del caso *Siemens c. Argentina*, similitud que el tribunal de *Kardassopoulos c. Georgia* se ocupa de destacar cuando cita la decisión del tribunal del caso *Siemens c. Argentina* en lo que respecta a las inversiones indirectas.¹⁷² Allí, el tribunal de *Kardassopoulos c. Georgia* enfatiza el pasaje en el que el tribunal de *Siemens c. Argentina* sostiene que el tratado no exige que no haya personas intermedias entre la inversión y el propietario en última instancia de la compañía. El tribunal de *Kardassopoulos c. Georgia* no formuló una conclusión general; aceptó que, en las circunstancias del caso, la tenencia indirecta de acciones podía ser una inversión protegida.¹⁷³ La jurisdicción del tribunal del caso *Kardassopoulos c. Georgia* estaba determinada por dos instrumentos normativos, el TBI Grecia-Georgia y el *Energy Charter Treaty*. Este último, como ya vimos,¹⁷⁴ en su Artículo 1(6) contempla expresamente la protección de inversiones indirectas. Asimismo, a diferencia de Bolivia en este caso, la parte demandada en *Kardassopoulos c. Georgia* no presentó una objeción jurisdiccional basada en la inexistencia de inversión o en que el tratado no

de Chile no permite reclamaciones indirectas. Por tanto, si el Tribunal encontrase que el APPRI de Chile puede ser aplicado, Siemens no podría hacer ningún tipo de reclamación indirecta en absoluto en virtud de la CNMF.”

¹⁶⁸ Ver *supra*, Sección II.A.2.

¹⁶⁹ Ver *supra*, Sección II.A.3.

¹⁷⁰ Ver *infra*, Sección II.A.5. Esta última diferencia se encuentra destacada por mis colegas en su voto, cuando sostienen que la defensa de Argentina en ese caso estuvo “fundamentada en un tratado con un contenido diferente al que ocupa a este Tribunal.” (Voto de la Mayoría, ¶336). Extrañamente, sin embargo, mis colegas parecen invocar esta diferencia en el texto de los tratados a favor de la protección de la inversión indirecta. Desde luego, no puede saberse con precisión a qué se refieren mis colegas cuando aluden a un “contenido diferente” de los tratados, ya que no especifican cuáles son las diferencias.

¹⁷¹ *Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs c. Georgia*, casos CIADI Nos. ARB/05/18 y ARB/07/15, decisión de jurisdicción del 6 de julio de 2007 (RLA-54), ¶47 y ¶141.

¹⁷² *Id.*, ¶123.

¹⁷³ *Id.*, ¶124.

¹⁷⁴ Ver *supra*, nota a pie nro. 143.

protegia las inversiones indirectas.¹⁷⁵ Lo que la parte demandada alegó fue que, al momento de realizarse la inversión, el Sr. Kardassopoulos no tenía intereses, ni directos ni indirectos,¹⁷⁶ en la compañía (Tradex U.S. o, en su defecto, Tradex Panamá) que constituyó el *joint venture* adjudicatorio de la concesión,¹⁷⁷ GTI Ltd.,¹⁷⁸ lo cual fue desestimado por el tribunal en virtud de la prueba producida por el Sr. Kardassopoulos durante el procedimiento.¹⁷⁹ Como ya indiqué más arriba, a pesar de que tenía la carga de hacerlo para establecer la jurisdicción del Tribunal¹⁸⁰ (y de que Bolivia lo solicitó y el Tribunal lo ordenó durante la etapa de producción de documentos),¹⁸¹ la Demandante no introdujo en el expediente ningún elemento de prueba que pueda permitirnos considerar que realizó una inversión protegida por el Tratado.

136. Así las cosas, queda claro que los hechos de nuestro caso son tan contundentes en lo que respecta al vacío en la conducta de la Demandante que ni siquiera las decisiones revisadas pueden invocarse en su favor. Un voto en disidencia es, por definición, solitario. Sin embargo, como se ve, el voto de mis colegas no es acompañado, siquiera, por la jurisprudencia citada en favor de la posición que adopta. Se construye así una paradoja o un oxímoron: la de una mayoría en soledad.

¹⁷⁵ *Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs c. Georgia*, casos CIADI Nos. ARB/05/18 y ARB/07/15, decisión de jurisdicción del 6 de julio de 2007 (RLA-54), ¶¶43-5 y ¶120

¹⁷⁶ *Id.*, ¶125.

¹⁷⁷ *Id.*, ¶25.

¹⁷⁸ *Id.*, ¶21.

¹⁷⁹ *Id.*, ¶¶126-141. De igual manera, respecto del caso *BG Group c. Argentina*, la mayoría –repetiendo las afirmaciones de la Demandante y sus respectivas citas; ver Memorial de Réplica, ¶192– afirma que el carácter de controlante final de la demandante no fue afirmado ni tenido en cuenta por el tribunal con apoyo en dos párrafos de esa decisión, los párrafos 109 y 138 (Ver Voto de la Mayoría, ¶329). Pero esos párrafos de la decisión en *BG Group c. Argentina* no tienen nada que ver con tal determinación. Se trata de dos párrafos que simplemente expresan la conclusión (polémica) de ese tribunal, no sus razones, y menos todavía sus razones sobre el tema en discusión. (Ver *BG Group Plc. c. Argentina*, Caso CIADI Nro. ARB/02/8, Laudo del 24 de diciembre de 2007 (CLA-04), ¶109: “*BG therefore qualifies as an “Investor” under the Argentina-U.K. BIT.*” Ver también *id.*, ¶138: “*The Tribunal finds that BG’s ownership interest as described in Paragraph 112(a) of this award is an “Investment” for the purposes of Article 1(a)(ii) of the Argentina-U.K. BIT.*”). Asimismo, la compañía demandante en el caso *BG Group c. Argentina* era la multinacional petrolera *BG Group Plc.*, que era la controlante de todas las compañías intermedias vinculadas en el caso con la alegada tenencia accionaria en *MetroGAS S.A.*, *British Gas International BV* (*Id.*, ¶24)¹⁷⁹ y *BG Gas Netherlands Holding BV* (*Id.*, nota al pie nro. 8), y además era una de las accionistas que había constituido a *Gas Argentino S.A.*, *GASA*, (*Id.*, ¶24) de la que originalmente detentaba de manera directa el 41% (*Id.*, ¶24: “*BG initially owned 41% of GASA*”). Ver también *id.*, ¶1: “*The Claimant in this arbitration is BG Group Plc. (BG), a British corporation located at 100 Thames Valley Park Drive, Reading Berkshire, RG6 1PT, in the United Kingdom. BG has a direct and an indirect ownership interest in MetroGAS S.A. (MetroGAS)*”). Además, el tribunal de ese caso consideró (acertadamente o no) que Argentina había reconocido en la presentación final de su caso que la tenencia accionaria de BG era una inversión bajo el TBI Argentina-Reino Unido (*Id.*, ¶113). A todo evento, no hay evidencia en la decisión de ese tribunal de que no haya tenido en cuenta la condición de la petrolera *BG Group Plc.* como controlante final, situación diferente de la de SAS aquí, que es una mera empresa de papel sin ninguna actividad comprobada.

¹⁸⁰ Ver *supra*, ¶41.

¹⁸¹ Ver *supra*, ¶¶33-6.

5. ¿Protege el Tratado las inversiones indirectas?

137. No estoy de acuerdo con la conclusión a la que arribaron mis colegas en relación con la protección de las inversiones indirectas bajo el TBI.

138. Incluso si se considerara que SAS realizó algún tipo de inversión protegida por el TBI —lo que, como vimos en las secciones anteriores, no ocurrió— lo cierto es que esa hipotética inversión tampoco se encontraría protegida por el TBI, en la medida en que SAS no ha demostrado que el TBI protege las inversiones indirectas.

a. La interpretación del Tratado en materia de protección de inversiones indirectas de acuerdo con los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena

139. Tal como acuerdan las Partes, la interpretación del Tratado debe realizarse atendiendo a los principios dispuestos por los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena. Sin embargo, la mayoría del Tribunal no ha llevado adelante una aplicación de los principios del Artículo 32 de la Convención.

140. Limitar —como pretende hacerlo SAS— la utilización de los principios del Artículo 32 de la Convención de Viena para los casos en que la interpretación de acuerdo al Artículo 31 de la Convención deje algún grado de ambigüedad u oscuridad en cuanto al sentido de algún término, o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable¹⁸² es erróneo, porque soslaya el propio texto del Artículo 32 de la Convención que establece que podrán utilizarse estos medios complementarios “para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31.”¹⁸³ Este entendimiento —que se encuentra aceptado inclusive en las autoridades legales incorporadas por SAS al expediente—¹⁸⁴ ha sido ratificado por la jurisprudencia más reciente de la Corte Internacional de Justicia.¹⁸⁵

¹⁸² En este sentido, ver lo afirmado por SAS en el Memorial de Réplica, ¶178-80. “*Under Article 32 of the Vienna Convention, if an interpretation in accordance with the general rule set out at Article 31 leaves the meaning ambiguous or obscure, or leads to a manifestly absurd or unreasonable result, then recourse may be had to supplementary means of interpretation*”. En igual sentido, ver lo afirmado por SAS en Tr. Aud., Día 1, 124:23-25, 125:1 (Alegato de Apertura de SAS) (ENG): “[W]e would submit that there is no need to resort to Article 32 of the Vienna Convention. As you know, the purpose of Article 32 is to try and understand the meaning of text that is not clear.”

¹⁸³ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (CLA-11).

¹⁸⁴ Al respecto ver, por ejemplo, *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent’s Objections to Jurisdiction, Oct. 21, 2005 (Caron, Álvarez, Alberro-Semerena) (CLA-099), ¶93 y ¶266, y Rudolf Dolzer y Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*,

141. En cuanto a los hechos relativos a la cuestión de la supuesta inversión en el territorio boliviano, como ya he explicado con anterioridad, la Demandada en este caso argumenta —y yo comparto— que la Demandante no ha realizado una inversión protegida por el Tratado. Cabe explorar, y es lo que haré a continuación, si el Tratado igualmente podría proteger esta supuesta inversión como una inversión indirecta realizada por SASC a través de las sociedades accionistas de CMMK.
142. Los artículos relevantes del Tratado para dilucidar esta cuestión son los Artículos 8.1 y 1(a), que ya hemos transcrito más arriba.¹⁸⁶
143. La discusión interpretativa de ambas Partes gira en torno a la preposición “de” contenida en la expresión “una inversión de la primera” en el artículo 8.1 y en la falta de una referencia a “directa o indirecta” en el Artículo 1(a).
144. Respecto del artículo 8.1, la mayoría del Tribunal acepta que la palabra “de” debe interpretarse de acuerdo a la regla de interpretación de la Convención de Viena, aunque, como ya vimos,¹⁸⁷ el resultado al que arribo a través de esa regla es diferente del que adopta la mayoría.
145. De acuerdo con el Artículo 31 de la Convención de Viena, los términos del Tratado deben 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.”¹⁸⁸ Dentro del contexto debe considerarse tanto el texto del Tratado como su Preámbulo. El Preámbulo del Tratado establece que los Estados Parte lo celebran “[a]nimados del deseo de crear condiciones favorables para mayores inversiones de capital de nacionales o sociedades de un Estado en el territorio del otro Estado.” El objeto y fin del Tratado, allí reflejado,¹⁸⁹ es la creación de condiciones favorables para generar inversiones de sociedades de un Estado en el territorio del otro Estado. En este caso, como se ha desarrollado anteriormente,¹⁹⁰ no se ha probado que hubo inversiones de una sociedad del Reino Unido en el territorio de Bolivia.

Oxford University Press, 2008 (CLA-62), p. 32, con referencia a las decisiones de otros tribunales de inversión en igual sentido.

¹⁸⁵ Controversia Territorial (la Jamahiriya Árabe Liba c. Chad), 1994 ICJ Reports, Decisión del 3 de febrero de 1994 (RLA-10), ¶ 55. Existen numerosas otras decisiones en idéntico sentido dentro de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. Sin embargo, dado que las Partes no han incorporado esas autoridades legales al expediente, me abstengo de hacer referencia a ellas.

¹⁸⁶ Ver *supra*, ¶¶79-80.

¹⁸⁷ Ver *supra*, Sección II.A.4.

¹⁸⁸ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (CLA-11).

¹⁸⁹ Ver *supra*, ¶112.

¹⁹⁰ Ver *supra*, Sección II.A.2 y Sección II.A.4.

146. El restante texto del Tratado confirma que el significado del Artículo 8.1 no se extiende a inversiones indirectas. En este sentido, el Artículo 1(a) del Tratado, en el que se define “inversiones”, no articula la posibilidad de que las “inversiones” sean indirectas, es decir, no incluye las inversiones indirectas.
147. Asimismo, el Artículo 2.1, también referido por la mayoría del Tribunal,¹⁹¹ se refiere a la creación de condiciones favorables para que “*nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante*” realicen “*inversiones de capital dentro de su respectivo territorio*”. Como se ve, este artículo tampoco protege inversiones realizadas por nacionales o sociedades de otros Estados, que se realicen a través de sociedades vehículo de una de las Partes Contratantes, a su vez a través de otras sociedades constituidas en otros Estados.
148. En síntesis, de acuerdo con la regla de interpretación del Artículo 31 de la Convención de Viena, el ámbito de protección del Tratado está limitado a las inversiones realizadas por nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante. El Tratado no prevé extender esta protección a sociedades de terceros Estados que realicen sus inversiones a través de vehículos de una de las Partes Contratantes. A su vez, el Tratado no prevé la protección de supuestas inversiones en terceros Estados. En este caso, como ya se ha desarrollado,¹⁹² no hay una inversión de una sociedad del Reino Unido en el territorio de Bolivia, por lo que no hay razones para extender la protección del Tratado a tal situación. Este Tribunal no tiene la facultad de interpretar el Tratado de forma tal de extender su protección a situaciones que no fueron previstas por las Partes Contratantes al momento de su celebración.
149. En cuanto al Artículo 32 de la Convención de Viena, los métodos complementarios previstos en ese artículo confirman la interpretación del Artículo 8.1 a la que me referí anteriormente. Como ya indiqué,¹⁹³ la utilización de los métodos del Artículo 32 de la Convención de Viena para confirmar la interpretación a la que se arriba a través del Artículo 31 de la Convención está expresamente prevista en el texto de la Convención y refleja el entendimiento de la Corte Internacional de Justicia. No hay razones para limitar el uso de estos métodos complementarios a casos de resultados manifiestamente absurdos, irrazonables, ambiguos u oscuros como pretende SAS.

¹⁹¹ Ver Voto de la Mayoría, ¶307.

¹⁹² *Id.*

¹⁹³ Ver *supra*, ¶140.

150. El Artículo 32 de la Convención de Viena prevé que 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”.¹⁹⁴ La mayoría considera que “no ha probado la Demandada que los tratados firmados antes o coetáneamente con el Tratado, o las disposiciones sobre propiedad contenidas en esos tratados, formaron parte de las circunstancias de la celebración del Tratado”.¹⁹⁵ Respetuosamente, debo disentir de las conclusiones de mis colegas en relación con esta cuestión.

151. La referencia a tratados celebrados coetáneamente con el tratado bajo análisis ha sido utilizada frecuentemente por tribunales de inversión al aplicar los métodos de interpretación de la Convención de Viena. Así, por ejemplo, en el caso *Postova Banka c. Grecia* el tribunal sostuvo:

*Treaties are carefully drafted and negotiated, and the differences in the examples used in the treaties that contain a broad-based definition of assets are not fortuitous.*¹⁹⁶

152. Por otro lado, la misma decisión de la mayoría en este caso desarrolla la importancia de analizar el texto de otros tratados.¹⁹⁷

153. La referencia a aquello que los Estados han negociado en tratados diferentes del tratado aplicable es un recurso interpretativo habitual en el arbitraje internacional de inversiones. En el caso *Postova Banka c. Grecia*, por ejemplo, el tribunal señaló que

Several treaties, including the Slovakia-Greece BIT, contain similar – and even identical – concepts of “investment” in the chapeau of the article that refers to protected investments. In fact, the same chapeau contained in Article 1 of the Slovakia- Greece BIT, with a broad asset-based concept, is repeated not only in a significant number of Greek BITs but also in a number of other treaties referred to in decisions repeatedly cited by the Parties to this arbitration. As to Greek treaties, the same or similar chapeau

¹⁹⁴ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (CLA-11).

¹⁹⁵ Voto de la Mayoría, ¶312.

¹⁹⁶ *Postova Banka, A.S. y Istrokapital SE c. Grecia*, Caso CIADI No. ARB/13/8, Laudo del 9 de abril de 2015 (Zuleta, Townsend, Stern) (CLA-097), ¶294.

¹⁹⁷ En efecto, mis colegas afirman que “Los Estados, en ejercicio de su soberanía, pueden incluir en los tratados requisitos adicionales para el inversionista o la inversión, como sucede con las cláusulas que requieren que además de estar incorporada o establecida en el Estado parte en el tratado respectivo, la sociedad tenga su asiento principal de negocios en ese Estado, o que desarrolle una actividad sustancial en ese Estado, o que el capital o los recursos utilizados en la inversión tengan su origen en el Estado en el que fue constituido o incorporado el inversionista, e incluso cláusulas de denegación de beneficios en ciertas circunstancias. Ninguno de estos requisitos o restricciones fue incluido en el Tratado por parte de Bolivia y el Reino Unido y, como ya se dijo, no puede el Tribunal crear requisitos adicionales al inversionista o a la inversión de los que fueron acordados por dos Estados soberanos.” Voto de la Mayoría, ¶333.

*is used, inter alia, in the BITs with Albania (1991), Romania (1991), Cyprus (1992), and Romania (1997).*¹⁹⁸

154. Difícilmente podría considerarse que las circunstancias de celebración de un tratado excluyen la consideración de otros tratados celebrados coetáneamente, en tanto éstos indican cuáles eran las consideraciones de los negociadores en el momento y qué distinciones hacían en los textos en cada caso. Lo dicho se basa en el principio de interpretación de buena fe de los tratados, que apunta al *effet utile* del texto.¹⁹⁹

155. En el caso *Postova Banka c. Grecia* recién citado, el tribunal ratifica el principio de efecto útil en la interpretación como incluido en la interpretación “de buena fe” que refiere el Artículo 31.1 de la Convención de Viena, y —como vimos— remarca que los Estados negocian cuidadosamente sus tratados, por lo que nada puede presumirse fortuito al respecto. De ello, ese tribunal extrae la consecuencia de que debe darse efecto a lo que el TBI dice y no dice, estableciendo que las partes no quisieron proteger los préstamos —la alegada inversión en ese caso— como inversiones dado que no los incluyeron en la definición amplia de inversión:

*Interpretation of a treaty in good faith, considering not only the text but also the context, requires that the interpreter provide some meaning to the examples and to the content of such examples as part of the context of the treaty. The interpretation in good faith, be it considered alone or in conjunction with the object and purpose of the treaty, embodies the principle of effectiveness (ut res magis valeat quem pererat). Preference should be given to an interpretation that provides meaning to all the terms of the treaty as opposed to one that does not.*²⁰⁰

156. Mis colegas concluyen que no podrían “restringir o ampliar el texto y el contexto del Tratado mediante el simple ejercicio de comparación textual del Tratado con otros tratados celebrados

¹⁹⁸ *Postova Banka, A.S. y Istrokapital SE c. Grecia*, Caso CIADI No. ARB/13/8, Laudo del 9 de abril de 2015 (Zuleta, Townsend, Stern) (CLA-097), ¶¶289-290.

¹⁹⁹ Tal como fue indicado por el tribunal del caso *Wintershall Aktiengesellschaft c. República de Argentina*, caso CIADI No. ARB/04/14, laudo del 8 de diciembre de 2008 (Nariman, Torres Bernárdez, Bernardini) (RLA-206), ¶165: “No hay nada tan arraigado como regla común de interpretación en todos los sistemas de derecho que la que dispone que una cláusula debe interpretarse de manera tal que se le atribuya un sentido en lugar de privarla de él. Se trata sencillamente de una aplicación del principio jurídico más amplio de la eficacia que exige pronunciarse a favor de una interpretación que otorgue a todas las disposiciones del tratado un ‘effet utile.’” Sobre el principio de eficacia o “*effect utile*” en la interpretación de tratados de protección de inversiones puede verse también, entre otras decisiones, *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. República Socialista de Sri Lanka*, caso CIADI No. ARB/87/3, laudo del 27 de junio de 1990 (El-Koshery, Asante, Goldman) (RLA-28), ¶40(E), *Romak S.A. (Suiza) c. La República de Uzbekistán*, caso CPA No. AA280, laudo del 26 de noviembre de 2009 (Mantilla-Serrano, Rubins, Molfessis) (RLA-216), ¶195, *Salini Costruttori S.P.A. y Italstrade S.P.A. c. Reino de Marruecos*, caso CIADI No. ARB/00/4, decisión sobre jurisdicción del 23 de julio de 2001 (Briner, Cremades, Fadlallah) (RLA-215), ¶95.

²⁰⁰ *Postova Banka, A.S. y Istrokapital SE c. Grecia*, Caso CIADI No. ARB/13/8, Laudo del 9 de abril de 2015 (Zuleta, Townsend, Stern) (CLA-097), ¶293.

por terceros Estados con la Demandada”.²⁰¹ Sin embargo, eso es exactamente lo que hacen mis colegas en su voto. Al desconsiderar la comparación textual del Tratado, la mayoría amplía el texto del Tratado para incluir inversiones indirectas, a pesar de que las inversiones indirectas no fueron incluidas por las Partes en el texto del Tratado.

157. Cabe agregar que el requisito que postula SAS²⁰² y también la mayoría del Tribunal,²⁰³ según el cual en el Tratado se deben excluir expresamente las inversiones indirectas para que se considere que no están incluidas en la protección del Tratado contradice los mejores criterios de la doctrina especializada²⁰⁴ y no tiene correlato en la realidad, pues no hay evidencia en el expediente de que exista caso alguno en el que tal exclusión sea explícita.

158. Considerando entonces las circunstancias de la celebración del Tratado, la Demandada demostró, en el procedimiento, que existieron tratados bilaterales de inversión celebrados de forma coetánea por Bolivia –por ejemplo, el TBI Suiza-Bolivia (1987);²⁰⁵ el TBI Unión Belgo-Luxemburguesa-Bolivia (1990)²⁰⁶ y el TBI Francia-Bolivia (1989)–²⁰⁷ en los que sí se previó

²⁰¹ Voto de la Mayoría, ¶303.

²⁰² SAS sostiene que “*A second contextual element that is relevant in interpreting the phrase ‘investment of the former’ in Article 8(1) of the Treaty is the fact that there is no express exclusion of indirect investments in the Treaty.*” (Ver Memorial de Réplica, ¶168). En igual sentido, SAS expresó que “*Bolivia alleges that the Treaty would protect indirect investments only if a specific reference to indirect ownership had been included therein, but that is exactly the wrong conclusion to draw from the lack of exclusionary language concerning indirect investments. In the absence of such clear and specific exclusionary language, and in light of the broad definition of investments in Article 1(a) encompassing indirect investments, the more jurisprudentially-consistent interpretation of Article 8(1) is that it applies equally to direct and indirect owners of qualifying investments.*” (Ver Memorial de Réplica, ¶171).

²⁰³ Voto de la Mayoría, ¶315, siguiendo en este punto lo resuelto por el tribunal del caso *Guaracachi America, Inc., y Rurelec PLC c. Bolivia*, Caso CNUDMI No. 2011-17, Laudo del 31 de enero de 2014 (Júdice, Conthe, Vinuesa) (CLA-01), ¶354.

²⁰⁴ En este sentido, el Profesor Zachary Douglas ha señalado que “*a great number of investment treaties do not contain a provision of the type under consideration*” (a saber, un artículo en el que se indique que el tratado protege a las inversiones directas e indirectas) y por lo tanto “*there must be a concomitant limitation upon the tribunal’s jurisdiction ratione personae: the claimant must exercise effective control directly over the investment.*” Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009 (RLA-53), ¶580 (énfasis añadido). Cabe anotar que SAS intenta sostener que el Profesor Douglas no dice en el pasaje recién citado que la ausencia de una indicación expresa en el tratado respecto de la protección de las inversiones indirectas implica una limitación de la jurisdicción *ratione personae* del tribunal a situaciones en las que el demandante tenga un control directo sobre la inversión (Memorial de Réplica, ¶174). El intento de SAS no puede compartirse porque contradice lo que el Profesor Douglas afirma de manera clara –y razonable– en su libro, tal como lo ha señalado Bolivia (al respecto, ver Memorial de Dúplica, ¶259).

²⁰⁵ Tratado entre la Confederación Suiza y la República de Bolivia sobre la promoción y la protección recíprocas de inversiones, celebrado el 6 de noviembre de 1987 y en vigor desde el 17 de mayo de 1991 (RLA-52).

²⁰⁶ Tratado entre la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa y la República de Bolivia sobre la promoción y protección recíprocas de inversiones celebrado el 25 de abril de 1990 (RLA-210).

²⁰⁷ Tratado entre el Gobierno de la República Francesa y la República de Bolivia sobre la promoción y protección recíprocas de inversiones celebrado el 25 de octubre de 1989 (RLA-211).

expresamente la protección de inversiones directas o indirectas. Esta aclaración en los demás tratados sólo tiene sentido, y *effet utile*, si un tribunal no puede *motu proprio* incorporar inversiones indirectas en un tratado sin que las partes se hayan referido a ellas. Caso contrario, carecería de sentido la incorporación expresa de tales inversiones en el texto del tratado.

159. La práctica reflejada en los TBIs de Bolivia contemporáneos al Tratado encuentra eco también en la práctica del otro Estado Contratante, el Reino Unido, en la misma época. Así, por ejemplo, el TBI entre el Reino Unido y Panamá, que entró en vigor en noviembre de 1985, contempla de manera expresa la protección de las inversiones indirectas,²⁰⁸ tal como sucede en los TBIs de Bolivia con Suiza,²⁰⁹ con la UEBL²¹⁰ y con Francia²¹¹ recién mencionados. Más todavía, lo anterior se proyecta en la práctica del Reino Unido a algunos de sus instrumentos internacionales más recientes en materia de inversiones –como el TBI entre el Reino Unido y Colombia, que entró en vigor en octubre de 2014–²¹² e incluso en el TBI Modelo del Reino Unido, del año 2008.²¹³ Esto no es sorprendente. Se trata apenas de instancias de una práctica extendida de los Estados en la celebración de tratados de protección de inversiones, en la que no se excluye de manera expresa la inversión indirecta cuando no se pretende protegerla sino que se la incluye de manera expresa cuando se pretende protegerla.²¹⁴ Ése es el método adoptado por prácticamente

²⁰⁸ Ver TBI Reino Unido-Panamá, Artículo 5.2: “Si cualquiera de las Partes Contratantes expropia la inversión de cualquier sociedad debidamente incorporada, constituida o de otra manera organizada en su territorio, y si los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, directa o indirectamente, fueren propietarios o tuvieren otros derechos a las acciones de tal sociedad entonces la Parte Contratante en cuyo territorio ocurriese la expropiación, garantizará que tales nacionales o sociedades de la otra Parte reciban una compensación de conformidad con las disposiciones del párrafo precedente” (énfasis añadido). Disponible en: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITS/PAN_GBR_s.pdf.

²⁰⁹ Ver Tratado entre la Confederación Suiza y la República de Bolivia sobre la promoción y la protección recíprocas de inversiones, celebrado el 6 de noviembre de 1987 y en vigor desde el 17 de mayo de 1991 (RLA-52).

²¹⁰ Ver Tratado entre la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa y la República de Bolivia sobre la promoción y protección recíprocas de inversiones celebrado el 25 de abril de 1990 (RLA-210).

²¹¹ Tratado entre el Gobierno de la República Francesa y la República de Bolivia sobre la promoción y protección recíprocas de inversiones celebrado el 25 de octubre de 1989 (RLA-211).

²¹² Ver TBI Reino Unido-Colombia, Artículo I.2(a): “*Investment means every kind of economic asset, owned or controlled directly or indirectly, by investors of a Contracting Party in the territory of the other Contracting Party [...]*” (énfasis añadido). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3253>.

²¹³ Ver TBI Modelo del Reino Unido (2008), Artículo 1(a): “*For the purposes of this Agreement: (a) “investment” means every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly [...]*” (énfasis añadido). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2847>.

²¹⁴ Sólo a modo ilustrativo, restringiendo a 200 el número de referencias para no hacer excesivamente larga esta nota a pie, y sin incluir los tratados ya mencionados en los párrafos anteriores, pueden consultarse los siguientes tratados con protección de inversiones como ejemplos de la práctica de los Estados en esta materia: TBI Albania-Polonia (1993), Art. 1(c); TBI Alemania-México (1998), Ad. Art. 1(b); TBI Argelia-Finlandia (2005), Art. 1.1; TBI Argelia-Jordania (1996), Art. 1.1; TBI Argelia-Qatar (1996), Art. 1.1; TBI Argentina – Guatemala, Art. 1.1; TBI Argentina – Holanda, Art. 1(b); TBI Argentina-Armenia (1993), Art. 1.2; TBI Argentina-Australia (1995), Art. 1.B(ii); TBI Argentina-Suecia (1991), Protocolo, B.2; TBI Argentina-Suiza

(1991), Art. 1.2; TBI Australia-Malasia (2012), Art. 12.2(c); TBI Australia-Sri Lanka (2002), Art. 1.1; TBI Australia-Turquía (2005), Art. 1.1(c); TBI Austria-Kuwait (1996), Art. 1.1; TBI Austria-Nigeria (2013), Art. 1(2); TBI Austria-Tajikistán (2010), Art. 1(2); TBI Benin-Canadá (2013), Art. 1; TBI Benin-Mauricio (2001), Art. 1; TBI Burkina Faso (2001), Art. 1.1; TBI Burkina Faso-Canadá (2015), Art. 1; TBI Burkina Faso-Guinea (2003), Art. 1.1; TBI CAFTA-DR (2004), Art. 10.28; TBI Camerún-Canadá (2014), Art. 1; TBI Canadá-Costa de Marfil (2014), Art. 1; TBI Canadá-Eslovaquia (2010), Art. I(d); TBI Canadá-Hungría (1991), Art. I.b(ii); TBI Canadá-Jordania (2009), Art. 1(s); TBI Canadá-Kuwait (2011), Art. 1; TBI Canadá-Letonia (2009), Art. I(g); TBI Canadá-Mali (2014), Art. 1; TBI Canadá-Nigeria (2014), Art. 1; TBI Canadá-Perú (2006); TBI Canadá-Polonia (1990), Art. 1; TBI Canadá-República Checa (2009), Art. I(d); TBI Canadá-Senegal (2014), Art. 1; TBI Canadá-Serbia (2014), Art. 1; TBI Canadá-Tanzania (2013), Art. 1; TBI Chad-Benin (2001), Art. 1.1; TBI Chad-Burkina Faso (2001), Art. 1.1; TBI Chad-Guinea (2004), Art. 1.1; TBI China-Canadá (2013), Art. 1.1; TBI China-Marruecos (1995), Art. 1.1; TBI Croacia-Kuwait (1997), Art. 1.1; TBI Croacia-Marruecos (2004), Art. 1.1; TBI Ecuador-Canadá (1996), Art. I(g); TBI Egipto-Finlandia (2004), Art. 1.1; TBI Egipto-República Central de Africa (2000), Art. 1.2(c); TBI Emiratos Árabes Unidos-Mongolia (2001), Art. 1.1; TBI EPA Japón-Mongolia (2015), Art. 1.2(k); TBI Eslovaquia-Kuwait (2009), Art. 1.1; TBI Eslovenia-Austria (2001), Art. 1.2; TBI Estados Unidos-Albania (1995), Art. I(d); TBI Estados Unidos-Azerbaiján (1997), Art. I(d); TBI Estados Unidos-Bahrein (199), Art. 1(d); TBI Estados Unidos-Bangladesh (1986), Art. I(c); TBI Estados Unidos-Bolivia (1998), Art. 1(d); TBI Estados Unidos-Camerún (1986), Art. I.1(b); TBI Estados Unidos-Congo (1984), Art. I(c); TBI Estados Unidos-El Salvador (1999), Art. 1(d); TBI Estados Unidos-Georgia (1994), Art. I(d); TBI Estados Unidos-Haití (1983), Art. I(c); TBI Estados Unidos-Honduras (1995), Art. I(d); TBI Estados Unidos-Jordania (1997), Art. I(d); TBI Estados Unidos-Lituania (1998), Art. I.1(a); TBI Estados Unidos-Marruecos (1985), Art. I.4; TBI Estados Unidos-Mongolia (1994), Art. I.1(a); TBI Estados Unidos-Mozambique (1998), Art. 1(d); TBI Estados Unidos-Panamá (1982), Art. I(d); TBI Estados Unidos-Panamá, Art. 10.29; TBI Estados Unidos-Ruanda (2008), Art. 1; TBI Estados Unidos-Senegal (1983), Art. I(c); TBI Estados Unidos-Trinidad y Tobago (1994), Art. I(d); TBI Estados Unidos-Turquía (1985), Art. I(c); TBI Estados Unidos-Uruguay (2005), Art. 1; TBI Estados Unidos-Uzbekistán (1994), Art. I(d); TBI Etiopía-Finlandia (2006), Art. 1.1; TBI Etiopía-Kuwait (1996), Art. 1.1; TBI Finlandia-Belarus (2006), Art. 1; TBI Finlandia-Guatemala (2005), Art. 1.1; TBI Finlandia-Jordania (2006), Art. 1.1; TBI Finlandia-Kirguistán (2003), Art. 1.1; TBI Finlandia-Kuwait (1996), Art. 1.1; TBI Finlandia-Mauricio (2007), Art. 1; TBI Finlandia-Mozambique (2004), Art. 1.1; TBI Finlandia-Nicaragua (2003), Art. 1.1; TBI Finlandia-República Dominicana (2001); TBI Finlandia-Turquía (1993), Art. 1.1(f); TBI Finlandia-Ucrania (2004), Art. 1.1; TBI Finlandia-Zambia (2005), Art. 1.1; TBI Francia-Eslovenia (1998), Art. 1.3; TBI Francia-Etiopía (2003), Art. 1.3; TBI Francia-Kazajistán (1998), Art. 1.3; TBI Francia-Malta (1976), Art. 1(b); TBI Francia-México (1998), Art. 2(b); TBI Francia-Uganda (2003), Art. 1(b); TBI Georgia-Finlandia (2006), Art. 1; TBI Georgia-Kuwait (2009), Art. 1.1; TBI Holanda-Bosnia Herzegovina (1998), Art. 1(b); TBI Holanda-Bulgaria (1999), Art. 1.2; TBI Holanda-Eslovenia (1996), Art. 1(b)(iii); TBI Holanda-Hungría (1987), Art. 1(c); TBI Holanda-India (1995), Art. 2; TBI Holanda-Kuwait (2001), Art. 1.1; TBI Holanda-Macao (2008), Art. 1; TBI Holanda-Turquía (1986), Art. 1(c); TBI Hungría-Kuwait (1989), Art. 1.4; TBI Hungría-Marruecos (1991), Art. 1.1; TBI India-Kuwait (2001), Art. 1.2; TBI Italia-Bosnia-Herzegovina (2000), Art. 1.2; TBI Japón-Perú (2008), Art. 1(1); TBI Kuwait-Bosnia Herzegovina (2001), Art. 1.1; TBI Kuwait-Kazajistán (1997), Art. 1.1; TBI Lituania-Kuwait (2001), Art. 1.1; TBI Marruecos-Camerún (2007), Art. 1.1; TBI Marruecos-Chad (1997), Art. 1.1; TBI Marruecos-Finlandia (2001), Art. 1.1; TBI Marruecos-Grecia (1994), Art. 1.1; TBI Marruecos-Guinea (2002), Art. 1.1; TBI Marruecos-Guinea Ecuatorial (2005), Art. 1.1; TBI Mauritania-Burkina Faso (2001), Art. 1.1; TBI Mongolia-Finlandia (2007), Art. 1; TBI Nigeria-Finlandia (2005), Art. 1.1; TBI Polonia-Estonia, Art. 1.1; TBI Polonia-Lituania (1992), Art. 1.1(c); TBI Polonia-Lituania (1993), Art. 1.1; TBI Polonia-Marruecos (1994), Art. 1.1; TBI Rumania-Senegal (1980), Art. 1.2; TBI Rusia-Suiza (1990), Art. 2; TBI Senegal-Marruecos, 2006), Art. 2(c); TBI Serbia-Finlandia (2005), Art. 1.1; TBI Suecia-Chile (1993), Ad. Art. 1.2(b); TBI Suecia-Lituania (1992), Protocolo, 2(ii); TBI Suecia-Rumania (2002), Art. 1.1; TBI Suecia-Turquía (1997), Art. 1.4; TBI Suiza-Malta (1965), Art. 5; TBI Suiza-Sudán (1974), Art. 7; TBI Turquía-Bangladesh (1987), Art. I.1(c); TBI Turquía-Kuwait (1988), Art. 1.1; TBI UELB-Albania (1999), Art. 1; TBI UELB-Argelia (1991), Art. 1.2(b); TBI UELB-Bahrein (2006), Art. 1.2; TBI UELB-Belarus (2002), Art. 1.2; TBI UELB-Benin (2001), Art. 1.2; TBI UELB-Bosnia Herzegovina (2004), Art. 1.2; TBI UELB-Botswana (2006), Art. 1.2; TBI UELB-Brazil (1999), Art. 1.2; TBI UELB-Burkina Faso (2001), Art. 1.2; TBI UELB-Chipre (1991), Art. 1.2; TBI UELB-Colombia (2009), Art. 1.2; TBI UELB-Congo (2005), Art. 1.2; TBI UELB-Costa de Marfil (1999), Art. 1.2; TBI UELB-Croacia

la unanimidad de todos los Estados del mundo a la hora de determinar si se protege o no a las inversiones indirectas. Y ése ha sido el método seguido tanto por Bolivia como por el Reino Unido, sin excepción.

160. Para fundar esta afirmación, he recorrido los 2946 TBIs compilados en la base de datos del sitio web investmentpolicyhub.unctad.org, de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD).²¹⁵ No he encontrado un solo tratado que excluya de manera expresa las inversiones indirectas. Sólo en el 0,9% de todos los TBIs disponibles²¹⁶ se incluye una disposición que podría parecerse a una exclusión expresa de las inversiones indirectas; a saber, la afirmación de que se protegen las inversiones directas. Las cifras hablan por sí mismas.
161. Postular que la ausencia de una exclusión expresa de la inversión indirecta en un tratado implica que los Estados han consentido la inclusión de la inversión indirecta es irreconciliable con la práctica completamente generalizada de los Estados en esta materia, incluyendo, de nuevo y en particular, la práctica de los dos Estados signatarios del Tratado que enmarca este arbitraje. En definitiva, la mayoría le exige a Bolivia y al Reino Unido hacer algo en este Tratado que nunca hicieron antes. Esto es insostenible.
162. Veamos. Tenemos a dos Estados negociando un Tratado. Los dos Estados han optado siempre, en toda su historia, sin excepción, en los más de 130 tratados de protección y promoción de

(2001), Art. 1.1; TBI UELB-Cuba (1998), Art. 1.2; TBI UELB-Egipto (1999), Art. 3.1; TBI UELB-El Salvador (1999), Art. 1.2; TBI UELB-Emiratos Árabes Unidos (2004), Art. 1.2; TBI UELB-Eslovenia (1999), Art. 1.1; TBI UELB-Estonia (1996), Art. 1.2; TBI UELB-Estonia (1996), Art. 1.2; TBI UELB-Georgia (1993), Art. 1.2; TBI UELB-Guatemala (2005), Art. 1.2; TBI UELB-Kazajistán (1998), Art. 1.2; TBI UELB-Letonia (1996), Art. 1.1; TBI UELB-Líbano (1999), Art. 1.2; TBI UELB-Libia (2004), Art. 1.2; TBI UELB-Lituania (1997), Art. 1.2; TBI UELB-Macedonia (1999), Art. 1.1; TBI UELB-Madagascar (2005), Art. 1.1; TBI UELB-Marruecos (1999), Art. 1.1; TBI UELB-Venezuela (1998), Art. 1.2; TBI Ucrania-Marruecos (2001), Art. 1.1; Acuerdo Trilateral China-Japón-Corea (2012), Art. 1(1); TLC Australia-Chile, Art. 10(j); TLC Colombia – US, Art. 10.28; TLC Australia-China, Art. 9.1(d); TLC Australia-Corea, Art. 11.16(b); TLC Australia-Tailandia, Art. 103(l); TLC Canadá-Corea, Art. 8.22.1(e); TLC Canadá-Honduras, Art. 10.1; TLC Canadá-Panamá, Art. 9.01; TLC Chile-Canadá, G40; TLC China-Corea, Art. 12.1; TLC Colombia-Canadá, Art. 838; TLC Colombia-Corea, Art. 8.28; TLC Colombia-Estados Unidos, Art. 10.28; TLC Corea-Perú, Art. 9.18; TLC Costa Rica-Singapur, Art. 11.1; TLC EFTA-Ucrania, Art. 4.2(e); TLC Estados Unidos-Australia, Art. 11.17.4; TLC Estados Unidos-Chile, Art. 10.27; TLC Estados Unidos-Corea, Art. 11.28; TLC Estados Unidos-Marruecos, Art. 10.27; TLC Estados Unidos-Omán, Art. 10.27; TLC Estados Unidos-Singapur, Art. 15.1.13; TLC India-Malasia, Art. 10.2(d); TLC Japón-Perú, Art. 209.1(b); TLC Panamá-Singapur, Art. 9.1.4; TLC Perú-Canadá, Art. 847; Tratado de la Carta de la Energía, Art. 1(6).

²¹⁵ Ver <http://investmentpolicyhub.unctad.org/>. Entre otros servicios, este sitio web provee un mapeo del contenido de los TBIs que permite búsquedas orientadas muy útiles. Sin embargo, la protección o no de las inversiones indirectas no es uno de los criterios de búsqueda disponibles. Por lo tanto, he debido realizar esta constatación de manera manual, tratado por tratado, en los diferentes idiomas en que se encuentran: castellano, inglés, italiano, portugués, alemán, francés, ruso, árabe, sueco, eslovaco, serbio, danés, turco, checo, rumano, chino o griego.

²¹⁶ Ciertamente, el 89% de estos casos corresponden a un solo país, Turquía, lo que acentúa su carácter excepcionalísimo.

inversiones celebrados por ambos, por el método común usado en el derecho internacional de inversiones, según el cual la protección de las inversiones indirectas se expresa de modo positivo (y su exclusión no se expresa de modo negativo). Es decir, la inversión indirecta se regula expresamente. Los dos Estados lo hicieron así, siempre, en todos sus tratados. ¿Cómo es posible que la mayoría sostenga que ese hecho tan claro y evidente no debe ser tenido en cuenta a la hora de interpretar este Tratado, en el que los Estados Parte decidieron no emplear la clásica fórmula de protección expresa de las inversiones indirectas como los Estados hacen cuando se quiere dar protección a esa clase de inversión? Está claro que la mayoría no está autorizada a hacer esa interpretación. La mayoría no está autorizada a incluir en el Tratado una previsión que las partes signatarias decidieron no incluir. Muchísimo menos está autorizada a hacerlo a la vez que pretende mostrarse como custodia de la no reescritura de los tratados, puesto que eso, justamente, es lo que hace.

b. Las autoridades legales invocadas por la mayoría en relación la protección de las inversiones indirectas

163. En relación con las decisiones citadas por la mayoría como autoridades en esta cuestión, otra vez debo disentir con la interpretación que han dado a tales decisiones mis colegas. Me refiero a los laudos dictados en los casos *Cemex c. Venezuela* y *Rurelec c. Bolivia*, que la mayoría del Tribunal invoca alegando que su interpretación coincide con la realizada en ambos casos y que son “particularmente relevantes”.²¹⁷ Es claro que estos casos tampoco asisten a la mayoría del Tribunal en su decisión.

164. La mayoría del tribunal se refiere a la decisión del caso de *Cemex c. Venezuela* por tratarse, supuestamente, de un texto casi idéntico al del Tratado. Si bien es cierto que el texto del tratado aplicable en ese caso es casi idéntico al del Tratado aplicable aquí, tiene una diferencia que es fundamental. El TBI Venezuela-Países Bajos aplicable en el caso *Cemex* incluye entre su definición de “nacionales”, “personas jurídicas ... controladas en forma directa o indirecta por ... personas jurídicas” constituidas bajo las leyes de una de las partes contratantes.²¹⁸ Es decir que, a diferencia del Tratado Reino Unido-Bolivia, el tratado que aplica el tribunal en el caso *Cemex c. Venezuela* incluye una disposición que refiere específicamente a la posibilidad de inversiones controladas en forma directa o indirecta.

²¹⁷ Voto de la Mayoría, ¶313.

²¹⁸ Ver Artículo 1(b) del TBI Venezuela-Países Bajos, aplicable en *CEMEX Caracas Investments B.V. et al. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI Nro. ARB/08/15, Decisión sobre Jurisdicción del 30 de diciembre de 2010 (CLA-100), ¶20.

165. Respecto de *Rurelec c. Bolivia*, la mayoría del tribunal se basa en este antecedente por haberse interpretado las mismas disposiciones del Tratado aplicables aquí.²¹⁹ Sin embargo, encuentro una diferencia de hecho importante entre ambos casos, y es que en *Rurelec c. Bolivia* la demandante era efectivamente la controlante final de la inversión.²²⁰ Esto significa que quien habría realizado realmente la inversión en Bolivia en ese caso era la demandante, mientras que quien habría realizado la inversión realmente en este caso no lo es.
166. Aun si *Rurelec c. Bolivia* no tuviera esa diferencia fundamental con este caso, cabe recordar que los antecedentes jurisprudenciales de otros tribunales arbitrales de inversión no son *stare decisis*, es decir que, aunque pueden ser relevantes, no tienen peso de autoridad como tales sino que siempre es necesario analizar su razonamiento.²²¹ En los puntos siguientes se demostrará por qué no corresponde seguir el razonamiento del tribunal del caso *Rurelec c. Bolivia*.
167. El tribunal del caso *Rurelec c. Bolivia* dice lo siguiente: “[D]ado que el propósito del TBI consiste en fomentar y proteger la inversión extranjera, el Tribunal considera 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.”²²² Esta es una afirmación carente de sentido. Parte de un propósito necesariamente general para pasar a exigir, sin escalas, un método particular que simplemente no se usa.
168. Sin malversarla, la idea que se viene comentando podría expresarse así: “Todos los Tratados que se propongan fomentar y proteger la inversión extranjera protegen las inversiones indirectas salvo que lo descarten específicamente”, que es lo mismo que decir que todos los Tratados protegen las inversiones indirectas. La doctrina de *Rurelec c. Bolivia* no empeoraría, en realidad, si en lugar de basarse en el propósito del Tratado, se apoyara en su mismísima designación: Tratado sobre Fomento y la Protección de Inversiones. Es una idea que no resiste el menor análisis. En primer lugar, reescribe miles de tratados retroactivamente. Si esta idea produce contagio, como desafortunadamente propician mis colegas, todos los Estados se enterarían de que, aunque los tratados que celebraron hayan tenido el propósito de proteger sólo las

²¹⁹ SAS también otorga especial preeminencia a la decisión del tribunal del caso *Rurelec c. Bolivia*, tal como se aprecia, por ejemplo, en Memorial de Demanda, ¶¶110-11, Memorial de Réplica ¶153, ¶165, ¶170, ¶182 y Tr. Aud., Día 1, 121:25 a 123:5 (Alegato de Apertura de SAS) (ENG).

²²⁰ *Guaracachi America, Inc., y Rurelec PLC c. Bolivia*, Caso CNUDMI No. 2011-17, Laudo del 31 de enero de 2014 (Júdice, Conthe, Vinuesa) (CLA-01), ¶125.

²²¹ Así, por ejemplo, lo hemos hecho *supra*, en la Sección II.A.4, al referirnos al razonamiento de los tribunales de los casos *Standard Chartered c. Tanzania* y *Caratube c. Kazajistán*.

²²² *Guaracachi America, Inc., y Rurelec PLC c. Bolivia*, Caso CNUDMI No. 2011-17, Laudo del 31 de enero de 2014 (Júdice, Conthe, Vinuesa) (CLA-01), ¶353.

inversiones de un Estado en el otro, al haber declarado como propósito general del tratado fomentar y proteger las inversiones, en realidad se sometieron a proteger también las inversiones indirectas. Eso le pasaría, por ejemplo, a Bolivia y al Reino Unido, que en todos sus Tratados emplearon el método común de aceptar expresamente la protección de las inversiones indirectas cuando tenían el propósito de protegerlas.

169. He compulsado, literalmente, miles de Tratados en esta búsqueda. Puedo afirmar que la práctica general de los Estados consiste en conceder la protección de las inversiones indirectas de modo positivo, y no al revés. Como vimos,²²³ la fórmula negativa no es la usada por los Estados. Además de exigirla a contramano de la virtual unanimidad de los Tratados, se muestra portadora de un veneno capaz de destruir la base más importante del arbitraje internacional: el principio del consentimiento.

170. Aun si existiera un método lógico que autorizara a llegar a una conclusión tan específica y trascendente sin escalas desde la designación misma de los TBI (Tratados de Protección y Promoción de las Inversiones), el *holding* de *Rurelec c. Bolivia* en este punto es equivocado. Como ya vimos, el objeto y fin del TBI Reino Unido-Bolivia no es “fomentar y proteger la inversión extranjera” en general, sin más, sino fomentar y proteger la inversión de nacionales de uno de los Estados parte en el territorio del otro Estado Parte. El Tratado no es un acuerdo de efecto multilateral, sino un tratado bilateral cuyo efecto es relativo²²⁴ a las Partes que lo suscribieron (el Reino Unido y Bolivia).²²⁵ Por lo tanto, el propósito del Tratado, tal como se encuentra expresado en el Preámbulo que invoca el tribunal de *Rurelec c. Bolivia*, no apoya sino que refuta la pretensión de extender el ámbito de protección a las inversiones indirectas.

171. No existe un tratado de fomento y protección de inversiones que no se proponga fomentar y proteger inversiones. De hecho, ningún TBI se designa de otro modo. Sería un contrasentido, simplemente. Es decir que lo que ya se sabe desde la designación misma del Tratado le basta al tribunal de *Rurelec c. Bolivia* para sacar conclusiones sobre las previsiones que deben tomarse para aclarar si se protegen o no las inversiones indirectas. Esto significa que, según el tribunal de

²²³ Ver *supra*, ¶¶159-60.

²²⁴ Ver Memorial de Dúplica, ¶259.

²²⁵ La Demandante incurre en el mismo error cuando afirma que el propósito de los tratados bilaterales de inversión es proteger “la inversión extranjera”, sin más (“*This concern of overbreadth simply does not exist in the case of bilateral investment treaties whose overt purpose is to protect foreign investment, and where an interpretation that the phrase “investment of the former” as covering investments that are owned directly or indirectly by the investor is entirely consistent with the context of the Treaty*”; Memorial de Réplica, ¶173) o cuando especula que en este Tratado la intención de Bolivia y el Reino Unido fue “maximizar el flujo de inversiones”, sin más (“*[T]he parties to the Treaty desired to maximize the flow of investments which would include, in the absence of language to the contrary, indirect investments*”; Memorial de Réplica, ¶175).

Rurelec c. Bolivia y la mayoría, miles de tratados han seguido históricamente un método erróneo al tener la misma previsión general pero no incluir una previsión negativa respecto de esa clase de inversiones. Esto significa también que, según el tribunal de *Rurelec c. Bolivia* y la mayoría, los Estados que han negociado múltiples tratados (Bolivia y el Reino Unido incluidos) han actuado de modo desatento al formular los propósitos universales de los Tratados, puesto que debieron pensar que algún día un tribunal les iba a exigir por ello que debieron incluir una previsión que ningún tratado usa. Esta idea no tiene apoyo en la práctica real de los Estados. En fin, en mi opinión tanto *Rurelec c. Bolivia* como los que desgraciadamente sigan su criterio están condenados a repetir una idea infundada y –no hay que cansarse de repetirlo– destructiva del principio sagrado del consentimiento.

172. El anterior no es el único criterio manifiestamente erróneo del caso que venimos comentando y en el que se basa la mayoría. Ese tribunal, además, parte de la definición de inversión, como si por sí misma pudiera suplantar la inexistencia de una previsión que otorgue protección a las inversiones indirectas. Eso nunca puede ser antecedente de una conclusión sobre tal tópico. Mis colegas transcriben lo que sigue del laudo *Rurelec c. Bolivia*:²²⁶ “...el Tribunal destaca que el artículo 1 contiene –al igual que la mayoría de los TBIs– una definición muy amplia de ‘inversión’. El artículo 1 define ‘inversión’ como ‘toda clase de bienes capaces de producir rentas’.”²²⁷ A continuación, el tribunal de *Rurelec c. Bolivia* hace una derivación insólita. Dice: “[...] lo que naturalmente comprendería las ‘inversiones indirectas’ mediante la adquisición de acciones de una sociedad”.²²⁸ Para llegar a esa derivación, sería necesario que no fuera posible tener una inversión directa referida a alguna “clase de bienes capaces producir rentas”. Como en realidad sí es posible, obviamente, tener una inversión directa consistente en bienes capaces de producir rentas, la derivación que hace el tribunal de *Rurelec c. Bolivia* y que sigue la mayoría, carece de sentido lógico. Lo que en realidad sucede es que se puede tener inversiones constituidas por “toda clase de bienes capaces de producir rentas” de modo directo o indirecto. Para que las inversiones indirectas estén protegidas, es necesario –además de que el alegado inversor haya realizado alguna inversión– que las inversiones indirectas estén contempladas en el tratado. Es notoriamente equivocado sostener que de una definición amplia del concepto de inversión se deriva, necesariamente, que se está haciendo referencia a las inversiones indirectas.

²²⁶ Voto de la Mayoría, ¶314.

²²⁷ *Guaracachi America, Inc., y Rurelec PLC c. Bolivia*, Caso CNUDMI No. 2011-17, Laudo del 31 de enero de 2014 (Júdice, Conthe, Vinuesa) (CLA-01), ¶352.

²²⁸ *Id.*

173. Además, al igual que mis colegas, el tribunal de *Rurelec c. Bolivia* pretende excluir la relevancia de otros tratados celebrados coetáneamente con el Tratado bajo discusión aquí.²²⁹ Pretender que los Estados Parte en un tratado sólo excluyen cierto tipo de inversiones de su protección cuando así lo disponen expresamente, en lugar de requerir que se incluyan expresamente, es tergiversar todas las reglas de interpretación de los tratados.
174. Debo ser enfático en esto. Ni el tribunal de *Rurelec c. Bolivia*, ni la Demandante en nuestro caso, ni mis colegas en su voto, han logrado identificar un solo tratado de protección de inversiones en el que el Reino Unido o Bolivia —o, a todo evento, cualquier otro Estado— haya excluido expresamente la protección de la inversión indirecta como tal. A la inversa, la Demandada ha identificado tratados de al menos una de las partes, Bolivia —y, a todo evento, existen muchos otros similares suscritos por otros Estados— en los que se incluye expresamente la protección de la inversión indirecta como tal. Esto confirma que es jurídicamente incorrecto e insostenible utilizar el criterio de interpretación *a contrario sensu*²³⁰ en favor de la protección de la inversión indirecta a partir de la no inclusión de una cláusula que la excluya en el TBI.²³¹ Sería como

²²⁹ *Guaracachi America, Inc., y Rurelec PLC c. Bolivia*, Caso CNUDMI No. 2011-17, Laudo del 31 de enero de 2014 (Júdice, Conthe, Vinuesa) (CLA-01), ¶354.

²³⁰ El tribunal del caso *Rurelec c. Bolivia* no puede evitar señalar lo siguiente respecto de los argumentos *a contrario sensu*: “[E]s bien aceptado que este tipo de argumento no es en sí mismo lo suficientemente sólido para justificar una interpretación particular de una norma jurídica.” *Guaracachi America, Inc., y Rurelec PLC c. Bolivia*, Caso CNUDMI No. 2011-17, Laudo del 31 de enero de 2014 (Júdice, Conthe, Vinuesa) (CLA-01), ¶354. El señalamiento es notable, siendo que eso es exactamente lo que hace el tribunal del caso *Rurelec c. Bolivia*: basarse en un argumento *a contrario sensu* (dado que la protección de la inversión extranjera es amplia, si la inversión indirecta no está excluida debe considerarse incluida) para justificar una interpretación de una norma jurídica que, peor todavía, determina algo tan crucial como el alcance del consentimiento de un Estado a la jurisdicción arbitral internacional.

²³¹ SAS ha invocado la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Judgment, ICJ Reports 1989 (CLA-107) en apoyo de su tesis según la cual, en ausencia de un lenguaje claro y específico excluyendo las inversiones indirectas de la protección del Tratado, el Artículo 8(1) debería ser interpretado como refiriéndose a esas inversiones indirectas. (Ver Memorial de Réplica, ¶168 y Memorial de Dúplica sobre Jurisdicción, ¶59). La invocación de esta decisión por parte de SAS es curiosa. Lo que la CIJ hizo en el caso ELSI fue, justamente, negarse a aceptar que, por vía de un argumento *a contrario sensu*, se ampliara el consentimiento otorgado por Italia a la jurisdicción de la CIJ bajo el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación de 1948 entre Italia y Estados Unidos. Ver *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Judgment, ICJ Reports 1989 (CLA-107), ¶¶48-9. De acuerdo con la CIJ, al no haber una exclusión expresa en el tratado del requisito de agotamiento de los recursos internos en casos de protección diplomática como condición para que haya consentimiento a la jurisdicción de la CIJ, no podía considerarse que las Partes habían decidido desconsiderarlo: “*The Chamber has no doubt that the parties to a treaty can therein either agree that the local remedies rule shall not apply to claims based on alleged breaches of that treaty ;or confirm that it shall apply. Yet the Chamber finds itself unable to accept that an important principle of customary international law should be held to have been tacitly dispensed with, in the absence of any words making clear an intention to do so. This part of the United States response to the Italian objection must therefore be rejected.*” A todo evento, tal como se aprecia en el pasaje citado, en el razonamiento de la CIJ en el caso ELSI fue central la consideración del agotamiento de los recursos internos como un “principio importante de derecho internacional consuetudinario” (*id.*, ¶50), carácter que, por supuesto, no puede predicarse de la protección de las inversiones indirectas ni de las directas en el arbitraje internacional de

afirmar que si está prevista la inversión indirecta, merece protección, y si no lo está, también. Algo más bien absurdo. Al pretender seguir una idea tan carente de estructura lógica, tan irrespetuosa de la práctica real de los Estados en la celebración de tratados de protección y promoción de inversiones, incluidos todos los tratados celebrados por los dos Estados Parte en el Tratado aplicable en este caso, la mayoría se suma a uno de los más letales criterios disponibles en el derecho internacional de inversiones: el que tiene el potencial para dinamitar uno de los cimientos del derecho internacional, que es el principio del consentimiento.

c. El Artículo 5.2 del Tratado

175. Finalmente, mis colegas se refieren al Artículo 5.2 del Tratado cuando sostienen que “la participación indirecta de SAS en el capital social de CMMK —a su vez titular de las Concesiones Mineras— constituye una inversión protegida bajo el Tratado”.²³² Esto es curioso, porque el Artículo 5.2 del Tratado confirma, fuera de toda duda, que el Tratado no protege inversiones indirectas.

176. El Artículo 5.2 del Tratado dispone lo siguiente:

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

177. Como se ve, el Tratado es inequívoco para limitar la protección contra la expropiación no compensada a los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante que son propietarios de las acciones de la empresa expropiada. SAS no es propietaria de acciones en CMMK.²³³ De acuerdo con el relato de la propia Demandante, SAS es propietaria de acciones en empresas que tienen acciones en CMMK,²³⁴ lo que establece una diferencia central para analizar y resolver este caso. El Tratado entre el Reino Unido y Bolivia podría no haber limitado su alcance a

inversiones.

²³² Voto de la Mayoría, ¶318.

²³³ Ver Certificado de Constitución, Certificado de Vigencia y Registro de Miembros de Malku Khota Ltd. (C-6), Certificado de Constitución, Certificado de Vigencia y Registro de Miembros de Productora Ltd., certificados de acciones (C-7), Certificado de Constitución, Certificado de Vigencia y Registro de Miembros de G.M. Campana Ltd. (C-8), Certificado de acciones emitido por CMMK a favor de Productora Ltd., Malku Khota Ltd. y G.M. Campana Ltda. (C-9).

²³⁴ Ver Memorial de Demanda, ¶33.

nacionales o sociedades que tengan acciones en la empresa expropiada. Así, por ejemplo, como vimos,²³⁵ lo hace el TBI entre el Reino Unido y Panamá, en una cláusula casi idéntica a la del Artículo 5.2 del Tratado a la que se agrega a la previsión expresa de la protección de los derechos indirectos sobre las acciones de la empresa expropiada. Sin embargo, las Partes Contratantes decidieron establecer una limitación expresa en el Tratado: la protección se extiende a los nacionales o sociedades que tengan acciones en la empresa expropiada. Desconocer esta limitación implica, sencillamente, modificar el texto del Tratado²³⁶ y violar, como se hace a lo largo de todo el voto de la mayoría, el principio del consentimiento

178. Al respecto, mis colegas afirman que “nada en el Tratado impide que la Demandante presente reclamaciones basadas en medidas adoptadas contra los activos de CMMK que afecten el valor de las acciones que indirectamente posee en dicha Compañía”.²³⁷ Esto es un error grave y manifiesto. SAS no tiene acciones en CMMK. Por lo tanto, el Artículo 5.2 confirma que el Tratado impide que SAS presente reclamaciones ante este Tribunal.²³⁸

179. Asimismo, mis colegas señalan que SAS no tiene un derecho directo sobre los activos de CMMK “conforme al derecho boliviano”.²³⁹ Esta es una afirmación misteriosa. SAS no tiene un derecho directo sobre los activos de CMMK porque no es accionista de CMMK. El derecho boliviano no tiene absolutamente nada que ver con eso. La decisión de que las tres empresas accionistas de CMMK sean de Bahamas (un país ajeno al Tratado) fue una decisión tomada por las personas interesadas en esa operación por razones que, cualesquiera sean, no son imputables a Bolivia ni se derivan, de ninguna manera, de la legislación boliviana.²⁴⁰

²³⁵ Ver *supra*, ¶159.

²³⁶ Eso es, efectivamente, lo que hacen mis colegas cuando aluden a una “participación accionaria indirecta” (Voto de la Mayoría, ¶317) de SAS en CMMK, siendo que el Artículo 5.2 del TBI entre Bolivia y el Reino Unido –a diferencia, según vimos, de cláusulas análogas en otros TBIs del Reino Unido– habla solamente de la propiedad de acciones en una compañía, sin referencia a formas indirectas de participación a través de la propiedad de acciones en compañías diferentes.

²³⁷ Voto de la Mayoría, ¶318.

²³⁸ No debe perderse de vista que en el voto de la mayoría se condena a Bolivia a compensar a SAS en virtud de la revocación de una licencia que, por no haber sido todavía compensada, sería supuestamente una expropiación ilegítima bajo el Tratado (Ver Voto de la Mayoría, ¶¶588-610). Por lo tanto, la específica limitación jurisdiccional establecida por el Reino Unido y Bolivia en el Artículo 5.2 del Tratado en relación con la compensación por expropiación tiene una relevancia especial en este caso.

²³⁹ Voto de la Mayoría, ¶317.

²⁴⁰ Mis colegas no se ocupan de aclarar el misterio. Su afirmación no está acompañada de ninguna nota a pie o especificación de cualquier otro tipo respecto de a qué normas de derecho boliviano se refieren y por qué serían esas normas (y no los propios actos voluntarios de las personas que urdieron el entramado societario que une a SAS con CMMK) las que determinan que SAS no tenga un derecho directo sobre los activos de CMMK.

180. Considero que, conforme con esas circunstancias, constituye un error evidente interpretar que el Tratado incluye la protección de inversiones indirectas.

B. Conclusión

181. Por todas las razones expuestas, considero que la Demandante no ha probado haber hecho una inversión protegida por el Tratado, lo que impide que este Tribunal asuma jurisdicción para resolver la disputa.

III. Consideraciones Adicionales

182. En la medida en que considero que el Tribunal no tiene jurisdicción para resolver esta disputa, no es necesario, por obvias razones metodológicas, que ingrese a analizar las cuestiones de mérito y daños.

183. Sin embargo, quiero referirme al menos a dos aspectos de la decisión de la mayoría sobre dichas cuestiones: la licitud de la expropiación bajo el Artículo 5 del Tratado y la tasa de interés aplicable al eventual monto compensatorio.

A. Sobre la licitud o ilicitud de la expropiación

184. El Artículo 5(1) del Tratado establece que

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

monto de la compensación conforme a los principios establecidos en este párrafo.²⁴¹

185. Mis colegas consideran que Bolivia realizó una expropiación ilícita bajo el derecho internacional porque incumplió su deber de compensación por expropiación bajo el Artículo 5(1) del Tratado.²⁴² Las razones por las que mis colegas han alcanzado esta conclusión no son claras. En particular, omiten el análisis de documentos de prueba relevantes y de las decisiones de referencia sobre el punto en el derecho internacional, incluidas las decisiones que las Partes discutieron e incorporaron al expediente.²⁴³
186. Las autoridades legales citadas por las Partes revelan que, en principio, la sola ausencia de compensación no hace ilícita una expropiación bajo el derecho internacional. En las palabras del tribunal del caso *Goetz c. Burundi*, la sola falta de compensación es insuficiente para “estigmatizar” (*entacher*) la medida expropiatoria como una violación del derecho internacional.²⁴⁴
187. En efecto, tal como ha señalado, entre otros, Ian Brownlie, la compensación de la expropiación no es una condición de su licitud, así como la ausencia de compensación no es una condición de la ilicitud de la expropiación.²⁴⁵ La existencia de una diferencia entre las Partes sobre el monto de la compensación por expropiación no hace ilícita la expropiación.²⁴⁶
188. En las circunstancias de nuestro caso, no encuentro que haya –y la mayoría no ayuda en la búsqueda– ningún elemento que permita revertir la presunción general de que una expropiación no es ilícita bajo el derecho internacional estando sólo pendiente el pago de compensación.

²⁴¹ TBI entre el Reino Unido y Bolivia, (C-1), Artículo 1(a).

²⁴² Ver Voto de la Mayoría, ¶¶598-621.

²⁴³ Memorial de Demanda, ¶¶128-38, Memorial de Contestación, ¶¶379-404, Memorial de Réplica, ¶¶289-314, Memorial de Dúplica, ¶¶421-48.

²⁴⁴ Ver *Antoine Goetz et consorts c. República de Burundi*, caso CIADI No. ARB/95/3, laudo del 10 de febrero de 1999 (Weil, Bedjaoui, Bredin) (RLA-30), ¶130: “*Le Tribunal ne considère toutefois pas que cette circonstance suffit à entacher d’illicéité internationale la mesure litigieuse. La Convention exige une indemnité adéquate et effective; contrairement à ce que font certains droits nationaux en matière d’expropriation, elle n’exige pas une indemnisation préalable.*”

²⁴⁵ Ver Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7th ed., 2008 (RLA-253), p. 538.

²⁴⁶ En este sentido, se ha destacado que la práctica y la doctrina arbitrales mayoritarias en la actualidad reconocen que el desacuerdo entre las partes sobre el monto de la compensación no hace ilícita una expropiación: “*One may, therefore, conclude that according to arbitral practice and scholarly writing, the mere existence of a dispute about the amount of compensation does not render the expropriation unlawful.*” (Irmgard Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford International Arbitration Series, 2009 (RLA-102), ¶3.48).

189. Para empezar, el Decreto de Reversión contenía una disposición específica para la compensación de CMMK. Se trata del Artículo 4 del Decreto de Reversión:²⁴⁷

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

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

III. El monto señalado en el párrafo anterior, será desembolsado por la COMIBOL debiendo incorporar en su presupuesto con fuente recursos propios.

190. Como se ve, en este caso el Estado no se negó a pagar una compensación. Por el contrario, el Estado emitió una disposición compensatoria detallada y específica relativa al objeto de esta disputa.²⁴⁸

191. Ahora bien, incluso la ausencia de una disposición normativa específica contemplando compensación por los hechos en disputa ha sido considerada insuficiente para establecer la ilicitud de la expropiación bajo el derecho internacional, tal como se aprecia, por ejemplo, en la decisión del caso *Venezuela Holdings c. Venezuela*, donde la norma que había dispuesto la expropiación (el Decreto-Ley Nro. 5200) no contenía una disposición compensatoria.²⁴⁹ De acuerdo con ese tribunal, “el mero hecho de que un inversor no haya recibido compensación no convierte en sí mismo a una expropiación en ilegal.”²⁵⁰ Asimismo, de acuerdo con ese tribunal, la inclusión de una disposición compensatoria en la norma que había resuelto la expropiación se consideraría una oferta de compensación.²⁵¹

192. No encuentro que Bolivia haya desconocido nunca su compromiso de pagar una compensación en virtud de la reversión de la licencia de exploración, tal como se encontraba específicamente detallado en el Artículo 4 del Decreto de Reversión.²⁵² Por el contrario, el expediente de este

²⁴⁷ Decreto de Reversión del 1 de agosto de 2012 (C-4), Artículo 4.

²⁴⁸ *Id.*

²⁴⁹ Ver *Venezuela Holdings y otros c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB/07/27, laudo de 9 de octubre de 2014 (Guillaume, El-Kosheri, Kaufmann-Kohler) (RLA-105), ¶302.

²⁵⁰ *Id.*, ¶301.

²⁵¹ Ver *id.*, ¶302.

²⁵² Tal como señaló el tribunal del caso *Tidewater c. Venezuela*, “El caso que nos ocupa no es uno en el cual el Estado haya confiscado bienes sin oferta alguna de indemnización. El expediente no demuestra que el Estado haya rehusado el pago de una indemnización.” Ver *Tidewater Investment Srl c. República Bolivariana*

arbitraje abunda en ratificaciones expresas por parte de Bolivia de su voluntad de cumplir con el compromiso asumido en el Decreto de Reversión.

193. Así, por ejemplo, ya en la Primera Conferencia Procesal del 13 de Mayo de 2014, la Sub-Procuradora Cariña Llorentti afirmó que

El Estado Boliviano en ningún momento ha tomado una medida arbitraria, al contrario ha previsto y ha reglamentado en su Artículo 4 del mencionado Decreto Supremo que la Comibol va a contratar una empresa independiente que realice un proceso de valoración de las inversiones realizadas por la Compañía Minera Mallku Khota, esta valuación por supuesto que está orientada a compensar lo que realmente ha invertido la empresa Mallku Khota. [...] [Q]uiero que quede claro señores miembros del Tribunal que el Estado Boliviano en ningún momento va a evadir, ni va a eludir esa su responsabilidad que lo reconoce expresamente en un Decreto Supremo.²⁵³

194. En el Memorial de Contestación, Bolivia sostuvo que

En nuestro caso, el Decreto de Reversión preveía el pago de una indemnización. Las Partes mantuvieron negociaciones antes y después de la Reversión. Dichas negociaciones son una clara muestra de la voluntad de Bolivia de cumplir con su obligación de indemnizar, sin que SAS haya demostrado que las propuestas realizadas por Bolivia fueran incompatibles con los requisitos establecidos en el Tratado o las negociaciones se hayan llevado de mala fe.²⁵⁴

195. Finalmente, en el Memorial de Dúplica indicó que

El mero hecho de que la compensación no haya sido pagada antes del arbitraje no puede constituir una violación del Tratado, pues la compensación debida quedará fijada en el arbitraje. [...] El pago será oportuno, siempre y cuando se haga prontamente después de una decisión firme de este Tribunal ordenando un pago (*quod non*) tras haber agotado cualquier recurso.²⁵⁵

196. No sólo eso. El expediente demuestra que Bolivia se comprometió activamente con la satisfacción del compromiso de compensación asumido en el Decreto de Reversión, aun enfrentando dificultades que, eventualmente, podría haber gestionado de una manera más rápida o eficiente. Bolivia avanzó hasta la concreción de la contratación de una compañía independiente –Quality Audit–²⁵⁶ para la realización del informe valuatorio, el cual fue completado el 27 de

de Venezuela, caso CIADI No. ARB/10/5, laudo del 13 de marzo de 2015 (McLachlan, Rigo Sureda, Stern) (RLA-104), ¶145.

²⁵³ Transcripción de la Primera Reunión Procesal del 13 de mayo de 2014, p. 15-6 (énfasis añadido).

²⁵⁴ Memorial de Contestación, ¶401.

²⁵⁵ Memorial de Dúplica, ¶434 y ¶437.

²⁵⁶ Ver Acta de recepción de ofertas del 7 de abril de 2014 (R-105), Análisis del comité de evaluación de propuestas del 8 de abril de 2014 (R-106), Resolución de autorización de la contratación de Quality del 23 de abril de 2014 (R-107), Orden de servicio para la contratación de una consultoría dirigida a Quality del 25 de abril de 2014 (R-108) y Contrato de prestación de servicios para la valuación de las inversiones de CMMK y

junio 2014,²⁵⁷ es decir, antes de la presentación del Memorial de Demanda de SAS en este arbitraje (que fue presentado el 24 de septiembre de 2014).

197. La mayoría afirma que el procedimiento para la determinación de la compensación por parte de Bolivia incurrió en “ineficiencias y demoras”,²⁵⁸ que no serían “imputables a hechos u omisiones de la Demandante”.²⁵⁹ Sin embargo, otra vez, la mayoría no brinda ninguna precisión al respecto. Sus afirmaciones se mantienen en un nivel de vaguedad e indeterminación divorciado de los hechos probados del caso.
198. La mayoría no ha justificado –ni podría hacerlo– que la existencia de la demora en el proceso de determinación del monto de una compensación transformó de por sí en ilícita la expropiación, de acuerdo con las circunstancias de este caso. Como sea, es innegable que, en la medida en que el procedimiento valuatorio previsto en el Artículo 4 del Decreto de Reversión estaba a cargo de Bolivia, parte de la responsabilidad por no haber llegado de manera más inmediata a su concreción corresponde a Bolivia. Sin embargo, el análisis de los documentos del expediente revela que la asignación unidireccional de responsabilidad que aventura la mayoría es errónea.
199. Así, por ejemplo, debe tenerse presente que el 24 de agosto de 2014 Bolivia dirigió a South American Silver²⁶⁰ una carta convocando a sus representantes a una reunión, el marco del Decreto de Reversión, el día 28 de agosto a las 9:00am para proceder a la entrega de documentación pertinente del Proyecto:²⁶¹

Ref: INVITACIÓN A REUNIÓN DE ENTREGA DE DOCUMENTACIÓN

De mi mayor consideración:

En mérito al Decreto Supremo No. 1308 del 01.08.12, que revierte el yacimiento minero de Mallku Khota a favor del Estado Boliviano y dentro del marco de dicha disposición legal, invitamos a ustedes a una reunión para el día martes 28.08.12 a horas 09:00, a efectos de realizar la entrega de toda la documentación pertinente que hacen al desarrollo de las actividades de dicho yacimiento minero.

Con este motivo, saludo a usted con la mayor consideración

P' CORPORACIÓN MINERA DE BOLIVIA

EMICRUZ Ltda. del 8 de mayo de 2014 (R-109).

²⁵⁷ Ver Carta de Quality a COMIBOL del 27 de junio de 2014 (R-110) e Informe de valuación de las inversiones efectuadas por la Compañía Minera Mallku Khota S.A. y Exploraciones Santa Cruz LTDA. – EMICRUZ LTDA de junio de 2014 (R-111).

²⁵⁸ Voto de la Mayoría, ¶613.

²⁵⁹ *Id.*

²⁶⁰ Por cierto, cabe señalar que nada en el texto de esta carta sugiere que por “South American Silver” Bolivia haya querido referirse a SAS –con quien nunca había tratado– y no a SASC, la compañía canadiense con la que siempre había tratado y a la que Bolivia –según se advierte en los documentos del expediente– se refería simplemente como “South American Silver”, sin necesidad de distinguirla de la compañía de papel SAS, que hasta el momento de surgimiento de esta disputa no había aparecido.

²⁶¹ Carta de COMIBOL a South American Silver del 24 de agosto de 2012 (C-20).

200. SAS no asistió a esa reunión. En justificación de su inasistencia, SAS adujo que, si bien la carta que Bolivia entregó a CMMK tenía fecha 24 de agosto de 2014, la carta había sido efectivamente recibida por CMMK el 27 de agosto de 2014, y que, por tanto, no había tenido tiempo de concurrir a la reunión.²⁶² Esto resultaría del sello de recepción de la nota de la propia empresa.²⁶³



201. Cabe destacar que –como se ve *supra* en la imagen del sello– la fecha está introducida a mano, y el sello de CMMK contiene el logo de SASC, sin rastros de la Demandante. La carta de SAS en la que contesta a Bolivia justificando su inasistencia a la reunión del 28 de agosto de 2012 es de fecha 4 de septiembre de 2012,²⁶⁴ es decir, ocho días posterior a la supuesta recepción de la carta y siete días posterior a la fecha de la reunión a la que South American Silver fue convocada. La carta del 4 de septiembre de SAS a Bolivia no tiene sello de recepción.²⁶⁵ De todas las cartas dirigidas a Bolivia por SAS desde su sorpresiva aparición en esta disputa que han sido incorporadas al expediente,²⁶⁶ la carta del 4 de septiembre de 2012 es la única que no tiene sello de recepción.

202. En esa carta del 4 de septiembre de 2012 justificando su inasistencia, SAS indicó: “no tenemos personal de SAS residiendo en La Paz”.²⁶⁷ Esta es una afirmación curiosa, proviniendo de una compañía que alega ser la titular de una inversión en Bolivia, y teniendo en cuenta las numerosas reuniones relacionadas con el Proyecto que se sostuvieron con funcionarios bolivianos. Interesantemente, a la siguiente reunión convocada por Bolivia el 21 de febrero de 2013, que tuvo lugar en fecha 17 de abril de 2013, SAS decidió enviar a su “asesor legal boliviano”, el Sr. Enrique Barrios.²⁶⁸ La opción de enviar a un representante legal o de otro tipo que “residiera en

²⁶² Ver Carta de SAS a COMIBOL del 4 septiembre de 2012 (C-21).

²⁶³ *Id.*

²⁶⁴ *Id.*

²⁶⁵ *Id.*

²⁶⁶ Ver Letter from South America Silver and SASC to the Vice President of Bolivia, July 31, 2012 (C-19), Notice of Dispute from South American Silver, October 22, 2012 (C-22), South American Silver's letters, December 12, 2012, January 16, 2013, and February 15, 2013 (C-23), Letter from South American Silver to the Attorney General of Bolivia, March 4, 2013 (C-25), Letter from South American Silver, April 12, 2013 (C-26), Letter from South American Silver, April 24, 2013 (C-27).

²⁶⁷ Carta de SAS a COMIBOL del 4 septiembre de 2012 (C-21).

²⁶⁸ Ver Letter from South American Silver, April 12, 2013 (C-26), p. 2: “[L]a presente carta es para confirmar

La Paz” no fue utilizada por South American Silver para asistir a la reunión a la que Bolivia la convocó el 24 de agosto de 2012, o bien para avisar a tiempo que no asistiría.

203. La mayoría omite que SAS no sólo no asistió a la primera reunión convocada por Bolivia, sino que en la segunda reunión ratificó su negativa a entregar la información solicitada por Bolivia para la realización de la valuación. Esto resulta del resumen que la propia SAS hizo de la reunión del día 17 de abril de 2013, según consta en la carta del 24 de abril de 2013 remitida por SAS a Bolivia.²⁶⁹

204. Nótese, para empezar, que esta carta de SAS confirma que, al 24 de abril de 2013, es decir, 266 días después del Decreto de Reversión, SAS estaba en conocimiento de que Bolivia afirmaba necesitar información en poder de la concesionaria para avanzar con la valuación, estaba en conocimiento de que Bolivia le había solicitado esa información, y no había entregado todavía la información.

205. Más aún, según se desprende del relato de la misma SAS en su carta del 24 de abril de 2013, durante la reunión con las autoridades bolivianas, SAS se opuso a facilitar la información solicitada por Bolivia. En un pasaje crucial para la comprensión de la situación que enfrenta el Tribunal, SAS manifestó lo siguiente:

Entendemos también que el Dr. Barrios y la Dra. Guevara fueron informados que, a pesar del requisito del Decreto Supremo 1308 del 1 de agosto de 2012 que COMIBOL tenía que contratar a un consultor externo de valuación para llevar a cabo una valuación del Proyecto para efectos de indemnización, COMIBOL todavía no habría contratado a una empresa de valuación. Esta omisión se debe supuestamente al hecho de que CMMK no ha entregado toda la información técnica sobre el Proyecto solicitada por COMIBOL.

Como le informó el Sr. Barrios, gran parte de la información sobre el Proyecto es altamente confidencial y exclusiva. Además, existe información de acceso público que Bolivia puede utilizar para efectos de valuación. La compañía matriz de South American Silver, South American Silver Corp., es una compañía que cotiza en bolsa en Canadá y una cantidad significativa de información esta disponible mediante el Sistema de Análisis y Recuperación de Documentos Electrónicos ("SEDAR"), ubicado en <http://www.sedar.com>. Estos materiales deben ser adecuados para que un consultor de valuación pueda preparar una valuación del Proyecto Malku Khota.²⁷⁰

que el Dr. Enrique Barrios (C.1. 3376842 L.P.) - nuestro asesor legal boliviano - asistirá a la reunión a horas 3:00 p.m., el 17 de abril de 2013, en representación de South American Silver.”

²⁶⁹ Ver Letter from South American Silver, April 24, 2013 (C-27).

²⁷⁰ *Id.*, p. 4 (énfasis añadido)

206. Como se ve, SAS no sólo se opuso a brindar a Bolivia la información solicitada por considerarla “altamente confidencial y exclusiva”, sino por la discrepancia de SAS con el estándar compensatorio fijado en el Decreto de Reversión. En efecto, según resulta de su carta del 24 de abril de 2013, SAS propuso que Bolivia tome en cuenta para realizar la valuación cierta información —el valor de las acciones de SASC en la bolsa de Toronto—²⁷¹ que nunca podría ser apropiada para determinar los costos del Proyecto, que es lo que el Artículo 4 del Decreto de Reversión mandaba compensar y lo que la compañía independiente debía valorar.²⁷²
207. Esta carta revela que SAS no acordó brindar la colaboración que Bolivia le solicitaba para avanzar con la valuación bajo el Artículo 4 del Decreto de Reversión, y que SAS no consideró que la compensación ofrecida por Bolivia bajo el Decreto de Reversión pudiera ser adecuada.
208. Bolivia alega que la ausencia de información suficiente habría sido la causa de que la primera convocatoria a compañías valuadoras independientes, en diciembre de 2012, no prosperara.²⁷³ En el informe presentado por la compañía inicialmente contratada, BDO Berthin Amengual & Asociados, se advierte que la empresa manifestó no disponer de información suficiente para realizar el avalúo.²⁷⁴ A pesar de esto, Bolivia asumió a su propio costo la generación de la información que sería insumo para el procedimiento valuatorio.²⁷⁵ A su vez, Bolivia confeccionó nuevos términos de referencia y abrió una nueva convocatoria a compañías independientes, en la cual resultó adjudicataria la compañía Quality Audit.²⁷⁶ La valuación de Quality Audit fue

²⁷¹ *Id.*

²⁷² Ver Decreto de Reversión del 1 de agosto de 2012 (C-4), Artículo 4.

²⁷³ Ver Memorial de Demanda, ¶¶181-82: “COMIBOL, de conformidad con el Decreto de Reversión, inició el procedimiento de contratación de una empresa valuadora independiente. Para tal fin, realizó dos publicaciones en la prensa local el 9 de diciembre de 2012 y, entre el 10 y 12 de La única compañía que respondió fue la sociedad BDO Berthin Amengual & Asociados. Sin embargo, su propuesta contenía una importante cantidad de condicionamientos técnicos e interrogantes (que se explicaban principalmente a raíz de la falta de información provista por CMMK y SASC sobre las inversiones realizadas). Por este motivo, COMIBOL consideró que —la respuesta de BDO antes que una propuesta constituye un requisitorio de ampliación a los Términos de Referencia presentados.”

²⁷⁴ Ver Informe interno de COMIBOL sobre el cierre de recepción de ofertas del 14 de diciembre de 2012 (R-101), p. 2 del documento electrónico.

²⁷⁵ Ver Inventario realizado por COMIBOL en la zona de Mallku Khota entre el 19 y el 28 febrero de 2013 (R-103).

²⁷⁶ Ver Acta de recepción de ofertas del 7 de abril de 2014 (R-105), Análisis del comité de evaluación de propuestas del 8 de abril de 2014 (R-106), Resolución de autorización de la contratación de Quality del 23 de abril de 2014 (R-107), Orden de servicio para la contratación de una consultoría dirigida a Quality del 25 de abril de 2014 (R-108) y Contrato de prestación de servicios para la valuación de las inversiones de CMMK y EMICRUZ Ltda. del 8 de mayo de 2014 (R-109).

completada el 27 de junio de 2014.²⁷⁷ El monto que arrojó la valuación de los costos del Proyecto hecha por Quality Audit fue de USD 17.047.190,01.²⁷⁸

209. La mayoría analiza la conducta de SAS de la siguiente manera: “En opinión de la mayoría, la falta de entrega de cierta información que la Demandante estima confidencial no es razón suficiente para justificar la demora en el proceso de valuación, máxime cuando existe información de público acceso que la Demandante, parte interesada en la valuación, califica como suficiente, y cuando la valuación se llevó a cabo a satisfacción de Bolivia con base en dicha información.”²⁷⁹ No puedo estar de acuerdo con esto.
210. En primer lugar, como ya vimos,²⁸⁰ la falta de colaboración de SAS, que se negó a entregar la información solicitada por COMIBOL para la valuación, no estuvo fundada solamente en el alegado carácter “confidencial y exclusivo” de “gran parte de la información sobre el Proyecto”,²⁸¹ sino en un desacuerdo con el estándar compensatorio fijado en el Decreto de Reversión. Según la Demandante, Bolivia debía valorar el Proyecto con base en la cotización de las acciones de la compañía SASC en la bolsa de Canadá, públicamente disponible.²⁸² Pero la cotización de las acciones de SASC en Canadá nunca podría servir para valorar los costos del Proyecto dado que no guarda ninguna relación con la determinación de esos costos, que es lo que el Decreto de Reversión autorizaba compensar²⁸³ y lo que la mayoría ha aceptado compensar en este arbitraje.²⁸⁴
211. En segundo lugar, no es cierto que la valuación se haya llevado a cabo a satisfacción de Bolivia con base en la información de público acceso que la Demandante consideraba suficiente (a saber, la cotización de las acciones de SASC en la bolsa de Canadá). Si se analiza el Informe de Valuación de la Compañía Quality Audit se advierte que, contrariamente a lo afirmado por la mayoría,²⁸⁵ el cálculo no fue realizado con base en la información pública referida por la Demandante. La Valuación de Quality Audit se realizó con base en la información que

²⁷⁷ Ver Carta de Quality a COMIBOL del 27 de junio de 2014 (R-110) e Informe de valuación de las inversiones efectuadas por la Compañía Minera Mallku Khota S.A. y Exploraciones Santa Cruz LTDA. – EMICRUZ LTDA de junio de 2014 (R-111).

²⁷⁸ Ver Informe de valuación de las inversiones efectuadas por la Compañía Minera Mallku Khota S.A. y Exploraciones Santa Cruz LTDA. – EMICRUZ LTDA de junio de 2014 (R-111), p. 18.

²⁷⁹ Voto de la Mayoría, ¶¶616.

²⁸⁰ Ver *supra*, ¶¶205-7.

²⁸¹ Letter from South American Silver, April 24, 2013 (C-27), p. 4.

²⁸² *Id.*

²⁸³ Ver Decreto de Reversión del 1 de agosto de 2012 (C-4), Artículo 4.

²⁸⁴ Ver Voto de la Mayoría, ¶¶868-9.

²⁸⁵ Ver Voto de la Mayoría, ¶¶616.

COMIBOL le proveyó²⁸⁶ –incluyendo el inventario de activos fijos que Bolivia realizó a su costo–²⁸⁷ y en información que la propia empresa recabó,²⁸⁸ también a costo de Bolivia.²⁸⁹

212. En tercer lugar, más allá de los desaciertos de la mayoría en su caracterización de la información que la Demandante omitió brindar a Bolivia, lo cierto es que mis colegas no niegan que la Demandante no aceptó proveer la información solicitada por Bolivia respecto del Proyecto. No existe explicación posible para excluir esta falta de colaboración de la Demandante con Bolivia al momento de valorar jurídicamente la conducta de Bolivia en la determinación de la compensación de los costos incurridos en el Proyecto.

213. El 24 de septiembre de 2014, en su Memorial de Demanda, SAS manifestó de manera categórica que cualquier compensación otorgada por Bolivia de acuerdo con el Decreto de Reversión sería una violación del Tratado:

*Even if this hypothetical compensation were to materialize, it would still violate the Treaty and international law requirement that compensation be paid promptly.*²⁹⁰

214. De igual manera, en su Memorial de Réplica SAS manifestó que la determinación de un monto compensatorio de acuerdo con el Decreto de Reversión era un “ejercicio vacío”, dado que al estar limitada al reembolso de los costos del Proyecto violaba el Tratado:

[I]ts valuation process was, by its own admission, limited only to the “incurred costs by CMMK”, not the prompt, adequate and effective compensation and

²⁸⁶ Ver Informe de valuación de las inversiones efectuadas por la Compañía Minera Mallku Khota S.A. y Exploraciones Santa Cruz LTDA. – EMICRUZ LTDA de junio de 2014 (R-111), p. 22.

²⁸⁷ Ver *id.*, Parte V, “Informe Técnico de Valuación de Activos Fijos”, Sección 3: “La base de nuestra información han sido los listados de Activos Fijos, proporcionados por COMIBOL”. Ver también Inventario realizado por COMIBOL en la zona de Mallku Khota entre el 19 y el 28 febrero de 2013 (R-103).

²⁸⁸ Ver *id.*, Parte II, “Informe Técnico de Geología”, Sección 2 y Parte IV, “Informe Técnico de Obras Civiles”, Sección 2.

²⁸⁹ Ver Contrato de prestación de servicios para la valuación de las inversiones de CMMK y EMICRUZ Ltda. del 8 de mayo de 2014 (R-109), Cláusula Sexta.

²⁹⁰ Memorial de Demanda, ¶133. Ver también *id.*, ¶135-6: “While Article 5 of the Treaty also provides that Bolivia must pay compensation determined of the basis of the market value of the Malku Khota Project, Bolivia has repeatedly stated that any compensation to be paid to South American Silver or CMMK would be derived instead from the sums invested by CMMK in the Mallku Khota Project. Article 4 of the Supreme Decree provides, in relevant parts, that COMIBOL shall “define the amount and conditions under which the Government of Bolivia shall recognize the investments made by CMMK” based on the findings of a valuation of the investments by CMMK to be conducted by an independent firm retained by COMIBOL. Leaving aside the fact that this nebulous valuation process would be carried out unilaterally and remain subject to COMIBOL’s discretion, the standard adopted would violate the Treaty’s requirement that “compensation shall amount to the market value of the investment expropriated immediately before the expropriation or before the impending expropriation became public knowledge, whichever is the earlier.” The market value of South American Silver’s investment in the Malku Khota Project is intrinsically different from costs incurred by CMMK in this respect.”

*market value of the investment required by the Treaty; this false premise rendered the entire exercise empty.*²⁹¹

215. Para SAS la compensación propuesta por Bolivia era “incompatible” con los requerimientos del Tratado:

*[C]ontrary to Bolivia’s contention, its “proposals” were, in fact, incompatible with the requirements provided for in the Treaty.*²⁹²

216. En el mismo sentido, durante la audiencia SAS manifestó que la compensación propuesta por Bolivia constituye una violación del Tratado:

*Looking back to Supreme Decree 1308, it talks about a valuation process that would value the investments made by CMMK. That’s not valuing the Market Value of the investment and, therefore, we submit that even if the Tribunal were to consider that an offer of compensation satisfies a standard, the fact that it is inconsistent with the standard means that the expropriation was a breach of the Treaty.*²⁹³

217. Como vimos más arriba,²⁹⁴ esta posición es consistente con la posición adoptada por SAS en sus reuniones con las autoridades de Bolivia antes del inicio del arbitraje.²⁹⁵ SAS se opone a la compensación prevista en el Decreto de Reversión, que la compañía independiente constituida por Bolivia cuantificó en USD 17.047.190,01.²⁹⁶

218. Ahora bien, el criterio propuesto desde el principio por Bolivia en el Decreto de Reversión, a saber, la compensación de los costos del Proyecto, es el mismo criterio que este Tribunal ha aceptado en su decisión sobre los daños.²⁹⁷

²⁹¹ Memorial de Réplica, ¶291.

²⁹² *Id.*, ¶311.

²⁹³ Tr. Aud., Día 1, 77:8-15 (ENG)

²⁹⁴ Ver *supra*, ¶¶205-07.

²⁹⁵ Ver Letter from South American Silver, April 24, 2013 (C-27).

²⁹⁶ Ver Informe de valuación de las inversiones efectuadas por la Compañía Minera Mallku Khota S.A. y Exploraciones Santa Cruz LTDA. – EMICRUZ LTDA de junio de 2014 (R-111), p. 18.

²⁹⁷ Ver Voto de la Mayoría, ¶¶857-8: “En síntesis, el método de valoración presentado por FTI está sujeto a incertidumbres de tal magnitud que no permiten tener un grado siquiera aproximado de convicción de lo que podría ser el valor del Proyecto. Se trata de una valuación sujeta a un alto grado de contingencias, a la elaboración de hipótesis y a criterios de apreciación por la falta de bases objetivas. Ello obedece, en opinión del Tribunal, a la evidente dificultad de valorar con algún grado de aproximación y objetividad un proyecto que, como se señaló en los párrafos 808 a 823 anteriores, está en un estado incipiente, sin ninguna actividad minera, con un volumen importante de exploración aún pendiente, sin estudio de pre-factibilidad y sujeto a serias incertidumbres que cubren tanto los aspectos técnicos, incluida la incertidumbre de usar el Proceso Metalúrgico no probado, como la extensión real de los recursos, y su comerciabilidad atendiendo a la falta de algún grado de certeza sobre los costos para llegar a una explotación comercialmente viable. Es, en fin, un proyecto cuyo estado casi embrionario no permite hacer una valoración que brinde un grado suficiente de certeza respecto de su valor real. Por las razones anteriores, considera el Tribunal que no procede la valoración propuesta por la Demandante y, en consecuencia, según lo anunciado en el párrafo 831 anterior,

219. Asimismo, el Tribunal (denominación con que me refiero a la mayoría con mi adhesión) ha determinado que Bolivia respetó el debido proceso en la expropiación, lo que incluye la determinación del monto de la compensación debida bajo el Artículo 4 del Decreto de Reversión, por lo que ha rechazado la pretensión de SAS de condenar a Bolivia por expropiación ilícita por falta de debido proceso.²⁹⁸ Nótese que el reclamo de SAS por falta de debido proceso en la expropiación –que el Tribunal ha rechazado– incluye expresamente la violación al debido proceso en la determinación de la expropiación derivada de la falta de pago de una compensación.²⁹⁹ La mayoría reconoce que el reclamo de SAS por violación del debido proceso en la expropiación incluye el proceso para la determinación de la compensación.³⁰⁰
220. Es decir que Bolivia no se negó a compensar por los costos del Proyecto ni hizo una oferta irrazonable ni violó el debido proceso en la determinación del monto compensatorio bajo el Decreto de Reversión. Por el contrario, Bolivia aceptó pagar una compensación y propuso como

procede el Tribunal a determinar, en primer lugar, la aplicabilidad del método de valoración basado en los costos del Proyecto y, a renglón seguido, a determinar los componentes de dicho método para el caso que ocupa a este Tribunal.”

²⁹⁸ Ver Voto de la Mayoría, ¶¶590-7. En particular, ver Voto de la Mayoría, ¶¶596-7: “Finalmente nota el Tribunal que la Demandante no acudió a ningún procedimiento jurídico para cuestionar la legalidad de la Reversión bajo las leyes de la Demandada, sino que optó por iniciar la demanda arbitral internacional que dio lugar a este arbitraje. Si la Demandante consideró que el respectivo procedimiento jurídico no era una opción viable, o que no iba a recibir un tratamiento imparcial o, en fin, que se trataba de un ejercicio fútil, no puede alegar ausencia de debido proceso basada solamente en su decisión de no acudir al remedio jurídico disponible bajo la normatividad boliviana sin demostrar las circunstancias que harían el ejercicio de la acción legal inútil o imposible. Si bien el ejercicio de las acciones legales en Bolivia para atacar la legalidad del Decreto de Reversión no son una condición previa para acudir al arbitraje, no puede la Demandante decir que se le vulneró el debido proceso cuando ella misma optó por no ejercer los recursos disponibles bajo la ley nacional boliviana. En efecto, la Demandante jamás alegó que tales recursos no estuviesen disponibles o que no cumplieren con la garantía del debido proceso. En consecuencia, el Tribunal considera que la expropiación cumplió con el requisito establecido en el Tratado de garantizar el debido proceso.”

²⁹⁹ Ver, por ejemplo, Memorial de Demanda, ¶140: “*The Government formalized its decision to expropriate the Malku Khota Project in the course of a series of meetings where the Company was never present—let alone able to assert any right. Likewise, the valuation process contemplated by the Supreme Decree would have taken place unilaterally without the Company being able to analyze or challenge COMIBOL’s determinations. Under any circumstances, this valuation process never took place and South American Silver has yet to receive any form of compensation. The expropriation was therefore not conducted with due process and thus violates the Treaty and international law.*”

³⁰⁰ Ver, por ejemplo, Voto de la Mayoría, ¶590: “La Demandante afirma que en la decisión plasmada en el Decreto de Reversión la Demandada violó el debido proceso exigido por el Tratado como una de las condiciones para que pueda tener lugar una expropiación. De acuerdo con la Demandante, la obligación de Bolivia de darle la oportunidad al inversor de ‘hacer valer sus derechos’, significa darle la oportunidad de participar tanto en la decisión de expropiación como en la determinación de la compensación adecuada. Sin embargo, alega la Demandante que Bolivia tomó la decisión de expropiar en una serie de reuniones en las que la Demandante nunca estuvo presente y que el proceso de valuación resultante del Decreto de Reversión se desarrolló unilateralmente por COMIBOL, sin que la Demandante hubiese podido participar en la cuantificación de la compensación”. Ver también Voto de la Mayoría, ¶594: “Tampoco el contexto del Tratado ni su objeto y fin apoyan la posición de la Demandante que, por lo demás, se limita a indicar que ha debido ser invitada a las reuniones en las que se decidió la expropiación y a participar en el proceso adelantado por COMIBOL para establecer la compensación.”

criterio compensatorio exactamente el mismo criterio –y casi la misma cifra– que el Tribunal considera que corresponde otorgar en este arbitraje,³⁰¹ resultante de un avalúo en el que se respetó el debido proceso.

221. Además del compromiso específico de compensación asumido en el Decreto de Reversión y de las tareas que condujeron a la contratación de Quality Audit y a la obtención de su informe valuatorio, el Procurador General de Bolivia, Héctor Arce, afirmó durante la audiencia que había sostenido reuniones con los representantes de SAS, en Lima, Perú, y en Washington DC, EE.UU., con el objetivo de cumplir con el decreto de Reversión y llegar a un acuerdo sobre la compensación tal como el que Bolivia ha alcanzado con otras empresas.³⁰² La existencia de estas reuniones no fue negada por SAS. Por el contrario, durante la audiencia la propia SAS invocó la afirmación del Procurador Arce sobre estas reuniones como un elemento que ratifica que Bolivia reconoce que debe pagar una compensación por la reversión de las licencias de exploración.³⁰³
222. Tampoco puede perderse de vista que fue SAS quien eligió recurrir al arbitraje internacional para dirimir su disputa con Bolivia, reclamando aquí un monto superior en más de 350 millones de dólares al monto de los costos incurridos en el Proyecto.³⁰⁴ SAS presentó la Solicitud de Arbitraje que dio inicio a este procedimiento³⁰⁵ mientras se encontraba en trámite la determinación del avalúo para la compensación.
223. Teniendo en cuenta lo dicho hasta aquí, no encuentro ningún elemento para sostener –como lo hace la mayoría– que Bolivia violó su obligación de compensar por expropiación bajo el Tratado. Los hechos probados en el expediente muestran que Bolivia reconoció en el Decreto de Reversión la obligación de compensar; que detalló en ese mismo Decreto de Reversión el

³⁰¹ Ver Voto de la Mayoría, ¶¶876-7.

³⁰² Ver Tr. Aud., Día 4, 951:24-25 a 952:14 (ESP): “PROCURADOR ARCE: Nosotros hemos tenido la mejor intención de cumplir el decreto supremo que se dictó el 1° de agosto. En ese entendido y sabe, está aquí el señor Fitch -lamentablemente no está, pero está el abogado boliviano, el doctor Barrios, y está el señor Burnett-, nosotros hemos llevado adelante un proceso de negociación en Lima, Perú, y hemos tenido reuniones aquí en Washington, en la Embajada de Bolivia en Washington. Yo no voy a revelar el contenido de esas negociaciones porque están protegidas por un acuerdo de confidencialidad, pero menciono esto en el entendido de que nosotros teníamos la mejor intención de llegar a un acuerdo objetivo, bueno, como lo hemos hecho como país con 11 empresas, con 11, en los últimos años, acuerdos que hemos suscripto.”

³⁰³ Ver Tr. Aud., Día 9, 1618:11-19 (ESP): “MR. BURNETT: *Procuraduría* [sic] *Arce himself acknowledged in this Hearing that Bolivia had met with Claimant on two occasions to discuss compensation, and he said, among other things, (in Spanish) we have had the best intention to meet the provisions of the Supreme Decree of August 1st, and we had the best intention of reaching an objective and good agreement. So, there is no dispute that compensation is owed and that Bolivia recognizes that.*”

³⁰⁴ Ver Segundo Informe de FTI, ¶3.13.

³⁰⁵ Ver Notificación de Arbitraje del 30 de abril de 2013 (R-1).

proceso para obtener el avalúo y la metodología a adoptar, y que –sin la colaboración de SAS– llevó a cabo los actos administrativos necesarios para obtener el avalúo de los costos incurridos en el Proyecto. A todo evento, la misma SAS se manifestó desde el principio en contra de que la compensación se determine bajo el estándar previsto en el Decreto de Reversión. Como vimos, de acuerdo con SAS la determinación del monto compensatorio bajo el Artículo 4 del Decreto era un “ejercicio vacío”³⁰⁶ e incluso si el pago se materializara igual estaría violándose el Tratado.³⁰⁷ Esto significa que inclusive un pago inmediato de Bolivia no hubiera extinguido la diferencia sobre el monto a pagar que SAS ha traído ante el Tribunal. Es decir, incluso en ese escenario, la propia demandante admite que hubiera promovido este arbitraje.

224. Desde un punto de vista jurídico, encuentro que la mayoría apoya su decisión apenas en una referencia doctrinaria a un artículo de 1961 de Sohn y Baxter sobre la prontitud de la compensación, al que ambas Partes se refirieron en sus escritos. La referencia es la siguiente afirmación de Sohn y Baxter: “Aunque no puede establecerse una regla estricta, el paso de varios meses luego de la expropiación sin que el Estado provea una indicación real de que la compensación vendrá pronto haría surgir serias dudas respecto de que el Estado tenga la intención de hacer una compensación pronta”.³⁰⁸ La lectura del expediente revela rápidamente que SAS y Bolivia, al revés de lo opinado por la mayoría,³⁰⁹ no están de acuerdo sobre los alcances de esta afirmación ni sobre su predicabilidad a nuestro caso.

225. En la Réplica, SAS propuso que, de acuerdo con Sohn y Baxter, el paso de varios meses sin pago de compensación ni indicación real de que la compensación vendrá pronto vuelve ilícita la expropiación.³¹⁰ De acuerdo con SAS, eso habría acontecido aquí, en la medida en que han pasado mucho más que varios meses y SAS todavía no ha sido compensada.³¹¹ En la Dúplica, Bolivia contestó que, de acuerdo con Sohn y Baxter, lo que el Estado debe brindar al cabo de varios meses es una indicación real de si va a pagar, no el pago efectivo.³¹² Bolivia afirmó que “satisfizo este requisito ya que el Decreto de Reversión ofrecía una compensación y establecía los parámetros de dicha compensación. Sin embargo, SAS eligió el arbitraje para exigir una

³⁰⁶ Ver Memorial de Réplica, ¶291

³⁰⁷ Ver Memorial de Demanda, ¶133 y ¶135-6, Memorial de Réplica, ¶311 y Tr. Aud., Día 1, 77:8-15 (ENG).

³⁰⁸ Ver L.B. Sohn & R.R. Baxter, “Responsibility of States for Injuries to the Economic Interest of Aliens”, 55 *American Journal of International Law*, 1961, p. 558 (“*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 shortly be forthcoming would raise serious doubt that the State intended to make prompt compensation at all*”).

³⁰⁹ Ver *infra*, ¶226.

³¹⁰ Ver Memorial de Réplica, ¶297.

³¹¹ *Id.*, ¶298.

³¹² Memorial de Dúplica, ¶424.

compensación claramente exagerada.”³¹³ Es claro que SAS y Bolivia están en desacuerdo sobre el alcance de la cita de Sohn y Baxter. Lo que Bolivia sostiene es diferente de lo que sostiene SAS al respecto.

226. Este desacuerdo entre las Partes no debería ser demasiado importante; se trata, apenas, de un desacuerdo sobre la interpretación de una cita de un viejo artículo doctrinario, que ocupa algunas pocas líneas de las presentaciones escritas de cada una de las Partes. Sin embargo, la mayoría ha hecho del supuesto acuerdo entre las Partes sobre ese artículo el único apoyo jurídico para su conclusión de que Bolivia violó el Artículo 5 del Tratado (en detrimento del análisis de las múltiples decisiones de tribunales arbitrales en sentido contrario a las que se refirieron las Partes). Adoptando un lenguaje inestable, la mayoría dice que “ambas Partes parecen estar de acuerdo en que el paso de varios meses sin que haya de parte del Estado una indicación real de que la compensación vendrá pronto sería suficiente para entender que se ha incumplido la obligación de pago.”³¹⁴ La comprobación de que el acuerdo que la mayoría dice que existe (*rectius*: que “parece” existir) en realidad no existe, deja a la decisión de la mayoría sin el único apoyo jurídico que invoca.

227. Por otra parte, la mayoría sostiene que Bolivia no realizó una oferta de pago de compensación: “[N]o existe prueba en el expediente de que Bolivia hubiese hecho una oferta de pago concreta a CMMK o a la Demandante por la expropiación de las Concesiones Mineras, más allá de un proceso de valuación demorado y deficiente que, valga la redundancia, no se concretó en pago u oferta de pago alguna o en una indicación clara de que la compensación vendría pronto.”³¹⁵ Esta es una posición extraña.

228. La mayoría no dispone de ninguna autoridad legal, ni brinda ningún otro tipo de argumento o explicación, para sustentar que la compensación contemplada en el Decreto de Reversión no es suficiente a los efectos de reflejar la voluntad de cumplimiento de buena fe del Estado con sus obligaciones bajo el Artículo 5 del Tratado. Esa orfandad se hace más notoria si recordamos los actos posteriores de Bolivia, que incluyeron, como ya se dijo, el nombramiento de la compañía independiente que determinó el monto de la compensación; la ratificación de Bolivia de su compromiso de pagar la compensación debida y las reuniones que habrían mantenido con representantes de SAS. No es claro qué es lo que la mayoría le reprocha a Bolivia aquí, al punto de considerar que incurrió en una violación del derecho internacional. Teniendo en cuenta,

³¹³ *Id.*, ¶425.

³¹⁴ Voto de la Mayoría, ¶612 (énfasis añadido).

³¹⁵ Voto de la Mayoría, ¶620.

además, que fue la Demandante la que trajo a arbitraje su disputa con Bolivia y quien consideró que la compensación propuesta por Bolivia viola el Tratado.

229. A todo evento, la doctrina especializada tampoco deja lugar a dudas cuando aborda de manera indistinta la existencia de una oferta de compensación y la existencia de una disposición compensatoria específica a los fines de considerar satisfecho el requisito de compensación por expropiación bajo el Tratado.³¹⁶
230. En igual sentido, Irmgard Marboe ha destacado que en la actualidad existe consenso respecto de que es suficiente para establecer la licitud de una expropiación que un Estado, al momento de la expropiación, ofrezca compensación o disponga la determinación de una compensación.³¹⁷ No puede negarse que eso fue lo que hizo Bolivia en este caso.
231. El mismo Ripinsky señala que el elemento de buena fe tiene un rol importante en la licitud de la expropiación: “Si, en los hechos de un caso particular, un tribunal establece que un Estado a hecho esfuerzos de buena fe para cumplir con su obligación de pagar compensación, no debe considerarse que ese Estado violó el requisito de compensación”.³¹⁸ La mayoría no cuenta con ningún elemento que permita inferir que Bolivia no se condujo de buena fe cuando dispuso el pago de una compensación en el Artículo 4 del Decreto de Reversión y se comprometió de manera activa (aun si imperfecta) con el cumplimiento de esa disposición.
232. Finalmente, la mayoría afirma que el procedimiento de valuación estuvo afectado por una nulidad como parte de las ineficiencias que habrían resultado en una demora para el

³¹⁶ Ver al respecto S. Ripinsky y K. Williams, *Damages in International Investment Law*, British Institute of International and Comparative Law, 2008 (RLA-103), p. 68.: “[A] good faith offering of, or provision for, compensation (even if not in a sufficient amount, as long as not manifestly unreasonable) should render the expropriation lawful. However, a general provision for payment of compensation for expropriated property in the domestic law of the host State would not qualify as a recognition of a duty to pay compensation in the required sense, as such recognition would need to be expressed in relation to a specific expropriatory act.” Nótese que estos autores se refieren indistintamente a la existencia de una “oferta de compensación” (*offering of compensation*) como a la existencia de una “disposición compensatoria” (*provision for compensation*).

³¹⁷ Ver al respecto Irmgard Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford International Arbitration Series, 2009 (RLA-102), ¶3.46: “While earlier the mere ‘promise’ of a State to pay any sum at any time was not enough for the lawfulness of an expropriation, today there seems to be consensus that it is sufficient, if a State, at the time of the expropriation, offers compensation or provides for the determination of compensation.”

³¹⁸ Ver S. Ripinsky y K. Williams, *Damages in International Investment Law*, British Institute of International and Comparative Law, 2008 (RLA-103), pp. 68-9: “The requirement of good faith should be given an important role in deciding on the lawfulness of expropriation. If, on the facts of a particular case, a tribunal establishes that a State has made good faith efforts to comply with its obligation to pay compensation, it should not be held to be in violation of the compensation requirement.”

establecimiento del monto de la compensación.³¹⁹ En primer lugar, entre la declaración de nulidad que afectó a la primera contratación³²⁰ y la corrección del defecto anulado pasaron apenas entre 7³²¹ o 23³²² días (según cuál acto se tome para computar el plazo), por lo que no es correcto invocar esta nulidad como una causa de demora que tenga relevancia para la decisión de este caso. En segundo lugar, no hay elementos que indiquen que Bolivia no estaba actuando de buena fe para intentar corregir rápidamente la nulidad, como en efecto sucedió, resultando en el cumplimiento de su obligación de contratar a una compañía independiente³²³ que realice la valuación.³²⁴ En tercer lugar, la modificación de los términos de referencia de la convocatoria original a compañías independientes que realizaran la valuación no puede separarse de la ausencia de colaboración de SAS con el avance del proceso valuatorio, según hemos visto más arriba.³²⁵

233. Posiblemente Bolivia podría haber alcanzado ese resultado antes y sin defectos en los actos jurídicos pertinentes. Sin embargo, es completamente obvio que no toda imperfección en la actuación administrativa de un Estado equivale a una violación del derecho internacional. Si el comportamiento de Bolivia en este caso es considerado violador del derecho internacional, será difícil imaginar un Estado que, ante una emergencia similar, pueda ser considerado cumplidor.

234. En resumen, en este caso, no hay elementos objetivos para considerar que Bolivia incurrió en una expropiación ilícita bajo el artículo 5 del Tratado por incumplimiento de su deber de compensación.³²⁶ Bolivia asumió de manera consistente y de buena fe un compromiso específico de compensar, que fue expresado en el Decreto de Reversión, e incurrió en los costos necesarios para llevar a cabo los actos administrativos que concluyeron en la obtención de un informe de avalúo realizado por una compañía independiente. Además, SAS se manifestó desde el principio,

³¹⁹ Voto de la Mayoría, ¶¶613.

³²⁰ *Id.* Ver Acta de recepción de ofertas del 7 de abril de 2014 (R-105) y Análisis del comité de evaluación de propuestas del 8 de abril de 2014 (R-106).

³²¹ Ver Acta de recepción de ofertas del 7 de abril de 2014 (R-105) y Análisis del comité de evaluación de propuestas del 8 de abril de 2014 (R-106).

³²² Ver Resolución de autorización de la contratación de Quality del 23 de abril de 2014 (C-107).

³²³ Ver Orden de servicio para la contratación de una consultoría dirigida a Quality del 25 de abril de 2014 (C-108) y Contrato de prestación de servicios para la valuación de las inversiones de CMMK y EMICRUZ Ltda. del 8 de mayo de 2014 (R-109).

³²⁴ Ver Carta de Quality a COMIBOL del 27 de junio de 2014 (R-110) e Informe de valuación de las inversiones efectuadas por la Compañía Minera Mallku Khota S.A. y Exploraciones Santa Cruz LTDA. – EMICRUZ LTDA de junio de 2014 (R-111).

³²⁵ Ver *supra*, ¶¶200-07.

³²⁶ Habiendo llegado a la conclusión de que no hubo violación del Tratado en este caso, no es claro que el Tribunal tenga competencia para cuantificar y asignar compensación por daños.

de manera categórica, en contra del estándar de compensación contenido en el Decreto de Reversión, estándar que, sin embargo, el Tribunal ha ratificado en su decisión sobre daños.³²⁷

235. En vista de todo lo anterior, la decisión de mis colegas de condenar a Bolivia por haber incurrido en una expropiación ilícita por falta de compensación desconsidera los hechos probados en el expediente y el derecho aplicable a la disputa. Estoy en desacuerdo con esa condena.

B. Sobre la tasa de interés aplicable

236. No puedo compartir la decisión de la mayoría sobre la tasa de interés aplicable a la eventual compensación otorgada a la Demandante.³²⁸

237. La decisión de la mayoría sobre intereses tiene un problema inicial grave. La mayoría decidió adoptar como tasa de interés³²⁹ una tasa que la Demandante no propuso. En efecto, de manera inequívoca, a través de todo el procedimiento, SAS (al igual que su experto valuador, FTI) propuso la aplicación de una tasa de interés legal del 6% anual, entendiéndola como una tasa mínima establecida por la legislación civil boliviana.

238. En su voto, la mayoría rechaza –con razón– la aplicación de una tasa de interés legal del 6% propuesta por SAS.³³⁰

239. Sin embargo, en vez de proceder a aplicar alguna de las tasas de intereses propuestas por Bolivia, la mayoría se aventura a aplicar una tasa de interés que SAS no propuso, que sería incluso superior a la tasa de interés legal del 6%. Se trata de la tasa de interés fijada por el Banco Central de Bolivia para préstamos en dólares, que –según FTI– oscilaría para el período relevante entre 6,5% y 7%.³³¹

240. La mayoría afirma lo siguiente: “El experto de la Demandante propone como tasa de interés la certificada por el Banco Central de Bolivia para préstamos comerciales en dólares.”³³² La afirmación es errónea.

³²⁷ Ver Voto de la Mayoría, ¶¶876-7.

³²⁸ Ver *id.*, ¶¶888-908.

³²⁹ *Id.*, ¶903.

³³⁰ *Id.*, ¶895.

³³¹ Ver Segundo Informe de FTI, ¶10.7.

³³² Voto de la Mayoría, ¶901.

241. Para comprobarlo, basta con leer la referencia a la que la mayoría se remite en sustento de la afirmación recién citada:³³³ Segundo Informe de FTI, párrafos 10.5-10.7, que se ubican dentro de una sección titulada “*Las tasas publicadas por el Banco Central de Bolivia son más altas que la tasa nominal*”.³³⁴ Tal como el título de la sección lo anticipa, la invocación de las tasas comerciales del Banco Central de Bolivia para préstamos comerciales en dólares es mencionada brevemente por FTI en el marco de la discusión sobre si la tasa nominal del 6% es una tasa máxima o mínima.³³⁵ De acuerdo con FTI, la tasa del 6% es una tasa mínima aplicable, en sustento de lo cual señala que es más baja que la propuesta por el Banco Central. Es decir, no propone esta última. Veamos:

Como una tasa de interés alternativa entendemos que el laudo por daños en el caso *Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC v. Bolivia* (“Rurelec”) es pertinente al arbitraje actual. El Demandante en Rurelec solicitó arbitraje debido a la expropiación de su inversión en Bolivia por parte del Demandado tanto bajo el Tratado como por el Tratado de Inversión Bilateral EE. UU. y Bolivia. En Rurelec, el Tribunal adjudicó al Demandante un interés igual a la “tasa de interés informada en el sitio web del Banco Central de Bolivia por préstamos comerciales en USD en mayo de 2010”, que ascendía a aproximadamente 5,6% para el mes de mayo de 2010.³³⁶

Según el cuadro anterior, parece que una tasa de interés anual adecuada de acuerdo con el Banco Central de Bolivia estás (sic) entre 6,5% y 7% desde la Fecha de Valuación a fines de octubre de 2015. En consecuencia, como se analiza en el Informe FTI, la tasa nominal de 6% es una tasa de interés mínima aplicable y que una tasa de interés comercial según el Banco Central de Bolivia puede estar entre 6,5% y 7%.³³⁷

242. Como se ve, FTI se limita a mencionar la tasa de interés comercial del Banco Central de Bolivia a fin de compararla con la tasa legal de 6% que propone, para confirmar que esta última sería “una tasa de interés mínima aplicable”. En efecto, FTI no realizó ningún cálculo del monto compensatorio aplicándole esta supuesta “tasa de interés alternativa” en ninguno de sus informes, ni especificó siquiera cuál porcentaje (entre 6,5% y 7%) correspondería aplicar al monto base en el Escenario 1 o en el Escenario 2 para el período relevante ni justificó de qué modo podría determinarse. Es decir, FTI tomó esa tasa del Banco Central de Bolivia sólo como referencia.

³³³ *Id.*, nota al pie nro. 1553.

³³⁴ Segundo Informe de FTI, p. 82.

³³⁵ *Id.*, ¶10.2.

³³⁶ *Id.*, ¶10.5

³³⁷ *Id.*, ¶10.7.

243. Los informes de FTI no dejan lugar a dudas respecto de que la tasa de interés propuesta es la legal del 6% anual. En el Primer Informe de FTI se lee que

Se nos ha informado que la tasa legal de interés en Bolivia es 6 % anual, por lo que Demandante tiene derecho, como mínimo, a recibir un monto por participación previa al laudo en función de dicha tasa. Por consiguiente, hemos calculado la participación en base a la tasa de interés que fija la ley boliviana de 6 % anual.³³⁸

244. Por su parte, en el Segundo Informe de FTI los expertos ratifican que

[C]alculamos el interés previo al laudo de los daños calculados bajo los Escenarios 1 y 2 respectivamente en una fecha de audiencia estimada para el 31 de mayo de 2016 sobre una base compuesta, en base a una tasa de interés anual nominal en Bolivia de 6%.³³⁹

245. Por si a alguien le cupiera alguna duda, todas las presentaciones escritas y orales de SAS en este arbitraje se han limitado a solicitar la aplicación de una tasa de interés de 6%, sin ningún agregado alternativo o subsidiario de la tasa del Banco Central de Bolivia para préstamos comerciales en dólares, sea antes o después del Segundo Informe de FTI.

246. Así, en el Memorial de Demanda SAS informa al Tribunal que

FTI also calculates the pre-award interest applicable to the losses under both restitution and compensation claims in order to place South American Silver in the economic position it would have occupied absent the alleged breaches, from the Valuation Date to an estimated hearing date of May 31, 2016 based on a statutory annual interest rate in Bolivia of 6.0%, which is consistent with the 5.6% median cost of debt for similarly- situated companies.³⁴⁰

247. En el Memorial de Réplica, SAS ratifica de manera categórica que se ciñe a la solicitud de una tasa de interés legal del 6%:

[T]here is no basis for FTI to change its calculation of pre-award interest based on the comments in the Brattle Report. FTI continues to apply a pre-award interest rate of 6.0% per annum and calculate pre-award interest on a compounded basis.³⁴¹

248. Durante el alegato de apertura en la audiencia, SAS presentó los dos montos posibles de la compensación que reclama actualizados a la misma tasa de interés del 6%, compuesta anualmente:

³³⁸ *Id.*, ¶12.8.

³³⁹ *Id.*, ¶3.12.

³⁴⁰ Memorial de Demanda, ¶219.

³⁴¹ Memorial de Réplica, ¶432. Ver también Tr. Aud., Día 1, 17:1-8 (ENG) y Tr. Aud., Día 9, 1969:5-9 (ENG).

Claimant's Experts used various widely accepted valuation methods to value Malku Khota and, as you know, and you will hear later--their conclusion is that the Fair Market Value of Malku Khota for the purpose of compensation under the Treaty is 385.7 million which represents 307.2 million in Fair Market Value and pre-award interest of 78.5 million as of May 31, 2016, based on a percent interest rate compounded annually.³⁴²

249. El anterior recorrido revela que SAS nunca propuso, ni principal ni alternativamente, la tasa de interés de los préstamos comerciales en moneda extranjera del Banco Central de Bolivia como una tasa de interés que el Tribunal deba aplicar al cálculo de la compensación en la presente disputa.

250. Por lo tanto, la adopción de esa tasa de interés por parte de mis colegas es una decisión ajena al ámbito de decisiones posibles delimitado por los reclamos de las Partes durante el arbitraje.

251. Desde luego, incluso si fuera posible aplicar una tasa de interés ajena a las propuestas por las Partes en el arbitraje, lo cierto es que la tasa adoptada por la mayoría no es aceptable. El Artículo 5 del Tratado establece que “la compensación comprenderá los intereses conforme al tipo normal comercial o legal que haya de aplicarse en el territorio de la Parte Contratante que efectuó la expropiación, hasta la fecha en que se efectuara el pago.”³⁴³ La tasa de interés adoptada por la mayoría no es una tasa legal ni es una tasa comercial. Es una tasa fijada por la autoridad monetaria del Estado, que puede estar sujeta a criterios de política financiera.³⁴⁴ Es decir, se trata de una herramienta discrecional de regulación. Por lo tanto, aplicar esa tasa de interés contradice los términos del Tratado.

252. Descartada la aplicación de las tasa de interés propuestas (o no) por SAS, quedan la tasas de interés propuestas por Bolivia: la tasa de interés libre de riesgo de los Bonos del Tesoro de Estados Unidos³⁴⁵ o la tasa de interés calculada en base al rendimiento de los bonos soberanos de Bolivia a 10 años.³⁴⁶

253. El Artículo 5 del Tratado establece que, en caso de expropiación, debe aplicarse una tasa de interés hasta el momento de hacerse efectivo el pago. Esto significa que la parte que recibe la compensación bajo el Tratado debe ser compensada por el transcurso del tiempo comprendido entre el momento de la expropiación y el momento del pago de la compensación. En otras

³⁴² Tr. Aud., Día 1, 17:1-8 (ENG).

³⁴³ TBI entre el Reino Unido y Bolivia, (C-1), Artículo 5.

³⁴⁴ Ver Segundo Informe de Brattle, ¶262. Las afirmaciones de la mayoría en sentido contrario sobre este punto no exhiben ningún apoyo. Ver Voto de la Mayoría, ¶902.

³⁴⁵ Ver Memorial de Demanda, ¶714 y Primer Informe de Brattle, ¶¶188-90.

³⁴⁶ Ver Memorial de Demanda, ¶714 y Primer Informe de Brattle, ¶¶181-87.

palabras, la tasa de interés que debe aplicarse para actualizar el monto compensatorio debe compensar a la parte perjudicada por el valor tiempo del dinero.

254. Por otra parte, dado que el monto compensatorio se refiere a un valor en dólares, la tasa de interés a aplicarse para actualizarlo debe estar expresada en esa misma moneda.
255. Las tasas de interés que remuneran una inversión están relacionadas positivamente con el riesgo particular que involucra esa inversión. Por lo tanto, cada inversión tiene asociado un determinado riesgo y un determinado rendimiento esperado, y cuando más elevado es ese riesgo mayor es el rendimiento esperado.
256. Está en la naturaleza de las inversiones la probabilidad de sufrir pérdidas de capital. Ello, porque siempre existe la posibilidad de recuperar un monto de dinero inferior al originalmente invertido al vencimiento del período durante el cual se realiza la inversión. Por lo tanto, cualquier inversor que realiza una inversión riesgosa espera obtener un rendimiento que sea suficiente para compensar el riesgo asumido.
257. En cambio, una inversión no tiene riesgo cuando no existe ninguna probabilidad de recuperar al vencimiento del plazo por el cual se realiza esa inversión un monto de dinero menor al monto esperado originalmente.
258. De este modo, el rendimiento que debe estar asociado a una inversión que no tiene riesgo debe reflejar una tasa de interés que simplemente compense por el tiempo durante el cual el inversor no pudo disponer libremente de ese dinero invertido, es decir, una tasa de interés que retribuya exclusivamente el valor tiempo del dinero.
259. Por lo tanto, la tasa de interés libre de riesgo de los bonos del tesoro norteamericano es la que mejor se adaptaría a las circunstancias del caso.³⁴⁷
260. De hecho, la propia mayoría ha rechazado la consideración de los riesgos eventuales de SAS para la determinación de la tasa de interés en los siguientes términos: “[E]l Tribunal concuerda con Bolivia en que fijar la tasa de interés con fundamento en los riesgos que hubiese asumido SAS de haber invertido el dinero o en el riesgo de SAS como prestamista resulta inadecuado —y además en las circunstancias del caso especulativo dada la incertidumbre de cómo cada inversor puede invertir los fondos.”³⁴⁸

³⁴⁷ *Id.*, ¶¶188-90.

³⁴⁸ Voto de la Mayoría, ¶900.

261. Ciertamente, la tasa libre de riesgo de los Bonos del Tesoro de Estados Unidos (que, como vimos, sería la correcta en este caso) no es aplicable porque el Tratado dispone que “la compensación comprenderá los intereses conforme al tipo normal comercial o legal que haya de aplicarse en el territorio de la Parte Contratante que efectuó la expropiación”.³⁴⁹ Esto significa que la tasa de interés debe ser aplicable en el territorio de Bolivia, y eso no puede predicarse, en principio y de acuerdo con la prueba producida en el expediente, de la tasa libre de riesgo de los Bonos del Tesoro de Estados Unidos.
262. Por esta razón, la única tasa de interés disponible para el Tribunal es la tasa calculada por la Demandada en base al rendimiento de los bonos soberanos emitidos por Bolivia a 10 años de plazo.
263. Si bien esta tasa de interés contiene una prima de riesgo que la hace superior a la tasa de rendimiento de los Bonos del Tesoro de los Estados Unidos, se trata de una tasa de interés comercial que, tal como lo exige el Tratado, es aplicable en el territorio de Bolivia y, además, contiene una prima de riesgo relativa al Estado soberano deudor de la compensación que no proporcionaría una rentabilidad excesiva por un riesgo que no existe, dado que simplemente debe tratarse de una tasa de interés que refleje el valor tiempo del dinero.
264. Además, los expertos de ambas partes están de acuerdo en la utilización de la prima de riesgo a partir de la emisión de bonos de deuda soberanos de Bolivia. De hecho, fue el experto de SAS, FTI, quien incluyó en su Primer Informe el rendimiento de los bonos soberanos de Bolivia como uno de los modos de calcular la prima de riesgo aplicable.³⁵⁰ Esto fue ratificado por FTI en su Segundo Informe,³⁵¹ ciñéndose el desacuerdo entre FTI y Brattle al modo de calcular la tasa.³⁵² FTI afirmó en su Segundo Informe que no había aplicado esa tasa porque arrojaba un porcentaje que estaba por debajo del que SAS le había instruido considerar como “mínimo”, a saber, la tasa legal del 6% anual.³⁵³
265. La mayoría, por su lado, no ofrece en su voto razón alguna para rechazar la aplicación de la tasa de interés propuesta por Bolivia.³⁵⁴

³⁴⁹ TBI entre el Reino Unido y Bolivia, (C-1), Artículo 5.

³⁵⁰ Ver Primer Informe de FTI, ¶12.7.

³⁵¹ Segundo Informe de FTI, ¶10.14.

³⁵² Ver Segundo Informe de FTI, ¶10.16 y Segundo Informe de Brattle, ¶264.

³⁵³ *Id.*, ¶10.15.

³⁵⁴ Ver Voto de la Mayoría, ¶¶888-908.

266. La tasa de interés debe ser simple, no compuesta. La Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, en su comentario a los Artículos Sobre Responsabilidad de los Estados Por Actos Ilícitos indicó que “*The general view of courts and tribunals has been against the award of compound interest, and this is true even of those tribunals which hold claimants to be normally entitled to compensatory interest.*”³⁵⁵ Este criterio ha sido tradicionalmente dominante también en el ámbito del derecho internacional de las inversiones y ha sido sostenido todavía por los tribunales de algunos casos relativamente recientes en materia de inversiones.³⁵⁶
267. La Demandante insiste en afirmar que existe una supuesta “*jurisprudence constante*” de acuerdo con la cual correspondería calcular los intereses de manera compuesta.³⁵⁷ Independientemente de si los casos referidos por la Demandante alcanzan para establecer una “*jurisprudence constante*”, y de si esa jurisprudencia sería o no vinculante para el Tribunal (no lo sería), lo cierto es que la determinación de los intereses aplicables al monto de la compensación siempre debe hacerse de acuerdo con las circunstancias del caso. Tal como señaló la CDI, debe haber circunstancias especiales que justifiquen la aplicación de intereses compuestos como un elemento de la reparación plena.³⁵⁸ En este caso, SAS no ha demostrado que exista ninguna circunstancia especial que justifique la aplicación de intereses a una tasa compuesta. Menos todavía considerando que el Tratado no lo establece;³⁵⁹ que el Código Civil de Bolivia prohíbe el anatocismo³⁶⁰ y que Bolivia estableció en el propio Decreto de Reversión su compromiso de compensación.³⁶¹
268. Si bien la asignación de intereses no se determina teniendo en cuenta la valoración de la conducta de las Partes, que la mayoría haya elegido la tasa más onerosa para la Demandada autoriza a suponer que en esa elección se hace presente una especie de sanción. Una sanción de

³⁵⁵ Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, con comentarios*, 2001 (RLA-159), ¶8.

³⁵⁶ Ver *Mr. Franck Charles Arif c. República de Moldova*, caso CIADI No. ARB/11/23, laudo del 8 de abril de 2013 (Cremades, Hanotiau, Knieper) (RLA-272), ¶617, *Antoine Abou Lahoud y otros c. República Democrática del Congo*, caso CIADI No. ARB/10/4, laudo del 7 de febrero de 2014 (Park, Hafez, Ngwe) (RLA-273), ¶633, *Yukos Universal Limited (Isle Of Man) c. Federación Rusa*, caso CPA No. AA 227, laudo del 18 de julio de 2014 (RLA-156), ¶1689 Ver también la opinión individual de Luis Herrera Marcano en *Total S.A. c. República de Argentina*, caso CIADI No. ARB/04/1, decisión de responsabilidad del 27 de diciembre del 2010 (Sacerdoti, Álvarez, Herrera Marcano) (RLA-261), ¶262.

³⁵⁷ Ver Memorial de Demanda, ¶222.

³⁵⁸ Ver Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, con comentarios*, 2001 (RLA-159), ¶9.

³⁵⁹ TBI entre el Reino Unido y Bolivia, (C-1), Artículo 5.

³⁶⁰ Código Civil del Estado Plurinacional de Bolivia (RLA-49), Artículo 412.

³⁶¹ Decreto de Reversión del 1 de agosto de 2012 (C-4), Artículo 4.

este tipo no tiene justificación de acuerdo a la valoración de la conducta de ambas partes que la propia mayoría ha hecho respecto de la crisis que concluyó con la reversión.³⁶²

269. Asimismo, fijar sin justificación una tasa de interés tan alta, tanto por su número porcentual como por su carácter acumulativo, tiene el potencial de generar un incentivo disvalioso. Ello, porque ese tipo de tasa generaría para el eventual inversor y potencial demandante un atractivo diferente y superior al que significaría una compensación legítima producto de la determinación del valor de un bien expropiado. Ese escenario lo expondría a la tentación de concebir como más ventajoso el fracaso en la realización de una compensación legítima por tener ante sí un magnífico negocio financiero a materializar en un laudo futuro.
270. Por todo lo anterior, la tasa de interés aplicable al monto de cualquier compensación que pudiera otorgarse a la Demandante en este arbitraje debe ser la tasa de interés calculada por Bolivia³⁶³ en base a la emisión de bonos soberanos efectuada por Bolivia en octubre de 2012.

IV. Costos

271. En la medida en que, en mi opinión, con base en las razones expuestas en este voto, hay una de las partes que ha resultado vencida por haber iniciado un arbitraje internacional bajo un Tratado que claramente no la ampara, en seguimiento del criterio establecido en el Artículo 42.1 del Reglamento CNUDMI³⁶⁴ considero que las costas del arbitraje deben ser cargadas por la Demandante, que también deberá reintegrar a la Demandada sus costos de representación y asistencia.

³⁶² Ver, por ejemplo, Voto de la Mayoría, ¶¶563-89.

³⁶³ Ver Primer Informe de Brattle, ¶187, y Segundo Informe de Brattle, ¶261.

³⁶⁴ El Artículo 42.1 del Reglamento CNUDMI establece que “Las costas del arbitraje serán a cargo de la parte vencida o las partes vencidas. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear cada uno de los elementos de estas costas entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.”