

CASO CPA N.º 2016-39/AA641

**ARBITRAJE CON ARREGLO AL REGLAMENTO DE ARBITRAJE
DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL
DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL**

GLENCORE FINANCE (BERMUDA) LTD

Demandante

-c-

ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

Demandada

**DÚPLICA DE LA DEMANDANTE SOBRE
OBJECIONES JURISDICCIONALES**



Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP

601 Lexington Avenue
31st Floor
New York
New York 10022
United States of America

FERRERE

Avenida San Martín, No 155
Edificio Ambassador Business Center, Piso 18
Equipetrol
Santa Cruz de la Sierra
Bolivia

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN Y RESUMEN EJECUTIVO	1
II.	EL TRIBUNAL TIENE JURISDICCIÓN PARA ENTENDER EN LOS RECLAMOS PLANTEADOS POR GLENCORE BERMUDA	9
	A. BOLIVIA TIENE LA CARGA DE PROBAR LAS OBJECIONES QUE OPONE A LA JURISDICCIÓN Y ADMISIBILIDAD	9
	B. GLENCORE BERMUDA ES UN INVERSOR PROTEGIDO POR EL TRATADO	11
	1. Glencore Bermuda es un inversor protegido de conformidad con el artículo 1 del Tratado y no hay fundamentos para desestimar su nacionalidad	12
	2. En este caso no hubo abuso de proceso.....	33
	C. GLENCORE BERMUDA EFECTUÓ UNA INVERSIÓN PROTEGIDA POR EL TRATADO.....	76
	1. Corresponde que el Tribunal rechace la objeción de Bolivia basada en su teoría de la inversión “activa”	78
	2. Contrariamente a lo sostenido por Bolivia, el Tratado sí protege las inversiones indirectas	94
	D. LAS ALEGACIONES DE ILEGALIDAD DE BOLIVIA SON FALSAS Y NO CORROBORADAS	102
	1. Bolivia no cumplió el exigente criterio mínimo para concluir que hubo ilegalidad	106
	2. Bolivia no demostró que haya habido nada ilícito en el proceso de privatización	113
	3. Las alegaciones de Bolivia de que hubo “manos sucias” no tienen ningún tipo de sustento.....	121
	E. BOLIVIA FUE DEBIDAMENTE NOTIFICADA DE TODAS LAS DIFERENCIAS Y SE LE DIO LA OPORTUNIDAD DE RESOLVERLAS DE MANERA AMISTOSA	135
	1. El Tratado impone un requisito mínimo de notificación para brindarles a las partes una oportunidad razonable de zanjar la diferencia	137
	2. Bolivia quedó efectivamente notificada del reclamo de Glencore Bermuda por la Reserva de Estaño años antes del inicio del presente arbitraje.....	141
	3. Aun si el Tribunal determinara que a Bolivia no se la notificó de los reclamos por la Reserva de Estaño (sí se la notificó), la falta de notificación no impide la jurisdicción.....	143

F. LOS RECLAMOS DE GLENCORE BERMUDA SE BASAN EN EL TRATADO Y NO EN UN CONTRATO.....	147
1. Las cláusulas contractuales de elección de jurisdicción no pueden privar al Tribunal de su jurisdicción para entender en los reclamos planteados por Glencore Bermuda al amparo del tratado	149
2. Los reclamos de Glencore Bermuda surgen claramente al amparo del Tratado.....	158
G. [REDACTED].....	162
1. La nueva objeción de Bolivia es inadmisibile por ser extemporánea	163
2. [REDACTED].....	164
3. [REDACTED].....	169
III. PETITORIO	178

GLOSARIO

Término	Definición
<i>Acuerdo del 10 de mayo de 2012</i>	Acuerdo entre la COB, la FSTMB, el Sindicato de Huanuni, el vicepresidente de Bolivia, el ministro de Minería y el ministro de Economía, 10 de mayo de 2012
<i>Constitución de 1967</i>	Constitución Política del Estado de Bolivia, 2 de febrero de 1967, modificada en 1994 y 2004
<i>Constitución de 2009</i>	Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 7 de febrero de 2009
<i>Ley de Procedimiento Administrativo</i>	Ley N.º 2.341, 23 de abril de 2002
<i>Fundición de Antimonio</i>	Fundición de antimonio de Vinto
<i>Decreto de Nacionalización de la Fundición de Antimonio</i>	Decreto Supremo N.º 499, 1 de mayo de 2010
<i>Contrato de Compraventa de la Fundición de Antimonio</i>	Contrato de compraventa de la Fundición de Antimonio entre el Ministerio de Comercio, Comibol, Colquiri y Comsur, 11 de enero de 2002
<i>Activos</i>	Conjuntamente, la Fundición de Estaño, la Fundición de Antimonio y los derechos sobre el Arrendamiento de Colquiri
<i>TBI</i>	Tratados bilaterales de inversión, incluidos los tratados de promoción y protección de las inversiones y similares
<i>Bolivia / Demandada</i>	Estado Plurinacional de Bolivia
<i>Decreto de Nacionalización de la Mina de Colquiri</i>	Decreto Supremo N.º 1.264, 20 de junio de 2012
<i>Ley de Capitalización</i>	Ley N.º 1.544, 21 de marzo de 1994
<i>Cencomincol</i>	Central Local de Cooperativas Mineras de Colquiri
<i>CDC</i>	Commonwealth Development Corporation
<i>COB</i>	Central Obrera Boliviana
<i>Colquiri</i>	Compañía Minera Colquiri SA
<i>Arrendamiento de Colquiri</i>	Contrato de arrendamiento de la Mina de Colquiri entre el Ministerio de Comercio, Comibol, Colquiri y Comsur, 27 de abril de 2000
<i>Mina de Colquiri</i>	Mina de estaño y zinc en Colquiri
<i>Sindicato de Colquiri</i>	Sindicato Mixto de Trabajadores Mineros de Colquiri
<i>Comibol</i>	La estatal Corporación Minera de Bolivia
<i>Comsur</i>	Compañía Minera del Sur SA

Término	Definición
<i>Planta Concentradora</i>	La planta concentradora de la Mina de Colquiri
<i>Cooperativa 21 de Diciembre</i>	Cooperativa Minera 21 de Diciembre Ltda
<i>Cooperativa 26 de Febrero</i>	Cooperativa Minera 26 de Febrero Ltda
<i>TCE</i>	Tratado sobre la Carta de la Energía
<i>EMV</i>	Empresa Metalúrgica Vinto
<i>ENAF</i>	La estatal Empresa Nacional de Fundiciones
<i>Ley de Expropiación</i>	Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública, 30 de diciembre de 1884
<i>Fedecomín La Paz</i>	Federación Departamental de Cooperativas Mineras de La Paz
<i>Fencomin</i>	Federación Nacional de Cooperativas Mineras
<i>FSTMB</i>	Federación Sindical de Trabajadores Mineros de Bolivia
<i>PIB</i>	Producto Interno Bruto
<i>Glencore</i>	Conjuntamente, Glencore plc, Glencore International, Glencore Bermuda y sus subsidiarias locales
<i>Glencore Bermuda / Demandante</i>	Glencore Finance (Bermuda) Ltd
<i>Glencore International</i>	Glencore International AG
<i>Glencore plc</i>	Glencore International plc
<i>Mina de Huanuni</i>	La mina de estaño en Huanuni
<i>Sindicato de Huanuni</i>	Sindicato Mixto de Trabajadores Mineros de Huanuni
<i>CCI</i>	Cámara de Comercio Internacional
<i>CIJ</i>	Corte Internacional de Justicia
<i>IFC</i>	Corporación Financiera Internacional
<i>CDI</i>	Comisión de Derecho Internacional
<i>Ley de Inversiones</i>	Ley N.º 1.182, 17 de septiembre de 1990
<i>Ley de Promoción de Inversiones</i>	Ley N.º 516, 4 de abril de 2014
<i>Iris</i>	Iris Mines & Metals SA
<i>Contratos de RC</i>	Contratos de riesgo compartido de las minas de Bolívar, Porco y Colquiri
	
<i>Kempsey</i>	Kempsey SA
<i>Rampa Principal</i>	Rampa principal de acceso en construcción de la Mina de Colquiri, para conectar la superficie con el nivel -405

Término	Definición
<i>MAS</i>	Partido político Movimiento al Socialismo
<i>Programa Político del MAS</i>	Programa oficial publicado por el MAS en noviembre de 2005
<i>Minera</i>	Minera SA
<i>Código de Minería</i>	Ley N.º 1.777, 17 de marzo de 1997
<i>Ley de Minería</i>	Ley N.º 535, 24 de mayo de 2014
<i>Ministerio de Economía</i>	Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
<i>Ministerio de Minería</i>	Ministerio de Minería y Metalurgia de Bolivia
<i>Notificación de Arbitraje</i>	Notificación de Arbitraje de la Demandante
<i>Nueva Política Económica</i>	Programa integral de estabilización “Nueva Política Económica”, agosto de 1985
<i>Nuevo Dique de Colas</i>	Un nuevo dique a construirse en la Mina de Colquiri para alojar las colas de estaño y zinc
<i>Empresas Panameñas</i>	Conjuntamente, Iris, Kempsey y Shattuck
<i>CPA</i>	Corte Permanente de Arbitraje
<i>CPJI</i>	Corte Permanente de Justicia Internacional
<i>Ley de Privatización</i>	Ley N.º 1.330, 24 de abril de 1992
<i>Dúplica</i>	Réplica de Bolivia a las Objeciones Preliminares y Dúplica sobre el Fondo, 24 de octubre de 2018
<i>Réplica</i>	Réplica de la Demandante sobre el Fondo y de Respuesta sobre las Objeciones Jurisdiccionales, 22 de junio de 2018
<i>Acuerdo de Rosario</i>	Acta de acuerdo suscripta por Colquiri, Fedecomín La Paz, Fencomín, Cencomíncol, Cooperativa 26 de Febrero, Cooperativa Minera Collpa Cota, Cooperativa Minera Socavón Inca y el Ministerio de Minería, 7 de junio de 2012
<i>Propuesta de San Antonio</i>	Propuesta de Sinchi Wayra de ceder la explotación de la veta San Antonio de la Mina de Colquiri a la Cooperativa 26 de Febrero, 5 de junio de 2012
[REDACTED]	[REDACTED]

Término	Definición
	Inversión a Glencore International
<i>Shattuck</i>	Shattuck Trading Co Inc
<i>Sinchi Wayra</i>	Sinchi Wayra SA
<i>Fundiciones</i>	Conjuntamente, la Fundición de Estaño y la Fundición de Antimonio
<i>Escrito de Demanda</i>	Escrito de Demanda de la Demandante, 15 de agosto de 2017
<i>Escrito de Contestación</i>	Objeciones Preliminares de Bolivia, Escrito de Contestación y Respuesta sobre Bifurcación, 18 de diciembre de 2017
<i>TBI entre Suiza y Bolivia</i>	Acuerdo entre la Confederación Suiza y la República de Bolivia sobre la promoción y protección recíproca de inversiones
<i>Planta de Colas</i>	Planta para explotar las antiguas colas de la Mina de Colquiri
<i>Fundición de Estaño</i>	Fundición de estaño de Vinto
<i>Decreto de Nacionalización de la Fundición de Estaño</i>	Decreto Supremo N.º 29.026, 9 de febrero de 2007
<i>Contrato de Compraventa de la Fundición de Estaño</i>	Contrato de compraventa de la Fundición de Estaño entre el Ministerio de Comercio, Comibol, EMV y Allied Deals Estaño Vinto SA, 17 de julio de 2001 y 4 de julio de 2001
<i>Reserva de Estaño</i>	161 toneladas de concentrados de estaño pertenecientes a Colquiri almacenados en la Fundición de Antimonio
<i>Ministerio de Comercio</i>	Ministerio de Comercio Exterior e Inversión de Bolivia
<i>Tratado</i>	Convenio entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República de Bolivia para la Promoción y Protección de Inversiones, 16 de febrero de 1990
<i>Reino Unido</i>	Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte
<i>Reglamento de la CNUDMI</i>	Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, revisado en 2010
<i>Convención de Viena</i>	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
<i>Vinto</i>	Complejo Metalúrgico Vinto SA

1. Se presenta la Dúplica sobre Objeciones Jurisdiccionales (*Dúplica sobre Jurisdicción*) en representación de Glencore Finance (Bermuda) Ltd (*Demandante* o *Glencore Bermuda*), sociedad constituida de conformidad con la legislación de las islas Bermudas, territorio de ultramar del Reino Unido (*Bermudas*), con arreglo al Calendario Procesal Corregido del Tribunal, de fecha 15 de junio de 2018.

I. INTRODUCCIÓN Y RESUMEN EJECUTIVO

2. En este punto del proceso, Bolivia sigue reconociendo que se apropió de: (i) la Fundición de Estaño¹ (la mayor fundición de estaño en Bolivia y una de pocas productoras de lingotes de estaño de alta pureza del mundo); (ii) la Fundición de Antimonio, que no estaba en producción, y la Reserva de Estaño almacenada en la misma; y (iii) los derechos exclusivos a explorar, explotar y comercializar los productos minerales de la Mina de Colquiri (la segunda mina de estaño más grande y una de las minas más competitivas de Bolivia). Dichas apropiaciones privaron a Glencore Bermuda del valor de las acciones que tenía en Colquiri y Vinto, lo que le ocasionó a la Demandante daños valuados por los peritos de Glencore Bermuda en la suma de USD 675,7 millones al 15 de agosto de 2017. Como lo reconoce abiertamente Bolivia, a pesar de los infructuosos intentos de renegociar la controversia encarados por la Demandante a lo largo de más de nueve años previamente al inicio del presente arbitraje, al día de hoy Bolivia no ha pagado ni un solo centavo en concepto de compensación por estas apropiaciones.
3. Vistos estos claros hechos, Bolivia ha intentado eludir el escrutinio del Tribunal con la invocación, en el Escrito de Contestación, de seis objeciones infundadas a la jurisdicción y admisibilidad. En la Dúplica, Bolivia mayormente reitera esas objeciones. Para resumir:

¹ A los términos en mayúscula les corresponde el significado indicado en el Glosario.

- (a) *Primero*, al reconocer que la constitución de Glencore Bermuda en las Bermudas la convierte en un inversor protegido en los términos del Tratado, Bolivia solicita que el Tribunal descorra el velo societario de Glencore Bermuda de modo tal de revelar su “verdadera nacionalidad suiza”.
 - (b) *Segundo*, Bolivia sostiene que la adquisición de los Activos se estructuró por intermedio de Glencore Bermuda únicamente para lograr la protección que ofrece el Tratado en un momento en que la diferencia era razonablemente previsible, lo cual, sostuvo, constituye un abuso de proceso.
 - (c) *Tercero*, Bolivia alega que las inversiones de Glencore Bermuda no gozaban de las protecciones del Tratado dado que: (i) Glencore Bermuda no invirtió “activamente”; y (ii) era titular indirecta de su inversión.
 - (d) *Cuarto*, Bolivia sostiene que la privatización de los Activos fue ilegal dado que sus propios funcionarios gubernamentales desarrollaron un marco legal con el fin de permitirle a su expresidente Sánchez de Lozada adquirir los tres Activos controvertidos en el presente arbitraje, mucho antes de que los adquiriera Glencore Bermuda.
 - (e) *Quinto*, Bolivia aduce que no se le notificó debidamente la existencia de la diferencia referente a la Reserva de Estaño y que se vio “privada” de la oportunidad de “llegar a una solución amistosa” de ese reclamo.
 - (f) *Sexto*, Bolivia alega que las cláusulas de arbitraje de la CCI del Contrato de Compraventa de la Fundición de Estaño, el Contrato de Compraventa de la Fundición de Antimonio y el Arrendamiento de Colquiri excluyen la jurisdicción de este Tribunal sobre la controversia que nos ocupa.
4. Asimismo, en un recurso desesperado, Bolivia ahora también plantea una nueva objeción, [REDACTED]

descorrimiento del velo societario tuviera algún tipo de aplicación (que no la tiene), el descorrimiento requeriría que Bolivia demuestre, mediante prueba que cumpla con una exigente carga probatoria, que la Demandante utilizó indebidamente su forma societaria para efectos de cometer fraude o ilícitos para lograr el acceso a la jurisdicción del Tribunal. Si bien en medio de la confusa descripción que hace del derecho en la Dúplica, Bolivia parece reconocer que éste es el criterio jurídico aplicable, no alega ni prueba hechos que demuestren que se ha cumplido dicha carga. En cambio, Bolivia intenta desesperadamente manchar a Glencore Bermuda mediante alegaciones irrelevantes, provocadoras e infundadas en el sentido de que filiales del grupo Glencore cometieron “ilícitos [...] en todo el mundo”, lo cual, según lo reconoce la propia Bolivia, no guarda relación con los Activos ni la controversia que aquí nos ocupa. La autoridad del Tribunal para determinar su jurisdicción no se extiende a esas alegaciones. Expresado sencillamente, el Tribunal no es un tribunal global de jurisdicción general.

7. *Segundo*, no ha habido un abuso de proceso. Como en este caso no hubo una reestructuración, aquí podría concluir el análisis del Tribunal. Sin embargo, incluso asumiendo que hubiera habido una reestructuración, Bolivia ahora reconoce que ello no basta para configurar un abuso de proceso. Bolivia reconoce que la clave para determinar si se produjo un abuso de proceso radica en la previsibilidad de la controversia en el momento de la supuesta reestructuración. No obstante, Bolivia sigue equivocada al tergiversar el grado de previsibilidad requerido. Para que se configure un abuso de proceso, la reestructuración debe haberse realizado a los efectos de lograr la protección del tratado en un momento en el que era altamente previsible la controversia específica objeto de arbitraje. En nuestro caso, los hechos demuestran con claridad que: (i) Glencore Bermuda no reestructuró su inversión en Bolivia; (ii) aun si fuéramos a considerar que la cesión de los Activos a Glencore Bermuda constituyó una reestructuración antes del cierre de la operación (que no lo fue), ésta no tuvo por fin lograr la protección del Tratado; y (iii) en todo caso, en el momento de la supuesta reestructuración,

las controversias objeto del presente arbitraje no eran altamente ni razonablemente previsibles.

8. *Tercero*, no existe sustento, ya sea en el texto del Tratado ni en la jurisprudencia arbitral, para los argumentos de Bolivia de que las inversiones de Glencore Bermuda no gozan de la protección del Tratado porque: (i) no eran inversiones “activas”, según la interpretación de ese término que hace Bolivia; y (ii) la Demandante las tenía indirectamente. La definición de “inversiones” del Tratado protege “toda clase de bienes”, incluida la “participación en los bienes de dichas sociedades”. Su sentido literal comprende la inversión de Glencore Bermuda en Vinto, Colquiri y, con ello, su participación indirecta en los Activos de éstas, incluidos sus bienes muebles e inmuebles, derechos y acreencias que tengan un valor económico. En la primera versión de la teoría de la “inversión activa” que propone Bolivia (en el Escrito de Contestación), ésta adujo que era necesario que la Demandante hubiera efectuado una “inversión activa”, en el sentido de una contribución activa, para poder gozar de la protección que ofrece el Tratado. Cuando, en la Réplica, la Demandante demostró no solamente que el Tratado no establece requisito tal sino también que, contrariamente a lo dicho por Bolivia, la Demandante sí efectuó una contribución activa mediante un pago dinerario de más de USD 313,8 millones, Bolivia tuvo que reenfocar su argumento. En la Dúplica, ahora insiste en que su criterio extratextual de la “inversión activa” exige, más específicamente, que la Demandante dirija de forma directa y activa la adquisición, gestión y/u operaciones de los Activos. Bolivia luego sostiene que Glencore Bermuda no dirigió activamente esas actividades y aduce que, en cambio, “se mantuvo pasiva mientras Glencore International dirigía la inversión”. Tal postura no tiene respaldo. Tampoco hay sostén alguno para la insistencia continua de Bolivia en la Dúplica, en afirmar que el derecho consuetudinario de la protección diplomática contiene una regla que excluye los reclamos por violaciones de derechos indirectos, regla que supuestamente resulta de aplicación al caso que nos ocupa. Aun si Bolivia estuviera en lo cierto respecto tanto de la relevancia como del contenido del derecho de la protección diplomática (que no

lo está), a partir del Tratado resulta evidente que, contrariamente a lo afirmado por Bolivia, las Partes Contratantes quisieron proteger las inversiones de tenencia indirecta. Como lo argumentó la Demandante en la Réplica, y como queda respaldado por el peso de la jurisprudencia arbitral, “los términos empleados en el TBI Reino Unido-Bolivia [es decir, el Tratado] son lo suficientemente amplios en sí mismos para incluir las inversiones indirectas, aun sin utilizar el lenguaje adicional que no haría más que reforzar lo que ya es claro del texto del TBI”.

9. *Cuarto*, la objeción de Bolivia por “ilegalidad” también es infundada. Bolivia no ha alegado ni, mucho menos, probado que Glencore Bermuda haya realizado conductas fraudulentas o engañosas al adquirir los Activos. Como mucho, Bolivia sostiene que Glencore Bermuda “debería haber sabido” que la privatización anterior fue ilegal. Esto es incorrecto tanto desde la perspectiva jurídica como visto desde los hechos. El criterio para demostrar que el Tribunal no tiene jurisdicción en un caso de supuesta ilegalidad es estricto, y exige que la parte que formula las alegaciones cumpla un exigente estándar probatorio. Bolivia debe demostrar que se produjeron “violaciones graves” en el momento en que se realizó la inversión. Bolivia no ha cumplido esta carga de la prueba ni de lejos. En la Réplica, la Demandante demostró de forma inequívoca que la privatización de los Activos se llevó a cabo de forma transparente y con arreglo al marco jurídico que se encontraba entonces vigente. Al reconocer ahora en la Dúplica que el marco regulatorio conforme al cual se privatizaron los Activos no tuvo nada de ilegal, a Bolivia solamente le queda alegar que la forma en que el expresidente utilizó ese marco fue altamente “inadecuada”. Con esto ni por casualidad se cumple el criterio para que haya “ilegalidad”. A pesar de dedicar más de 80 párrafos en el Escrito de Contestación y la Dúplica al argumento de la ilegalidad, Bolivia sigue sin poder identificar qué disposiciones específicas del derecho boliviano se habrían violado y quién las habría violado. Y, más importante, ningún tribunal local ha declarado “irregularidad” alguna (y, mucho menos, una “ilegalidad” respecto de la privatización de los Activos). Al no haberse demostrado ilegalidad alguna en el proceso de privatización, tampoco puede

prosperar el argumento relacionado de las “manos sucias” que plantea (y que necesariamente depende de que se concluya que hubo ilegalidad). De todos modos, la doctrina de las “manos sucias” no existe como principio general del derecho internacional y no puede invocarse a efectos de denegarle a Glencore Bermuda las protecciones que ofrece el Tratado cuando los actos cuestionados son actos de funcionarios gubernamentales de Bolivia y ella misma autorizó la inversión de Glencore Bermuda.

10. *Quinto*, como ya lo demostró Glencore Bermuda, el requisito mínimo de notificación del Tratado es inescindible del fin último que persigue (es decir, brindarles a las partes una oportunidad razonable de resolver la controversia amistosamente). Es revelador el hecho de que, en la Dúplica, Bolivia ya no alegue que no contó con una oportunidad significativa para negociar. Más bien, ahora sostiene que, si bien tenía conocimiento de la controversia en torno de la Reserva de Estaño, jamás se le notificó que se tratara de una controversia frente a Glencore Bermuda y que se refiriera a violaciones del Tratado. Sin embargo, los hechos demuestran indiscutiblemente que Bolivia sí fue puesta efectivamente en conocimiento del reclamo por la Reserva de Estaño seis años antes del inicio del presente proceso arbitral y que, a pesar de entablar negociaciones con Glencore Bermuda, de todas formas no logró resolver amistosamente esa diferencia. Fue la propia Bolivia quien adoptó la postura de que la Reserva de Estaño integraba el inventario de la Fundición de Antimonio y debía tratarse en el contexto de negociaciones referentes a la compensación por esa nacionalización. Bolivia era claramente consciente de que en esas negociaciones participaban representantes de Glencore Bermuda y a lo largo de los años se le recordó en diversas oportunidades que los actos de Bolivia en relación con la Fundición de Antimonio (incluida la apropiación de la Reserva de Estaño) daban lugar a reclamos al amparo del Tratado. Aun si, a pesar de toda la prueba en contrario, el Tribunal determinara que Bolivia no fue notificada de los reclamos por la Reserva de Estaño (que sí lo fue), ello no le impediría ejercer su jurisdicción, dado que: (i) en aquellos casos en que se trata de controversias relacionadas no es necesario

notificar por separado cada controversia; y (ii) de cualquier manera, la falta de notificación no priva de jurisdicción al tribunal constituido al amparo de un tratado de inversión.

11. *Sexto*, como lo explicó la Demandante en la Réplica, las cláusulas de arbitraje de la CCI incluidas en el Contrato de Compraventa de la Fundición de Antimonio, el Contrato de Compraventa de la Fundición de Estaño y el Arrendamiento de Colquiri no pueden privar al Tribunal de jurisdicción para entender en los reclamos planteados por la Demandante en los términos del Tratado. Esto es cierto incluso si, como aduce Bolivia, esos contratos incluyeron la “renuncia a todo reclamo por la vía diplomática” en relación con la interpretación y la ejecución de los contratos. En este caso, Glencore Bermuda ha demostrado que planteó reclamos al amparo del Tratado. Glencore Bermuda no planteó ningún reclamo por incumplimiento contractual. Los argumentos de Bolivia en contrario no tienen fundamento válido. Bolivia no puede aducir simultáneamente que: (i) las controversias eran de índole comercial, para eludir la jurisdicción del Tribunal; a la vez que dice que (ii) sus actos constituyeron un ejercicio válido de sus facultades soberanas, para eludir la responsabilidad. El hecho de que haya elegido hacerlo subraya la falta fundamental de credibilidad de su objeción que, por ende, debe rechazarse.

12. *Séptimo*, la nueva objeción preliminar formulada por Bolivia [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] no sólo resulta extemporánea sino que, además, no tiene mérito. Como lo han determinado los tribunales de inversión, los argumentos de Bolivia en materia de doble indemnización no pueden afectar la jurisdicción del Tribunal, la admisibilidad de los reclamos por la Fundición de Estaño ni el derecho a cobrar una compensación de manos de Bolivia. Es más, es manifiestamente incorrecto indicar, como lo hace Bolivia, que la Demandante ha perdido la legitimación para plantear sus reclamos por la Fundición de Estaño en el presente arbitraje [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]. Contrario a lo afirmado por Bolivia, la Demandante no cedió los reclamos por la Fundición de Estaño contra Bolivia [REDACTED]. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED].

* * *

13. La presente Dúplica sobre Jurisdicción está organizada de la siguiente forma. La Sección II explica por qué corresponde que el Tribunal rechace todas las objeciones preliminares propuestas por Bolivia. La Sección III expone el petitorio de Glencore Bermuda. Acompañan la presente Dúplica nuevos anexos de hecho de Glencore Bermuda, numerados **C-285** a **C-299**, y anexos de jurisprudencia y doctrina, numerados **CLA-230** a **CLA-251**.

II. EL TRIBUNAL TIENE JURISDICCIÓN PARA ENTENDER EN LOS RECLAMOS PLANTEADOS POR GLENCORE BERMUDA

A. BOLIVIA TIENE LA CARGA DE PROBAR LAS OBJECIONES QUE OPONE A LA JURISDICCIÓN Y ADMISIBILIDAD

14. La Demandante siempre aceptó que pesa sobre ella la carga de demostrar la jurisdicción del Tribunal². Glencore Bermuda presentó prueba que demuestra que está constituida válidamente en Bermudas, territorio comprendido en el Tratado, y que es titular de una participación del 100% en los Activos³. No hace falta nada

² Escrito de Contestación, párrafo 256.

³ Réplica, párrafo 187. Certificado constitutivo de Glencore Bermuda (como Sandon Ltd), 23 de diciembre de 1993, **C-42**; Certificado constitutivo por cambio de nombre de Glencore (de Sandon Ltd), 30 de diciembre de 1994, **C-43**; Estatuto de Glencore, 12 de diciembre de 2012, **C-44**; Contratos de Cesión y Asunción de Obligaciones entre Glencore International y Glencore Bermuda, 7 de marzo de 2005, **C-64**, páginas 1 y 3; Libro de Registro de Acciones de Sinchi Wayra, sin fecha, **C-16**; Libro de Registro de Acciones de Colquiri, sin fecha, **C-17**; Libro de Registro de Acciones de Vinto, sin fecha, **C-18**.

más para dar cumplimiento a los requisitos impuestos por el Tratado en materia de jurisdicción.

15. Bolivia planteó supuestas excepciones a la jurisdicción y admisibilidad. Por consiguiente, pesa sobre Bolivia la carga de probar esas objeciones⁴. Ello se deriva del principio básico *onus probandi*, tal como queda reflejado en el artículo 27 del Reglamento de la CNUDMI: “[c]ada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundamentar sus acciones o defensas”⁵. Éste no debería ser un punto polémico.
16. Como la Demandante siempre aceptó que pesa sobre ella la carga de demostrar la jurisdicción, hay un solo verdadero punto controvertido entre las partes: si Bolivia, a su vez, tiene la carga de probar las objeciones que planteó en materia de jurisdicción y admisibilidad. Bolivia obviamente tiene esa carga, pero se niega a reconocer tan fundamental principio de derecho (en cambio, acusa a la Demandante de intentar “transferir la carga de la prueba de jurisdicción a la demandada” y “forzar a Bolivia a refutar la jurisdicción y la admisibilidad”)⁶. Sin embargo, la Demandante jamás intentó cosa tal. La única parte que pretende

⁴ Réplica, párrafo 185.

⁵ Reglamento de la CNUDMI, artículo 27(1). *Ver también* Réplica, párrafo 186 (y los casos que allí se citan); *Ampal-American Israel Corp y otros c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI N.º ARB/12/11), Decisión sobre Jurisdicción, 1 de febrero de 2016, **RLA-145**, párrafos 216 (“La proposición de que quien alega debe probar resulta de aplicación en los arbitrajes referentes a tratados de inversión”) y 306 (en que se determinó que la parte demandada no había cumplido la carga de demostrar que la demandante había obtenido su inversión de modo ilegal) (traducción no oficial al español); *Pac Rim Cayman LLC c. República de El Salvador* (Caso CIADI N.º ARB/09/12), Decisión sobre las Excepciones de la Demandada a la Jurisdicción, 1 de junio de 2012, **CLA-110**, párrafo 2.11 (“Naturalmente, si median excepciones positivas a la jurisdicción, la carga recae en la Parte que las presenta, en otras palabras, en este caso la Demandada”) (traducción no oficial al español); *Bernhard von Pezold y otros c. República de Zimbabue* (Caso CIADI N.º ARB/10/15), Laudo, 28 de julio de 2015, **CLA-126**, párrafos 174 y 176 (“La regla general es que aquella parte que hace el planteo lleva la carga de demostrarlo con prueba. [...] Pesa entonces sobre la Demandada en este caso la carga de probar sus objeciones. [...] [e]l principio general se aplica de modo tal de exigirle a la Demandada presentar suficientes pruebas para demostrar sus objeciones a la jurisdicción”) (traducción no oficial al español).

⁶ Dúplica, párrafos 384 y 386.

eludir su carga probatoria (la única parte que rechaza la premisa de que efectivamente debe probar las alegaciones que formula) es Bolivia.

17. En las secciones siguientes, la Demandante aborda cada una de las objeciones de Bolivia sobre jurisdicción y admisibilidad. Respecto de cada objeción, hay una cuestión que debe ser resuelta por el Tribunal: si Bolivia demostró lo que alegó. En cada caso, la respuesta es que no.

B. GLENCORE BERMUDA ES UN INVERSOR PROTEGIDO POR EL TRATADO

18. La Demandante demostró⁷, y la Demandada no niega⁸, que Glencore Bermuda es una sociedad constituida en Bermudas, territorio comprendido en el Tratado⁹. El texto claro del Tratado no impone ningún requisito adicional para que un inversor pueda recibir las protecciones que ofrece dicho instrumento¹⁰. A pesar del texto claro del tratado, Bolivia sigue impugnando la jurisdicción *ratione personae* del Tribunal con el fundamento que: (i) la Demandante es una “compañía de papel” y corresponde que el Tribunal descorra su velo societario para revelar la “verdadera parte interesada”¹¹; y (ii) la Demandante cometió un abuso de proceso al reestructurar su inversión cuando era previsible el surgimiento de una controversia¹². Como se explica a continuación, ambas objeciones son inválidas y corresponde desestimarlas.

⁷ Escrito de Demanda, párrafo 128.

⁸ Escrito de Contestación, párrafo 137.

⁹ Tratado, **C-1**, artículo 11.

¹⁰ *Ibíd.*, artículo 1(d)(i).

¹¹ Dúplica, Sección 4.4.

¹² *Ibíd.*, Sección 4.2.

1. Glencore Bermuda es un inversor protegido de conformidad con el artículo 1 del Tratado y no hay fundamentos para desestimar su nacionalidad

19. Como lo demostró la Demandante en el Escrito de Demanda, Glencore Bermuda es un inversor protegido en los términos del texto claro del Tratado¹³. El Tratado extiende la jurisdicción del Tribunal a “sociedades” del Reino Unido, término que, según la definición que allí consta, significa:

[c]orporaciones, 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 XI¹⁴.

20. La Demandante demostró¹⁵, y la Demandada no niega¹⁶, que Glencore Bermuda es una sociedad incorporada y constituida en virtud de las leyes de Bermudas, territorio comprendido por el Tratado de conformidad con el artículo 11. Por consiguiente, constituye un inversor protegido.

21. Sin embargo, en el Escrito de Contestación, Bolivia sostuvo que el Tribunal debería dar el paso extraordinario de descorrer el velo societario de Glencore Bermuda a efectos de revelar la nacionalidad de la “verdadera demandante”¹⁷ o “verdadera parte interesada”¹⁸ en el presente arbitraje: Glencore International, sociedad suiza no protegida por el Tratado. El argumento principal de Bolivia fue que “las estructuras formales de propiedad son insuficientes para establecer jurisdicción cuando, en la realidad sustantiva, los inversores son netamente

¹³ Escrito de Demanda, Sección IV.B.

¹⁴ Tratado, **C-1**, artículo 1(d)(i). *Ver también* Escrito de Demanda, párrafo 128. Intercambio de Notas, 3 de diciembre de 1992 y 9 de diciembre de 1992, **C-2**.

¹⁵ Escrito de Demanda, párrafo 128.

¹⁶ Escrito de Contestación, párrafo 137.

¹⁷ *Ibíd.*, párrafo 350.

¹⁸ *Ibíd.*, Sección 4.4.2.

suizos”¹⁹. Consciente de lo débil de dicho argumento, Bolivia intentó recurrir a la doctrina del descorrimiento del velo societario, que, según sostuvo, puede aplicarse en el derecho internacional. La postura de Bolivia respecto del criterio legal aplicable a los efectos del levantamiento del velo era (y sigue siendo) confusa. En el Escrito de Contestación, Bolivia adujo que “[p]erforar el velo corporativo permite que las decisiones jurídicas internacionales se tomen sobre la base de realidades sustantivas y no así de formalidades corporativas”²⁰; que “[e]l velo debe perforarse cuando el inversor nominal es el *alter ego* del inversionista beneficiado, como ocurre cuando existe un uso indebido de la forma corporativa”²¹; y que “el velo puede levantarse y que las formalidades corporativas se dejan de lado específicamente para proteger los intereses de terceros o para evitar la evasión de requisitos jurídicos”²².

22. Con la intención de aplicar esta confusa teoría jurídica, acto seguido Bolivia adujo que:

[E]l velo corporativo debe ser levantado en el presente caso para evitar que la Demandante eluda el claro requisito jurisdiccional del Tratado: el inversionista debe ser de un Estado que sea parte del Tratado. No levantar el velo perjudicaría seriamente a Bolivia, un tercero que ahora está en riesgo de ser sujeto a un litigio largo y costoso a través del abuso por parte de la Demandante de las formalidades corporativas²³.

23. Aparentemente sin quedar convencida por su propia conclusión preliminar, Bolivia adujo además que está justificado el levantamiento del velo porque “Glencore Bermuda no es más que una cáscara empresaria en Bermuda en la que Glencore International o Glencore International plc ubicaron subsidiarias

¹⁹ *Ibíd.*, párrafo 349.

²⁰ *Ibíd.*, párrafo 354.

²¹ *Ibíd.*, párrafo 358.

²² *Ibíd.*, párrafo 356.

²³ *Ibíd.*, párrafo 359.

involucradas en actividades cuestionables o cuyas actividades preferirían ocultar”²⁴. Basada en estas afirmaciones sin sustento, Bolivia concluyó que corresponde que el Tribunal se declare incompetente *ratione personae*.

24. En la Réplica, la Demandante refutó estos argumentos. *Primero*, como lo determinaron los tribunales que intervinieron en los casos *ADC c. Hungría*, *Rompetrol c. Rumania* y *Saluka c. República Checa* (entre otros²⁵), cuando, como ocurre aquí, el texto expreso del tratado exige únicamente que la persona jurídica esté incorporada o constituida en un Estado Contratante, no hay fundamento para interpretar que el tratado incluye otras restricciones adicionales tales como la exigencia de que la demandante tenga “actividades sustanciales” o “actividades económicas reales” en su Estado nacional²⁶. La inexistencia de esos requisitos en el Tratado, especialmente en comparación con otros tratados firmados por Bolivia que incluyen expresamente restricciones de este tipo, pone en evidencia la voluntad de las Partes Demandantes de no imponer a los inversores un criterio mínimo más exigente²⁷.
25. *Segundo*, la Demandante explicó que las fuentes de jurisprudencia y doctrina que cita Bolivia al tratar el tema del levantamiento del velo societario respaldan la

²⁴ *Ibíd.*, párrafo 363.

²⁵ Ver Réplica, párrafo 195, nota al pie 521 (en que se cita *KT Asia Investment Group BV c. República de Kazajistán* (Caso CIADI N.º ARB/09/8), Laudo, 17 de octubre de 2013, **CLA-118**, párrafos 113-128; *Yukos Universal Limited (Isla de Man) c. Federación Rusa* (Caso CPA N.º AA 227), Laudo Intermedio sobre Jurisdicción, 30 de noviembre de 2009, **CLA-185**, párrafos 411-415; *Rumeli Telekom AS y Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri AS c. República de Kazajistán* (Caso CIADI N.º ARB/05/16), Laudo, 29 de julio de 2008, **RLA-112**, párrafo 313; *Tokios Tokelès c. Ucrania* (Caso CIADI N.º ARB/02/18), Decisión sobre Jurisdicción, 29 de abril de 2004, **CLA-48**, párrafo 44).

²⁶ Réplica, párrafos 192-193 (en que se cita *The Rompetrol Group NV c. Rumania* (Caso CIADI N.º ARB/06/3), Decisión sobre las Excepciones Preliminares de la Demandada sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 18 de abril de 2008, **CLA-76**, párrafos 62 y 85; *ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. República de Hungría* (Caso CIADI N.º ARB/03/16), Laudo del Tribunal, 2 de octubre de 2006, **CLA-64**, párrafo 359; *Saluka Investments BV c. República Checa* (CNUDMI), Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, **CLA-62**, párrafo 241).

²⁷ Réplica, párrafos 192-93.

postura de la Demandante o bien no son pertinentes²⁸. En *Barcelona Traction* se abordaron los principios de nacionalidad del derecho consuetudinario en el contexto de la protección diplomática; no es pertinente en el contexto de un tratado de inversión y, de todos modos, respalda la aplicación del criterio del lugar de constitución para determinar la nacionalidad de la sociedad²⁹. *TSA Spectrum* abordó la interpretación y aplicación del artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI, que claramente no resulta aplicable en este caso, y una disposición de un TBI, que no figura en el Tratado, que exigía que la sociedad tuviera su “administración efectiva” en su parte contratante “nacional” para poder revestir el carácter de inversor protegido³⁰. En *Loewen* se abordó la regla de la nacionalidad continua y se refirió a un conjunto de hechos que no presentan semejanza alguna con el caso que aquí nos ocupa³¹. Por último, los tribunales de los casos *Saluka c. República Checa* y *ADC c. Hungría* rechazaron ambos el pedido de los respectivos Estados demandados de que se descorriera el velo societario en el contexto del análisis de la nacionalidad de esta última a los efectos de la jurisdicción *ratione personae*³². Como lo señaló el tribunal de *ADC*:

Como el Convenio y el TBI resuelven sin ambigüedades el tema de la nacionalidad, no hay lugar para considerar los principios del derecho consuetudinario sobre nacionalidad, como se reflejan en *Barcelona Traction*, los cuales, de cualquier modo, no difieren. Cualquiera sea el caso, el examen concluye al determinarse el Estado de constitución, y toda consideración respecto del origen

²⁸ *Ibíd.*, párrafos 197-200.

²⁹ *Ibíd.*, párrafo 198. *Ver también* Orden Procesal N.º 2 del Tribunal: Decisión sobre Bifurcación, 31 de enero de 2018, párrafo 49.

³⁰ Réplica, párrafo 199. *Ver* Orden Procesal N.º 2 del Tribunal: Decisión sobre Bifurcación, 31 de enero de 2018, párrafo 49.

³¹ Réplica, párrafo 200.

³² *Ibíd.*, párrafo 196 (en que se cita *Saluka Investments BV c. República Checa* (CNUDMI), Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, **CLA-62**, párrafos 229-230 y 240-241; *ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. República de Hungría* (Caso CIADI N.º ARB/03/16), Laudo del Tribunal, 2 de octubre de 2006, **CLA-64**, párrafos 357-358).

del capital de la sociedad y de los nacionales de qué país la controlan, si no son de Chipre, resulta irrelevante³³.

26. *Tercero*, la Demandante demostró que, además de no resultar aplicable en el contexto de determinar la nacionalidad del inversor demandante en un arbitraje correspondiente a un tratado de inversión, la doctrina del descorrimiento del velo societario tampoco es aplicable por el motivo adicional e independiente de que se aplica únicamente “cuando se ha utilizado la estructura societaria para cometer un fraude o ilícito”³⁴, en “situaciones en las que el verdadero beneficiario del negocio utilizó indebidamente las formalidades societarias para disfrazar su verdadera identidad y así eludir la responsabilidad”³⁵. En nuestro caso, la Demandante no hace sino ejercer los derechos que le asisten en virtud del Tratado a plantear sus reclamos contra Bolivia ante este Tribunal; no intenta eludir ningún tipo de responsabilidad³⁶. Por otra parte, Bolivia no cumplió el exigente criterio

³³ *ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. República de Hungría* (Caso CIADI N.º ARB/03/16), Laudo del Tribunal, 2 de octubre de 2006, **CLA-64**, párrafo 357 (traducción no oficial al español).

³⁴ Réplica, párrafo 202 (en que se cita textual de *Saluka Investments BV c. República Checa* (CNUDMI), Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, **CLA-62**, párrafo 230).

³⁵ *Ibíd.*, párrafo 202 (en que se cita *ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. República de Hungría* (Caso CIADI N.º ARB/03/16), Laudo del Tribunal, 2 de octubre de 2006, **CLA-64**, párrafo 358). Ver también *Rumeli Telekom AS y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri AS c. República de Kazajistán* (Caso CIADI N.º ARB/05/16), Laudo, 29 de julio de 2008, **CLA-79**, párrafo 328.

Como también lo explicó la Demandante, es en el intento del accionista de eludir su responsabilidad que se fundaron los verdaderos orígenes de la doctrina del descorrimiento del velo societario en los ordenamientos jurídicos nacionales. Réplica, párrafo 203 (en que se cita Y Kryvoi, “Piercing the Corporate Veil in International Arbitration” (2011), Vol. 1 Global Business Law Review, **CLA-193**, página 5: “Un caso típico de descorrimiento del velo societario involucra un accionista controlante que constituye una sociedad subcapitalizada para que tome obligaciones frente a un tercero. Cuando vence la deuda, la sociedad no cuenta con bienes suficientes para pagarla y el accionista controlante invoca el concepto de responsabilidad limitada para eludir la responsabilidad personal. El resultado es que un tercero termina soportando el riesgo de falta de pago de la deuda. En situaciones tales, la corte o el tribunal puede intervenir para impedir esa injusticia y levantar el velo societario al determinar la responsabilidad del accionista controlante” (énfasis añadido) (traducción no oficial al español)).

³⁶ Réplica, párrafo 203.

- probatorio³⁷ para demostrar que Glencore Bermuda haya cometido algún tipo de fraude o acto ilícito³⁸.
27. En la Dúplica, Bolivia caracteriza de forma groseramente incorrecta la postura de la Demandante, y hace referencia al “argumento de la Demandante de que la perforación del velo está prohibida”³⁹ y sostiene que “la Demandante no puede identificar un solo tribunal de inversiones que *prohíba* perforar el velo corporativo o que niegue que el derecho internacional respalde la perforación del velo”⁴⁰. Se trata de argumentos que no responden a lo planteado. La postura de la Demandante no es que en el derecho internacional no exista el descorrimiento del velo societario o que este esté prohibido en los arbitrajes correspondientes a tratados de inversión. Como se explicó en la Réplica y precedentemente en este escrito, la postura de la Demandante es que el descorrimiento del velo societario resulta inaplicable en este contexto, es decir, la determinación de la nacionalidad de la parte demandante al amparo de un tratado de inversión a los efectos de la jurisdicción *ratione personae*. Ello obedece a que el propio Tratado establece los criterios aplicables a la hora de determinar la nacionalidad de un inversor y, por ende, excluye la aplicación del derecho consuetudinario de la nacionalidad⁴¹.
28. Además de dar respuesta a argumentos que jamás fueron planteados por la Demandante, Bolivia sigue sosteniendo, incorrectamente, que “la vara está baja para el uso indebido de la forma corporativa para justificar la perforación del velo

³⁷ *Ibíd.*, párrafos 202-203, nota al pie 541 (en que se cita, por ejemplo, *Waguih Elie George Siag y Clorinda Vecchi c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI N.º ARB/05/15), Laudo, 1 de junio de 2009, **CLA-89**, párrafos 325-326 (donde se plantea el criterio para alegaciones de adquisición fraudulenta de la nacionalidad por parte del inversor natural); *EDF (Services) Limited c. Rumania* (Caso CIADI N.º ARB/05/13), Laudo, 8 de octubre de 2009, **CLA-184**, párrafo 221 (donde se plantea el criterio para las alegaciones de corrupción); *Sr. Saba Fakes c. República de Turquía* (Caso CIADI N.º ARB/07/20), Laudo, 14 de julio de 2010, **CLA-190**, párrafo 131 (donde se plantea el criterio para las alegaciones de falsificación)).

³⁸ Réplica, párrafos 204-210.

³⁹ Dúplica, párrafo 470.

⁴⁰ *Ibíd.*, párrafo 469.

⁴¹ Réplica, párrafos 195-203.

corporativo”⁴². Según Bolivia, “el derecho internacional exige que el Tribunal perfore el velo corporativo cuando ese velo ha sido utilizado incorrectamente”⁴³, lo que incluye no solamente en “casos de fraude o actos ilícitos”⁴⁴ sino también cuando el descorrimiento del velo societario resulte evidentemente necesario “para proteger a terceros y evitar la evasión de requisitos legales”⁴⁵, y también posiblemente en otras situaciones que no define⁴⁶. Al plantear este argumento, Bolivia sigue apoyándose mayormente en casos en los que la Demandante ya demostró que no son pertinentes o bien no coadyuvan a la postura de Bolivia⁴⁷. Bolivia luego reitera su argumento de que el Tribunal debe descorrer en este caso el velo societario de la Demandante porque, según alega falsamente: (i) la Demandante es una compañía de papel⁴⁸; (ii) la Demandante “ha sido objeto de múltiples acusaciones de que las inversiones se canalizaron a través de Glencore Bermuda han sido implicadas en actividades ilegales en todo el mundo”⁴⁹; y (iii) “Glencore Bermuda se creó para proteger a su empresa matriz contra la responsabilidad por ilícitos graves en todo el mundo”⁵⁰.

29. Como se explica a continuación, los argumentos de Bolivia no tienen base jurídica ni fáctica.

⁴² Dúplica, párrafo 472.

⁴³ Dúplica, párrafo 462. *Ver también ibíd.*, párrafo 466.

⁴⁴ *Ibíd.*, párrafo 467.

⁴⁵ *Ibíd.*, párrafo 467.

⁴⁶ *Ibíd.*, párrafos 465-467.

⁴⁷ *Ibíd.*, párrafos 466-467 y 470-471 (en que se invoca *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c España)* (Segunda Etapa) [1970] ICJ Reports 3, **CLA-7**; *Saluka Investments BV c. República Checa* (CNUDMI), Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, **CLA-62**; *Loewen Group Inc y Raymond L Loewen c. Estados Unidos de América* (Caso CIADI N.º ARB/AF/98/3), Laudo, 26 de junio de 2003, **RLA-28**). La Demandante ya demostró que Bolivia se equivoca al invocar esos casos. Réplica, párrafos 196-200.

⁴⁸ Dúplica, párrafo 476.

⁴⁹ *Ibíd.*, párrafo 477.

⁵⁰ *Ibíd.*, párrafo 480.

a. *La doctrina del descorrimiento del velo societario no resulta de aplicación al caso que nos ocupa y, de cualquier forma, requiere el cumplimiento de exigentes condiciones que no se encuentran aquí configuradas*

30. *En primer lugar*, tal como ya lo explicara la Demandante en la Réplica, el descorrimiento del velo societario resulta inaplicable en el contexto de este caso, es decir, el de la determinación de la nacionalidad de la parte demandante al amparo de un tratado de inversión a los efectos de la jurisdicción *ratione personae*. Ello obedece a que el Tratado establece, de forma expresa e inequívoca, los criterios que se aplican a efectos de determinar la nacionalidad del inversor. En consecuencia, el presente análisis se rige por los criterios del Tratado, para exclusión del derecho consuetudinario de la nacionalidad que se aplica en el contexto de la protección diplomática⁵¹.
31. *Segundo*, aun en aquellos casos en que la posibilidad de levantar el velo societario está disponible (es decir, en determinados ordenamientos jurídicos nacionales y, posiblemente, en el derecho internacional consuetudinario), solamente se aplica en circunstancias de excepción, cuando quedan demostradas las condiciones estrictas para su aplicación por medio de prueba que se ajusta a una exigente carga probatoria⁵². No hay fundamento para la osada afirmación de Bolivia de que “la vara está baja para el uso indebido de la forma corporativa para justificar la perforación del velo corporativo”⁵³. Como lo explicó la Demandante en la Réplica, solamente procede aplicar el descorrimiento del velo societario en circunstancias limitadas en que media el intento de una parte de eludir la responsabilidad mediante fraude y/o ilícitos⁵⁴. Ahora Bolivia aduce que esas circunstancias no son exclusivas y que basta con alegaciones de “mal uso” de las formalidades societarias, entendido en términos amplios, para justificar el

⁵¹ Réplica, párrafos 195-203.

⁵² *Ibíd.*, párrafos 201-203.

⁵³ Dúplica, párrafo 472.

⁵⁴ Réplica, párrafos 202-203.

descorrimiento del velo societario en el contexto de controversias referentes a inversiones⁵⁵. Bolivia no ha aportado sustento alguno para el laxo criterio que propone⁵⁶. No lo hay. Al ser quien propone el descorrimiento del velo en este caso, Bolivia tiene la carga de demostrar que se encuentran dadas las condiciones necesarias para su aplicación⁵⁷. Bolivia afirma equivocadamente lo contrario⁵⁸. Su intento de trasladar a la Demandante la carga de la prueba resulta, a la vez que completamente infundado, poco sorprendente: Bolivia ni de lejos ha cumplido su carga⁵⁹.

32. *Tercero*, hay una profunda incongruencia en el centro del planteamiento de descorrimiento del velo que hace Bolivia. Por un lado, ésta reconoce, correctamente, la necesidad de un nexo entre los reclamos planteados ante el Tribunal y el supuesto mal uso de la forma societaria para poder recurrir al descorrimiento del velo en un contexto jurisdiccional⁶⁰. No obstante, sostiene luego que basta con que haya *cualquier* mal uso de la forma societaria (de cualquier índole y sin importar lo ajeno que resulte a la controversia en materia de inversión y al carácter de inversor protegido por el Tratado de la parte Demandante) para que el Tribunal haga a un lado la personalidad societaria de la Demandante en este caso⁶¹. Esto es incorrecto.

⁵⁵ Dúplica, párrafos 466-467.

⁵⁶ Como ya lo demostró la Demandante en su Réplica, Bolivia se equivoca al invocar los casos *Barcelona Traction, Loewen y Saluka*. Réplica, párrafos 196-200.

⁵⁷ *Ver ibíd.*, Sección IV.A; *ver* Sección II.A, *supra*.

⁵⁸ Dúplica, párrafo 474 (“Como la Demandante tiene la carga de la prueba en la jurisdicción, [...] esta debe demostrar que el uso de la entidad de Glencore Bermuda era legítima a la luz de la evidencia presentada por Bolivia que prueba lo contrario”).

⁵⁹ *Ver* Sección II.B.1.b.

⁶⁰ Dúplica, párrafo 464 (“Es una regla básica del derecho internacional que una compañía no puede hacer un mal uso de las formalidades corporativas para establecer la jurisdicción internacional sobre sus reclamos”) (énfasis añadido).

⁶¹ Dúplica, Secciones 4.4.1 y 4.4.2.

33. La jurisdicción del Tribunal se limita a “[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 [al Tratado] y en relación con una inversión de la primera”⁶². Dichos límites también informan el alcance de la autoridad del Tribunal para determinar su jurisdicción. En consecuencia, los tribunales únicamente pueden considerar alegaciones de mal uso de la forma societaria cuando media un nexo cercano entre el supuesto ilícito y el acceso de la demandante a la jurisdicción al amparo del tratado⁶³.

⁶² Tratado, C-1, artículo 8(1).

⁶³ Es contundente el hecho de que Bolivia no se haya remitido (porque no puede hacerlo) a ninguna decisión que respalde el uso amplio de la doctrina del descorrimiento del velo societario que ahora propone. Los únicos cuatro casos que cita Bolivia (*Barcelona Traction, Tokios Tokelès, Loewen y Saluka*) juntos demuestran que el descorrimiento del velo societario se aplica únicamente en situaciones en las que la parte demandante comete fraude u otro acto ilícito al manipular su nacionalidad legal con el fin de lograr el acceso al arbitraje, no cuando median alegaciones generales de comportamiento societario indebido. Ver *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c España)* (Segunda Etapa) [1970] ICJ Reports 3, **CLA-7** párrafos 83, 92-93 y 102 (en que se denegó el descorrimiento del velo societario en la participación de los accionistas belgas de una sociedad canadiense en el contexto del intento de Bélgica de ejercer la protección diplomática en representación de los accionistas belgas; las alegaciones de fraude o ilícitos efectuadas por España no tenían conexión con la competencia de la CIJ sobre el caso y, por ende, la CIJ se negó a proceder en función de dichas alegaciones); *Tokios Tokelès c. Ucrania* (Caso CIADI N.º ARB/02/18), Decisión sobre Jurisdicción, 29 de abril de 2004, **CLA-48**, párrafo 56 (en que se observó, al denegarse el descorrimiento del velo societario, que “ninguna de las conductas de la Demandante respecto de su carácter de entidad lituana constitu[ía] un abuso de personalidad jurídica” y se señaló, en especial, que “[l]a Demandante no ha hecho ningún tipo de intento de ocultarle a la Demandada su identidad nacional” y “[l]a Demandante manifiestamente no constituyó Tokios Tokelès con el fin de lograr el acceso al arbitraje del CIADI al amparo del TBI contra Ucrania”) (traducción no oficial al español); *Loewen Group Inc y Raymond L Loewen c. Estados Unidos de América* (Caso CIADI N.º ARB/AF/98/3), Laudo, 26 de junio de 2003, **RLA-28**, párrafo 237 (en que el tribunal se negó a opinar sobre el tema del descorrimiento del velo societario y limitó su tratamiento a los hechos de la reorganización societaria de la demandante en cuanto relevantes para el tema aparte de la nacionalidad continua); *Saluka Investments BV c. República Checa* (CNUDMI), Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, **CLA-62**, párrafos 228-230 (en que se determinó que las partes no habían hecho “intento alguno de ocultar, ya sea al Tribunal o, en el caso de la Demandante, a las autoridades checas[,] la cercanía de la relación entre Nomura y Saluka” y, en consecuencia, se rechazaron las alegaciones de fraude y conducta indebida presentadas por la demandada y sus argumentos para el descorrimiento del velo societario).

En ninguno de esos casos el tribunal opinó sobre lo deseable, en general, de las prácticas empresarias de la parte demandante. En cada uno de los cuatro casos, el tribunal solamente fundó su decisión en los actos de la demandante que afectaban directamente su nacionalidad legal y, en consecuencia, su acceso a la jurisdicción internacional.

34. Bolivia afirma que “[las] circunstancias [] en las cuales el velo debe ser perforado han sido reafirmadas en el contexto de la inversión por el tribunal de *Tokios Tokelès*, en un raro punto de unanimidad entre la mayoría y la opinión disidente de Prosper Weil”⁶⁴. Sin embargo, *Tokios Tokelès* confirma que la cuestión relevante, cuando se plantea el descorrimiento del velo societario en un intento de desacreditar la nacionalidad de la parte demandante a los efectos de determinar la jurisdicción de un tribunal constituido al amparo de un tratado de inversión, consiste en si “la conducta de la Demandante respecto de su carácter de entidad de [una Parte Contratante] constituye un abuso de la personalidad jurídica”⁶⁵. En otras palabras, aun si pudiera descorrerse el velo societario en un arbitraje bajo el amparo de un tratado de inversión, dicha doctrina solamente podría aplicarse si Bolivia demuestra que Glencore Bermuda abusó de su forma societaria y cometió fraude y/o un ilícito al invocar los beneficios de su nacionalidad societaria en este arbitraje⁶⁶. Bolivia no ha alegado ni probado (ya que no puede hacerlo) que el uso, por parte de la Demandante, de su nacionalidad societaria encaje en cualquiera de estos escenarios. Al igual que en *Tokios Tokelès*, la Demandante “no ha hecho ningún tipo de intento de ocultarle a la Demandada su identidad nacional” y “no

⁶⁴ Dúplica, párrafo 468.

⁶⁵ *Tokios Tokelès c. Ucrania* (Caso CIADI N.º ARB/02/18), Decisión sobre Jurisdicción, 29 de abril de 2004, **CLA-48**, párrafo 56 (énfasis añadido) (traducción no oficial al español).

⁶⁶ En efecto, lo que Bolivia debe demostrar es que “la Demandante utilizó su carácter de entidad jurídica de [la otra Parte Contratante del Tratado] para cometer fraude o realizar otro acto ilícito”; que “corresponde descorrer el velo de la Demandante y denegar la jurisdicción de modo tal de proteger a terceros”; o que “la Demandante utilizó su nacionalidad societaria para eludir requisitos u obligaciones aplicables” (traducción no oficial al español). *Tokios Tokelès c. Ucrania* (Caso CIADI N.º ARB/02/18), Decisión sobre Jurisdicción, 29 de abril de 2004, **CLA-48**, párrafo 55 (énfasis añadido). Ver también *Gold Reserve Inc c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/09/1), Laudo, 22 de septiembre de 2014, **CLA-123**, párrafos 232 y 252-255 (en que se rechazó el argumento de la demandada de que el tribunal debería ‘descorrer[] el velo societario para impedir el uso indebido de los privilegios que confiere la personalidad jurídica’, en función de que el tipo de ‘abuso’ que justificaría una solución tal queda limitado a aquella situación en que ‘la sociedad se constituyó en un Estado determinado después de surgida la disputa de modo tal de aprovechar un tratado celebrado por ese Estado’) (traducción no oficial al español).

consta en el expediente prueba alguna de que la Demandante haya utilizado su nacionalidad legal formal para un fin indebido”⁶⁷. Aquí debería concluir el tema.

35. En realidad, la única justificación de Bolivia para levantar el velo societario liberalmente y como cuestión rutinaria “para revelar la verdadera parte interesada”⁶⁸ es que “[c]ualquier otra norma permitiría que una entidad extranjera controle unilateralmente la jurisdicción de un tribunal de inversión, al obligar a un tribunal a considerar solo el punto en la cadena corporativa que la entidad prefiere”⁶⁹. Pero es ese precisamente el estado del derecho y lo que el Tratado (que la propia Bolivia negoció y celebró) dispone. Como lo señaló recientemente el tribunal del caso *Orascom*:

En el área de los tratados de inversión, la existencia de una cadena societaria vertical y de protección de las inversiones ‘indirectas’ por tratado implica que varias entidades de la cadena puedan reclamar la protección del tratado, especialmente cuando el estado receptor ha suscripto varios tratados de inversión. En otras palabras, varias entidades societarias de la cadena pueden estar en situación de iniciar un arbitraje contra el estado receptor en relación con la misma inversión⁷⁰.

En efecto, como lo advirtió el tribunal de *Flemingo DutyFree*, hasta “la posibilidad de reclamos paralelos, derivada de dos inversores indirectos distintos en distintos peldaños de la estructura de la inversión, se deriva del propio derecho de las inversiones y ha quedado confirmada en varios laudo arbitrales”⁷¹. Si

⁶⁷ *Tokios Tokelès c. Ucrania* (Caso CIADI N.º ARB/02/18), Decisión sobre Jurisdicción, 29 de abril de 2004, **CLA-48**, párrafo 56 (énfasis añadido) (traducción no oficial al español). Además, como lo explicaremos mejor más adelante, sencillamente no hay fundamentos para que el Tribunal concluya que la Demandante cometió un abuso del proceso. Ver Sección II.B.2.

⁶⁸ Dúplica, párrafo 464.

⁶⁹ *Ibíd.*, párrafo 464.

⁷⁰ *Orascom TMT Investments Sàrl c. República Popular y Democrática de Argelia* (Caso CIADI N.º ARB/12/35), Laudo, 31 de mayo de 2017, **RLA-9**, párrafo 542 (traducción no oficial al español).

⁷¹ *Flemingo DutyFree Shop Private Limited c. República de Polonia* (CNUDMI), Laudo, 12 de agosto de 2016, **CLA-223**, párrafo 347 (traducción no oficial al español).

Bolivia hubiera deseado restringir la disponibilidad de esos reclamos, podría haber incluido esas restricciones en el Tratado. No lo hizo.

36. La única restricción que pesa sobre la decisión de un grupo empresario de plantear reclamos contra un Estado receptor sobre la base de uno o más tratados de inversión está dada por la doctrina del abuso de proceso. Dicha doctrina regula la reestructuración de la inversión efectuada al solo efecto de lograr el acceso a la jurisdicción internacional en un momento en que ya ha surgido o es altamente previsible una controversia específica. No prohíbe la planificación según el tratado, cosa que, de cualquier manera, no tuvo lugar en nuestro caso, como lo demostraremos más adelante⁷².
37. *Por último*, aun sobre el presupuesto de que en este contexto pudiera aplicarse el descorrimiento del velo societario (que no se puede) y que Bolivia hubiera demostrado, mediante pruebas que se ajustaren a un exigente criterio probatorio, que se encuentran reunidas las condiciones para su aplicación (cosa que no ha hecho), el descorrimiento del velo societario es una doctrina de equidad que se usa en contadas oportunidades y el juzgador siempre cuenta con discrecionalidad para negarse a aplicarla⁷³. Por consiguiente es incorrecto sostener, como lo hace Bolivia, que “el derecho internacional exige que el Tribunal perfore el velo corporativo cuando ese velo ha sido utilizado incorrectamente”⁷⁴. No solamente el Tribunal no está obligado a descorrer el velo societario sino que, además, tampoco tiene fundamento para hacerlo.

⁷² Ver Sección II.B.2.a.

⁷³ *Saluka Investments BV c. República Checa* (CNUDMI), Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, **CLA-62**, párrafo 230 (“La Demandada reconoce que [la teoría del descorrimiento del velo societario] se presenta como solución de equidad en casos en que se habían usado las estructuras societarias para cometer un fraude u otro ilícito pero, en el caso que nos ocupa, el Tribunal entiende que no se ha probado el supuesto fraude u otro ilícito en grado suficiente como para justificar el recurso a una solución que, al ser de equidad, es discrecional”) (énfasis añadido).

⁷⁴ Dúplica, párrafo 462 (énfasis añadido).

b. Bolivia no ha presentado pruebas que justifiquen el descorrimiento del velo societario de la Demandante para denegarle los beneficios que le confiere su nacionalidad societaria al amparo del Tratado

38. Además de ser incorrectos en cuanto al derecho, los argumentos de Bolivia respecto del descorrimiento del velo tampoco prosperan con base en los hechos. Los argumentos fácticos de Bolivia contra Glencore Bermuda giran en torno de sus alegaciones de que Glencore Bermuda no es más que una “compañía de papel”⁷⁵, utilizada por Glencore International para cometer lo que Bolivia denomina “ilícitos [generales] [...] en todo el mundo”⁷⁶. En la Réplica, la Demandante ha demostrado que esas alegaciones son tanto irrelevantes como, en general, incorrectas⁷⁷. No obstante, en la Dúplica, Bolivia sigue insistiendo, infundadamente, con que el Tribunal debería ignorar la personalidad jurídica de la Demandante porque, “si el velo corporativo no es perforado, esto ayudará y favorecerá el mal uso que hace la Demandante de la compañía de papel que es Glencore Bermuda para perpetrar acciones ilícitas”⁷⁸.
39. Al haberse demostrado que la cuestión pertinente a determinar para levantar el velo societario es si hubo fraude o un ilícito en el acceso a la jurisdicción del Tribunal, corresponde desestimar las alegaciones de Bolivia dado que: (i) se refieren a supuestos ilícitos en operaciones empresariales fuera de Bolivia; no presentan conexión con la materia objeto de la diferencia que nos ocupa ni el acceso de la Demandante al presente arbitraje y, de cualquier forma, no tienen base alguna en las pruebas; y (ii) la única alegación restante, de que Glencore Bermuda es una sociedad de cartera con una presencia física insuficiente o insuficientes actividades en Bermudas, es manifiestamente irrelevante e insuficiente para descorrer el velo societario.

⁷⁵ Dúplica, párrafo 476.

⁷⁶ *Ibíd.*, párrafos 475 y 480.

⁷⁷ Réplica, párrafos 208-209.

⁷⁸ Dúplica, párrafo 488.

i Las alegaciones de ilícitos cometidos por Glencore en sus operaciones empresariales en otros países no afectan la determinación de la jurisdicción de este Tribunal

40. Bolivia ni siquiera intenta argumentar (ni podría hacerlo) que Glencore está utilizando la forma societaria de la Demandante de manera fraudulenta o ilegal para poder tener acceso a la jurisdicción del Tribunal. En cambio, Bolivia hace referencia a “acusaciones” no corroboradas, reflejadas en la prensa, “de que las inversiones se canalizaron a través de Glencore Bermuda han sido implicadas en actividades ilegales en todo el mundo”⁷⁹. Todas estas alegaciones tienen que ver con una supuesta conducta indebida producida fuera de Bolivia y en la que ésta no está involucrada. A partir de estas simples afirmaciones, Bolivia concluye que “la forma corporativa de la Demandante está siendo utilizada para cometer fraude a nivel global”⁸⁰.
41. Bolivia confunde la jurisdicción del Tribunal con la jurisdicción de un organismo policial mundial o una corte mundial de jurisdicción general. La misión del Tribunal se limita a resolver la presente controversia en materia de inversión; en consecuencia, la indagación que debe realizar a los efectos de la jurisdicción se limita a la evaluación de los hechos y el derecho pertinentes para esta diferencia. El Tribunal no debe permitir que Bolivia convierta el presente arbitraje en una serie de minijuicios referentes a su antipatía por las prácticas empresariales globales de la Demandante o su simple desacuerdo ideológico con las mismas, sin importar lo ajenas que resulten a la presente diferencia.
42. Sencillamente no existe conexión entre las alegaciones de Bolivia y la invocación, por parte de la Demandante, de su lugar de incorporación para poder tener acceso a la jurisdicción del Tribunal. [REDACTED]

⁷⁹ *Ibíd.*, párrafo 477.

⁸⁰ *Ibíd.*, párrafo 487.

[REDACTED]

[REDACTED]. Bolivia tampoco ha demostrado que exista alguna otra conexión entre dichas alegaciones y Glencore Bermuda. Como lo reconoce Bolivia⁸³, ninguna de sus alegaciones involucra a los Activos, que son la materia objeto de la presente diferencia; tampoco presentan conexión alguna con Bolivia, Vinto, Colquiri o la presente diferencia en materia de inversión ni tienen en ellas impacto alguno. Sencillamente, no hay nexo alguno entre el supuesto mal uso de la forma societaria de la Demandante, aun si fuera demostrada (cosa que no se ha hecho), y este arbitraje. Por consiguiente, las alegaciones en cuestión son por completo irrelevantes a los efectos de la jurisdicción del Tribunal.

43. En la Réplica, la Demandante demostró que Bolivia no había ofrecido en el Escrito de Contestación prueba alguna en respaldo de sus provocadoras acusaciones⁸⁴. Esto sigue siendo así después del último escrito de Bolivia. Bolivia sostiene que Glencore Bermuda “se ha utilizado para proteger a su empresa matriz de su actividades ilícitas”⁸⁵. Sin embargo, no especifica cómo es que supuestamente se está utilizando la forma societaria de Glencore Bermuda a los efectos de defraudar a terceros frente a los cuales supuestamente Glencore International es responsable. Bolivia tampoco intenta explicar (porque no podría hacerlo) cómo es que a Glencore Bermuda se le puede haber utilizado, en 1993,

81

[REDACTED]

82

[REDACTED]

83

Dúplica, párrafo 487.

84

Réplica, párrafos 204-210.

85

Dúplica, párrafo 480. *Ver también ibíd.*, párrafo 478.

con el fin de eludir responsabilidad frente a terceros⁸⁶. Por consiguiente, lo planteado por Bolivia se refiere a acusaciones generales y no corroboradas.

44. En este caso claramente no están presentes los elementos distintivos del fraude y la actividad ilícita (es decir, esfuerzos tendientes a ocultar la verdadera identidad de uno y a eludir la responsabilidad)⁸⁷. Los hechos indiscutidos son que: (i) Bolivia no alega con ningún grado de especificidad, y mucho menos demuestra, que negarle a la Demandante el acceso a la jurisdicción del Tribunal resulte necesario para proteger a terceros (o, siquiera, que serviría para protegerlos) contra un intento de Glencore International de utilizar la forma societaria o la nacionalidad formal de la Demandante para eludir responsabilidades (no ha habido intento tal y Bolivia no remite a ninguna responsabilidad demostrada frente a terceros); (ii) Glencore International jamás ha intentado ocultar su existencia, identidad o participación en las inversiones en Bolivia, con lo cual se la podría identificar como parte en una acción hipotética que tuviera relación con esas inversiones⁸⁸; (iii) la afiliación entre Glencore Bermuda y Glencore International es un hecho de público conocimiento⁸⁹; y (iv) de todas formas, Glencore Bermuda podría afrontar cualquier responsabilidad frente a terceros, en un caso hipotético. Lejos de ser una entidad subcapitalizada, interpuesta oscuramente entre Glencore International y sus acreedores con el fin específico de eludir obligaciones hipotéticas y no especificadas frente a terceros, Glencore Bermuda ha sido históricamente “una de las principales sociedades de cartera en relación con las inversiones de Glencore en el mundo” y entidad principal de

⁸⁶ Réplica, párrafo 205.

⁸⁷ *ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. República de Hungría* (Caso CIADI N.º ARB/03/16), Laudo del Tribunal, 2 de octubre de 2006, **CLA-64**, párrafo 358; *Tokios Tokelès c. Ucrania* (Caso CIADI N.º ARB/02/18), Decisión sobre Jurisdicción, 29 de abril de 2004, **CLA-48**, párrafo 56; *Millicom International Operations BV y Sentel GSM SA c. República de Senegal* (Caso CIADI N.º ARB/08/20), Decisión sobre la Jurisdicción del Tribunal Arbitral, 16 de julio de 2010, **CLA-99**, párrafo 84.

⁸⁸ Réplica, párrafo 204.

⁸⁹ Ver, por ejemplo, Memoria Anual de Glencore, 2011, **R-252**, página 154.

financiamiento para el grupo Glencore, para el cual sigue gestionando una cartera considerable⁹⁰.

45.

[Redacted text block]

⁹⁰ Escrito de Demanda, párrafo 37; Primera Declaración Testimonial de Christopher Eskdale, párrafo 20. *Ver también* Réplica, párrafo 62; Segunda Declaración Testimonial de Christopher Eskdale, párrafo 17.

⁹¹ [Redacted text]

⁹² [Redacted text]

⁹³ [Redacted text]

46. En suma, además de ser irrelevante a los efectos de la jurisdicción del Tribunal para entender en este caso, el intento de Bolivia de desacreditar la legitimidad de la Demandante fracasa por falta de prueba.

ii El simple hecho de que Glencore Bermuda sea una sociedad de cartera es insuficiente para descorrer el velo societario

47. Además de pretender poner en duda la legitimidad de las operaciones empresariales del grupo Glencore en el mundo (punto tanto irrelevante como no sostenido por la prueba), Bolivia indica que las siguientes alegaciones bastan para que el Tribunal desestime la nacionalidad de Glencore Bermuda: (i) Glencore Bermuda tiene una presencia física limitada en Bermudas⁹⁴; (ii) actúa como sociedad de cartera para varias empresas del grupo Glencore en todo el mundo, con inversiones estructuradas con miras a maximizar los flujos de caja a la vez que se aprovechan importantes beneficios de financiación e impositivos⁹⁵. Dichas prácticas son prácticas empresariales completamente legítimas y con seguridad no justifican ignorar la nacionalidad de la Demandante a los efectos del acceso a las protecciones del Tratado cuando, como ocurre en nuestro caso, el Tratado extiende expresamente esa protección a Glencore Bermuda.

48. *Primero*, como lo advirtió correctamente el Tribunal en la Orden Procesal N.º 2 sobre Bifurcación, no hay “un claro soporte en el texto del TBI aplicable [es decir, el Tratado] para sustentar que este tratado exija una presencia material o activa para que una sociedad califique como inversionista”⁹⁶. Por ello, el Tribunal debe negarse a interpretar que hay requisitos adicionales en la definición de “inversor” del Tratado⁹⁷. La propia Bolivia reconoció efectivamente, en el Escrito de

⁹⁴ Dúplica, párrafo 476.

⁹⁵ *Ibíd.*, párrafos 477-479.

⁹⁶ Orden Procesal N.º 2 del Tribunal: Decisión sobre Bifurcación, 31 de enero de 2018, párrafo 49.

⁹⁷ Réplica, párrafos 192-193. *Ver Saluka Investments BV c. República Checa* (CNUDMI), Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, **CLA-62**, párrafos 240-242.

Contestación, que la Demandante reviste el carácter de inversor protegido por el Tratado.⁹⁸

49. De cualquier manera, es incorrecto sostener, como lo hace Bolivia, que Glencore Bermuda es una compañía “de papel”⁹⁹. Aun si esto fuera relevante a los efectos del criterio de la incorporación (que claramente no lo es), no se discute que Glencore Bermuda tiene importantes actividades de tenencia en Bermudas¹⁰⁰. Como lo explicó el Sr. Eskdale, Glencore Bermuda consigue financiamiento para una cartera multimillonaria y diversa de operaciones e inversiones en todo el mundo, y la gestiona¹⁰¹. Es precisamente éste el tipo de actividades que, según entendió el tribunal de *Tenaris*, bastan para informar el requisito aparte y más exigente del ‘seat’ (‘*siège social*’ o ‘*sede*’), que se aplicó en el caso *Tenaris* además del criterio del lugar de incorporación, pero que no se aplica aquí con arreglo al Tratado¹⁰².

⁹⁸ Escrito de Contestación, párrafo 310 (en que señala, al plantear el argumento del abuso del proceso, que “un abuso de proceso surge no cuando un grupo adquiere un activo, sino cuando el grupo transfiere el activo a una subsidiaria particular que está protegida por un Tratado de inversión”) (énfasis añadido).

⁹⁹ Dúplica, párrafo 476.

¹⁰⁰ Escrito de Demanda, párrafo 37; Réplica, párrafo 62.

¹⁰¹ Primera Declaración Testimonial de Christopher Eskdale, párrafo 20; Segunda Declaración Testimonial de Christopher Eskdale, párrafo 17.

¹⁰² *Tenaris SA y Talta-Trading E Marketing Sociedade Unipessoal LDA c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI N.º ARB/11/26), Laudo, 29 de enero de 2016, **CLA-220**, párrafos 197-227.

En particular, el tribunal manifestó lo siguiente:

Dado que ambas entidades no son más que *holdings* o sociedades con un nivel bajo o nulo de actividad operacional diaria, su “administración” cotidiana estará inevitablemente muy limitada, al igual que sus vínculos físicos con su sede social. En otras palabras, sería irracional pretender que un mero *holding* o una sociedad con un nivel bajo o nulo de responsabilidad operacional cuente con amplias oficinas o una gran cantidad de empleados, o pueda aportar pruebas de numerosas actividades, en su emplazamiento corporativo. Sin embargo, los *holdings* y las sociedades con un nivel bajo o nulo de responsabilidad operacional tienen “administración” y no se encuentran excluidas de los Tratados en este caso de manera cierta. De hecho, países como Luxemburgo y

50. *Segundo*, a pesar de la oposición ideológica que sienta Bolivia al respecto, estructurar inversiones mediante sociedades de cartera de propiedad absoluta y sujetas a control absoluto, con miras a beneficiarse con ventajosas reglamentaciones financieras e impositivas en los Estados de incorporación no tiene nada de ilegítimo. Como lo advirtió el tribunal de *Saluka*, dichas prácticas son “algo común en el mundo del comercio”¹⁰³. En palabras del tribunal de *Agua del Tunari*, “[l]as compañías de control (“holding”) [...] poseedoras de activos sustanciales [...] son [...] un instrumento común y jurídicamente legítimo de organización de sociedades y sobre ellas recaen las mismas obligaciones jurídicas que las que pesan sobre las sociedades en general”¹⁰⁴. Asimismo:

[E]n la práctica no es infrecuente, ni tampoco ilegal –salvo prohibición especial al respecto– establecer las operaciones en una jurisdicción que se considere más beneficiosa desde el punto de vista del entorno reglamentario y legal, por ejemplo en relación con el régimen tributario o con la legislación sustancial de la jurisdicción, incluida la posibilidad de invocar un TBI¹⁰⁵.

51. De modo similar, el tribunal de *Orascom c. Argelia* manifestó:

Va de suyo que estructurar una inversión por medio de varios estratos de entidades societarias en distintos estados no es ilegítimo. En efecto, la estructura bien puede perseguir legítimos fines en el área societaria, impositiva o de planificación de la nacionalidad previa a una disputa al amparo de un TBI¹⁰⁶.

Portugal claramente consideran que los beneficia atraer ese tipo de empresas, al igual que mantener un régimen normativo societario que las contemple.

Ibíd., párrafo 199.

¹⁰³ *Saluka Investments BV c. República Checa* (CNUDMI), Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, **CLA-62**, párrafo 228 (traducción no oficial al español).

¹⁰⁴ *Agua del Tunari, SA c. República de Bolivia* (Caso CIADI N.º ARB/02/3), Decisión sobre Jurisdicción, 21 de octubre de 2005, **CLA-162**, párrafo 245.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, párrafo 330(d).

¹⁰⁶ *Orascom TMT Investments Sàrl c. República Popular y Democrática de Argelia* (Caso CIADI N.º ARB/12/35), Laudo, 31 de mayo de 2017, **RLA-9**, párrafo 542 (traducción no oficial al español).

52. Como se explicó antes¹⁰⁷, aun sobre el presupuesto de que pudiera aplicarse la doctrina del derecho societario en el contexto de determinar la jurisdicción en un arbitraje al amparo de un tratado de inversión (que no se puede), la única cuestión relevante es si Glencore International utilizó la personalidad jurídica aparte de Glencore Bermuda para cometer un fraude o ilícito con el fin de conseguir el acceso a la jurisdicción del Tribunal. Bolivia no alega que esta haya sido la situación; tampoco podría alegar cosa tal. Y, como lo demuestra la sección siguiente, sus alegaciones de abuso de proceso no la llevan a ninguna parte.
53. En suma, no hay fundamento para que el Tribunal levante el velo societario para ignorar la nacionalidad de Glencore Bermuda para efectos del acceso a la jurisdicción del Tribunal. Lo único que exige el Tratado es la incorporación en un territorio comprendido en la definición. Es indiscutido que Glencore Bermuda se incorporó en Bermudas en 1993 y que Bermudas es un territorio comprendido. Allí debería concluir la indagación del Tribunal.

2. En este caso no hubo abuso de proceso

54. En el Escrito de Contestación, Bolivia interpretó incorrectamente tanto el derecho como los hechos en un intento de plantear un abuso de proceso. Específicamente, adujo que el Tribunal no tiene jurisdicción para entender en los reclamos de Glencore Bermuda porque ésta cometió un abuso de proceso al recibir la inversión cuando era previsible el surgimiento de una controversia¹⁰⁸. Bolivia argumentó incorrectamente que reestructurar una inversión con el fin de obtener la protección de un tratado es “*per se* abusivo”¹⁰⁹ y que no es necesario que la controversia sea “altamente previsible” en el momento en que se realiza la reestructuración¹¹⁰. Más bien, según Bolivia, basta con una “previsibilidad

¹⁰⁷ Ver Sección II.B.1.a, *supra*.

¹⁰⁸ Escrito de Contestación, sección 4.2.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, párrafo 295.

¹¹⁰ *Ibíd.*, párrafo 301.

razonable”¹¹¹. Bolivia alega que el “único propósito plausible” de la transferencia de los Activos por parte de Glencore International a Glencore Bermuda fue el de asegurarse la protección del Tratado¹¹² y así argumenta que, en el momento en que se transfirieron los Activos a Glencore Bermuda, era previsible el surgimiento de una controversia dado que, para principios de 2005: (i) Bolivia estaba saliendo de un período de crisis política¹¹³; (ii) Evo Morales iba a asumir la presidencia y su plataforma política prometía una actitud distinta hacia el sector minero¹¹⁴; [REDACTED]; y, así, (iv) estaba claro que “Bolivia sería menos indulgente con los intereses mineros del sector privado”¹¹⁶, dado que había un “creciente sentimiento público de renacionalización de la industria minera de Bolivia”¹¹⁷.

55. En la Réplica, Glencore Bermuda explicó por qué el argumento de abuso de proceso de Bolivia fracasa tanto por el derecho como por los hechos¹¹⁸. *Primero* y principal, sencillamente no hubo reestructuración en este caso dado que: (i) Glencore Bermuda fue la sociedad que adquirió los Activos y pagó por ellos¹¹⁹; (ii) de todas formas, no habría habido necesidad de reestructurar a los efectos de lograr la protección del Tratado, dado que toda inversión de Glencore International hubiera quedado protegida al amparo del TBI entre Suiza y Bolivia¹²⁰; y (iii) Glencore Bermuda era quien debía ser titular de los Activos por

¹¹¹ *Ibíd.*, párrafo 301.

¹¹² *Ibíd.*, párrafo 294.

¹¹³ *Ibíd.*, párrafo 308.

¹¹⁴ *Ibíd.*, párrafo 308.

¹¹⁵ [REDACTED]

¹¹⁶ *Ibíd.*, párrafo 308.

¹¹⁷ Escrito de Contestación, párrafo 309 (en que se cita Steven ST Anderson, *U.S. Geological Survey Minerals Yearbook*, “The Mineral Industry of Bolivia”, 2004, **RLA-18**, página 3.14).

¹¹⁸ Réplica, Sección IV.B.3.

¹¹⁹ *Ver ibíd.*, párrafo 212, Sección II.C.

¹²⁰ *Ibíd.*, párrafo 212.

una serie de razones comerciales y financieras, tal como lo explicó el Sr. Eskdale¹²¹. *Segundo*, aun si el Tribunal fuera a determinar que la inversión se estructuró por medio de Glencore Bermuda con el fin de lograr la protección del Tratado (que no lo fue), ello no supondría un abuso de proceso¹²². Tribunales y autores por igual confirman que reestructurar una inversión de modo tal de obtener la protección del tratado con miras a futuras controversias constituye una práctica completamente legítima¹²³. *Tercero*, Bolivia describió incorrectamente el criterio de previsibilidad aplicable. Más que centrarse, como lo hizo Bolivia, en la existencia de una posible controversia, los tribunales han especificado que el análisis del abuso de proceso debería centrarse en la previsibilidad de la controversia específica que es objeto del arbitraje¹²⁴. Contrariamente a lo afirmado por Bolivia, la controversia específica debe ser altamente previsible en el momento de la supuesta reestructuración para que genere un abuso de proceso¹²⁵. *Por último*, en el caso que nos ocupa, en el momento en que Glencore

¹²¹ *Ibíd.*, párrafo 212.

¹²² *Ibíd.*, párrafos 214-221.

¹²³ *Ver, por ejemplo*, C Schreuer, “Nationality Planning in Contemporary Issues In International Arbitration And Mediation” (2013) The Fordham Papers 2012, **CLA-201**, páginas 19 y 26. *Ver también* U Topcan, “Abuse of the Right to Access ICSID Arbitration” (2014), Vol. 29 ICSID Review 3, **CLA-214**, páginas 632-633; Z Douglas, *The International Law of Investment Claims* (1° ed. 2009) (pasajes), 2009, **CLA-179**, párrafo 864; *Phoenix Action Ltd c. República Checa* (Caso CIADI N.º ARB/06/5), Laudo, 15 de abril de 2009, **RLA-15**, párrafos 94-95; *Mobil Corporation, Venezuela Holdings BV y otros c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI N.º ARB/07/27), Decisión sobre Jurisdicción, 10 de junio de 2010, **CLA-97**, párrafo 204; *Tidewater Inc y otros c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI N.º ARB/10/5), Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2013, **CLA-116**, párrafo 184; *Philip Morris Asia Limited c. Mancomunidad de Australia* (CNUDMI), Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 17 de diciembre de 2015, **CLA-129**, párrafo 540; *Renée Rose Levy y Gremcitel SA c. República del Perú* (Caso CIADI N.º ARB/11/17), Laudo, 9 de enero de 2015, **CLA-124**, párrafo 184.

¹²⁴ Réplica, párrafos 225-227; *Tidewater Inc y otros c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI N.º ARB/10/5), Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2013, **CLA-116**, párrafos 145, 147, 197 y 198; *Pac Rim Cayman LLC c. República de El Salvador* (Caso CIADI N.º ARB/09/12), Decisión sobre las Excepciones de la Demandada a la Jurisdicción, 1 de junio de 2012, **CLA-110**, párrafo 2.99; *Alaplí Elektrik BV c. República de Turquía* (Caso CIADI N.º ARB/08/13), Laudo, 16 de julio de 2012, **CLA-111**, párrafo 403; *Philip Morris Asia Limited c. Mancomunidad de Australia* (CNUDMI), Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 17 de diciembre de 2015, **CLA-129**, párrafos 545-554.

¹²⁵ Réplica, párrafo 228; *Philip Morris Asia Limited c. Mancomunidad de Australia* (CNUDMI), Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 17 de diciembre de 2015, **CLA-129**, párrafo 550.

- Bermuda efectuó su inversión no era altamente previsible que Bolivia violaría las disposiciones del Tratado con la expropiación de los Activos sin pagar compensación y sin seguir las garantías básicas del debido proceso.
56. En la Dúplica, Bolivia ahora acepta que reestructurar una inversión a efectos de conseguir la protección de un tratado no es *per se* abusivo¹²⁶. Reconoce que la clave para determinar si se ha producido un abuso de proceso radica en la previsibilidad de la controversia en el momento de la supuesta reestructuración¹²⁷. Sin embargo, sigue exponiendo incorrectamente el grado de previsibilidad exigido y caracteriza equivocadamente o ignora la postura de Glencore Bermuda y la jurisprudencia relevante en un esfuerzo por argumentar que Glencore International supuestamente desvió su inversión por medio de Glencore Bermuda para obtener la protección del Tratado cuando era previsible el surgimiento de una controversia con Bolivia.
57. Por los motivos expuestos a continuación, el planteamiento de Bolivia sigue sin tener sustento en los hechos ni en el derecho.
- a. Glencore Bermuda no reestructuró su inversión a los efectos de conseguir la protección del Tratado*
58. En la Réplica, Glencore Bermuda demostró que: (i) no reestructuró su inversión, y (ii) aun si se considerara que la adquisición de los Activos constituyó una reestructuración (que no lo fue), no se hizo con el fin de conseguir la protección del Tratado¹²⁸. En la Dúplica, Bolivia no ofreció prueba en contrario¹²⁹.
59. *Primero*, al no poder impugnar las pruebas presentadas por la Demandante para demostrar que Glencore Bermuda fue la sociedad que adquirió los Activos en

¹²⁶ Dúplica, párrafo 394; Réplica, párrafos 214-221; Escrito de Contestación, párrafo 295.

¹²⁷ Dúplica, párrafo 395 (en que se alega que “el análisis relevante es si una controversia era razonablemente previsible al momento en que se realizó la inversión”).

¹²⁸ Réplica, párrafos 212-213; Sección II.C.

¹²⁹ Ver Dúplica, párrafos 428 y 390.

marzo de 2005 y que pagó por ellos¹³⁰, Bolivia aduce ahora en la Dúplica que Glencore Bermuda simplemente “actuó como vehículo” en la adquisición y no participó en las “negociaciones ni en la debida diligencia que condujo a la transacción”¹³¹. No obstante, Bolivia no explica cómo es que esto afectaría el análisis del abuso de proceso, si es que lo pudiera afectar de modo alguno. La Demandante ya abordó los motivos por los cuales Glencore International (en lugar de Glencore Bermuda) negoció la venta de los Activos, así como el hecho de que siempre se entendió que Glencore Bermuda sería la titular final de los mismos, en consonancia con la práctica corporativa establecida en la sociedad¹³².

60. *Segundo*, según Bolivia, Glencore Bermuda no niega que un cambio de titularidad puede ser abusivo aun cuando la obtención de la protección del tratado sea solamente uno de sus fines¹³³. Sin embargo, la afirmación de Bolivia no tiene ningún tipo de relevancia para efectos del análisis del Tribunal dado que la obtención de la protección del tratado no fue siquiera uno de los motivos de la cesión de los Activos a Glencore Bermuda. Como lo explicó el Sr. Eskdale, históricamente Glencore Bermuda había sido la sociedad de cartera tenedora de la gran mayoría de las inversiones de Glencore International, incluyendo las ubicadas en América Latina¹³⁴, y era quien debía ser la titular de los Activos por una serie de motivos de índole comercial y financiera¹³⁵.

¹³⁰ Réplica, párrafos 62 y 212.

¹³¹ Dúplica, párrafo 428.

¹³² Segunda Declaración Testimonial de Christopher Eskdale, párrafos 5, 8, 16 y 17; Primera Declaración Testimonial de Christopher Eskdale, párrafo 20; Mensaje de correo electrónico de Glencore (Sr. Eskdale) a Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP (Sr. Vega), 2 de marzo de 2005, **C-205**; *ver también* Réplica, párrafos 205-206.

¹³³ Dúplica, párrafo 398.

¹³⁴ Segunda Declaración Testimonial de Christopher Eskdale, párrafo 17; Primera Declaración Testimonial de Christopher Eskdale, párrafo 20; Estados Contables de Glencore Bermuda 2007-2008, 31 de diciembre de 2008, **C-94**.

¹³⁵ Segunda Declaración Testimonial de Christopher Eskdale, párrafo 17.

61. Además, Glencore Bermuda ya demostró que, aun si para efectos de la discusión tomáramos como supuesto que hubo “reestructuración” (que no la hubo), no podría haber estado motivada por el deseo de obtener la protección del tratado dado que Glencore International gozaba, de manera independiente, de la protección del TBI entre Suiza y Bolivia¹³⁶. En la Dúplica, Bolivia sigue sosteniendo que Glencore International no goza de la protección de dicho tratado dado que sus accionistas indirectos son “una gama de fondos globales principalmente de los Estados Unidos”¹³⁷. Para ello, Bolivia se remite a un informe de Morningstar en que se enumeran los accionistas de Glencore plc a 2017¹³⁸ (*seis años después* de que se creara la sociedad y empezaran a cotizar públicamente sus acciones tanto en la Bolsa de Londres como en la de Hong Kong (con lo que quedó abierta a recibir inversiones de accionistas no suizos) y *doce años después* de que se efectuara la inversión)¹³⁹. Sin embargo, la composición accionaria de Glencore International a 2017 es irrelevante a efectos de determinar si adquirió los Activos por medio de Glencore Bermuda para conseguir la protección del tratado. Como queda demostrado por la prueba de la época presentada junto con la Réplica de la Demandante, en el momento pertinente (es decir, el momento de la adquisición), Glencore International no solamente estaba constituida en Suiza sino que su propiedad estaba completamente en manos de otras dos personas jurídicas suizas (Glencore Holding AG y Glencore LTE AG)¹⁴⁰. Por consiguiente, Glencore International

¹³⁶ Réplica, párrafo 212. Ver Acuerdo entre la Confederación Suiza y la República de Bolivia sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, **RLA-19**, cuyo artículo 1(b)(aa), dispone que “sociedades” significa “personas jurídicas o asociaciones sin personalidad jurídica pero capaces de ser titulares de bienes, en las cuales, directa o indirectamente, exista una participación suiza sustancial” (traducción no oficial al español).

¹³⁷ Dúplica, párrafo 390.

¹³⁸ Principales Accionistas de Glencore plc, *Morningstar*, **R-236**.

¹³⁹ Ver Prospecto de Glencore International plc, 3 de mayo de 2011, **R-193**.

¹⁴⁰ Ver Segunda Declaración Testimonial de Christopher Eskdale, párrafo 17; Registro de Acciones de Glencore International, 9 de junio de 2008, **C-233**; Carta de Sinchi Wayra (Sr. Capriles) al ministro de Minería (Sr. Echazú), 1 de junio de 2007, **C-228**, páginas 11-14 y 18 (a la que se

tenía un “interés suizo sustancial”, lo que la convierte en inversor protegido en los términos del artículo 1(b) del TBI entre Suiza y Bolivia¹⁴¹.

62. De todas formas, incluso asumiendo que Glencore Bermuda fuera meramente “un vehículo” utilizado por Glencore International para conseguir la protección del Tratado u otros beneficios, ello no constituiría un abuso de proceso. El tribunal del caso *Aguas del Tunari c. Bolivia* rechazó precisamente el mismo argumento que ahora vuelve a plantear Bolivia, y afirmó:

[E]n la práctica no es infrecuente, ni tampoco ilegal –salvo prohibición especial al respecto– establecer las operaciones en una jurisdicción que se considere más beneficiosa desde el punto de vista del entorno reglamentario y legal, por ejemplo en relación con el régimen tributario o con la legislación sustancial de la jurisdicción, incluida la posibilidad de invocar un TBI¹⁴².

adjunta correspondencia anterior con el Congreso Nacional de Bolivia respecto de la estructura societaria del Grupo Glencore). *Ver también* Carta de Glencore International (Sr. Strothotte) al presidente de Bolivia (Sr. Morales), 22 de febrero de 2007, **C-21**; Cartas de Glencore International plc (Sr. Maté y Sr. Glasenberg) al presidente de Bolivia (Sr. Morales) y el ministro de Minería (Sr. Pimentel), 14 de mayo de 2010, **C-27**; Cartas de Glencore International plc (Sr. Maté) al presidente de Bolivia (Sr. Morales), 27 de junio de 2012, **C-40**.

¹⁴¹ Cabe reiterar que lo afirmado por Bolivia queda contradicho por sus propias reiteradas alegaciones de que la Demandante es “netamente suiz[a]” y que su inversión es “suiza en sus orígenes y sigue siendo suiza en su propiedad final”. Escrito de Contestación, párrafo 349 (énfasis añadido). *Ver también ibíd.*, párrafos 24, 257, 350, 369 y 435.

¹⁴² *Aguas del Tunari SA c. República de Bolivia* (Caso CIADI N.º ARB/02/3), Decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado, 21 de octubre de 2005, **CLA-162**, párrafo 330; *ver también Mobil Corporation, Venezuela Holdings BV y otros c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI N.º ARB/07/27), Decisión sobre Jurisdicción, 10 de junio de 2010, **CLA-97**, párrafo 204 (“Como lo señalaron las Demandantes, el objetivo de la reestructuración de sus inversiones en Venezuela por intermedio de una sociedad de cartera holandesa radicaba en proteger esas inversiones frente a violaciones de sus derechos por parte de las autoridades venezolanas al obtener acceso al arbitraje ante el CIADI por intermedio del TBI. El tribunal considera que se trataba de un objetivo perfectamente legítimo en la medida en que se refería a diferencias futuras”) (traducción no oficial al español); *Tidewater Inc y otros c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI N.º ARB/10/5), Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2013, **CLA-116**, párrafo 184; *MNSS BV y Recupero Credito Acciaio NV c. Montenegro* (Caso CIADI N.º ARB (AF)/12/8), Laudo, 4 de mayo de 2016, **CLA-222**, párrafo 182; *Sanum Investments Limited c. República Popular Democrática de Laos* (Caso CPA N.º 2013-13), Laudo sobre Jurisdicción, 13 de diciembre de 2013, **CLA-212**, párrafo 309 (“La búsqueda de un lugar de constitución conveniente es una práctica normal, ya sea por motivos fiscales o por la red de tratados de inversión que pueda haber celebrado el país. Esta búsqueda no tiene en sí nada de malo”) (traducción no oficial al español); *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and*

63. De modo similar, en palabras del tribunal de *Phoenix Action*, los inversores pueden “elegir libremente el vehículo mediante el cual realizan su inversión”¹⁴³.
64. De ello se colige que la decisión del grupo Glencore de estructurar la operación por intermedio de Glencore Bermuda fue un esfuerzo comercial legítimo y no puede utilizarse para negarle a la Demandante la protección que ofrece el Tratado.

b. Los tribunales han sentado un criterio mínimo exigente para concluir que se produjo un abuso de proceso

65. Bolivia aduce incorrectamente que la Demandante no cuestiona: (i) “el argumento de Bolivia de que no se necesitan circunstancias excepcionales para un abuso de proceso”¹⁴⁴; (ii) el argumento de Bolivia de que “el tribunal de *Philip Morris* confirmó que es abusivo *per se* reestructurar cuando una controversia es previsible”; y (iii) que “ningún tribunal ha rechazado posteriormente esa conclusión del tribunal de *Philip Morris*”¹⁴⁵. Se trata de afirmaciones falsas.
66. En la Réplica¹⁴⁶, Glencore Bermuda afirmó específicamente que los tribunales han concluido que hubo prueba de abuso solamente “en circunstancias muy excepcionales”¹⁴⁷, tras haber tomado en consideración “todas las circunstancias

Control, BIVAC BV c. República de Paraguay (Caso CIADI N.º ARB/07/9), Decisión Adicional sobre Excepciones a la Jurisdicción, 9 de octubre de 2012, **CLA-205**, párrafo 94.

¹⁴³ *Phoenix Action Ltd c. República Checa* (Caso CIADI N.º ARB/06/5), Laudo, 15 de abril de 2009, **RLA-15**, párrafos 94-95 (“Naturalmente, los inversores internacionales pueden estructurar sus inversiones previamente, inversiones que satisfacen el requisito de participar en la economía del Estado receptor, del modo que mejor se ajuste a su necesidad de protección internacional, al elegir libremente el vehículo mediante el cual realizan su inversión”) (énfasis añadido) (traducción no oficial al español).

¹⁴⁴ Dúplica, párrafo 399.

¹⁴⁵ *Ibid.*, párrafo 399.

¹⁴⁶ Réplica, párrafo 219.

¹⁴⁷ *Chevron Corporation (EE.UU.) y Texaco Petroleum Company (EE.UU.) c. República del Ecuador* (Caso CPA N.º 34877), Laudo Intermedio, 1 de diciembre de 2008, **RLA-14**, párrafo 143 (énfasis añadido).

del caso”¹⁴⁸. Los laudos de casos de inversión que citó Glencore Bermuda (y que Bolivia no cuestionó) son claros en este sentido. Por ejemplo, el tribunal de *Chevron* observó que:

[C]abe destacar además que, en todos los ordenamientos jurídicos, las doctrinas del abuso del derecho, los actos propios y la renuncia están sujetas a un exigente criterio. Todo derecho da lugar, normal y automáticamente, a un reclamo para su titular. Es solamente en circunstancias muy excepcionales que quien tiene un derecho no puede, no obstante, plantear y hacer cumplir el reclamo resultante. El exigente criterio también deriva de la seriedad de la acusación de mala fe que constituye abuso de proceso. Como lo señaló la jueza Higgins en el Voto Razonado que emitió en 2003 en el caso *Oil Platforms*, hay “consenso general en cuanto a que, cuanto más grave es la acusación, mayor ha de ser la confianza que se tiene en la prueba invocada”¹⁴⁹.

67. De modo similar, en *Levy c. Perú* el tribunal determinó que:

[E]l umbral para determinar que ha existido un abuso de proceso es alto, puesto que una corte o tribunal por supuesto no presumirá un abuso, y confirmará la prueba de abuso solo “en circunstancias muy excepcionales”¹⁵⁰.

68. En efecto, estas conclusiones fueron confirmadas por el tribunal de *Philip Morris*, que destacó que “está claro, tal como se reconoció en todas las decisiones anteriores, que el criterio mínimo para concluir que hubo un planteo abusivo de

¹⁴⁸ *Mobil Corporation, Venezuela Holdings BV y otros c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI N.º ARB/07/27), Decisión sobre Jurisdicción, 10 de junio de 2010, **CLA-97**, párrafo 177 (énfasis añadido).

¹⁴⁹ *Chevron Corporation (EE.UU.) y Texaco Petroleum Company (EE.UU.) c. República del Ecuador* (Caso CPA N.º 34877), Laudo Intermedio, 1 de diciembre de 2008, **RLA-14**, párrafo 143 (énfasis añadido) (traducción no oficial al español).

¹⁵⁰ *Renée Rose Levy y Gremcitel SA c. República del Perú* (Caso CIADI N.º ARB/11/17), Laudo, 9 de enero de 2015, **CLA-124**, párrafo 186 (énfasis añadido) (se omitió la cita interna).

un reclamo por inversiones es exigente¹⁵¹. El tribunal en ese caso comentó, acto seguido, que:

Si bien reconocen que, en determinadas circunstancias, la reestructuración puede constituir un abuso, los tribunales intervinientes en casos entre inversores y Estados han fijado un elevado criterio mínimo para concluir que medió abuso del proceso, que exige probar la previsibilidad del reclamo y depende de las circunstancias específicas de cada caso¹⁵².

69. De ello se desprende que no hay ningún fundamento válido para el argumento de Bolivia de que Glencore Bermuda supuestamente “concedió” que no es necesario que medien circunstancias de excepción para poder concluir que hubo abuso de proceso, o que así supuestamente lo confirmó el tribunal de *Philip Morris*¹⁵³.
70. Como ya lo explicó Glencore Bermuda, Bolivia ni de lejos ha cumplido el “alto estándar” que se exige para concluir que hubo abuso de proceso.

c. Bolivia sigue expresando incorrectamente el criterio de previsibilidad relevante

71. Bolivia ahora reconoce que el centro del análisis del abuso de proceso consiste en la previsibilidad¹⁵⁴. No basta con que la parte demandante haya reestructurado la inversión; la reestructuración de inversiones con el fin de conseguir la protección

¹⁵¹ *Philip Morris Asia Limited c. Mancomunidad de Australia* (CNUDMI), Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 17 de diciembre de 2015, **CLA-129**, párrafo 539 (traducción no oficial al español).

¹⁵² *Ibíd.*, párrafo 550 (énfasis añadido) (en que se cita *Tidewater Inc y otros c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI N.º ARB/10/5), Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2013, **CLA-116**) (traducción no oficial al español). Ver también *Tidewater Inc y otros c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI N.º ARB/10/5), Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2013, **CLA-116**, párrafo 147; *Mobil Corporation, Venezuela Holdings BV y otros c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI N.º ARB/07/27), Decisión sobre Jurisdicción, 10 de junio de 2010, **CLA-97**, párrafo 177; *Chevron Corporation (EE.UU.) y Texaco Petroleum Company (EE.UU.) c. República del Ecuador* (Caso CPA N.º 34877), Laudo Intermedio, 1 de diciembre de 2008, **RLA-14**, párrafo 143 ; *Renée Rose Levy y Gremcitel SA c. República del Perú* (Caso CIADI N.º ARB/11/17), Laudo, 9 de enero de 2015, **CLA-124**, párrafo 186.

¹⁵³ Dúplica, párrafo 399.

¹⁵⁴ *Ibíd.*, párrafo 392.

de un tratado es, como lo admite Bolivia y como lo reconocieron reiteradamente los tribunales constituidos al amparo de tratados de inversión, un ejercicio completamente legítimo¹⁵⁵. A pesar de reconocer que la previsibilidad es un elemento necesario de un reclamo por abuso de proceso, Bolivia sigue negando que: (i) es la controversia específica objeto del arbitraje la que (ii) debe haber sido altamente previsible en el momento en que el inversor efectuó su inversión. Como lo demostró Glencore Bermuda, para que prospere el planteamiento de abuso de proceso deben reunirse ambos requisitos.

i El análisis del abuso de proceso debe centrarse en la controversia específica objeto de arbitraje

72. Los tribunales han destacado que, al analizar el momento de la reestructuración con miras a determinar si se ha producido un abuso de proceso, el análisis debe recaer en la controversia específica que es objeto del arbitraje¹⁵⁶. Cabe destacar

¹⁵⁵ *Ibíd.*, párrafo 394; *Phoenix Action Ltd c. República Checa* (Caso CIADI N.º ARB/06/5), Laudo, 15 de abril de 2009, **RLA-15**, párrafos 94-95; *Mobil Corporation, Venezuela Holdings BV y otros c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI N.º ARB/07/27), Decisión sobre Jurisdicción, 10 de junio de 2010, **CLA-97**, párrafo 204; *Tidewater Inc y otros c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI N.º ARB/10/5), Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2013, **CLA-116**, párrafo 184; *Philip Morris Asia Limited c. Mancomunidad de Australia* (CNUDMI), Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 17 de diciembre de 2015, **CLA-129**, párrafo 540; *Renée Rose Levy y Gremcitel SA c. República del Perú* (Caso CIADI N.º ARB/11/17), Laudo, 9 de enero de 2015, **CLA-124**, párrafo 184.

¹⁵⁶ Réplica, párrafo 225; *Tidewater Inc y otros c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI N.º ARB/10/5), Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2013, **CLA-116**, párrafos 145, 147 y 197-198; *Pac Rim Cayman LLC c. República de El Salvador* (Caso CIADI N.º ARB/09/12), Decisión sobre las Excepciones de la Demandada a la Jurisdicción, 1 de junio de 2012, **CLA-110**, párrafo 2.99; *Alapli Elektrik BV c. República de Turquía* (Caso CIADI N.º ARB/08/13), Laudo, 16 de julio de 2012, **CLA-111**, párrafo 403; *Philip Morris Asia Limited c. Mancomunidad de Australia* (CNUDMI), Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 17 de diciembre de 2015, **CLA-129**, párrafos 545-554. *Ver también Lao Holdings NV c. República Popular Democrática de Laos* (Caso CIADI N.º ARB/AF/12/6), Decisión sobre Jurisdicción, 21 de febrero de 2014, **RLA-13**, párrafo 70 (“El Tribunal considera que claramente supone un abuso que el inversor manipule la nacionalidad de una subsidiaria para lograr que se configure la jurisdicción al amparo de un tratado internacional en un momento en que el inversor tiene conocimiento de que se han producido hechos que afectan negativamente su inversión y pueden conducir a un arbitraje. En particular, el abuso del proceso debe excluir manipulaciones inaceptables de mala fe por parte de la demandante que es plenamente consciente de la ‘diferencia jurídica’ antes del cambio de nacionalidad, como lo sostiene la Demandada”) (traducción no oficial al español); *MNSS BV y Recupero Credito Acciaio NV c. Montenegro* (Caso CIADI N.º ARB (AF)/12/8), Laudo, 4 de mayo de 2016, **CLA-222**, párrafo 182 (“Los tribunales han determinado que un inversor no podría

que, si bien Bolivia sostiene que esta afirmación es “falsa”¹⁵⁷, en realidad no la impugna. Más bien, aduce que “[l]a controversia objeto del arbitraje puede ser sólo una de varias controversias previsibles al momento de la reestructuración”¹⁵⁸. Pero ello no afecta de modo alguno el hecho de que, independientemente de cuántas controversias puedan haber sido previsibles, es necesario que la controversia específica objeto del arbitraje haya sido una de ellas.

73. No sorprende entonces que el intento de Bolivia de hacer una diferenciación entre este caso y la jurisprudencia invocada por Glencore Bermuda no conduzca a nada. Según Bolivia, los tribunales de *Tidewater* y *Philip Morris* no respaldan la exigencia de que debe haber sido previsible la controversia específica objeto del arbitraje¹⁵⁹. Pero ello es claramente incorrecto. El tribunal de *Tidewater* explicó que “el aspecto medular” de la excepción de Venezuela a la jurisdicción “es una cuestión de hecho que comprende la naturaleza de la controversia entre las partes y una cuestión de cronología que comprende el momento en que la diferencia surgió o pudo razonablemente haberse previsto”¹⁶⁰. Acto seguido el tribunal de ese caso observó lo siguiente:

Dado que ‘[c]onforme al derecho internacional general y a la jurisprudencia del CIADI, el abuso de derecho debe determinarse caso por caso, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso’, es preciso que el Tribunal analice cuidadosamente los hechos ocurridos en 2008 y 2009 para determinar la naturaleza de

gozar de la protección del TBI en cuestión únicamente si el cambio de nacionalidad se hace después de surgida la controversia o ‘cuando la parte pertinente puede advertir una diferencia efectiva o prever una diferencia futura específica con alto grado de probabilidad y no simplemente como posible diferencia’”) (énfasis añadido) (traducción no oficial al español).

¹⁵⁷ Dúplica, párrafo 401.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, párrafo 401.

¹⁵⁹ *Ibíd.*, párrafo 402.

¹⁶⁰ *Tidewater Inc y otros c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI N.º ARB/10/5), Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2013, **CLA-116**, párrafo 145 (énfasis añadido).

cualesquiera diferencias, las partes de las mismas y el momento en que se produjeron o es razonable asumir que se previeron¹⁶¹.

74. De modo similar, en *Philip Morris* (que es el caso principal que invoca Bolivia) el tribunal explicó que:

Según la jurisprudencia, el abuso está sujeto a un criterio objetivo y queda revelado por el hecho de que el inversor que no está protegido por un tratado de inversión reestructura su inversión de forma tal que quede comprendida en el ámbito de protección de un tratado vista una controversia específica previsible¹⁶².

75. A Bolivia no le va mejor con la respuesta que intenta frente a *Pac Rim*. En *Pac Rim*, el tribunal observó que “la línea divisoria” entre una reestructuración legítima y una que constituye un abuso de proceso se da “cuando la parte pertinente puede advertir una diferencia efectiva o prever una diferencia futura específica con alto grado de probabilidad y no simplemente como posible diferencia”¹⁶³. Bolivia reconoce que este razonamiento “deja en claro que es posible que varias controversias futuras específicas sean previsibles”¹⁶⁴. Aun si aceptáramos que varias controversias pueden ser previsibles, el tribunal de *Pac Rim* es claro (como lo reconoce Bolivia) en cuanto a que solamente hay abuso de

¹⁶¹ *Ibíd.*, párrafo 147 (énfasis añadido) (se omitió la cita interna).

¹⁶² *Philip Morris Asia Limited c. Mancomunidad de Australia* (CNUDMI), Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 17 de diciembre de 2015, **CLA-129**, párrafo 539 (énfasis añadido) (traducción no oficial al español). Bolivia sostiene que, en la Réplica, Glencore Bermuda invocó partes de *Philip Morris* que equivalían a repeticiones de los argumentos planteados por las partes en aquel caso. Ver Dúplica, párrafo 402. Bolivia se equivoca. La Demandante citó partes del caso *Philip Morris* en que el tribunal expuso su razonamiento y describió jurisprudencia anterior en la que se trató el criterio del abuso del proceso. Ver Réplica, párrafo 225 (en que se cita *Philip Morris Asia Limited c. Mancomunidad de Australia* (CNUDMI), Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 17 de diciembre de 2015, **CLA-129**, párrafos 540-554).

¹⁶³ *Pac Rim Cayman LLC c. República de El Salvador* (Caso CIADI N.º ARB/09/12), Decisión sobre las Excepciones de la Demandada a la Jurisdicción, 1 de junio de 2012, **CLA-110**, párrafo 2.99 (énfasis añadido) (traducción no oficial al español).

¹⁶⁴ Dúplica, párrafo 402.

derecho cuando el cambio de nacionalidad se da como reacción frente a una controversia futura específica¹⁶⁵.

76. Al no poder refutar el argumento de Glencore Bermuda, Bolivia luego aduce equivocadamente que la Demandante: (i) no ha explicado el significado de la palabra “específico”; (ii) invoca inapropiadamente el caso *Maffezini* y decisiones de la CIJ para aducir que “la controversia debe ser previsible en cada uno de sus aspectos jurídicos y detalle fáctico”; e (iii) indica incorrectamente que “la controversia debe haber surgido al momento de la reestructuración para que exista un abuso de proceso”¹⁶⁶. Una vez más, Bolivia interpreta incorrectamente la postura de Glencore Bermuda.
77. Como se expuso en la Réplica de la Demandante, el tribunal que tiene la tarea de determinar si se ha producido o no un abuso de proceso debe evaluar si, en algún momento de la supuesta reestructuración, era altamente previsible la controversia específica objeto del arbitraje. Ello importa determinar primero cuándo se produjeron las controversias específicas subyacentes al arbitraje y, segundo, si las mismas fueron altamente previsibles en el momento en que la demandante adquirió su inversión¹⁶⁷. Glencore Bermuda invoca el caso *Maffezini* y decisiones

¹⁶⁵ La conclusión del tribunal de *Pac Rim* fue adoptada luego en el caso *Levy c. Perú*, en el cual el tribunal explicó que:

Sin embargo, una reestructuración llevada adelante con la intención de invocar la protección del tratado en un momento en que la controversia es previsible puede constituir un abuso de proceso según las circunstancias. En este sentido, el Tribunal está de acuerdo con el test sugerido en *Pac Rim* por cuanto “una controversia futura específica” debe ser “previsible [...] como una probabilidad muy alta y no meramente como una posible controversia” (traducción del Tribunal). En la opinión del Tribunal, este test logra un balance justo entre la necesidad de proteger el derecho de un inversor a invocar la protección del APPRI en el contexto de una reestructuración societaria legítima y la necesidad de negar protección a conductas abusivas.

Renée Rose Levy y Gremcotel SA c. República del Perú (Caso CIADI N.º ARB/11/17), Laudo, 9 de enero de 2015, **CLA-124**, párrafo 185 (se omitieron las citas internas).

¹⁶⁶ Dúplica, párrafos 403-405.

¹⁶⁷ Réplica, párrafo 229.

de la CIJ con el fin de ayudar al Tribunal con la primera parte del análisis precedente (es decir, determinar cuándo se cristalizó la controversia específica objeto del arbitraje) y no para sostener que efectivamente debe haber surgido una controversia específica en el momento de la supuesta reestructuración¹⁶⁸. Es necesario entender qué constituye una controversia específica para poder determinar si una controversia tal era previsible en el momento de la supuesta reestructuración. En este sentido, el análisis del tribunal de *Maffezini*, basado en anteriores decisiones de la CIJ, ofrece orientación valiosa:

La Corte Internacional de Justicia ha definido una controversia en varias ocasiones, declarando que es “un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un conflicto de puntos de vista jurídicos o de intereses entre las partes”. Se ha observado acertadamente a este respecto que la “controversia debe referirse a problemas claramente identificados entre las partes y no debe ser meramente académica [...]. La controversia debe ir más allá de reclamos generales y ha de ser susceptible de ser expuesta en términos de una reclamación concreta”¹⁶⁹.

78. Bolivia se equivoca, de modo similar, con su crítica de la invocación de *Gold Reserve*, *Isolux* y *Pey Casado* por parte de Glencore Bermuda. Bolivia dice que estos casos no respaldan la afirmación de que efectivamente debe haber surgido una controversia para que medie abuso de proceso. No obstante, es exactamente esa la postura adoptada por cada uno de esos tribunales:

¹⁶⁸ Ver *ibíd.*, párrafos 225 y 229.

¹⁶⁹ *Maffezini c. Reino de España* (Caso CIADI N.º ARB/97/7), Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 25 de enero de 2000, **CLA-24**, párrafo 94 (se omitieron las citas internas). De modo similar, Glencore Bermuda invocó los casos *Impregilo* y *Helnan* respecto del análisis del tribunal de la definición de “controversias” para evaluar si era previsible una controversia en el momento en el que Glencore Bermuda adquirió los Activos—y no, como Bolivia indica, para sostener que es necesario que en efecto haya surgido una controversia. Ver *Impregilo SpA c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI N.º ARB/03/3), Decisión sobre Jurisdicción, 22 de abril de 2005, **CLA-159**, párrafos 301-304 (en que se trata la jurisprudencia relevante que esboza la definición de “controversias” en el derecho internacional); *Helnan International Hotels A/S c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI N.º ARB/05/19), Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 17 de octubre de 2006, **CLA-170**, párrafo 52 (en que se describe la diferencia entre una mera “desavenencia” y una “controversia”).

- (a) En *Gold Reserve*, Venezuela había alegado que la demandante había cometido un abuso de derecho al crear una supuesta “empresa vacía” para beneficiarse con el TBI entre Canadá y Venezuela y tener acceso al mecanismo de resolución de controversias del CIADI¹⁷⁰. El tribunal rechazó este argumento, y especificó que “[p]odría determinarse que medió un abuso [del derecho] tal cuando la sociedad se constituyó en un Estado determinado después de surgida la disputa de modo tal de aprovechar un tratado celebrado por ese Estado”¹⁷¹. Acto seguido explicó que dicho escenario no resultaba aplicable a la controversia que ante sí tenía, y especificó que “[n]inguno de los casos mencionados por la Demandada indica que no deba aplicarse el sentido claro del criterio de nacionalidad en situaciones en las que la constitución en Canadá se produjo antes de surgida la disputa, con fines legítimos”¹⁷².
- (b) En *Isolux*, el tribunal determinó que la reestructuración de la demandante no suponía más que “*legitimate corporate planning*” [planificación societaria legítima], y advirtió que habría llegado a una conclusión distinta si, en el momento de la reestructuración, ya hubiera surgido el conflicto¹⁷³.
- (c) En *Pey Casado*, el tribunal igualmente rechazó el argumento de Chile de que la transferencia, por parte del Sr. Pey Casado a la demandante española, de la mayoría de su inversión a los efectos de conseguir la

¹⁷⁰ *Gold Reserve Inc c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI N.º ARB (AF)/09/1), Laudo, 22 de septiembre de 2014, **CLA-123**, párrafos 223, 232 y 251.

¹⁷¹ *Ibíd.*, párrafo 252 (traducción no oficial al español).

¹⁷² *Ibíd.* (énfasis añadido) (traducción no oficial al español).

¹⁷³ *Isolux Infrastructure Netherlands BV c. Reino de España* (Caso SCC N.º V2013/153), Laudo, 12 de julio de 2016, **RLA-10**, párrafos 701 y 703.

protección del tratado constituyó un abuso de proceso, dado que la transferencia tuvo lugar después de surgida la controversia¹⁷⁴.

79. En particular, Bolivia caracteriza incorrectamente la postura de Glencore Bermuda en relación con la jurisprudencia precedente. Glencore Bermuda no citó las anteriores decisiones para indicar que el planteamiento de abuso de proceso exige que la reestructuración se produzca después de surgida la controversia. Más bien, Glencore Bermuda se remitió a los casos precedentes a efectos de demostrar que los tribunales han concluido de forma constante que la reestructuración de una inversión es un ejercicio legítimo, y algunos tribunales concluyeron incluso que dicha práctica es legítima siempre que la reestructuración se haya producido antes de surgida la controversia¹⁷⁵.
80. En conclusión, Bolivia no refutó el requisito, detallado claramente por la Demandante, de que, para que haya abuso de proceso, la controversia específica objeto del arbitraje haya sido altamente previsible en el momento de la supuesta reestructuración.

ii La controversia específica objeto del arbitraje debe haber sido “altamente previsible” en el momento de la supuesta reestructuración

81. Luego, Bolivia niega que el tribunal de *Philip Morris* “respaldó un alto umbral de previsibilidad”¹⁷⁶. Esto es incorrecto. En ese caso, el tribunal reconoció y confirmó que “tribunales entre inversores y Estados han fijado un elevado criterio mínimo para concluir que medió abuso de proceso, que exige probar la previsibilidad del reclamo y depende de las circunstancias específicas de cada

¹⁷⁴ *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile* (Caso CIADI N.º ARB/98/2), Laudo, 8 de mayo de 2008, **CLA-77**, párrafos 524 y 529-530.

¹⁷⁵ Réplica, párrafos 217-218.

¹⁷⁶ Dúplica, párrafo 407.

caso”¹⁷⁷. Explicó que el criterio de previsibilidad pertinente “orbita[ba] entre los dos extremos planteados por el tribunal de *Pac Rim c. El Salvador* (‘una altísima probabilidad y no simplemente una posible controversia’)”¹⁷⁸.

82. Bolivia se equivoca al sostener que dicha fórmula no indica que se exige más que una “previsibilidad razonable” de una controversia futura¹⁷⁹. El tribunal de *Philip Morris* destacó que el criterio mínimo para demostrar el abuso de proceso es “elevado”¹⁸⁰, y especificó que el grado relevante de previsibilidad exige más que “una posible controversia”¹⁸¹, y lo que debe ser previsible es “una controversia específica”, es decir, “una medida que pueda dar lugar a un reclamo al amparo del tratado”¹⁸².
83. Además, Bolivia reclama que la decisión de *Philip Morris* es la única palabra en la materia de abuso de proceso es claramente incorrecto¹⁸³. El laudo de *Philip Morris* no es sino una decisión. Otros tribunales determinaron, de modo similar, la necesidad de un exigente criterio de previsibilidad. Por ejemplo, el tribunal de *Levy c. Perú* explicó lo siguiente:

[E]l Tribunal está de acuerdo con el test sugerido en *Pac Rim* por cuanto “una controversia futura específica” debe ser “previsible [...] como una probabilidad muy alta y no meramente como una posible controversia” (traducción del Tribunal). En la opinión del Tribunal, este test logra un balance justo entre la necesidad de proteger el derecho de un inversor a invocar la protección del

¹⁷⁷ *Philip Morris Asia Limited c. Mancomunidad de Australia* (CNUDMI), Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 17 de diciembre de 2015, **CLA-129**, párrafo 550 (traducción no oficial al español).

¹⁷⁸ *Ibíd.*, párrafo 554 (traducción no oficial al español).

¹⁷⁹ Ver Escrito de Contestación, párrafo 301; Dúplica, párrafos 395 y 406-408.

¹⁸⁰ *Philip Morris Asia Limited c. Mancomunidad de Australia* (CNUDMI), Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 17 de diciembre de 2015, **CLA-129**, párrafo 550 (traducción no oficial al español).

¹⁸¹ *Ibíd.*, párrafo 554 (traducción no oficial al español).

¹⁸² *Ibíd.* (traducción no oficial al español).

¹⁸³ Ver Dúplica, párrafo 397.

APPRI en el contexto de una reestructuración societaria legítima y la necesidad de negar protección a conductas abusivas¹⁸⁴.

84. En *Lao Holdings*, el tribunal observó, de modo similar, que “si una sociedad cambia su nacionalidad para lograr la jurisdicción del CIADI en un momento en que las cosas han comenzado a deteriorarse de modo tal que es altamente probable que surja una controversia, ello puede considerarse abuso de proceso”¹⁸⁵.
85. Cabe destacar que el laudo de *MNSS c. Montenegro* (dictado con posterioridad a la decisión de *Philip Morris*) siguió el elevado criterio establecido en *Pac Rim*:

Los tribunales han determinado que un inversor no podría gozar de la protección del TBI en cuestión únicamente si el cambio de nacionalidad se hace después de surgida la controversia o “cuando la parte pertinente puede advertir una diferencia efectiva o prever una diferencia futura específica con alto grado de probabilidad y no simplemente como posible diferencia”¹⁸⁶.

d. *La controversia específica objeto del arbitraje no existía ni era alta ni razonablemente previsible en el momento en que Glencore Bermuda adquirió los Activos*

86. De todas formas, el reclamo de abuso de proceso de Bolivia fracasa, debido a que las controversias específicas objeto del arbitraje que nos ocupa no eran “razonablemente” ni “altamente” previsible en el momento en que Glencore Bermuda adquirió los Activos. Bolivia solamente puede remitirse a una posibilidad remota de una controversia genérica, lo cual ni de lejos cumple el

¹⁸⁴ *Renée Rose Levy y Gremcitel SA c. República del Perú* (Caso CIADI N.º ARB/11/17), Laudo, 9 de enero de 2015, **CLA-124**, párrafo 185 (en que se cita *Pac Rim Cayman LLC c. República de El Salvador* (Caso CIADI N.º ARB/09/12), Decisión sobre las Excepciones de la Demandada a la Jurisdicción, 1 de junio de 2012, **CLA-110**, párrafo 2.99).

¹⁸⁵ *Lao Holdings NV c. República Popular Democrática de Laos* (Caso CIADI N.º ARB/AF/12/6), Decisión sobre Jurisdicción, 21 de febrero de 2014, **RLA-13**, párrafo 76 (énfasis añadido) (traducción no oficial al español).

¹⁸⁶ *MNSS BV y Recupero Credito Acciaio NV c. Montenegro* (Caso CIADI N.º ARB (AF)/12/8), Laudo, 4 de mayo de 2016, **CLA-222**, párrafo 182 (en que se cita *Pac Rim Cayman LLC c. República de El Salvador* (Caso CIADI N.º ARB/09/12), Decisión sobre las Excepciones de la Demandada a la Jurisdicción, 1 de junio de 2012, **CLA-110**, párrafo 2.99) (traducción no oficial al español).

- “elevado criterio” que debe reunirse para que se concluya que la reestructuración fue ilegítima¹⁸⁷.
87. Como se explicó en la Réplica, las controversias específicas que constituyen el núcleo del presente proceso surgieron cuando Bolivia violó las disposiciones del Tratado con: (i) la nacionalización de la Fundición de Estaño sin el pago de compensación y sin un adecuado debido proceso el día 9 de febrero de 2007; (ii) la nacionalización de la Fundición de Antimonio sin el pago de compensación y sin un adecuado debido proceso, según se anunció públicamente el 2 de mayo de 2010; (iii) la apropiación de la Reserva de Estaño el 2 de mayo de 2010; y (iv) la nacionalización de la Mina de Colquiri sin el pago de compensación y sin un adecuado debido proceso, según se anunció públicamente el 6 de junio de 2012, después de haber estado bloqueado el acceso a la misma desde el 30 de mayo de 2012 por no haber provisto Bolivia protección y seguridad¹⁸⁸.
88. En la Dúplica, Bolivia no incorpora detalles específicos en sus alegaciones y, de hecho, pasa flagrantemente por alto la prueba ofrecida por Glencore Bermuda. En particular, sigue sosteniendo que Glencore International “adquirió los Activos del expresidente Sánchez de Lozada en un momento en que era muy probable que el Estado tomara medidas contra ellos”¹⁸⁹. Según Bolivia, Glencore International tenía “[p]leno conocimiento de los riesgos inherentes en esos Activos”¹⁹⁰ debido a: (i) los cambios políticos que se registraron en el país ██████████ ██████████¹⁹¹; (ii) las circunstancias en torno de la adquisición de los Activos¹⁹²; y (iii) la relación supuestamente “tensa” entre

¹⁸⁷ Réplica, nota al pie 594.

¹⁸⁸ *Ibíd.*, párrafo 230.

¹⁸⁹ Dúplica, párrafo 409 (énfasis añadido).

¹⁹⁰ *Ibíd.*

¹⁹¹ *Ibíd.*, Sección 2.5.2 y párrafos 410-413.

¹⁹² *Ibíd.*, Sección 2.5.3 y párrafos 414-416.

Comsur y las cooperativas¹⁹³. Como se explica luego con mayor detalle, el argumento de abuso de proceso de Bolivia sigue sin tener ningún tipo de sustento y, por consiguiente, corresponde su desestimación.

i Los cambios políticos que se produjeron en Bolivia tras la renuncia del Sr. Sánchez de Lozada no indicaban que el Estado nacionalizaría los Activos sin pagar compensación y en violación del debido proceso

89. Según Bolivia, en el momento de la adquisición por parte de Glencore Bermuda “no solo era previsible sino también probable” una controversia en relación con los Activos debido al cambio político y social que se estaba dando en el país [REDACTED] [REDACTED]¹⁹⁴.
90. En particular, Bolivia sostiene que Glencore Bermuda debería haber sabido que aquella “tomar[ía] medidas contra los Activos” dado que la soberanía sobre los recursos naturales era el tema central del programa político del MAS y la plataforma del partido exigía “acabar con la pobreza [a través de] la recuperación de las empresas estratégicas y los recursos naturales”¹⁹⁵.
91. Sin embargo, al momento de la adquisición por parte de Glencore Bermuda, ni el MAS ni el Sr. Morales habían llegado al poder¹⁹⁶. Si bien Bolivia intenta presentar este punto como irrelevante, no explica cómo el simple hecho de que el MAS participara en las elecciones en el año 2002 indica que Glencore Bermuda debería haber previsto que posteriormente el Estado expropiaría los Activos sobre la base del programa de ese partido (y mucho menos que expropiaría sin pagar compensación y sin respetar las garantías básicas del debido proceso). En efecto, el MAS perdió las elecciones de 2002. Por otra parte, Bolivia no puede identificar ninguna indicación específica en la plataforma del MAS que pudiera respaldar

¹⁹³ *Ibíd.*, Sección 2.5.1 y párrafos 424-425.

¹⁹⁴ *Ibíd.*, párrafos 410-413; *ver también ibíd.*, párrafos 146-160.

¹⁹⁵ *Ibíd.*, párrafo 412; *ver también ibíd.*, párrafos 148-149.

¹⁹⁶ Segunda Declaración Testimonial de Christopher Eskdale, párrafo 65.

una conclusión de que eran previsibles las expropiaciones. De hecho, el informe de 2002 citado por Bolivia no incluye mención alguna de la nacionalización de activos mineros privados y señala específicamente que la propuesta del MAS era un anhelo y no necesariamente incluía “planes concretos”:

En verdad, la propuesta política de este partido responde más bien a un conjunto de objetivos que anhelan realizar, antes que a una propuesta programática en el sentido estricto del término. [...] Tampoco se pueden verificar planes concretos para cada objetivo propuesto. [...] El candidato por ese partido [Sr. Morales], señalaba que [el] programa [del partido] había sido una adecuación a las normas exigidas por la corte y no precisamente lo que ellos pensaban. Durante su discurso de campaña, hubo una tendencia a las generalidades y a la improvisación, lo cual demuestra que no preveían la posibilidad de llegar efectivamente al poder¹⁹⁷.

92. Para la elección de 2005, la plataforma política del MAS específicamente daba garantías a las inversiones extranjeras¹⁹⁸. Aun después de su elección, el Sr. Morales reiteró públicamente su compromiso de proteger la inversión extranjera, y prometió que su Gobierno “jamás extorsionará a quien quiera invertir en nuestro país”¹⁹⁹.
93. Bolivia no niega que así haya sido. En cambio, sostiene que Glencore Bermuda debería haber previsto la expropiación de los Activos porque los gobiernos que siguieron la presidencia de Sánchez de Lozada contemplaron un rol posiblemente mayor para el Estado en la economía del país²⁰⁰. Pero este argumento no lleva a ninguna parte.

¹⁹⁷ Fundación Boliviana para la Capacitación Democrática y la Investigación, “*Opiniones y análisis sobre las elecciones presidenciales de 2002*”, 2002, **R-163**, página 10.

¹⁹⁸ Programa Político del MAS, de noviembre de 2005, **R-166**, página 13.

¹⁹⁹ “Morales se declara ganador”, *BBC Mundo*, 19 de diciembre de 2005, **R-167**, página 2; *ver también* Segunda Declaración Testimonial de Christopher Eskdale, párrafo 65.

²⁰⁰ Dúplica, párrafos 158; Plan Nacional de Desarrollo de Bolivia, 2006, **R-168**, página 103; Decreto Supremo N.º 29.272, 12 de septiembre de 2007, **R-169**, página 176.

94. *Primero*, Bolivia se remite al discurso inaugural de Carlos Mesa, el sucesor del Sr. Sánchez de Lozada²⁰¹. Según Bolivia, las palabras del Sr. Mesa indicaban que su gobierno “redefiniría” temas relacionados con los recursos nacionales del país. Sin embargo, los “recursos naturales” fueron uno de muchos temas mencionados por el expresidente. En sus propias palabras:

[T]odos y cada uno de nosotros, debemos llevar a la Asamblea Constituyente elementos centrales de forma y de fondo que definirán temas esenciales sobre nuestros recursos naturales, sobre la tierra, sobre la concepción de la participación democrática ciudadana, sobre la estructura del funcionamiento de un mecanismo de representación como es el Congreso Nacional, sobre todos los temas que nos importan²⁰².

95. *Segundo*, respecto del Sr. Morales, Bolivia aduce que, “con toda probabilidad, el nuevo presidente continuará implementando las transformaciones políticas que provocaron la renuncia de Sánchez de Lozada en 2003”²⁰³. No obstante, la prueba que invoca no sustenta su afirmación. Según el Plan Nacional de Desarrollo de Bolivia de 2006, el Estado debía “garanti[zar] el desarrollo de la iniciativa privada”²⁰⁴. Como lo explicó el Sr. Héctor Córdova, testigo de la propia Bolivia, se esperaba que Comibol se desempeñara como “un socio estratégico de los inversionistas privados”²⁰⁵. Contrario a lo afirmado por Bolivia, dichas declaraciones de ningún modo indican que el Estado fuera a tomar medidas contrarias a los activos mineros privados²⁰⁶.

²⁰¹ Dúplica, párrafo 411 (en que se cita el Discurso del Sr. Carlos Mesa Gibert ante el Congreso boliviano, 17 de octubre de 2003, **R-162**, página 3).

²⁰² Discurso del Sr. Carlos Mesa Gibert ante el Congreso boliviano, 17 de octubre de 2003, **R-162**, página 3.

²⁰³ Dúplica, párrafo 157.

²⁰⁴ Plan Nacional de Desarrollo de Bolivia, 2006, **R-168**, página 103.

²⁰⁵ Declaración Testimonial de Héctor Córdova, párrafo 21.

²⁰⁶ De cualquier manera, las referencias de Bolivia al Plan Nacional de Desarrollo del Estado de 2006, el Decreto Supremo de 2007 mediante el cual se lo adoptó y la Constitución de 2009 no son relevantes a la hora de determinar qué era previsible para Glencore Bermuda en el momento en que llevó adelante la adquisición de los Activos, que fue un proceso que se extendió varios meses

96. En efecto, si bien Bolivia intenta dar a entender que los hechos que se conocieron como Guerra del Gas, que provocaron la renuncia del Sr. Sánchez de Lozada, de alguna manera fueron indicativos del criterio que adoptaría el Gobierno respecto de los recursos naturales en general²⁰⁷, el propio Sr. Córdova explica lo contrario, y reconoce que el programa del MAS en realidad no contemplaba la nacionalización de los activos mineros:

[L]a política del MAS no preveía la recuperación del Estado de los activos mineros o una política de nacionalización de yacimientos mineros (como sí fue el caso, por ejemplo, del sector de los hidrocarburos). Como expliqué anteriormente, la filosofía del MAS para el sector minero se basaba en la convivencia de los sectores público, privado y cooperativista²⁰⁸.

97. Del mismo modo, el Sr. Mamani, que también es uno de los testigos de Bolivia en el presente arbitraje, observa que “[e]l Gobierno, sin embargo, ha sido enfático con los sindicatos [...] que en el sector minero participarán, junto a la COMIBOL, tanto privados como cooperativistas”²⁰⁹.
98. Lejos de “anuncia[r] un cambio material del papel del Estado [...] en el sector minero boliviano”²¹⁰, como dice Bolivia, las palabras del Sr. Mesa y la plataforma política del MAS no provocaban que la expropiación de los Activos por el Estado (realizada sin el pago de compensación y de manera contraria al debido proceso) fuera “razonablemente” o “altamente” previsible.

entre 2004 y principios de 2005. Ver Dúplica, párrafos 158-159 (en que se cita, *inter alia*, Plan Nacional de Desarrollo de Bolivia, 2006, **R-168**, Decreto Supremo N.º 29.272, 12 de septiembre de 2007, **R-169**, y Constitución de 2009, 7 de febrero de 2009, **C-95**).

²⁰⁷ Ver, por ejemplo, Dúplica, párrafos 150-154.

²⁰⁸ Declaración Testimonial de Héctor Córdova, párrafo 34 (énfasis añadido).

²⁰⁹ Segunda Declaración Testimonial de Joaquín Mamani, párrafo 27.

²¹⁰ Dúplica, párrafo 411.

ii *Las circunstancias en las que Glencore Bermuda adquirió los Activos no indicaban que el Estado fuera a nacionalizarlos sin pagar justa compensación o respetar el debido proceso*

99. Bolivia aduce que “las circunstancias particulares” en las que Glencore Bermuda adquirió los Activos deberían haber indicado que “era probable que surgiera una controversia”²¹¹. En sustento de esta afirmación, Bolivia menciona el carácter confidencial de la venta [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]. Sin embargo, la caracterización de Bolivia es incorrecta.

100. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

101. *Segundo*, Glencore Bermuda ya ha demostrado que adquirió los Activos mediante una operación celebrada como entre partes independientes tras llevar a cabo un

²¹¹ *Ibíd.*, párrafos 414-416.

²¹² [REDACTED]

²¹³ [REDACTED]

²¹⁴ [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

amplio proceso de *due diligence* en una licitación²¹⁵. Como lo explicó el Sr. Eskdale, Glencore confió en el consejo de asesores técnicos, financieros y jurídicos. Además, el hecho de que jamás se hubiera cuestionado la privatización de los Activos por parte del Estado y que la CDC, entidad del gobierno del Reino Unido, y la IFC hubieran invertido en los Activos también indicaban que no estaba en duda su legitimidad²¹⁶.

102. Bolivia ahora sostiene que los documentos internos de *due diligence* de Glencore indicarían lo contrario²¹⁷. Pero eso es incorrecto. [REDACTED]

²¹⁵ Réplica, párrafos 57-62; Segunda Declaración Testimonial de Christopher Eskdale, párrafos 8-16; Primera Declaración Testimonial de Christopher Eskdale, párrafo 17.

²¹⁶ Segunda Declaración Testimonial de Christopher Eskdale, párrafos 57-58.

²¹⁷ Dúplica, párrafo 170 (en que se cita la correspondencia interna entre oficinas de Glencore, del Sr. Eskdale al Sr. Strothotte y el Sr. Glasenberg, 20 de octubre de 2004, C-196, página 5).

²¹⁸ [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

103. *Tercero*, contrario a lo alegado por Bolivia²²⁰, ni el carácter confidencial de la venta ni la intención de las partes de celebrarla rápidamente indicaban nada indebido en la operación. En efecto, se trata de prácticas normales en cualquier operación societaria. [REDACTED]

[REDACTED]

219

[REDACTED]

220

Dúplica, párrafos 164-165.

221

[REDACTED]

- [REDACTED]
- [REDACTED]
104. *Cuarto*, no tienen fundamento válido las alegaciones de Bolivia de que Glencore Bermuda intentó ocultar la adquisición a las autoridades bolivianas²²³. Más bien, como lo demuestra la prueba obrante en el expediente, en reiteradas oportunidades Glencore International y Comsur compartieron detalles de la operación con funcionarios gubernamentales, quienes recibieron de buen grado la inversión de la empresa en el país antes de la concreción de la adquisición en marzo de 2005²²⁴.

222

223

Dúplica, párrafos 188-192.

224

En respuesta a una carta de enero de 2005 del entonces viceministro de Minería, Glencore International coordinó medidas especiales para poder compartir información relevante con Bolivia sin contravenir sus obligaciones de confidencialidad. *Ver* Carta del viceministro de Minería (Sr. Gutiérrez) a Glencore (Sr. Capriles), 17 de enero de 2005, **C-63**; Carta complementaria entre Glencore International y Minera sobre reuniones en Bolivia, 1 de febrero de 2005, **C-289** (en que se expresa la intención de los representantes de Glencore de reunirse con funcionarios del Gobierno boliviano en respuesta a una comunicación recibida del Gobierno boliviano respecto de la adquisición el 17 de enero de 2005); Carta de Minera (Sr. Sánchez de Lozada) a Glencore International (Sr. Eskdale), 4 de febrero de 2005, **C-200**; “Goni vendió COMSUR”, *Bolivia.com*, 5 de febrero de 2005, **R-14**, página 2. Contrariamente a lo afirmado por Bolivia, Comsur también respondió a las solicitudes de información de Comibol. Carta de Comsur (Sr. Urjel) a Comibol (Sr. Tamayo), 17 de febrero de 2005, **R-189**; Carta de Comsur (Sr. Urjel) a Comibol (Sr. Tamayo), 3 de marzo de 2005, **C-206**; *ver también* Acta de conclusión de las reuniones mantenidas entre Comibol, Comsur y Colquiri, 11 de octubre de 2005, **R-190**, páginas 1-2.

Asimismo, Bolivia sostiene que Glencore International respondió en 2007 a un pedido de información de Comibol de enero de 2005. *Ver* Dúplica, párrafo 189. Esto es manifiestamente falso. La información aportada en enero de 2007 se presentó en respuesta a un pedido de información efectuado por una senadora boliviana en noviembre de 2006. *Ver* Réplica, párrafos 73-74; Pedido de información escrito de la senadora Velásquez, 30 de noviembre de 2006, **C-68**; Carta de Pestalozzi Lachenal Patry (Sr. Pestalozzi) al Senado boliviano (Sra. Velásquez), 10 de enero de 2007, **C-225**. En lugar de ser “vagas” en su respuesta, como sostiene Bolivia (Dúplica, párrafo 228), Glencore International y Sinchi Wayra le aportaron reiteradamente al Gobierno información detallada acerca de la operación. *Ver ibíd.*; Carta de Sinchi Wayra (Sr. Capriles) al ministro de Minería (Sr. Echazú), 1 de junio de 2007, **C-228**.

Bolivia también aduce que “Glencore International no reveló el hecho de que, mientras que los accionistas de Comsur no habían cambiado, los de Colquiri sí lo habían hecho”. *Ver* Dúplica, párrafo 190. Sin embargo, Comsur no tenía obligación alguna de revelar esa información, que

105. De modo similar, el argumento de Bolivia de que Glencore Bermuda no se ha mostrado dispuesta a “divulgar información importante sobre la adquisición y estructura de la inversión” en el contexto del presente proceso es ridículo²²⁵. Según Bolivia, de algún modo resulta “revelador[.]” el hecho de que Glencore Bermuda presentara los certificados accionarios y registros de las acciones junto con el Escrito de Demanda, “pero no los documentos relacionados con la transacción”²²⁶. Pero esos son precisamente los únicos requisitos para que Glencore Bermuda cumpla su carga de demostrar la jurisdicción del Tribunal al amparo del Tratado²²⁷.
106. De cualquier manera, Bolivia pasa por alto el hecho de que Glencore Bermuda abordó de forma detallada la adquisición de los Activos tanto en el Escrito de Demanda²²⁸ como en la Réplica²²⁹, y presentó amplia prueba documental sobre el tema²³⁰. Además, durante la etapa de producción de documentos del presente proceso, Glencore Bermuda le informó voluntariamente a Bolivia de todos los

Bolivia no solicitó. El Arrendamiento de Colquiri no exigía que Comibol aprobara un cambio de ese tipo (o siquiera que se le notificara).

²²⁵ Dúplica, párrafo 192.

²²⁶ *Ibíd.*

²²⁷ Como se manifestó en la Réplica, ni los detalles de una operación entre particulares ni el precio de adquisición revisten relevancia a los efectos del presente arbitraje. *Ver* Réplica, párrafo 66.

²²⁸ Escrito de Demanda, Sección II.C.

²²⁹ Réplica, Sección II.C.

²³⁰ *Ver, por ejemplo*, Carta de Argent Partners (Sr. Simkin) a Glencore International (Sr. Eskdale), 30 de abril de 2004, **C-62**; Carta de Argent Partners (Sr. Simkin) a Glencore International (Sr. Eskdale), 2 de junio de 2004, **C-194**; Libro de Registro de Acciones de Sinchi Wayra, sin fecha, **C-16**; Libro de Registro de Acciones de Colquiri, sin fecha, **C-17**; Libro de Registro de Acciones de Vinto, sin fecha, **C-18**; Contratos de Cesión y Asunción de Obligaciones entre Glencore International y Glencore Bermuda, 7 de marzo de 2005, **C-64**; Contrato de Opción de Compra y Venta entre CDC y Glencore International, 15 de marzo de 2005, **C-65**; Notificación de Cesión de Glencore International a CDC, 23 de mayo de 2005, **C-66**; Notificación de Ejercicio de Opción de Venta de Actis (por cuenta de CDC) a Glencore International, 21 de marzo de 2006, **C-67**; Segundo Contrato Modificado y Actualizado de Compraventa de Acciones entre Minera y Glencore International (acciones de Iris), 30 de enero de 2005, **C-198**; Contrato de Compraventa de Acciones entre Minera y Glencore International (acciones de Shattuck), 30 de enero de 2005, **C-199**; Contrato de Compraventa de Acciones entre Minera y Glencore International (acciones de Kempsey), 2 de marzo de 2005, **C-204**; Contrato de Compraventa de CDC y Compañía Minera Concepción SA (acciones de Colquiri), 2 de marzo de 2005, **C-202**.

contratos de compraventa celebrados para la adquisición de los Activos²³¹ y posteriormente produjo también los borradores de los mismos y otros documentos de *due diligence* no sujetos a reserva. Por consiguiente, está claro que el argumento de Bolivia no muestra sino mala fe de su parte.

107. *Por último*, Bolivia sigue sosteniendo [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

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

²³¹ Glencore Bermuda presentó estos documentos como parte de la Exhibición Voluntaria de Documentos de la Demandante el día 2 de marzo de 2018, así como también la Exhibición de Documentos de la Demandante del 23 de abril de 2018 con arreglo a la Decisión sobre Exhibición de Documentos del Tribunal que consta en la Orden Procesal N.º 4 del 27 de marzo de 2018. *Ver* Segundo Contrato Modificado y Actualizado de Compraventa de Acciones entre Minera y Glencore International (acciones de Iris), 30 de enero de 2005, **C-198**; Contrato de Compraventa de Acciones entre Minera y Glencore International (acciones de Shattuck), 30 de enero de 2005, **C-199**; Contrato de Compraventa de Acciones entre Minera y Glencore International (acciones de Kempsey), 2 de marzo de 2005, **C-204**; Contrato de Compraventa de CDC y Compañía Minera Concepción SA (acciones de Colquiri), 2 de marzo de 2005, **C-202**.

²³² [REDACTED]
²³³ [REDACTED]
²³⁴ [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
²³⁵ [REDACTED]

[REDACTED]

109. En suma, las afirmaciones vagas e infundadas de Bolivia que, supuestamente, Glencore Bermuda sabía que “la adquisición de los Activos conllevaba riesgos importantes”²⁴⁰, no coadyuvan a su planteamiento de abuso de proceso. Nada en las alegaciones de Bolivia indica que, al momento de la adquisición, Glencore Bermuda podría o debería haber previsto que el Estado iba a expropiar los Activos sin pagar justa compensación ni respetar el debido proceso, en violación de las obligaciones que le impone el Tratado.

236 [REDACTED]

237 [REDACTED]

238 [REDACTED]

239 [REDACTED]

240 Dúplica, párrafo 193.

iii Glencore Bermuda no podría haber previsto que Bolivia expropiaría los Activos sin respetar el debido proceso ni pagar justa compensación

110. El intento de Bolivia de alegar que Glencore Bermuda podría haber previsto la “reversión” de cada uno de los Activos por parte de aquella²⁴¹ carece de credibilidad y sustento. Como se explica a continuación con mayor detalle respecto de cada uno de los Activos, Bolivia ha elegido ignorar la prueba presentada por Glencore Bermuda. Sus alegaciones siguen sin tener ningún tipo de sustento.
111. ***La expropiación de la Fundición de Estaño no era previsible.*** Según Bolivia, Glencore Bermuda debería haber podido prever la expropiación de la Fundición de Estaño por el Estado basada en alegaciones de ilegalidades planteadas en 2001 por “una” organización cívica en Oruro, “un” miembro del Congreso nacional y “un” sindicato local²⁴², que supuestamente “resurgieron” en 2002 durante la quiebra de RBG Resources²⁴³. Si bien Bolivia reconoce que, en el momento en que Glencore Bermuda adquirió los Activos, ninguna autoridad había determinado la existencia de irregularidad alguna en el proceso de privatización ni cuestionado la aplicabilidad del marco legal pertinente, sostiene que para que Glencore Bermuda pudiera prever un posterior accionar adverso del Estado no era necesario un “pronunciamiento formal de ilegalidad”²⁴⁴.

²⁴¹ *Ibíd.*, párrafos 417-426.

²⁴² *Ibíd.*, párrafo 419 (en que se cita la Carta del presidente del Comité Cívico de Oruro al Contralor General de la República, 21 de febrero de 2001, **R-123**; Carta del diputado Pedro Rubín de Celis al Contralor General de la República, 10 de mayo de 2001, **R-124**; Carta de la Central Obrera de Oruro al presidente Banzer Suárez, 23 de mayo de 2001, **R-126**).

²⁴³ Dúplica, párrafo 419. Ambas partes coinciden en que las supuestas “ilegalidades” tenían que ver con la supuesta transferencia de inventario adicional por un valor de \$2 millones que se encontraba en la Fundición de Estaño en el momento de su privatización. Réplica, párrafo 43; Dúplica, párrafo 111.

²⁴⁴ *Ver ibíd.*, párrafo 420 (“la Demandante no puede afirmar seriamente que, al momento de la adquisición, requería un pronunciamiento formal de ilegalidad de la privatización de la Fundidora de Estaño, para prever que el Estado tomaría medidas contra la misma”).

112. Una vez más, el argumento de Bolivia no tiene ninguna validez. El hecho de que ninguna autoridad boliviana haya decidido creer estas alegaciones (ni en el momento en que fueron hechas ni con posterioridad)²⁴⁵ indica que los propios funcionarios estatales bolivianos no las creyeron dignas de investigación. Además, contrario a lo afirmado por Bolivia de que esas acusaciones “resurgieron” en 2002 durante la quiebra de RBG Resources²⁴⁶, los artículos periodísticos que invoca Bolivia no mencionan las supuestas ilegalidades alegadas por ella en el presente arbitraje respecto de la Fundición de Estaño²⁴⁷. En su lugar, los artículos en cuestión explican que, para fines de 2002, la oposición parlamentaria se quejaba de ciertas irregularidades en la transferencia de la Fundición de Estaño y la Mina de Huanuni porque: (i) Allied Deals se había constituido después de la transferencia, y (ii) el entonces canciller Carlos Saavedra tenía una supuesta participación en Allied Deals²⁴⁸. De todas formas, la propia Bolivia (fatalmente) reconoce que, a pesar de que “el Estado fue llamado a intervenir en la Fundidora de Estaño” y “se consideró seriamente la reversión de la Fundidora al Estado” en ese momento, el Gobierno no actuó²⁴⁹.
113. ***La expropiación de la Fundición de Antimonio no era previsible.*** En la Dúplica, Bolivia vuelve a repetir el argumento de su Escrito de Contestación (que los Términos de Referencia de la licitación de la Fundición de Antimonio contemplaban que la fundición fuera productiva y que la “reversión” se hizo para cumplir este objetivo)²⁵⁰. Bolivia sigue sin poder refutar el argumento de la

²⁴⁵ Ver Escrito de Contestación, párrafo 81; Réplica, párrafo 43.

²⁴⁶ Dúplica, párrafo 419.

²⁴⁷ *Ibíd.*, párrafos 121, 419 y 661.

²⁴⁸ Ver “El MAS pide la renuncia del Canciller Saavedra”, *La Razón Digital*, 8 de noviembre de 2002, **R-134**; “MAS pide la renuncia del Canciller de la República”, *El Diario*, 4 de diciembre de 2002, **R-135**; “MAS presentó las pruebas de corrupción contra Canciller”, *El Mundo*, 4 de diciembre de 2002, **R-136**.

²⁴⁹ Dúplica, párrafo 419.

²⁵⁰ *Ibíd.*, párrafos 421-423; Escrito de Contestación, párrafos 314-316.

- Demandante de que cualquier término tal era una aspiración y no le imponía obligación contractual alguna a la Demandante²⁵¹.
114. En efecto, en la Dúplica, Bolivia aduce una vez más que se debería haber previsto la expropiación, dado que el Contrato de Compraventa de la Fundición de Antimonio exigía reactivar la Fundición de Antimonio²⁵², a pesar de reconocer que, en los varios años en los que el Activo no estuvo en funcionamiento, ningún funcionario gubernamental pidió jamás que se le pusiera nuevamente a producir²⁵³.
115. Una vez más, los argumentos de Bolivia no tienen fundamento válido. Bolivia no explica cómo es que podía existir una supuesta obligación contractual de reactivar la Fundición de Antimonio o cómo podía exigirse su cumplimiento al no haber plazos, características de la inversión o hitos contra los cuales pudiera haberse medido la futura producción que como aspiración se menciona en los Términos de Referencia²⁵⁴. Más bien, como lo explica Glencore Bermuda, el Contrato de Compraventa de la Fundición de Antimonio contemplaba la transferencia incondicional de la propiedad contra el pago de una contraprestación; así pues, todas las obligaciones se extinguieron con el cierre de la venta²⁵⁵.

²⁵¹ Réplica, párrafos 237-238.

²⁵² Dúplica, párrafo 422.

²⁵³ *Ibíd.*, párrafo 423.

²⁵⁴ Contrato de Compraventa de la Fundición de Antimonio, 11 de enero de 2002, **C-9**.

²⁵⁵ *Ver* Decreto Supremo N.º 25.964, 21 de octubre de 2000, publicado en la Gaceta Oficial el 12 de enero de 2001, **C-178**, artículo 198; Decreto Supremo N.º 181, 28 de junio de 2009, publicado en la Gaceta Oficial N.º 122 el 29 de junio de 2009, **C-239**, artículo 224. En la Dúplica, Bolivia aduce que “la interpretación de la Demandante del Contrato de la Fundidora de Antimonio es contraria al Artículo 520 del Código Civil Boliviano”. *Ver* Dúplica, párrafo 243. Aun si aplicáramos el Código Civil al Contrato de Compraventa de la Fundición de Antimonio, de todas formas fracasa el argumento de Bolivia. De conformidad con el Código Civil boliviano, un contrato de compraventa solamente exige el pago de un precio y la transferencia de un bien. No exige que el comprador use el bien de forma determinada (o siquiera que lo use) tras el cierre de la venta. *Ver* Código Civil de Bolivia, 2 de abril de 1976, **C-52**, artículos 636-640.

116. Bolivia también ignora intencionalmente el hecho de que los términos claros del contrato exigían que la parte que alegara su incumplimiento primero debía notificar ese incumplimiento a la otra y brindarle la oportunidad de subsanarlo²⁵⁶. De conformidad con la cláusula 15 del Contrato de Compraventa de la Fundición de Antimonio, en el caso de una diferencia relacionada con un incumplimiento del contrato, Comibol aceptó primero negociar y, si las negociaciones fracasaban, iniciar una conciliación y, si ello no prosperaba, recurrir al arbitraje de la CCI²⁵⁷. Es indiscutido que Comibol no dio ninguno de estos pasos. En efecto, Bolivia admite que, a pesar del hecho de que la Fundición de Antimonio llevaba años inactiva antes de su adquisición por Glencore Bermuda, el Estado jamás planteó ninguna inquietud²⁵⁸. Como lo afirmó el Sr. Eskdale, Glencore Bermuda no tenía motivo para creer que “el Estado fuera a adoptar una postura distinta luego de que Glencore asumiera el control”²⁵⁹.
117. ***La expropiación del Arrendamiento de Colquiri no era previsible.*** Una vez más, Bolivia repite los argumentos que formuló en el Escrito de Contestación (que era previsible que las supuestas tensiones entre los sindicatos y las cooperativas condujeran a la expropiación del Arrendamiento de Colquiri)²⁶⁰. Específicamente, Bolivia vuelve a sostener que, como las relaciones entre Comsur, el Sindicato de Colquiri y las cooperativas que operaban en la Mina de Colquiri supuestamente eran “tensas”, Glencore Bermuda debería haber previsto que el Estado posteriormente iba a expropiar el Arrendamiento de Colquiri sin pagar

²⁵⁶ Réplica, párrafo 239. En la Dúplica, Bolivia pasa este argumento completamente por alto.

²⁵⁷ Contrato de Compraventa de la Fundición de Antimonio, 11 de enero de 2002, **C-9**, cláusula 15.

²⁵⁸ *Ver, en general*, Dúplica, sección 2.7.2 (en que no se identifica ni una sola oportunidad en que Bolivia haya planteado a Glencore o sus subsidiarias el tema de la inactividad de la Fundición de Antimonio. En efecto, Bolivia reconoció que la Fundición de Antimonio había estado sin producir desde 2000. *Ver* Primera Declaración Testimonial de Ramiro Villavicencio, párrafos 94-95).

²⁵⁹ Segunda Declaración Testimonial de Christopher Eskdale, párrafo 62. El Sr. Eskdale también explicó que no era viable desde la perspectiva comercial retomar la producción en la Fundición de Antimonio. *Ver también* Primera Declaración Testimonial de Christopher Eskdale, párrafo 38.

²⁶⁰ Dúplica, párrafos 424-425; Escrito de Contestación, párrafos 317-319.

compensación ni respetar el debido proceso²⁶¹. Según Bolivia, la “reversión” del Arrendamiento de Colquiri se debió a “la administración defectuosa de Sinchi Wayra y Comsur de las relaciones con los cooperativistas” porque: (i) Comsur no volvió a contratar a los trabajadores despedidos por Comibol, con lo que aumentó la cantidad de cooperativistas en la región; (ii) Comsur y Sinchi Wayra tenían una “política” de ceder a las demandas de áreas de trabajo de los cooperativistas; y (iii) Comsur y Sinchi Wayra tenían “un pobre historial de garantizar la seguridad de la Mina”²⁶². Por los motivos que se expresan a continuación, el planteamiento de Bolivia fracasa rotundamente.

118. *Primero*, Bolivia ahora reconoce (contrariamente a lo que alegó inicialmente)²⁶³ que, de hecho, fue Comibol quien despidió a los trabajadores de la Mina de Colquiri antes de la privatización²⁶⁴. Forzada a reconocer esto, ahora Bolivia cambia su argumento para alegar que supuestamente se esperaba que Comsur volviera a contratar a los trabajadores que había despedido Comibol²⁶⁵. Sin embargo, no puede identificar ningún documento que demuestre esta expectativa. Lo único que cita en sustento es una afirmación de su testigo, el Sr. Mamani, quien da a entender que, en efecto, fue Comibol quien hizo promesas vacías a los trabajadores que despidió: “[s]i bien es cierto que los contratos de trabajo de dichos empleados fueron terminados por COMIBOL, en su momento [ellos] nos indicaron que la idea era que la empresa privada los contratara nuevamente”²⁶⁶. De hecho, Comsur tenía libertad para tomar sus propias decisiones en materia de contratación de personal. El Arrendamiento de Colquiri no incluía ninguna

²⁶¹ Dúplica, párrafos 134-145 y 424-425.

²⁶² *Ibid.*, párrafo 425.

²⁶³ En un primer momento, Bolivia había argumentado que Comsur era responsable por la presencia de las cooperativas en la Mina de Colquiri porque supuestamente había despedido a la mayor parte de los trabajadores. Escrito de Contestación, párrafos 317-319.

²⁶⁴ Dúplica, párrafos 139, 141 y 425; *ver también* Réplica, párrafos 149 y 242; Segunda Declaración Testimonial de Eduardo Lazcano, párrafo 8.

²⁶⁵ Dúplica, párrafos 139-140 y 425.

²⁶⁶ Segunda Declaración Testimonial de Joaquín Mamani, párrafo 9 (énfasis añadido).

obligación referente a la contratación o recontractación de exempleados de Comibol. La propia Bolivia reconoce que Comibol puso fin a los contratos de los trabajadores sin trasladar a Comsur ninguna obligación laboral relacionada con Comibol²⁶⁷. De modo similar, no había en el derecho boliviano disposición alguna que le exigiera a Comsur recontractar a los empleados despedidos por Comibol²⁶⁸. De cualquier manera, como lo explicó el Sr. Lazcano, solo cuatro meses después de la firma del Arrendamiento de Colquiri, Comsur había contratado a aproximadamente 130 trabajadores, cantidad que se incrementó a aproximadamente 330 para final del año²⁶⁹.

119. *Segundo*, el Sr. Eskdale explicó que, en el momento de la adquisición, Glencore había llevado adelante un amplio proceso de *due diligence* [REDACTED]. Es inútil el intento de Bolivia de alegar lo contrario²⁷¹. Las pruebas demuestran que Glencore prestó mucha atención al hecho de que en la Mina de Colquiri operaban cooperativistas²⁷². [REDACTED]

²⁶⁷ Dúplica, párrafo 139 (“Además, como es común en este tipo de operaciones (y fue notado por Paribas), la rescisión de todos los contratos de trabajo aseguró que no se transfirieran pasivos laborales al nuevo operador de la Mina”) (se omitió la cita interna).

²⁶⁸ En efecto, el artículo 55 del Decreto Supremo N.º 21.060 establecía que: “Las empresas y entidades del sector público y privado podrán libremente convenir o rescindir contratos de trabajo con estricta sujeción a la Ley General del Trabajo y su Decreto Reglamentario”. Así, las obligaciones de Comsur se limitaban a aquellas previstas en la Ley del Trabajo, que no exigía la recontractación obligatoria de los trabajadores de Comibol. Decreto Supremo N.º 21.060, 29 de agosto de 1985, **R-2**, artículo 55.

²⁶⁹ Segunda Declaración Testimonial de Eduardo Lazcano, párrafo 9; Planillas de sueldos y jornales de Colquiri, varias fechas, **C-279**, páginas 30 y 90. Además, si bien Bolivia aduce que resolvió el conflicto de la Mina de Colquiri con la contratación de más de 600 excooperativistas, esto puso presión sobre las operaciones por el exceso de personal y los mayores costos. *Ver, por ejemplo*, “Minera Colquiri requiere solo 900 trabajadores y tiene 1.249”, *Eju!*, 7 de julio de 2015, **C-296**, páginas 1-3.

²⁷⁰ [REDACTED]

²⁷¹ *Ver, por ejemplo*, Dúplica, párrafo 425.

²⁷² En efecto, como lo reconoció Bolivia, los subsidiarios y arrendatarios (los actuales cooperativistas) han representado un grupo social importante en todas las grandes minas

[REDACTED]

[REDACTED]

120. Como lo manifestó el Sr. Eskdale, Glencore determinó que contaba con las herramientas y la experticia para continuar el diálogo productivo con las cooperativas junto a Comibol, tal como lo había hecho Comsur anteriormente²⁷⁵. De hecho, el propio Arrendamiento de Colquiri reconocía que Comibol ya les había conferido áreas de trabajo a las cooperativas en la Mina de Colquiri²⁷⁶, y le impuso a Comibol la obligación de “defender, proteger, garantizar y reivindicar derechos contra incursiones, usurpaciones y otras perturbaciones de terceros”²⁷⁷.
121. *Tercero*, Glencore Bermuda ya ha demostrado que ni Comsur ni Sinchi Wayra tenían una “política” de ceder a las demandas de áreas de trabajo de las cooperativas y que los acuerdos a que se llegaba con los cooperativistas se

bolivianas y han trabajado en la Mina de Colquiri bajo la supervisión de Comibol desde la década de 1980. Ver Dúplica, párrafo 141; Réplica, párrafo 242; Escrito de Contestación, párrafos 32 y 34. Ver también Primera Declaración Testimonial de Andrés Cachi, párrafos 8-9; Primera Declaración Testimonial de Joaquín Mamani, párrafo 8.

273 [REDACTED]

274 [REDACTED]

275 Segunda Declaración Testimonial de Christopher Eskdale, párrafo 63.

276 Arrendamiento de Colquiri, 27 de abril de 2000, C-11, cláusula 12.1.6.

277 *Ibíd.*, cláusula 12.2.1.

- negociaban y cerraban bajo supervisión de Comibol, tras considerar cuidadosamente la viabilidad de cada pedido²⁷⁸.
122. Ahora Bolivia se ve forzada a reconocer que Comibol de hecho aprobó oficialmente esos acuerdos (con la Mina de Colquiri manejada por Comsur y por Sinchi Wayra)²⁷⁹. De todas formas sostiene que esto es supuestamente “irrelevante” porque las asignaciones oficiales de Comibol estuvieron “precedidas” por acuerdos entre las empresas privadas y las cooperativas²⁸⁰.
123. Sin embargo, la postura de Bolivia no es importante a los efectos de su planteamiento de abuso de proceso y además es sustantivamente engañosa. Que supuestamente Sinchi Wayra haya manejado mal las relaciones con las cooperativas (cosa que no hizo) no afecta de modo alguno la cuestión de si Glencore Bermuda adquirió o no su participación en el Arrendamiento de Colquiri en marzo de 2005 a sabiendas de que era muy probable que posteriormente fuera expropiado por Bolivia —sin compensación y sin debido proceso.
124. Además, las pruebas demuestra que el planteamiento de Bolivia es incorrecto en cuanto a los hechos. Comibol participaba de forma regular y activa en el manejo de la relación con las cooperativas y tanto Comsur como Sinchi Wayra²⁸¹. Por

²⁷⁸ Ver Réplica, párrafos 151-161; Segunda Declaración Testimonial de Eduardo Lazcano, párrafos 22-23 (“La política [de Sinchi Wayra] era considerar únicamente la asignación de áreas de trabajo separadas, de las áreas explotadas por Sinchi Wayra, para que la presencia de los cooperativistas no interfiriera con las tareas de los trabajadores, minimizando las interrupciones a las operaciones de la empresa. Si solicitaban áreas que ya estaban siendo explotadas por Sinchi Wayra o iban a ser explotadas en un futuro cercano y no podían separarse, sus pedidos eran sistemáticamente rechazados”).

²⁷⁹ Ver, por ejemplo, Dúplica, párrafos 143 y 259. Ver también Réplica, párrafo 151; Segunda Declaración Testimonial de Eduardo Lazcano, párrafos 10-11 y 22.

²⁸⁰ Dúplica, párrafo 143; ver también *ibíd.*, párrafos 259-261; Declaración Testimonial de Héctor Córdova, párrafos 44-45.

²⁸¹ Réplica, párrafos 150-153. De hecho, así lo demuestra la prueba de la propia Bolivia. Ver, por ejemplo, Carta de Colquiri (Sr. Mirabal) a Comibol (Sr. Manzano), 19 de diciembre de 2003, **R-303** (en que se comparten con Comibol novedades de las negociaciones con los cooperativistas y se advierte que la aprobación de Comibol era “indispensable para el cumplimiento del convenio”); Carta de Colquiri (Sr. Mirabal) a Comibol (Sr. Tamayo), 17 de marzo de 2005, **R-304** (en que se advierte que el área que se arrendaría a la Cooperativa 21 de Diciembre iba a definirse mediante

ejemplo, Bolivia menciona la asignación del nivel -325 de la Mina de Colquiri a las cooperativas, y dice que Colquiri y las cooperativas llegaron a un acuerdo preliminar “sin la participación de COMIBOL” y que “la evaluación técnica de la viabilidad de la asignación y la explotación del nivel -325 se llevaría a cabo entre la empresa y la *Cooperativa 26 de Febrero* exclusivamente”²⁸². Sin embargo, la prueba indica claramente que Comibol estuvo involucrada en cada paso del proceso. En particular:

- (a) Comibol aprobó el pedido de Colquiri de llevar adelante una inspección técnica a efectos de identificar y definir áreas de trabajo en el nivel -325 para su asignación a la *Cooperativa 26 de Febrero*²⁸³.
- (b) Colquiri le envió a Comibol una copia del acuerdo alcanzado con la *Cooperativa 26 de Febrero* para obtener la autorización de Comibol²⁸⁴. Colquiri también compartió con Comibol el informe de la inspección técnica, y advirtió que las partes estaban a la espera de la aprobación formal de Comibol para proceder con los acuerdos²⁸⁵.

una comisión técnica integrada por Comibol, la cooperativa y Colquiri y se solicita que Comibol cree esa comisión); Carta de Colquiri (Sr. Mirabal) a Comibol (Sr. Tamayo), 17 de marzo de 2005, **R-304** (en que se da seguimiento a un pedido de áreas de trabajo que las cooperativas le habían presentado directamente a Comibol). Convenio entre Fencomin, Fedecomín La Paz, Fedecomín Oruro, Trabajadores de las Cooperativas 26 de Febrero y 21 de Diciembre, Colquiri, el Viceministerio de Minería y Comibol, 21 de mayo de 2004, **C-193**; Acta de Entendimiento Definitivo entre Comibol, Cooperativa 21 de Diciembre, Colquiri, Fencomin y Fedecomín La Paz, 15 de junio de 2005, **C-212**; Carta del director técnico de COMIBOL al presidente de COMIBOL, 20 de abril de 2005, **R-153**; Escritura pública de subarrendamiento de colas, suscrita por Compañía Minera Colquiri SA y la Cooperativa 21 de Diciembre Colquiri LTDA, 10 de marzo de 2006, **R-39**.

²⁸² Dúplica, párrafo 260.

²⁸³ Carta de Colquiri (Sr. Hartmann) a Comibol (Sr. Miranda), 14 de enero de 2009, **R-339**; Carta de Comibol (Sr. Miranda) a Colquiri (Sr. Hartmann), 16 de enero de 2009, **C-291**.

²⁸⁴ Ver Acuerdo para la obtención de la autorización de Comibol para trabajos mineros por parte de la Cooperativa 26 de Febrero Ltda. en un área del nivel -325 del Centro Minero Colquiri, 6 de marzo de 2009, **C-292**.

²⁸⁵ Carta de Colquiri (Sr. Hartmann) a Comibol (Sr. Miranda), 26 de marzo de 2009, **C-294**. Ver también Carta de Comibol (Sr. Miranda) a la Cooperativa 26 de Febrero (Sr. Cochi y Sr. Mamani), 26 de marzo de 2009, **R-340** (Comibol le comunica a la cooperativa que recibió el informe de

- (c) Comibol acusó recibo del acuerdo y solicitó, “[c]on el fin de facilitar la atención a los requerimientos de la Cooperativa Minera 26 de Febrero”, que Colquiri presentara una carta en la que confirmara su renuncia a las áreas en las que se permitiría trabajar a la cooperativa²⁸⁶. Colquiri dio debido cumplimiento²⁸⁷.
125. Lo afirmado por Bolivia de que Comsur y Sinchi Wayra solamente involucraron a Comibol “cuando ya era inevitable un conflicto de grandes proporciones”²⁸⁸ es, por lo tanto, infundado²⁸⁹.
126. *Cuarto*, Bolivia aduce que Comsur y Sinchi Wayra tenían un “pobre historial de garantizar la seguridad de la Mina” y supuestamente no podían solucionar las tensiones sociales cada vez mayores con las cooperativas porque, entre otras cosas: (i) los cooperativistas no respetaban las áreas de seguridad establecidas por la empresa; (ii) los cooperativistas sobornaban a empleados de Sinchi Wayra para poder ingresar a la Mina; y (iii) Sinchi Wayra jamás intentó anular los acuerdos

inspección técnica y propone que la cooperativa cree una comisión técnica conjunta con Colquiri para evaluar las reservas existentes en los niveles asignados a la cooperativa).

²⁸⁶ Carta de Comibol (Sr. Miranda) a Colquiri (Sr. Hartmann), 24 de marzo de 2009, **C-293**.

²⁸⁷ Carta de Sinchi Wayra (Sr. Capriles) a Comibol (Sr. Miranda), 15 de abril de 2009, **C-238**.

²⁸⁸ Dúplica, párrafo 261.

²⁸⁹ En efecto, el expediente indica que los cooperativistas a menudo dirigían los pedidos de áreas de trabajo directamente a Comibol, que luego intercedía ante Sinchi Wayra o Colquiri para cumplir las demandas de las cooperativas. *Ver* Réplica, párrafo 151; Carta de Comibol (Sr. Córdova) a Comsur (Sr. Urjel), 5 de octubre de 2005, **C-216**; Carta de la Cooperativa Multiactiva Mesa y Plata Ltda (Sr. Solares y Sr. Agne) a Comibol (Sr. Miranda), 22 de marzo de 2007, **C-227**; Carta de la Cooperativa 26 de Febrero (Sr. Coñaja y otros) a Comibol (Sr. Miranda), 26 de julio de 2007, **C-229**; Carta de la Cooperativa 21 de Diciembre (Sr. Quipe) a Comibol (Sr. Revollo), 18 de mayo de 2006, **C-290** (en que también se pidió a Comibol tomar medidas contra los mineros ilegales en el área, y se le solicitó “se ejerciten las acciones legales que correspondan en resguardo del derecho propietario de COMIBOL”). Bolivia también explica que el propio ministro de Minería visitó la Mina de Colquiri en marzo de 2012 junto con el viceministro de Cooperativas y el presidente ejecutivo de Comibol, Héctor Córdova, para poder evaluar el pedido de la Cooperativa 26 de Febrero de que se le cedieran áreas adicionales de trabajo, solicitud que tanto el ministerio de Minería como Comibol terminaron aprobando. Dúplica, párrafos 284-285; Segunda Declaración Testimonial de David Alejandro Moreira, párrafo 13; Nota interna del Ministerio de Minería sobre la Visita a la Mina de Colquiri, 12 de marzo de 2012, **R-343**.

con los cooperativistas²⁹⁰. Una vez más, aun si estas afirmaciones fueran ciertas (que no lo son), resultan por completo irrelevantes para la cuestión de si Glencore Bermuda podría o no haber previsto la expropiación del Arrendamiento de Colquiri por parte del Estado en el momento en que adquirió su participación en el Activo en marzo de 2005.

127. Como lo explicó el Sr. Lazcano, los robos de minerales por parte de cooperativistas, conocidos comúnmente con el nombre de juqueos, son “una característica común” en las minas de Bolivia²⁹¹. Y, “[e]n el caso de la Mina de Colquiri, los juqueos se limitaban a esporádicos robos de minerales, principalmente en áreas que Comsur no estaba explorando”²⁹². Bolivia no ha demostrado lo contrario.
128. Contrario a lo afirmado por Bolivia, lo que, en cambio, demuestra la prueba es que tanto Comsur como Sinchi Wayra emplearon medidas significativas para solucionar el tema de los juqueos y las tensiones relacionadas con los cooperativistas. Dichas medidas incluyeron, por ejemplo, el incremento de la cantidad de personal de seguridad presente en la Mina de Colquiri, la presentación de las denuncias penales correspondientes y los pedidos de asistencia a Comibol con arreglo al Arrendamiento de Colquiri²⁹³. La propia Bolivia reconoce que Sinchi Wayra estableció áreas de seguridad dentro de la Mina de Colquiri y

²⁹⁰ Dúplica, párrafos 144 y 425 y Sección 2.7.3.1.

²⁹¹ Segunda Declaración Testimonial de Eduardo Lazcano, párrafos 14 y 24.

²⁹² *Ibíd.*, párrafo 14.

²⁹³ *Ibíd.*, párrafos 25, 36 (en que se explica cómo en marzo de 2012, “con el fin de frenar las invasiones”, el Sr. Lazcano “tom[ó] la decisión de bloquear físicamente las puertas de acceso de Triunfo en la parte norte de la mina, inundar su rampa de acceso y cortar la energía, agua y aire en los niveles inferiores”) y 40. *Ver también* Carta de Colquiri (Sr. Capriles) a Comibol (Sr. Córdova), 3 de abril de 2012, **C-30**; Carta de Colquiri (Sr. Capriles) a Comibol (Sr. Córdova), 30 de mayo de 2012, **C-31**; Carta de Colquiri (Sr. Lazcano y otros) a Sinchi Wayra (Sr. Hartmann), 29 de marzo de 2012, **C-252**; Carta de Comibol (Sr. Córdova) a Sinchi Wayra (Sr. Capriles), 20 de abril de 2012, **C-253**.

empleó personal de seguridad para protegerse contra el ingreso no autorizado de los cooperativistas²⁹⁴.

129. *Por último*, las pruebas obrantes en el expediente demuestra con claridad que la presente diferencia surgió de la decisión premeditada de Bolivia de fabricar un conflicto entre las cooperativas y el Sindicato de Colquiri para poder contar con un pretexto para nacionalizar el Arrendamiento de Colquiri²⁹⁵. El 10 de mayo de 2012 (siete años después de la adquisición del Arrendamiento de Colquiri), el Gobierno y representantes de COB, la FSTMB y el Sindicato de Huanuni convinieron que “se convocará al Sindicato Minero de Colquiri para una reunión definitoria para ejecutar la Nacionalización de la Mina Colquiri”²⁹⁶. Como lo explicó el Sr. Eskdale, la Demandante no podría haber previsto la controversia específica en el momento en que adquirió su participación en el Arrendamiento de Colquiri²⁹⁷.

130. En suma, queda claro a partir de las pruebas obrantes en el expediente que Glencore Bermuda es un inversor protegido por el Tratado. Corresponde

²⁹⁴ Dúplica, párrafo 263.

²⁹⁵ Réplica, párrafo 241.

²⁹⁶ Acuerdo del 10 de mayo de 2012, 10 de mayo de 2012, **C-256**. Bolivia sostiene que el Acuerdo del 10 de mayo de 2012 no podría haber sido un acuerdo de nacionalizar la Mina de Colquiri porque “[s]implemente no tendría ningún sentido que el gobierno estuviera de acuerdo en la reversión del Arrendamiento de la Mina sin buscar el apoyo de los sindicatos de la misma Mina”. Dúplica, párrafo 274 (en que se cita Segunda Declaración Testimonial de Joaquín Mamani, párrafo 28). Pero es exactamente esto lo que Bolivia acordó hacer: garantizar el respaldo de los trabajadores de Colquiri a su decisión de nacionalizar la mina. En ese momento, los trabajadores respaldaron a Colquiri porque les garantizó su estabilidad laboral. *Ver, por ejemplo*, Documento político aprobado en el XXXI Congreso Nacional de Minería de la FSTMB, 3 de septiembre de 2011, **R-277**, página 8. Bolivia utilizó el conflicto de mayo de 2012 para convencer a los trabajadores de que estaba en peligro la estabilidad de sus trabajos de modo tal de asegurarse su respaldo a la nacionalización. *Ver* Segunda Declaración Testimonial de Lazcano, párrafos 54, 70 y 73.

²⁹⁷ Segunda Declaración Testimonial de Christopher Eskdale, párrafo 63.

desestimar las alegaciones infundadas de Bolivia en relación con el descorrimiento del velo societario y el abuso de proceso.

C. GLENCORE BERMUDA EFECTUÓ UNA INVERSIÓN PROTEGIDA POR EL TRATADO

131. Como ya lo explicó la Demandante con anterioridad, el artículo 1 del Tratado define las “inversiones” en términos amplios, como comprensivas de “toda clase de bienes”, incluidos “bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales” y “acciones, títulos y obligaciones de sociedades o participación en los bienes de dichas sociedades”²⁹⁸. No está en discusión que: (i) Glencore Bermuda es titular indirecta del 100% de las acciones de Vinto y Colquiri, las sociedades bolivianas que controlan los Activos; y (ii) con ello, Glencore Bermuda también tiene una participación indirecta en los Activos, incluidos bienes muebles e inmuebles, derechos y derechos a fondos que tengan un valor económico. Las participaciones de Glencore Bermuda en Vinto, Colquiri y los Activos constituyen entonces inversiones protegidas por el Tratado²⁹⁹.
132. En el Escrito de Contestación, Bolivia intentó importar al Tratado dos requisitos adicionales para la jurisdicción ajenos al texto de dicho instrumento. Primero, Bolivia adujo que el Tratado exige que el inversor demandante efectúe una inversión “activa”³⁰⁰. Segundo, Bolivia alegó que el Tratado únicamente protege las inversiones “directas”, con exclusión de las “indirectas”³⁰¹. Bolivia basó esos argumentos en la presencia de las palabras “efectuadas”, “de” y “realizar inversiones” en varias cláusulas del Tratado (ninguna de las cuales figura en el contexto de definir la inversión protegida) y en una supuesta “prohibición” del derecho internacional consuetudinario contra la formulación de reclamos por

²⁹⁸ Tratado, **C-1**, artículo 1(a)(i)-(ii).

²⁹⁹ Escrito de Demanda, Sección IV.C; Réplica, Sección IV.C.

³⁰⁰ Escrito de Contestación, Sección 4.1.1.

³⁰¹ *Ibíd.*, Sección 4.1.2.

- inversores indirectos³⁰². Bolivia adujo luego que la inversión de Glencore Bermuda no se ajustó a esos criterios adicionales porque, según dijo, la Demandante recibió los Activos sin contraprestación (lo cual es incorrecto) y no asumió un rol activo en la gestión y operación de los mismos, de los cuales es titular indirectamente³⁰³.
133. En su Orden Procesal N.º 2, el Tribunal determinó que las objeciones formuladas por Bolivia sobre la base de estos dos supuestos requisitos no eran “suficientemente seria[s] como para justificar una bifurcación” porque (entre otras cosas) ninguna de las dos tenía sustento en el texto³⁰⁴.
134. En la Réplica, la Demandante demostró que el Tratado no exige una inversión “activa” y que su protección se extiende a inversiones indirectas³⁰⁵. La Demandante demostró que la mayor parte de la jurisprudencia relevante rechaza los intentos de importar al TBI requisitos para la jurisdicción que no consten en el texto³⁰⁶. Por otra parte, la Demandante demostró que, aun si se aceptara como cuestión de derecho la postura de Bolivia (que no debería aceptarse), la inversión de la Demandante se ajusta incluso a la definición más restrictiva de “inversión” que propone Bolivia³⁰⁷.
135. Ahora sorprendentemente (y engañosamente) Bolivia aduce que, en la Réplica, la Demandante, “concedió” la validez de los argumentos de Bolivia respecto de la existencia de un requisito para la jurisdicción adicional y no incluido en el texto, consistente en que la inversión sea “activa”³⁰⁸. La Demandante no reconoció cosa

³⁰² *Ibíd.*, Sección 4.1.1.

³⁰³ *Ibíd.*, Secciones 4.1.2 y 4.4.3.

³⁰⁴ Orden Procesal N.º 2 del Tribunal: Decisión sobre Bifurcación, 31 de enero de 2018, párrafos 42 y 51.

³⁰⁵ Réplica, Sección IV.C.

³⁰⁶ *Ibíd.*, párrafos 251-260.

³⁰⁷ *Ibíd.*, párrafos 261-264.

³⁰⁸ Dúplica, párrafos 433-437.

tal. Como ya lo demostró la Demandante en la Réplica³⁰⁹, no hay sustento para la teoría extratextual de Bolivia respecto de la definición de inversiones del Tratado ni para su afirmación de hecho de que la Demandante no efectuó una inversión protegida. Esto sigue siendo cierto incluso después de la más reciente presentación escrita de Bolivia, como lo demostramos a continuación en el apartado 1. Además de intentar importar al Tratado un requisito de “inversión activa”, Bolivia repite el argumento, que se ha rechazado ya una y otra vez, de que la parte demandante no puede “presentar demandas por violaciones de derechos cuya titularidad sea indirecta”³¹⁰. Como lo explicamos en el apartado 2, Bolivia se equivoca.

1. Corresponde que el Tribunal rechace la objeción de Bolivia basada en su teoría de la inversión “activa”

a. No hay fundamento jurídico para el requisito de la inversión “activa” propuesto por Bolivia

136. Bolivia pasa por alto los argumentos formulados por la Demandante en la Réplica y afirma que la Demandante “ni siquiera intenta refutar los principales argumentos de Bolivia para demostrar que el Tratado exige una inversión activa”³¹¹. Más específicamente, Bolivia aduce incorrectamente que la Demandante “no responde” a su remisión: (i) al sentido corriente que debe darse a las palabras “de” y “efectuadas” de los artículos 8 y 13 del Tratado, respectivamente³¹²; y (ii) al objeto y fin del Tratado, que supuestamente confirman la interpretación “de estos requisitos textuales” propuestos por Bolivia³¹³. Esto es incorrecto.

³⁰⁹ Réplica, Sección IV.C.

³¹⁰ Dúplica, párrafo 490.

³¹¹ *Ibíd.*, párrafo 433.

³¹² *Ibíd.*, párrafos 434-435.

³¹³ *Ibíd.*, párrafo 436.

137. Como ya lo explicó la Demandante en la Réplica, el uso de las palabras “de” o “efectuadas”, leídas según su sentido corriente y en su contexto, no indica de modo alguno que la inversión deba ser “activa” (especialmente no del modo en que Bolivia define ese término, es decir, como exigencia de la participación directa del inversor en la adquisición, gestión y/u operación de los Activos) para recibir la protección del Tratado³¹⁴.

(a) Bolivia le atribuye mucho peso al uso de la preposición “de” en la frase “un inversor de [un nacional o una sociedad de una Parte Contratante]” que figura en el artículo 8 del Tratado (“Arreglo de Diferencias entre un Inversionista y un país Receptor”). Los argumentos de Bolivia en este sentido son difíciles de seguir. No está claro por qué la inversión pasiva “de” un inversor no debe considerarse inversión “del” inversor. El sentido corriente del posesivo “de” solamente indica que la inversión debe pertenecer al inversor (ese inversor puede ser pasivo o activo, y la inversión puede pertenecerle directa o indirectamente). La única exigencia es que exista un vínculo (sea directo o indirecto) entre el inversor demandante y la inversión³¹⁵. Y en este caso claramente existe dicho vínculo.

(b) Igualmente, el uso de la palabra “efectuadas” en artículo 13 del Tratado (la cláusula de limitación temporal de dicho instrumento) no indica que el inversor deba ser y permanecer “activo” en el sentido de estar

³¹⁴ Réplica, párrafos 250-257.

³¹⁵ Es en este sentido que el árbitro Park, en la decisión por pluralidad del caso *Alapli*, manifestó que la “referencia a la inversión ‘de’ un inversor debe connotar una contribución activa de algún tipo” (traducción no oficial al español). *Alapli Elektrik BV c. República de Turquía* (Caso CIADI N.º ARB/08/13), Laudo, 16 de julio de 2012, **CLA-111**, párrafo 359. Añadió: “En otras palabras, el texto del tratado importa no solamente la existencia abstracta de algún tipo de bien, sean acciones u otro bien, sino también la actividad de invertir. El Tribunal debe dar con una acción por la que se transfiera algo de valor (dinero, *know-how*, contactos o conocimientos especiales) de un país del tratado a otro” (traducción no oficial al español). *Ibíd.*, párrafo 360. Esa transferencia de valor se produjo en este caso en forma de aporte considerable de dinero. La decisión del árbitro Park no contiene elemento alguno que indique que sea necesaria una participación activa en la adquisición, la gestión o la operación de los Activos.

directamente involucrado en la adquisición, la gestión y/o las operaciones de activos que forman parte de la inversión para que la inversión pueda gozar de la protección del Tratado. El artículo 1(a) del Tratado (que define el término “inversiones”) es claro en cuanto a que “[u]n cambio de la forma de inversión de los bienes no afecta su condición de inversiones”³¹⁶. Por otra parte, si nos fijamos en el contexto de la palabra “efectuadas” en el artículo 13 del Tratado (como lo exige el artículo 31 de la Convención de Viena), está claro que este texto no se utiliza de ningún modo como calificador del término “inversión”, definido doce artículos antes. Como ya lo advirtió la Demandante³¹⁷, otros tribunales (entre ellos el de *Gold Reserve*) ya rechazaron exactamente los mismos argumentos que ahora formula Bolivia³¹⁸.

138. Por consiguiente, los argumentos de Bolivia en nada contribuyen a desplazar la voluntad de las Partes Contratantes, reflejada expresamente en el artículo 1(a) del

³¹⁶ Tratado, **C-1**, artículo 1(a).

³¹⁷ Réplica, párrafos 255-256, nota al pie 665-666 (en que se cita *Flemingo DutyFree Shop Private Limited c. Polonia* (CNUDMI), Laudo (expurgado), 12 de agosto de 2016, **CLA-223** párrafos 306-308; *Saluka Investments BV c. República Checa* (CNUDMI), Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, **CLA-62**, párrafos 209-211; *Fedax NV c. República de Venezuela* (Caso CIADI N.º ARB/96/3), Decisión sobre el Tribunal Excepciones a la Jurisdicción, 11 de julio de 1997, **CLA-21**, párrafo 18.)

³¹⁸ *Gold Reserve Inc c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/09/1), Laudo, 22 de septiembre de 2014, **CLA-123**, párrafo 260 (en que se rechazaron los siguientes argumentos planteados por Venezuela sobre el significado del verbo “efectuar”: “[L]as Partes han discutido largamente si el proceso que condujo a la titularidad accionaria indirecta de una subsidiaria local por parte de la Demandante y, por medio de aquella, a la titularidad de derechos y concesiones mineras cumple la condición de ‘efectuar’ una inversión en el territorio de Venezuela. La discusión es si puede decirse que la sociedad canadiense ha ‘efectuado’ la inversión, dado que los derechos mineros ya le habían sido conferidos a la filial venezolana antes de la reestructuración por medio de la cual Gold Reserve Inc., la sociedad canadiense, adquirió Gold Reserve Corp, la sociedad estadounidense. Venezuela arguyó que, como la inversión ya existía antes de que siquiera se constituyera la sociedad canadiense, no puede decirse que esta última haya efectuado esa inversión”) (traducción no oficial al español). *Ver ibíd.*, párrafo 261 (“Según el sentido corriente de las palabras, ‘efectuar una inversión en el territorio de Venezuela’ no exige que medie un movimiento de capital ni otros valores por las fronteras de Venezuela”) (traducción no oficial al español).

- Tratado, de extender las protecciones que ofrece dicho instrumento a “toda clase de bienes capaces de producir rentas”³¹⁹.
139. Del mismo modo en que Bolivia no puede reescribir las disposiciones del Tratado, su forzada teoría en cuanto al objeto y fin del Tratado³²⁰ no puede servir para importar un requisito inexistente de “actividad” de gestión de parte del inversor. La inclusión de inversiones “pasivas” en el ámbito de las protecciones del Tratado es completamente congruente con los objetivos declarados del preámbulo de “crear condiciones favorables para mayores inversiones de capital de los nacionales o sociedades de un Estado en el territorio del otro Estado” de forma tal de “servir para estimular la iniciativa económica privada” que “aumentará la prosperidad de ambos Estados”³²¹. Las inversiones activas y pasivas son por igual capaces de cumplir estos objetivos y no hay ningún principio que sirva de base para trazar entre ellas distinción alguna.
140. La forma en que Bolivia interpreta el Tratado es incongruente con la jurisprudencia. Tras decir que “no es necesario realizar un mayor análisis”³²² más allá de la simple lectura del texto del Tratado, Bolivia dedica diez párrafos en su

³¹⁹ *Ver también Mytilineos Holdings SA c. la Unión Estatal de Serbia y Montenegro y la República de Serbia* (CNUDMI), Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 8 de septiembre de 2006, **CLA-237**, párrafo 129 (“No obstante, la interpretación de las Demandadas restringiría de manera indebida e impredecible el sentido de lo que, por lo demás, es una definición clara y directa de inversiones. El Tribunal concluye que el punto central de la definición está en la caracterización de ‘toda clase de bienes’ como ‘inversión’. Los ejemplos de bienes añadidos con fines ejemplificativos a esta definición del artículo 1(1)(a) – (e) del TBI y el verbo ‘invertido’ no le agregan nada. Más bien, el verbo ‘invertido’ parece ser necesario para la condición adicional de que es necesario que las inversiones se efectúen ‘de conformidad con la legislación [del Estado receptor]’”) (traducción no oficial al español). *Ver también ibíd.*, párrafo 133 (“Aun si, a los efectos de la discusión, fuéramos a aceptar la afirmación de las Demandadas de que, para constituir una ‘inversión’ en los términos del TBI, es necesario que los bienes se hayan ‘invertido’, podemos dudar en cuanto a que este requisito vaya a añadir un sentido verdaderamente restrictivo a la definición amplia de inversión del TBI”) (traducción no oficial al español).

³²⁰ *Ver* Escrito de Contestación, párrafos 274-277.

³²¹ Tratado, **C-1**, preámbulo. Cabe advertir que Bolivia parece haber abandonado su argumento de que el uso de la palabra “de” en el preámbulo del Tratado, específicamente, respalda su teoría de la “inversión activa”. *Comparar* Escrito de Contestación, párrafo 275, *con* Dúplica, párrafo 436.

³²² Dúplica, párrafo 438.

presentación más reciente a intentar desesperadamente “confirma[r] la autoridad”³²³ de la jurisprudencia que invocó en el Escrito de Contestación³²⁴. Acusa irresponsablemente a la Demandante de haber “depend[ido] en gran medida de tergiversaciones” en la Réplica para demostrar que la jurisprudencia invocada por Bolivia no sustenta su teoría³²⁵. Sin embargo, como lo demuestran los siguientes párrafos (con un nivel de detalle que, desafortunadamente, resulta necesario por el desvío de la atención causado por Bolivia), hay una sola parte que aquí caracteriza incorrectamente las fuentes, y no es la Demandante.

141. En la Dúplica, Bolivia insiste en sostener que los tribunales de *Standard Chartered Bank*, *Orascom*, *Vestey*, *KT Asia*, *Alapli* y *Bayindir* concluyeron todos que para recibir la protección del TBI es necesario que haya una inversión activa, independientemente de que resulte de aplicación o no el artículo 25 del Convenio del CIADI³²⁶. Bolivia aduce además que *Isolux*, *Alps Finance* y *Romak* brindan “confirmación del requisito de inversión activa”³²⁷. Dichos casos categóricamente no sustentan esta proposición:

(a) Si bien los laudos de *Orascom*, *Vestey* y *KT Asia* sí indicaron, contrario a otras fuentes eminentes³²⁸, que existe una definición intrínseca de “inversiones” que se aplica independientemente del Convenio del

³²³ *Ibíd.*

³²⁴ *Ibíd.*, párrafos 438-448.

³²⁵ *Ibíd.*, párrafo 438.

³²⁶ *Ibíd.*, párrafos 439-440.

³²⁷ *Ibíd.*, párrafo 442.

³²⁸ Réplica, párrafo 259 (en que se cita Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, *Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (1965)*, de abril de 2006, **CLA-61**, punto V.27; *White Industries Australia Limited c. República de India* (CNUDMI), Laudo Final, 30 de noviembre de 2011, **CLA-200**, párrafos 7.4.8–7.4.9). Ver también *Mytilineos Holdings SA c. la Unión Estatal de Serbia y Montenegro y la República de Serbia* (CNUDMI), Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 8 de septiembre de 2006, **CLA-237**, párrafos 117-118.

CIADI³²⁹, ninguna de esas decisiones concluye que se exija la gestión activa y directa por parte el inversor:

- (i) El tribunal de *Orascom* rechazó específica y expresamente el argumento de Argelia de que, para poder recibir protección, la inversión debe ser activa: “No se exige ninguna participación “activa” con arreglo al TBI, que protege tanto las tenencias ‘minoritarias como indirectas’. Tampoco hay requisito tal en virtud del Convenio del CIADI”³³⁰.
- (ii) El tribunal de *Vestey* destacó que “el análisis de jurisdicción [se limita] a la titularidad de las acciones”³³¹. No se extiende a la evaluación del grado en que el inversor haya participado en la gestión diaria de los asuntos del negocio³³².
- (iii) En *KT Asia*, el tribunal concluyó que no tenía jurisdicción, no porque no se hubiera cumplido un supuesto requisito de “actividad” sino porque no se encontraba reunido *ninguno* de los

³²⁹ *KT Asia Investment Group BV c. República de Kazajistán* (Caso CIADI N.º ARB/09/8), Laudo, 17 de octubre de 2013, **CLA-118**, párrafos 165-166; *Orascom TMT Investments Sàrl c. República Popular y Democrática de Argelia* (Caso CIADI N.º ARB/12/35), Laudo, 31 de mayo de 2017, **RLA-9**, párrafo 371; *Vestey Group Ltd c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI N.º ARB/06/4), Laudo, 15 de abril de 2016, **RLA-5**, párrafo 192.

³³⁰ *Orascom TMT Investments Sàrl c. República Popular y Democrática de Argelia* (Caso CIADI N.º ARB/12/35), Laudo, 31 de mayo de 2017, **RLA-9**, párrafo 384 (traducción no oficial al español).

³³¹ *Vestey Group Ltd c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI N.º ARB/06/4), Laudo, 15 de abril de 2016, **RLA-5**, párrafo 199 (traducción no oficial al español).

³³² En ese caso, el tribunal explicó: “[A] los efectos de concluir que la diferencia que nos ocupa surge directamente de una inversión de un inversor, basta con determinar que Vestey era titular de las acciones de Agroflora”, la entidad venezolana que tenía los activos del negocio ganadero de Vestey en Venezuela (traducción no oficial al español). En efecto, el tribunal determinó que, por medio de su tenencia accionaria, “Vestey contribuyó recursos económicos considerables a su negocio ganadero en Venezuela” – y concluyó así que tenía competencia *ratione materiae* (traducción no oficial al español). *Vestey Group Ltd c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI N.º ARB/06/4), Laudo, 15 de abril de 2016, **RLA-5**, párrafos 192 y 198.

criterios de la “inversión” (contribución, duración y riesgo)³³³. La contribución a la inversión provino no de la demandante sino de un tercero (persona física) que no tenía la titularidad legal de la demandante; la demandante tuvo (y debía tener) la inversión reputada (la titularidad nominal de las acciones) solamente por un período muy limitado (unas pocas semanas) y no asumió ningún riesgo³³⁴. Estos hechos no presentan ninguna semejanza con los del caso que aquí nos ocupa.

(b) De modo similar, las otras decisiones que invoca Bolivia no ofrecen respaldo para su teoría de la inversión activa. Con excepción del caso *Standard Chartered Bank* (que es un caso aislado y diferenciable del nuestro, como se explica a continuación), estas decisiones no abordan la cuestión de si una inversión debe o no ser “activa” para poder recibir la protección del tratado. De hecho, también sustentan la postura de la Demandante:

(i) En su escrito más reciente, Bolivia afirma que la Demandante “admit[ió]” que *Alps Finance* y *Romak* “representan la proposición de que una inversión debe ser activa para que exista jurisdicción”³³⁵, y simplemente diferenció esos casos del presente “en base a los hechos”³³⁶. Bolivia se equivoca. Según el derecho, estos dos casos solamente respaldan una distinción conceptual entre “inversiones”, por un lado, y “operaciones puramente

³³³ *KT Asia Investment Group BV c. República de Kazajistán* (Caso CIADI N.º ARB/09/8), Laudo, 17 de octubre de 2013, **CLA-118**, párrafos 206, 216 y 221-222.

³³⁴ *Ibíd.*

³³⁵ Dúplica, párrafo 444.

³³⁶ *Ibíd.*, párrafo 445.

comerciales”³³⁷, como una “operación única de venta”³³⁸, por el otro. Esa distinción es completamente aparte de la teoría de la inversión “activa” de Bolivia y nada dice acerca de la misma. Naturalmente, dichos casos también pueden diferenciarse por los hechos³³⁹. A diferencia de las partes demandantes de *Romak* y *Alps Finance*, la Demandante efectuó una inversión de largo plazo; la operación en cuestión en este caso no podría describirse como operación comercial “única”³⁴⁰.

- (ii) De modo similar, el caso *Isolux* nada dice acerca de una supuesta exigencia de que haya una inversión “activa”. Si bien se reconoce que el laudo de *Isolux* respalda la existencia de una definición objetiva de “inversión”³⁴¹, no indica que la gestión activa y directa por parte del inversor sea un criterio relevante a la luz de esa definición, ni utiliza en absoluto la palabra “activa” en ese contexto.

³³⁷ *Romak SA (Suiza) c. República de Uzbekistán* (CNUDMI) (Caso CPA N.º AA280), Laudo, 26 de noviembre de 2009, **RLA-12**, párrafo 185. Ver también *ibíd.*, párrafo 189.

³³⁸ *Ibíd.*, párrafo 187. Ver también *Alps Finance and Trade AG c. República de Eslovaquia* (CNUDMI), Laudo [expurgado], 5 de marzo de 2011, **RLA-11**, párrafo 245 (“La tendencia jurisprudencial constante ha impulsado a la doctrina más prominente a excluir en términos categóricos la posibilidad de que una mera operación única de venta pueda constituir una inversión. El Tribunal no puede pasar por alto el consenso general que se ha dado en torno de la doctrina mencionada”) (traducción no oficial al español).

³³⁹ El tribunal de *Romak* determinó que Romak no había efectuado una inversión porque “los derechos de Romak estaban comprendidos en un contrato de venta, una operación comercial única de conformidad con la cual Romak se comprometió a entregar trigo contra el pago de un precio por las partes uzbekas, y surgían de dicho contrato” (traducción no oficial al español). *Romak SA (Suiza) c. República de Uzbekistán* (CNUDMI) (Caso CPA N.º AA280), Laudo, 26 de noviembre de 2009, **RLA-12**, párrafo 242. De modo similar, el tribunal de *Alps Finance* determinó que, de hecho, la supuesta inversión era “un mero contrato de compraventa” para la “adquisición de créditos”, y el Estado “era completamente ajeno” a esa operación (traducción no oficial al español). *Alps Finance and Trade AG c. República de Eslovaquia* (CNUDMI), Laudo [expurgado], 5 de marzo de 2011, **RLA-11** párrafos 229, 232 y 235.

³⁴⁰ Ver Réplica, párrafo 260.

³⁴¹ *Isolux Infrastructure Netherlands BV c. Reino de España* (Caso SCC N.º V2013/153), Laudo, 12 de julio de 2016, **RLA-10**, párrafo 686 (citado en la Dúplica, párrafo 443). Pero ver Réplica, párrafo 259 y párrafo 141(a) *supra*.

- (iii) Según Bolivia, la Demandante además “no discut[ió]” que el tribunal de *Bayindir* haya confirmado “que una compañía debe invertir activamente para recibir la protección del tratado”³⁴². Una vez más, esto es falso. El laudo de *Bayindir* no contiene elemento alguno que indique que exista una exigencia de inversión “activa”³⁴³. En cambio, en los párrafos citados por Bolivia no se hizo más que abordar y rechazar el argumento de Pakistán de que *Bayindir* no había realizado “ninguna inyección considerable de fondos que pudiera considerarse inversión”³⁴⁴. De hecho, el tribunal advirtió que “la definición general de inversión” del TBI (en la que se emplea un texto similar al del Tratado en todos los aspectos importantes) era “muy amplia”³⁴⁵, y que toda clase de activos constituirían una inversión en los términos del TBI³⁴⁶. Ello sustenta la postura de la Demandante, más que la de Bolivia.
- (iv) Bolivia se equivoca igualmente al invocar el caso *Alapli*. En el laudo de *Alapli*, que es una decisión por pluralidad, el árbitro Park analizó si había un nexo suficiente entre la demandante como supuesto inversor y la inversión³⁴⁷. Contrario a otras decisiones

³⁴² Dúplica, párrafo 439.

³⁴³ Escrito de Contestación, párrafo 262 (en que se cita *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AŞ c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI N.º ARB/03/29), Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, **CLA-60**, párrafos 118-121).

³⁴⁴ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AŞ c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI N.º ARB/03/29), Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, **CLA-60**, párrafo 118 (traducción no oficial al español).

³⁴⁵ *Ibíd.*, párrafo 113 (traducción no oficial al español).

³⁴⁶ El tribunal dejó expresamente abierto el tema de si “inversiones” tiene un sentido independiente según el TBI así como el Convenio del CIADI. *Ibíd.*, párrafo 122.

³⁴⁷ *Alapli Elektrik BV c. República de Turquía* (Caso CIADI N.º ARB/08/13), Laudo, 16 de julio de 2012, **CLA-111**, párrafos 382-384 y 389. Como se explicó en la Sección II.C.1.a *supra*, el tema en ese caso era si había un vínculo suficiente entre el supuesto inversor (la demandante en el arbitraje) y la inversión, de modo tal de que pudiera decirse que la demandante había invertido en el Estado receptor en el sentido de haber efectuado un aporte protegido durante un tiempo suficiente, a la vez que soportaba algún riesgo. El árbitro Park concluyó que la demandante “no

citadas por Bolivia, el árbitro Park sí usó la palabra “activa” en relación con “inversión” en ese laudo³⁴⁸. No obstante, lo hizo en un contexto completamente distinto del caso que nos ocupa, al analizar si podía o no decirse que la demandante en ese caso había realizado una “contribución” a la supuesta inversión y asumido con ello algún riesgo. El árbitro Park concluyó que “la Demandante no hizo ninguna contribución ni asumió ningún riesgo [y] [t]odas las contribuciones relevantes al Proyecto provinieron de alguien que no era la [d]emandante”³⁴⁹. Así pues, “sobre la base de los hechos singulares de e[se] caso”³⁵⁰, la Demandante no era un inversor que hubiera realizado una inversión protegida en Turquía al amparo del TBI pertinente³⁵¹. Ello no guarda semejanza con el presente caso, ya que aquí la propia Demandante hizo una contribución económica en forma de pago de más de USD 313,8 millones en efectivo, a cambio de una inversión a largo plazo.

- (v) El tribunal de *KT Asia* subrayó, de modo similar, la importancia del vínculo entre el inversor y la inversión³⁵². Basado en los hechos de ese caso, el tribunal concluyó que la parte demandante no había efectuado una contribución (y tampoco había asumido un riesgo ni había cumplido el requisito de la duración):

[había] desempeñado un papel significativo con contribución al proyecto relevante del estado receptor, sea mediante dinero, derechos de concesión o tecnología” (traducción no oficial al español). *Ibid.*, párrafo 389. Esto, como se explica mejor en la Sección II.C.1.b, *infra*, naturalmente puede diferenciarse de lo que ocurre en el presente caso.

³⁴⁸ *Ibid.*, párrafo 350.

³⁴⁹ *Ibid.*, párrafo 347 (traducción no oficial al español).

³⁵⁰ *Ibid.*, párrafo 349.

³⁵¹ El árbitro Park también se cuidó de diferenciar el caso que tenía ante sí de “la situación de una persona que se pone en lugar de otra que ya había efectuado una contribución suficiente” (traducción no oficial al español). *Ibid.*, párrafo 351.

³⁵² *KT Asia Investment Group BV c. República de Kazajistán* (Caso CIADI N.º ARB/09/8), Laudo, 17 de octubre de 2013, **CLA-118**, párrafos 192-198 y 206.

porque su participación se limitó a recibir la transferencia de la titularidad nominal de las acciones, sin pagar por ello una contraprestación, a efectos de tener las acciones durante unas pocas semanas según lo ordenado por el Sr. Ablyazov [persona física sin conexión legal formal con la demandante] antes de su colocación a inversores privados³⁵³.

Fue clave para la conclusión del tribunal haber determinado que no había un “grupo empresarial” que comprendiera a la demandante y el verdadero aportante de la inversión (Sr. Ablyazov), con lo cual no se podía atribuir a la parte demandante la contribución del Sr. Ablyazov a la supuesta inversión³⁵⁴.

No había una sociedad de cartera y ningún accionista individual que conectara directa o indirectamente todas las sociedades de las cuales era propietario beneficiario el Sr. Ablyazov. Tampoco había una única unidad económica, y menos consolidación a los efectos de la información contable o con fines impositivos³⁵⁵.

Así pues, al igual que en *Alapli*, faltaba por completo el vínculo entre el inversor y la inversión.

- (c) Por último, *Standard Chartered Bank* es una decisión aislada que giró en torno de hechos muy específicos y el texto del tratado aplicable. Es fundamental el hecho de que ese caso se refería a préstamos y no a acciones. Como ya se explicó en la Réplica, la demandante había comprado deuda indirectamente, por medio de una subsidiaria de la cual ni siquiera tenía la mayoría controlante. Considerando la naturaleza de la

³⁵³ *Ibíd.*, párrafo 188 (traducción no oficial al español).

³⁵⁴ *Ibíd.*, párrafos 192-198.

³⁵⁵ *KT Asia Investment Group BV c. República de Kazajistán* (Caso CIADI N.º ARB/09/8), Laudo, 17 de octubre de 2013, **CLA-118**, párrafo 197 (traducción no oficial al español).

supuesta inversión en ese caso, así como el texto del TBI aplicable (menos amplio que el del Tratado), el tribunal exigió que se demostrara el control de la demandante sobre las supuestas inversiones o, alternativamente, sobre la subsidiaria que había firmado los préstamos. Como no se cumplió ese requisito, el Tribunal declinó la jurisdicción³⁵⁶. Se trata de un caso que no es pertinente cuando, como ocurre aquí, las inversiones debatidas son acciones (no deuda) y cuando la Demandante tiene el control total de las subsidiarias por medio de las cuales tenía los Activos.

142. Dada la falta de sustento jurisprudencial para la teoría de la “inversión activa” de Bolivia, su afirmación de que corresponde desestimar el caso *Saluka* porque “se decidió mucho antes del surgimiento de la jurisprudencia constante que Bolivia [cita]”³⁵⁷ es incorrecta. Como se demostró precedentemente, no hay *jurisprudence constante* que respalde la postura de Bolivia. En cambio, *Saluka* encaja perfectamente con la amplia mayoría de las decisiones arbitrales que rechazan (de forma expresa o implícita) la existencia de una exigencia de inversión “activa” en el derecho de los tratados de inversión³⁵⁸.

b. La Demandante realizó una inversión protegida

143. La Demandante demostró en sus anteriores escritos (y, una vez más, precedentemente), que su inversión reúne todos los requisitos de una “inversión” protegida³⁵⁹. Así pues, aun en el supuesto de que el término “inversión” tuviera un sentido “intrínseco” aparte de la definición provista en el Tratado (que no lo

³⁵⁶ *Standard Chartered Bank c. República Unida de Tanzania* (Caso CIADI N.º ARB/10/12), Laudo, 2 de noviembre de 2012, **RLA-8**, párrafos 200, 259, 261 y 266. Ver Réplica, nota al pie 671.

³⁵⁷ Dúplica, párrafo 450.

³⁵⁸ La Demandante toma nota de la aclaración de Bolivia de que ésta no propone la existencia de ya sea un requisito de “origen de capital” o un “aporte de capital”, y que no “está objetando que el inversionista deba pagar en efectivo (u ora contribución) dentro del territorio de Bolivia”. Dúplica, párrafo 450. La postura de la Demandante sobre estas cuestiones sigue siendo la enunciada en la Réplica. Ver Réplica, párrafos 252-257.

³⁵⁹ Escrito de Demanda, párrafos 129-132; Réplica, párrafos 262-264.

tiene³⁶⁰), la tenencia accionaria indirecta del 100% de la Demandante en Vinto y Colquiri, así como su participación indirecta en los activos de estas sociedades, constituyen “inversiones” protegidas por el Tratado. La compra onerosa de una tenencia indirecta de 100% en Vinto y Colquiri por la Demandante fue, en sí misma, suficiente contribución; se hizo por una duración dada; y conllevó el riesgo “inherente en la tenencia de acciones, a saber, el riesgo de que pueda bajar el valor de las mismas”³⁶¹. Todos los argumentos de Bolivia relacionados con la falta de participación directa y activa de Glencore Bermuda en la adquisición, gestión y/u operación de los Activos son completamente irrelevantes, como se explicó precedentemente³⁶².

144. Bolivia ya no cuestiona el hecho de que la Demandante sí pagó una contraprestación a cambio de sus inversiones (Glencore Bermuda pagó más de USD 313,8 millones por su tenencia indirecta en las sociedades bolivianas, que a su vez eran las titulares de los Activos). En cambio, Bolivia ahora sostiene que ese pago no basta por haber sido “puramente pasiv[o]” y haber tenido lugar “el 3 de marzo de 2005, después de que se hubieran concluido todos los acuerdos de compra de acciones”³⁶³. A la Demandante no le queda claro cómo es que alguien puede efectuar “pasivamente” un pago de más de USD 313,8 millones; tampoco

³⁶⁰ Réplica, párrafo 259.

³⁶¹ *Orascom TMT Investments Sàrl c. República Popular y Democrática de Argelia* (Caso CIADI N.º ARB/12/35), Laudo, 31 de mayo de 2017, **RLA-9**, párrafo 379 (traducción no oficial al español). Ver, en general, *ibíd.*, párrafos 378-80 (donde se determinó que la adquisición onerosa, por la Demandante, de una participación indirecta en OTA mediante la compra de acciones de Weather Investments constituía una contribución suficiente; que cumplía el requisito de la duración; y que conllevaba un riesgo suficiente para que se le considerara una inversión).

³⁶² Ver Dúplica, párrafos 452-456. Asimismo, lo indicado por Bolivia en el sentido de que de alguna forma se le ocultó la participación de Glencore Bermuda en Vinto, Colquiri y los Activos queda desmentido por la prueba. La participación de Glencore Bermuda en Vinto, Colquiri y los Activos se le notificó a Bolivia, como muy tarde, en enero de 2007, en respuesta al pedido de información de Bolivia enviado en noviembre de 2006. De cualquier manera, las alegaciones de Bolivia en contrario no son relevantes a los efectos del análisis que nos ocupa ni modifican el hecho de que Glencore Bermuda efectuó una inversión que cumple los requisitos. Carta de Pestalozzi Lachenal Patry (Sr. Peter Pestalozzi) al Senado de Bolivia (Sra. Carmen Velásquez), 10 de enero de 2007, **C-225**, página 2.

³⁶³ Dúplica, párrafo 458.

le queda clara la afirmación de Bolivia de que ese pago, que era condición suspensiva para el cierre de la cesión de los Activos a la Demandante, podía ser parte “pasiva” de esa operación. Como lo demuestra la jurisprudencia, la adquisición de la posesión o el control de un negocio existente (por ejemplo, mediante una tenencia accionaria, ya sea directa o indirecta) basta para constituir una inversión; no se requiere de nada más³⁶⁴.

145. Por otra parte, aun si el Tratado exigiera una “inversión activa” (que no la exige), Vinto y Colquiri eran, en un sentido económico, “inversiones activas” de la Demandante: no solo funcionaban plenamente para obtener un retorno sobre el precio inicial de compra sino que también hacían constantes aportes financieros para nuevos gastos de capital. Por lo tanto, desde la perspectiva de la Demandante, eran “inversiones activas” tal como se entiende dicho término en la teoría económica.
146. Los argumentos de Bolivia respecto de la participación de Glencore International en las inversiones en Bolivia también pasan por alto el hecho de que Glencore Bermuda forma parte del mismo grupo empresario que Glencore International³⁶⁵.

³⁶⁴ Ver *Isolux Infrastructure Netherlands BV c. Reino de España* (Caso SCC N.º V2013/153), Laudo, 12 de julio de 2016, **RLA-10**, párrafo 689 (“La realización de una nueva inversión por la persona que adquiere la posesión y el control de la inversión ya existente no es necesaria”). Ver también *Orascom TMT Investments Sàrl c. República Popular y Democrática de Argelia* (Caso CIADI N.º ARB/12/35), Laudo, 31 de mayo de 2017, **RLA-9**, párrafo 378; *Renée Rose Levy de Levi c. República del Perú* (Caso CIADI N.º ARB/10/17), Laudo, 26 de febrero de 2014, **CLA-215**, párrafo 148.

³⁶⁵ El grupo Glencore cumple con la definición de “grupo empresario” establecida en *KT Asia*, invocada por Bolivia:

[H]ay grupo empresario [...] cuando dos o más sociedades están sujetas a una propiedad o control societario común. [...] A pesar de estar integrados por personas jurídicas distintas, que deben cumplir con los requisitos legales y regulatorios que les sean aplicables, por lo general los grupos funcionan como una sola entidad económica con un objetivo y una estrategia comunes y gestión grupal. En ese caso, el grupo puede declarar sus resultados económicos de forma consolidada; su carácter de grupo puede ser tomado en consideración a efectos tributarios (sujeto a la realización de operaciones como entre partes independientes); y el derecho nacional puede imponer determinadas responsabilidades como sanción al uso indebido de la estructura grupal.

Así pues, a diferencia de *KT Asia*, en que la participación de un tercero ajeno al grupo empresarial de la demandante llevó al tribunal a concluir que la demandante no había efectuado una contribución, la participación de Glencore International junto con la Demandante no puede restarle a la contribución sustancial efectuada por esta última para sus inversiones en Bolivia³⁶⁶. El nuestro no es un caso en que un tercero ajeno al grupo empresario pertinente, en lugar de la demandante, haya efectuado toda la contribución y asumido todo el riesgo de la inversión.

147. Por último, Bolivia niega que la Demandante haya efectuado contribuciones significativas, por intermedio de sus subsidiarias, a la economía boliviana³⁶⁷. Como mínimo, cabe destacar que Bolivia no aduce (ni podría aducir) que la jurisdicción dependa de la existencia de dicha contribución. Por ende, este argumento es totalmente irrelevante. De cualquier forma, contrario a lo indicado por Bolivia, las pruebas del expediente demuestran que, por medio de sus subsidiarias, la Demandante contribuyó considerablemente a la economía boliviana, incluido mediante contribuciones a las comunidades locales y el pago de impuestos y regalías³⁶⁸. Bolivia sostiene que la prueba presentada por la

KT Asia Investment Group BV c. República de Kazajistán (Caso CIADI N.º ARB/09/8), Laudo, 17 de octubre de 2013, **CLA-118**, párrafo 195 (traducción no oficial al español).

³⁶⁶ *Ibíd.*, párrafo 197 (“En consecuencia, no había una sociedad de cartera y ningún accionista individual que conectara directa o indirectamente todas las sociedades de las cuales era propietario beneficiario el Sr. Ablyazov”) (traducción no oficial al español). *Hassan Awdi Enterprise Business Consultants Inc y Alfa El Corporation c. Rumania* (Caso CIADI N.º ARB/10/13), Laudo, 2 de marzo de 2015, **RLA-95**, párrafos 200-201 (“El Tribunal concluye que el término “contribución”, tal como en algún momento lo utilizan las Partes en el contexto de la inversión, se refiere al requisito de que el inversor comprometa una cierta cantidad de recursos, sean económicos o de otra índole. El Tribunal está convencido de que las Demandantes Hassan Awdi y EBC indirectamente efectuaron inversiones protegidas por el TBI mediante, principalmente, compras de acciones e inyecciones de dinero en Rodipet por medio de Magnar desde el 12 de febrero de 2004 y en Casa Bucur por medio del control societario que detenta la Demandante Alfa El Corporation sobre Alfa El Romania [...] y por medio del control que detenta Hassan Awdi sobre Mona Lisa [...] Este vínculo económico entre las Demandantes y las inversiones basta a los efectos de la jurisdicción”) (traducción no oficial al español).

³⁶⁷ Dúplica, párrafo 459.

³⁶⁸ Además de la creación directa e indirecta de puestos de trabajo y el pago a Bolivia de más de USD 300 millones en concepto de regalías, impuestos y tasas, las subsidiarias de Glencore han invertido

Demandante “ni siquiera muestra un pago de Glencore Bermuda para sus supuestas iniciativas en Bolivia”³⁶⁹. Sin embargo, como lo explicó la Demandante en la Réplica³⁷⁰, y como lo ha reconocido expresamente Bolivia³⁷¹, no existe fundamento (en el Tratado ni en otra parte) para imponer una exigencia atinente al origen del capital ni ninguna otra especificación respecto de qué capital ha de utilizarse para financiar las inversiones locales. Así pues, que los pagos que contribuyeron a la economía boliviana hayan provenído de Glencore Bermuda o de sus vinculadas es completamente irrelevante para la cuestión que se está analizando³⁷².

148. En suma, la objeción opuesta por Bolivia basada en la alegación de que la Demandante no participó activamente en la adquisición, gestión y/u operaciones de los Activos, de los que era titular indirectamente, debe rechazarse. Ni el

en diversas iniciativas sociales, entre ellas la construcción de nuevas y/o mejores viviendas; infraestructura (incluidos caminos, sistemas de agua y una red de telecomunicación móvil); instalaciones de salud, educativas, culturales y deportivas; y la financiación de proyectos educativos y de capacitación técnica. Réplica, párrafo 263; Escrito de Demanda, párrafos 61-62.

Ver Primera Declaración Testimonial de Eduardo Lazcano, párrafos 41-45; “Colquiri ya recibió un coliseo, sala computación y rayos X”, *La Patria*, 19 de marzo de 2007, **C-72**; Sinchi Wayra, “Responsabilidad Social y Medio Ambiente”, sin fecha, **C-160**; Acta de Entrega de Obras Sociales, 18 de noviembre de 2008, **C-235**; Autorización de Gastos para el programa de capacitación para la mujer minera, 3 de mayo de 2010, **C-241**; Plan Trienal de Responsabilidad Social Corporativa de Colquiri, 27 de julio de 2011, **C-243**; Datos de Impacto Social de Colquiri, 19 de noviembre de 2011, **C-244**; Convenios Interinstitucionales Fondo de Financiamiento para Proyectos de Asistencia Técnica, Gestión Ambiental e Inversión Productiva con Cooperativas Mineras en Áreas de Influencia de Operaciones Mineras de Sinchi Wayra, varias fechas, **C-277**; Ejemplos de inversiones de Sinchi Wayra en proyectos de infraestructura local, varias fechas, **C-278**; Ejemplos de inversiones de Sinchi Wayra en la provisión de viviendas, varias fechas, **C-280**; Carta de Colquiri (Sr. Hartmann) al Gobierno Autónomo Departamental de Oruro (Sr. Villca), 7 de agosto de 2012, **C-295**; Descripción general de contribuciones sociales de Colquiri en diversas comunidades, sin fecha, **C-298**.

³⁶⁹ Dúplica, párrafo 459.

³⁷⁰ Réplica, párrafos 252-255.

³⁷¹ Dúplica, párrafo 450 (“Bolivia no argumenta por un requisito de origen de capital”).

³⁷² Ver, por ejemplo, *Sr. Franck Charles Arif c. República de Moldavia* (Caso CIADI N.º ARB/11/23), Laudo, 8 de abril de 2013, **RLA-69**, párrafo 383 (“Que las inversiones se hayan efectuado con capital importado, con ganancias obtenidas localmente, con pagos cobrados localmente o con préstamos obtenidos localmente nada cambia en lo que se refiere al grado de protección del que se gozan”) (traducción no oficial al español).

Tratado ni el derecho internacional contienen exigencia alguna por la cual la inversión deba ser “activa” (según Bolivia utiliza dicho término) para poder recibir la protección del Tratado.

2. Contrariamente a lo sostenido por Bolivia, el Tratado sí protege las inversiones indirectas

149. En el Escrito de Contestación, Bolivia adujo que los reclamos de la Demandante están “prohibidos” porque “[e]l derecho internacional prohíbe a Glencore Bermuda presentar reclamos basados en presuntas violaciones de los derechos de una subsidiaria cuando sus derechos no han sido afectados”³⁷³. Si bien reconoció que “un tratado, tal como un tratado de inversión o un tratado de amistad, comercio y navegación, puede variar la [supuesta] regla básica”³⁷⁴, Bolivia adujo que “el Tratado aplicable en la presente controversia no modifica en modo alguno la norma del derecho internacional consuetudinario [...] [porque el mismo] no extiende la jurisdicción a las inversiones indirectas de una empresa”³⁷⁵. Bolivia basó esta conclusión en el uso de la palabra “de” en la cláusula de solución de controversias del artículo 8(1) del Tratado y en la definición de “inversiones” del artículo 1(a), que, según sostuvo, excluye “la categoría de inversión los derechos detentados de manera indirecta”³⁷⁶ del ámbito de protección del Tratado³⁷⁷.
150. Como lo demostró la Demandante en la Réplica, Bolivia se equivoca, en tres aspectos: (i) interpreta el Tratado incorrectamente; (ii) describe incorrectamente el estado actual del derecho consuetudinario de la protección diplomática; y (iii) presume incorrectamente que en este caso resultan aplicables las normas de la protección diplomática³⁷⁸. *Primero*, como lo determinó el tribunal del caso

³⁷³ Escrito de Contestación, párrafo 370.

³⁷⁴ *Ibíd.*, párrafo 376.

³⁷⁵ *Ibíd.*, párrafos 377-378.

³⁷⁶ *Ibíd.*, párrafo 380.

³⁷⁷ *Ibíd.*, párrafos 377-382.

³⁷⁸ Réplica, Sección IV.C.2.

Rurelec a la vez que rechazaba de manera inequívoca exactamente los mismos argumentos que Bolivia ahora vuelve a plantear en este arbitraje, “los términos empleados en el TBI Reino Unido-Bolivia [es decir, el Tratado] son lo suficientemente amplios en sí mismos para incluir las inversiones indirectas, aun sin utilizar lenguaje adicional”³⁷⁹. Ésta es la interpretación correcta del Tratado, tal como lo confirmaron varios otros tribunales que interpretaron un texto similar de otros TBI³⁸⁰. *Segundo*, de todas formas, la descripción que ofrece Bolivia del derecho de la protección diplomática no refleja el estado actual del derecho internacional sobre el tema de los derechos de los accionistas, tal como quedó confirmado en *CMS c. República Argentina*³⁸¹. No hay regla alguna del derecho internacional que prohíba los reclamos de accionistas³⁸². *Tercero*, aun si el derecho internacional consuetudinario fuera tal cual lo describe Bolivia, resulta tanto inaplicable como irrelevante a los efectos de este análisis³⁸³. En efecto, la propia CIJ manifestó que:

[E]n el estado actual del derecho, la protección de los accionistas exige que se recurra a las disposiciones de tratados o acuerdos especiales celebrados directamente entre el inversor particular y el Estado en el cual se coloca la inversión. Los estados ofrecen esta protección con aun mayor frecuencia, en sus relaciones bilaterales

³⁷⁹ *Ibíd.*, párrafo 265 (en que se cita *Guaracachi America, Inc y Rurelec Plc c. Estado Plurinacional de Bolivia* (CNUDMI), Laudo, 31 de enero de 2014, **CLA-120**, párrafo 355).

³⁸⁰ Réplica, párrafos 266-267 (en que se trata *Cemex Caracas Investments BV y Cemex Caracas II Investments BV c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI N.º ARB/08/15), Decisión sobre Jurisdicción, 30 de diciembre de 2010, **CLA-192**; *Siemens AG c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/02/8), Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2004, **CLA-51**; *Mobil Corporation, Venezuela Holdings BV y otros c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI N.º ARB/07/27), Decisión sobre Jurisdicción, 10 de junio de 2010, **CLA-97**; *Sr. Tza Yap Shum c. República del Perú* (Caso CIADI N.º ARB/07/6), Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, 19 de junio de 2009, **CLA-180**, y *Ioannis Kardassopoulos c. Georgia* (Caso CIADI N.º ARB/05/18), Decisión sobre Jurisdicción, 6 de julio de 2007, **CLA-69**). Ver también *ibíd.*, nota al pie 701 (en que se trata *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GMBH y otros c. Ucrania* (Caso CIADI N.º ARB/08/8), Decisión sobre Jurisdicción, 8 de marzo de 2010, **CLA-188**).

³⁸¹ *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/01/8), Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 17 de julio de 2003, **CLA-150**, párrafos 43-48.

³⁸² Réplica, párrafos 268-269.

³⁸³ *Ibíd.*, párrafos 270-271.

y multilaterales, sea por medio de instrumentos especiales o en el marco de acuerdos económicos más amplios. [...] En ocasiones, se confiere a las sociedades mismas el derecho directo a defender sus intereses frente a los Estados mediante los procedimientos establecidos [...]³⁸⁴.

151. En su presentación más reciente, Bolivia mayormente repite sus anteriores argumentos y, con optimismo pero equivocadamente, acusa a la Demandante de haber “renuncia[do] [...] a cualquier defensa”³⁸⁵. Bolivia sigue sosteniendo que existe una regla del derecho consuetudinario de la protección diplomática que excluye los reclamos por violaciones de derechos indirectos³⁸⁶. Aduce que esta supuesta regla resulta de aplicación en el caso que nos ocupa en cuanto “regla predeterminada y parte del contexto para la interpretación de conformidad con el Artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena”³⁸⁷. Bolivia también aduce que las Partes Contratantes del Tratado “no hicieron ningún intento de alterar esta regla ni siquiera de indicar su deseo de hacerlo”³⁸⁸, y concluye que “el Tratado no permite que un inversionista presente reclamos por presuntas violaciones de derechos poseídos indirectamente”³⁸⁹. La postura de Bolivia es completamente incorrecta.
152. *Primero*, aun sobre el supuesto de que la regla que Bolivia invoca exista en el derecho internacional consuetudinario actual, no resulta de aplicación, ya sea como “regla predeterminada” o como “parte del contexto para la interpretación de conformidad con el Artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena”³⁹⁰.

³⁸⁴ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c España)* (Segunda Etapa) [1970] ICJ Reports 3, **CLA-7**, párrafo 90 (traducción no oficial al español).

³⁸⁵ Dúplica, párrafo 493.

³⁸⁶ *Ibíd.*, párrafo 490.

³⁸⁷ *Ibíd.*

³⁸⁸ *Ibíd.*, párrafo 491.

³⁸⁹ *Ibíd.*, párrafo 492.

³⁹⁰ *Ibíd.*, párrafo 490.

153. La supuesta regla tiene que ver con la disponibilidad de la protección diplomática para accionistas que pretenden obtener un resarcimiento por daños causados a los derechos de la sociedad en la cual tienen una participación (la teoría de la protección por sustitución). No podría aplicarse como regla predeterminada en el contexto de un arbitraje entre un inversor y un Estado basado en un tratado dado que: (i) como se explicó en la Réplica, el Tratado, en cuanto *lex specialis*, es la principal fuente de derecho que rige la controversia³⁹¹; y (ii) la supuesta regla regula una materia distinta, aplicable únicamente a las relaciones entre Estados: la adopción, por un Estado, de los reclamos de sus nacionales contra otros Estados.
154. Por los mismos motivos, la supuesta regla de tampoco puede tomarse en consideración de conformidad con el artículo 31(3)(c): no es una norma “pertinente” del derecho internacional y mucho menos una que resulte “aplicable en las relaciones entre las partes” de esta controversia entre un inversor y un Estado. De todas formas, aun el evento de que las reglas de la protección diplomática pudieran quedar comprendidas en el ámbito del artículo 31(3)(c), no podrían servir para desplazar los términos expresos del Tratado ni excluir su aplicación. Las reglas que han de tomarse en consideración de conformidad con el artículo 31(3)(c) solamente pueden ayudar a interpretar el Tratado, y no servir para reescribirlo³⁹².

³⁹¹ Réplica, Sección III. El derecho internacional consuetudinario se aplica únicamente en la medida en que resulte necesario para complementar e informar lo dispuesto en el Tratado. Por ejemplo, el derecho internacional consuetudinario puede servir para dotar de contenido los términos empleados en el Tratado. *Ibíd.*, párrafos 178-180 (en que se cita, *inter alia*, *Quiborax SA y Non Metallic Minerals SA c. Estado Plurinacional de Bolivia* (Caso CIADI N.º ARB/06/2), Laudo, 16 de septiembre de 2015, **CLA-127**, párrafo 90; *The Rompetrol Group NV c. Rumania* (Caso CIADI N.º ARB/06/3), Laudo, 6 de mayo de 2013, **CLA-209**, párrafo 170; *Chevron Corporation (EE.UU.) y Texaco Petroleum Company (EE.UU.) c. República del Ecuador* (CNUDMI), Laudo Parcial sobre el Fondo, 30 de marzo de 2010, **CLA-189**, párrafo 159). No obstante, en ninguna circunstancia procede invocar el derecho internacional consuetudinario para reescribir los términos del Tratado o ignorarlos.

³⁹² R Gardiner, *Treaty Interpretation* (2º ed., 2017), **CLA-247**, página 320 (“Ubicado en su contexto inmediato de interpretación del tratado, implícitamente el artículo 31(3)(c) invita al intérprete a trazar una distinción entre el uso de reglas del derecho internacional como parte del aparato de interpretación de los tratados y la aplicación de las reglas del derecho internacional directamente a

155. La CIJ fue muy clara en el caso *Diallo*, que Bolivia invoca solamente de forma selectiva y engañosa:

La Corte debe destacar que, en el derecho internacional contemporáneo, la protección de los derechos de las sociedades y los derechos de sus accionistas, y la resolución de las controversias relacionadas, se rigen básicamente por acuerdos bilaterales o multilaterales de protección de las inversiones extranjeras [...] En ese contexto, el rol de la protección diplomática se ha esfumado en cierto grado, dado que, en la práctica, solamente se recurre a ella en casos poco frecuentes en que no se cuenta con el régimen de un tratado o lo hay pero ha resultado no estar vigente. Es en este contexto específico y relativamente limitado que podría plantearse la cuestión de la protección por sustitución. La teoría de la protección por sustitución apunta, en efecto, a ofrecerles protección a los inversores extranjeros de una sociedad que no podrían invocar el beneficio de un tratado internacional y que no disponen de ningún otro recurso, cuando los supuestos ilícitos los cometió, contra la sociedad, el Estado de su nacionalidad³⁹³.

156. Naturalmente, ello no es lo que ocurre en este caso: la Demandante es titular de derechos en carácter de accionista al amparo del Tratado, y plantea reclamos por la violación de esos derechos en su carácter de accionista, de conformidad con la cláusula arbitral del Tratado.
157. *Segundo*, incluso asumiendo que resultara aplicable el derecho de la protección diplomática, el mismo no impediría que la Demandante formule un reclamo al amparo del Tratado en su carácter de accionista indirecto de Vinto y Colquiri. Contrario a lo alegado por Bolivia, no hay una *prohibición* de los reclamos de accionistas (sea que los plantee un accionista directo o uno indirecto) en el derecho internacional consuetudinario. Lo contrario: el derecho internacional consuetudinario *establece* que está disponible la protección diplomática cuando,

los hechos en cuyo contexto se está considerando el tratado. Lo primero queda comprendido en el ámbito de las reglas de Viena, lo segundo, no”) (traducción no oficial al español).

³⁹³ *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea/República Democrática del Congo)*, Excepciones Preliminares [2007] ICJ Reports 582, 24 de mayo de 2007, **RLA-31**, párrafo 88 (énfasis añadido) (traducción no oficial al español).

como ocurre en nuestro caso, una persona jurídica o física ha sufrido un menoscabo en los derechos que tiene como accionista (independientemente de que sea accionista directo o indirecto).

158. La descripción que ofrece Bolivia del Proyecto de Artículos de la CDI sobre la Protección Diplomática y el caso *Diallo* es, convenientemente, incompleta. Tal como quedó reflejado en el artículo 12 del Proyecto de Artículos de la CDI sobre la Protección Diplomática:

En la medida en que un hecho internacionalmente ilícito de un Estado cause un perjuicio directo a los derechos de los accionistas como tales, derechos que son distintos de los de la propia sociedad, el Estado de la nacionalidad de cualquiera de esos accionistas tendrá derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a sus nacionales³⁹⁴.

159. La CIJ respaldó esta regla en el caso *Diallo*:

[L]a Corte determina que Guinea en efecto tiene legitimación en este caso en la medida en que la acción que plantea involucra una persona de su nacionalidad, el Sr. Diallo, y cuestiona los hechos supuestamente ilícitos de la RDC que, según se alega, violaron sus derechos, especialmente los derechos directos que le asisten en carácter de asocié de las dos sociedades [pertinentes]³⁹⁵.

160. En cambio, la CIJ determinó que el derecho internacional consuetudinario en general no permite la protección por sustitución, salvo en los casos limitados contemplados en el artículo 11 del Proyecto de Artículos de la CDI sobre la Protección Diplomática (que Bolivia invoca sin reconocer su contexto)³⁹⁶.

³⁹⁴ Comisión de Derecho Internacional, “Proyecto de Artículos sobre la Protección Diplomática” (2006), **RLA-30**, artículo 12 (énfasis añadido).

³⁹⁵ *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea/República Democrática del Congo)*, Excepciones Preliminares [2007], ICJ Reports 582, 24 de mayo de 2007, **RLA-31**, párrafo 65 (traducción no oficial al español).

³⁹⁶ *Ibíd.*, párrafos 89 y 91.

161. Así pues, aun sobre el presupuesto de que las reglas de la protección diplomática tuvieran aquí algún tipo de relevancia (que no la tienen), estas reglas contemplarían la protección diplomática en un caso como el presente, relacionado con el perjuicio a los derechos de la Demandante en su carácter de accionista de Vinto y Colquiri (independientemente de que a las acciones se las tenga de forma directa o indirecta).
162. La postura de la Demandante tanto sobre la inaplicabilidad como sobre el contenido de las reglas consuetudinarias de la protección diplomática quedó confirmada por el comité de anulación del caso *EDF c. Argentina*:

El Comité no cree que la línea de decisiones de la Corte Internacional de Justicia, a partir de *Barcelona Traction*, sienta un principio general de derecho internacional que impida que inversores como las Demandantes reclamen con arreglo a los términos de un TBI, si estos son lo suficientemente amplios como para permitirlo. [...]

Las sentencias pronunciadas en *Barcelona Traction* y *Diallo* establecen que no existe derecho conforme al derecho internacional consuetudinario de que un Estado ejerza la protección diplomática respecto de un daño efectuado a una sociedad sobre la base de que los accionistas de la sociedad son nacionales de ese Estado. De ningún modo anulan la posibilidad de que los Estados acuerden un tratado para otorgar tal derecho a un Estado (como la Corte lo determinó en *ELSI*) o a los mismos accionistas. El hecho de que se considere que así lo han hecho dependerá de los términos del tratado, que en este caso son claros³⁹⁷.

163. *Tercero*, y de importancia muy fundamental, está el hecho de que aun si Bolivia estuviera en lo cierto en cuanto tanto a la relevancia como al contenido de las

³⁹⁷ *EDF International SA, SAUR International SA y León Participaciones Argentinas SA c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/03/23), Decisión sobre Anulación, 5 de febrero de 2016, **CLA-244**, párrafo 256 (énfasis añadido). Esta decisión sobre anulación se dictó después de la sentencia de *Diallo*, y trata expresamente esa sentencia. Esta observación, junto con la demostración de que Bolivia describe la sentencia de *Diallo* de forma incompleta y engañosa, basta para tener por respondido su desesperado intento de minimizar la importancia del laudo de *CMS*. Ver Dúplica, párrafos 496-498.

- reglas consuetudinarias de la protección diplomática (que no lo está), no hay fundamento para sostener, como ella lo hace, que las Partes Contratantes no quisieron desplazar esas reglas. En cambio, resulta evidente a partir tanto de la existencia misma del Tratado como de su texto, que las Partes Contratantes quisieron: (i) crear un régimen especial del tratado para la protección de las inversiones extranjeras, aparte y distinto del derecho consuetudinario de la protección diplomática; y (ii) proteger las inversiones tenidas indirectamente.
164. Como lo adujo la Demandante en la Réplica (y, una vez más, precedentemente) y como queda respaldado por la mayor parte de la jurisprudencia arbitral, los términos del Tratado son lo suficientemente amplios como para incluir las inversiones indirectas³⁹⁸. Contrariamente a lo indicado por Bolivia³⁹⁹, el tribunal de *Rurelec* arribó a esta conclusión tras examinar (entre otras cosas) el artículo 1 del Tratado⁴⁰⁰, y no solamente basado en los argumentos de las partes respecto del uso de la palabra “de” en el artículo 8(1) del Tratado⁴⁰¹.
165. El hecho de que los derechos indirectos no estén identificados expresamente en la definición de “inversiones” del Tratado no puede modificar esa conclusión⁴⁰². “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”⁴⁰³. En

³⁹⁸ Réplica, párrafos 265-267.

³⁹⁹ Dúplica, párrafo 500.

⁴⁰⁰ *Guaracachi America, Inc y Rurelec Plc c. Estado Plurinacional de Bolivia* (CNUDMI), Laudo, 31 de enero de 2014, **CLA-120**, párrafo 352.

⁴⁰¹ *Ibid.*, párrafo 365. Los otros casos citados en la Réplica de la Demandante también se basaron (entre otros) en las definiciones de “inversiones” de los tratados pertinentes. *Ver* Réplica, párrafo 267.

⁴⁰² Bolivia afirma engañosamente que la Demandante no dio respuesta a su argumento de que la definición de inversiones del Tratado no incluye expresamente los derechos indirectos y que el Tratado no menciona esos derechos. *Ver* Dúplica, párrafo 494. Esto es claramente falso. *Ver* Réplica, párrafos 265-267.

⁴⁰³ *Guaracachi America, Inc y Rurelec Plc c. Estado Plurinacional de Bolivia* (CNUDMI), Laudo, 31 de enero de 2014, **CLA-120**, párrafo 354.

efecto, como lo consideró el tribunal de *Rurelec*, “dado que el propósito del TBI consiste en fomentar y proteger la inversión extranjera, [...] 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”⁴⁰⁴.

166. Además, el texto del artículo 5(2) del Tratado demuestra la intención de las Partes Contratantes de proteger a los accionistas indirectos, al imponer expresamente la compensación en el caso de expropiación, “[e]n 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”⁴⁰⁵.
167. En suma, la objeción de Bolivia en relación con el carácter indirecto de la tenencia accionaria de la Demandante en Vinto y Colquiri se basa en una descripción incorrecta de un cuerpo de derecho que no es relevante (ni, mucho menos, aplicable) a esta diferencia, y en una desacertada lectura del Tratado.

168. De ello se desprende que las objeciones de Bolivia a la jurisdicción *ratione materiae* del Tribunal son infundadas y corresponde su desestimación.

D. LAS ALEGACIONES DE ILEGALIDAD DE BOLIVIA SON FALSAS Y NO CORROBORADAS

169. En el Escrito de Contestación, Bolivia no cuestionó la legalidad de la adquisición de los Activos por parte de Glencore Bermuda. De hecho, está fuera de discusión que Glencore Bermuda adquirió los Activos al valor justo de mercado, mediante

⁴⁰⁴ *Ibíd.*, párrafo 353.

⁴⁰⁵ Tratado, C-1, artículo 5(2).

- una operación realizada de buena fe y como entre partes independientes, y conforme al derecho boliviano⁴⁰⁶.
170. En cambio, Bolivia criticó la anterior privatización de los Activos (esfuerzo encarado por el Gobierno años antes de la adquisición por Glencore Bermuda y en el cual esta última no tuvo papel alguno). Específicamente, Bolivia adujo que los Activos “fueron privatizados de manera ilegítima e ilegal” y que, de conformidad con la doctrina de las “manos sucias”, el Tribunal no podía ejercer jurisdicción sobre la presente diferencia, dado que Glencore Bermuda conocía o debería haber conocido esas ilegalidades⁴⁰⁷. Según Bolivia: (i) la privatización del Arrendamiento de Colquiri y la Fundición de Antimonio violó el requisito constitucional de que los funcionarios estatales actúen en pos del interés público⁴⁰⁸; y (ii) la privatización del Arrendamiento de Colquiri, la Fundición de Estaño y la Fundición de Antimonio fue contraria a los requisitos de transparencia y buena fe del derecho boliviano y su principio jurídico por el cual ha de defenderse el patrimonio público⁴⁰⁹.
171. En la Réplica, Glencore Bermuda demostró que Bolivia no probó la existencia de ninguna violación del derecho boliviano durante el proceso de privatización. Específicamente: (i) no hubo nada de “ilegal” ni “irregular” respecto del Decreto Supremo N.º 23.991 (por el cual se implementó la Ley de Privatización): los Activos se privatizaron con arreglo a un marco legal aplicable a todos los sectores industriales de Bolivia, desarrollado por los poderes ejecutivo y legislativo de cinco gobiernos distintos a lo largo de un período de 15 años entre 1985 y 2000⁴¹⁰; (ii) la privatización se llevó adelante por medio de un proceso

⁴⁰⁶ Escrito de Demanda, párrafos 35-38; Réplica, Sección II.C.

⁴⁰⁷ Escrito de Contestación, Sección 4.3.

⁴⁰⁸ *Ibíd.*, párrafos 327-329.

⁴⁰⁹ *Ibíd.*, párrafos 330-337.

⁴¹⁰ Réplica, párrafos 278-279; Escrito de Contestación, párrafo 46 (en que se reconoce que las políticas económicas que apuntalaron la privatización se habían mantenido a lo largo de varios

transparente que exigía la participación de cada oferente de buena fe, en que los precios de venta correspondientes a cada Activo estuvieron determinados por los asesores internacionales de la propia Bolivia⁴¹¹, de conformidad con el marco legal entonces vigente⁴¹², y fueron aceptados por la Comisión Calificadora de conformidad con el derecho boliviano⁴¹³; y (iii) hasta la fecha, prácticamente veinte años después de la privatización (trece con Bolivia bajo el actual gobierno del MAS), ningún tribunal boliviano ha debido examinar la legalidad de la privatización y ningún tribunal ha determinado que la privatizaciones hayan sido de modo alguno ilegales.

172. Además, Glencore Bermuda explicó que Bolivia no puede invocar la supuesta conducta indebida de sus propios funcionarios gubernamentales para privar a Glencore Bermuda de la protección que le brinda el Tratado y que, aun si fueran ciertas sus alegaciones de conducta indebida de exfuncionarios gubernamentales (que no lo son), las mismas no tornarían ilícita la inversión de Glencore Bermuda. Glencore Bermuda también demostró que, de cualquier manera, Bolivia no tiene permitido oponerse a la jurisdicción de este Tribunal basada en ilícitos supuestamente cometidos por sus propios funcionarios gubernamentales, dado que Bolivia conocía la adquisición de los Activos por parte de Glencore Bermuda y no

gobiernos). La Ley de Privatización había sido sancionada por el Congreso Nacional boliviano y promulgada por el anterior Presidente, Paz Zamora. Bolivia no demostró ilicitud alguna en el hecho de que el expresidente boliviano Sánchez de Lozada (junto con todo el Gabinete presidencial) haya firmado el decreto por el cual se implementó la ya aprobada Ley de Privatización. De modo similar, el Código de Minería fue aprobado por el Congreso Nacional boliviano antes de su firma por el expresidente Sánchez de Lozada. *Ver Réplica, Sección II.A.*

⁴¹¹ Carta de Paribas a Jaime Urjel sobre el Programa de privatización en el sector minero de Bolivia, 17 de septiembre de 1999, **RPA-04**.

⁴¹² Los Términos de Referencia recibieron la aprobación del ministro de Comercio y Comibol en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales. Dichos Términos de Referencia disponían una licitación en dos pasos destinada a evaluar las cualificaciones y propuestas económicas de los participantes interesados. *Ver Réplica, Sección II.B.1.*

⁴¹³ *Ibíd.*, párrafos 281-282.

- se opuso a la misma. Más bien, Bolivia alentó la inversión de la Demandante⁴¹⁴ y le permitió a ésta seguir invirtiendo en el país durante siete años más⁴¹⁵.
173. En la Dúplica, Bolivia sigue sosteniendo que el Tribunal no tiene jurisdicción porque supuestamente los Activos fueron “privatizados ilegalmente”⁴¹⁶. No obstante, al mismo tiempo, aclara que, de hecho, no cuestiona la legalidad del marco de privatización⁴¹⁷ ni impugna la legalidad de la venta de la Fundición de Estaño de Allied Deals a Comsur⁴¹⁸. Más bien, simplemente aduce que la adquisición de los Activos por el expresidente Sánchez de Lozada fue “irregular”⁴¹⁹.
174. Bolivia luego sostiene que, de conformidad con la teoría de las “manos sucias”, Glencore Bermuda no puede beneficiarse de las protecciones que ofrece el Tratado, dado que los reclamos que formuló para su juzgamiento supuestamente están “manchados con una ilegalidad de la cual la Demandante tenía pleno conocimiento cuando recibió los Activos”⁴²⁰.
175. Una vez más, este argumento depende de que se concluya que Bolivia efectivamente probó la ilegalidad (conclusión a que no se puede arribar, dados los defectos fácticos y jurídicos de que adolece su argumento).

⁴¹⁴ “Goni vendió COMSUR”, *Bolivia.com*, 5 de febrero de 2005, **R-14**; Segunda Declaración Testimonial de Christopher Eskdale, párrafos 12-13.

⁴¹⁵ Es decir, hasta la nacionalización definitiva del Arrendamiento de Colquiri en junio de 2012.

⁴¹⁶ Dúplica, Sección 4.5.

⁴¹⁷ *Ver, por ejemplo, ibíd.*, párrafos 70 y 80 (en que se señala que “Bolivia no sostiene que, como un conjunto, el marco regulatorio que permitió la privatización de los Activos fuera en sí mismo ilegal” y “Bolivia no tenía ninguna razón para impugnar el marco legal aplicado a la privatización de los Activos”).

⁴¹⁸ *Ver, en general, ibíd.*, párrafos 515, 528 y 661.

⁴¹⁹ *Ver, por ejemplo, ibíd.*, párrafos 78, 99 y 110.

⁴²⁰ *Ibíd.*, párrafo 552.

1. Bolivia no cumplió el exigente criterio mínimo para concluir que hubo ilegalidad

176. Glencore Bermuda ya demostró la falta de respaldo jurídico para los argumentos de ilegalidad formulados por Bolivia⁴²¹. Los tribunales han señalado que la carga que pesa sobre la parte que pretende demostrar la violación de la legalidad es “especialmente pesada”⁴²². Por otra parte, en esos casos se evaluó la ilegalidad en el momento en que se realizó la inversión.
177. Bolivia cuestiona estos puntos, y para ello aduce que el Tribunal debe evaluar la legalidad de la inversión de Glencore Bermuda independientemente de la medida en que Bolivia haya cumplido su carga⁴²³ y del momento en que supuestamente se produjeron las ilegalidades⁴²⁴. Por los motivos que se expresan a continuación, corresponde rechazar la postura de Bolivia.
178. *Primero*, los tribunales han destacado que la parte que plantea la objeción de ilegalidad enfrenta un criterio probatorio “especialmente exigente”⁴²⁵. En *Africa Holding Company of America*, por ejemplo, el tribunal explicó que estaba “dispuesto a considerar cualquier práctica de corrupción como cuestión muy grave, pero que requeriría de prueba irrefutable de dicha práctica, como por

⁴²¹ Réplica, Sección IV.D.1.

⁴²² *African Holding Company of America, Inc y Société Africaine de Construction au Congo SARL c. República Democrática del Congo* (Caso CIADI N.º ARB/05/21), Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción y Admisibilidad, 29 de julio de 2008, **CLA-240** párrafos 55-56 (traducción no oficial al español).

⁴²³ Dúplica, párrafos 524-525.

⁴²⁴ *Ibid.*, párrafos 510-513.

⁴²⁵ *Ver, por ejemplo, African Holding Company of America, Inc y Société Africaine de Construction au Congo SARL c. República Democrática del Congo* (Caso CIADI N.º ARB/05/21), Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción y Admisibilidad, 29 de julio de 2008, **CLA-240**, párrafo 55 (traducción no oficial al español); *Sr. Saba Fakes c. República de Turquía* (Caso CIADI N.º ARB/07/20), Laudo, 10 de marzo de 2004, **CLA-190**, párrafo 131 (“El Tribunal considera que la carga de la prueba de cualquier alegación de conducta indebida es especialmente exigente”) (traducción no oficial al español); *Quiborax SA, Non Metallic Minerals SA y Allan Fosk Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia* (Caso CIADI N.º ARB/06/2), Decisión sobre Jurisdicción, 27 de septiembre de 2012, **CLA-204**, párrafo 262 (“la Demandada debe probar a satisfacción del Tribunal que la inversión de los Demandantes violó el requisito de legalidad”).

ejemplo la resultante de enjuiciamientos penales en países en los que la corrupción constituye un delito penal”⁴²⁶. Luego determinó que la demandada había fundado sus alegaciones en meras “consideraciones generales”, con lo cual el tribunal no podía “hacer lugar a alegación tal ni puede aceptar que ello pudiera afectar de manera alguna las relaciones jurídicas entre las partes”⁴²⁷. Cabe destacar que el tribunal explicó entonces que:

Al Tribunal le preocupa la posibilidad de que una serie de demandadas en casos de arbitraje internacional recurran a alegaciones de corrupción para impedir que la corte se declare competente o influir en la decisión sobre el fondo, lo cual constituye un motivo más por el cual, en este sentido, el criterio probatorio debe ser especialmente exigente⁴²⁸.

179. De modo similar, en *Energoalians* el tribunal determinó que “solamente las violaciones considerables e intencionales de la normativa de inversión del Estado receptor de las inversiones puede servir de fundamento para determinar la falta de competencia”⁴²⁹. Explicó que tales “violaci[ones] grosera[s]” del derecho del Estado receptor o el derecho internacional deben quedar “debidamente probadas y, en ese sentido, confirmadas por sentencias de tribunal competente que tengan validez legal”⁴³⁰.
180. Los casos citados por Bolivia para sustentar su objeción a la jurisdicción⁴³¹ confirman el exigente criterio que debe cumplirse para que se concluya que hubo ilegalidad. En *SAUR*, por ejemplo, el tribunal reconoció que, en el análisis de la

⁴²⁶ *African Holding Company of America, Inc y Société Africaine de Construction au Congo SARL c. República Democrática del Congo* (Caso CIADI N.  ARB/05/21), Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción y Admisibilidad, 29 de julio de 2008, **CLA-240**, párrafo 52 (traducción no oficial al español).

⁴²⁷ *Ibíd.*, párrafo 53 (traducción no oficial al español).

⁴²⁸ *Ibíd.*, párrafo 55 (traducción no oficial al español).

⁴²⁹ *Energoalians SARL c. República de Moldavia* (CNUDMI), Laudo, 23 de octubre de 2013, **CLA-211bis**, párrafo 261 (traducción no oficial al español).

⁴³⁰ *Ibíd.* (traducción no oficial al español).

⁴³¹ Dúplica, párrafo 508.

legalidad de una inversión, el foco debe recaer en “violaci[ones] grave[s] del ordenamiento jurídico” por parte del inversor⁴³². En ese caso, la demandada en efecto había planteado “violaci[ones] grave[s]” tales, al acusar a la demandante de apropiarse ilegalmente de millones de dólares de fondos del gobierno en violación de la legislación social, contable y societaria de Argentina⁴³³. No obstante, el tribunal concluyó que la demandada no había cumplido su carga de probar esas graves ilegalidades⁴³⁴. En *Flughafen*, el tribunal igualmente se refirió al hecho de que recaía sobre la demandada la carga de probar “violaci[ones] grave[s] del ordenamiento jurídico”⁴³⁵. El tribunal concluyó que la demandada no había cumplido su carga, dado que se había “limitado a acusar a los inversores de prácticas corruptas, sin acompañar esta aseveración de un intento mínimo de actividad probatoria”⁴³⁶.

181. En el caso que nos ocupa, Bolivia no pretende que el Tribunal determine que el proceso de privatización fue ilegal. Y tampoco han determinado cosa tal los tribunales locales. Más bien, Bolivia solamente ha planteado “consideraciones generales” no corroboradas⁴³⁷ que no demuestran el tipo de conducta ilícita necesaria para concluir que medió ilegalidad. Sin ofrecer ningún tipo de respaldo

⁴³² *SAUR International SA c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/04/4), Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 6 de junio de 2012, **RLA-82**, párrafo 308 (énfasis añadido).

⁴³³ *Ibíd.*, párrafo 310.

⁴³⁴ *Ibíd.*, párrafos 311-312 (“la República Argentina ha fracasado en su intento de probar la antijuricidad del comportamiento [de la parte demandante]. [...] No existiendo prueba convincente de actuación ilegal imputable al inversor, la excepción planteada por la República Argentina de falta de competencia del Tribunal y de jurisdicción del CIADI está irremediamente avocada a fracasar”) (énfasis añadido).

⁴³⁵ *Flughafen Zürich AG y Gestión e Ingeniería IDC SA c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI N.º ARB/10/19), Laudo, 18 de noviembre de 2014, **RLA-107**, párrafo 132 (énfasis añadido).

⁴³⁶ *Ibíd.*, párrafos 154-155.

⁴³⁷ *African Holding Company of America, Inc y Société Africaine de Construction au Congo SARL c. República Democrática del Congo* (Caso CIADI N.º ARB/05/21), Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción y Admisibilidad, 29 de julio de 2008, **CLA-240**, párrafo 53 (“El Tribunal no puede hacer lugar a alegación tal ni puede aceptar que ello pudiera afectar de manera alguna las relaciones jurídicas entre las partes; por consiguiente, rechaza dichas alegaciones”) (traducción no oficial al español).

para ello, Bolivia afirma que su argumento “[e]s totalmente comparable a las ilegalidades en los cuatro casos en los que se basa la Demandante”⁴³⁸. No obstante, esto es claramente falso. En primer lugar, los “cuatro casos” citados por la Demandante se encuentran entre los principales casos invocados por Bolivia para formular su argumento de ilegalidad⁴³⁹. Sin embargo, contrario a lo que ocurre en el presente proceso, cada uno de esos casos involucró violaciones deliberadas de leyes aplicables en el momento en que se realizaron las inversiones. En particular:

- (a) *Churchill Mining* se refirió a “un esquema de defraudación a gran escala”⁴⁴⁰ en el que hubo “reiterados actos de falsificación”⁴⁴¹ que habían sido realizados “intencionalmente”⁴⁴² por el socio comercial de la demandante con el fin de obtener las concesiones mineras que constituían la base de la inversión en ese caso. El tribunal concluyó que la ilicitud por la que se reclamaba era especialmente notable y que la demandante no solamente no había llevado adelante ningún tipo de proceso de *due diligence* sino que tampoco había tomado ninguna medida al descubrir el fraude y, en cambio, había procedido a presentar nuevos documentos falsificados en un intento de obtener la inversión⁴⁴³.

⁴³⁸ Dúplica, párrafo 525 (en que se cita Réplica, párrafo 293).

⁴³⁹ Ver Escrito de Contestación, párrafos 340-345; Dúplica, párrafos 508-511.

⁴⁴⁰ *Churchill Mining PLC y Planet Mining Pty Ltd c. República de Indonesia* (Caso CIADI N.º ARB/12/14 y 12/40), Laudo, 6 de diciembre de 2016, **RLA-25**, párrafo 510 (traducción no oficial al español).

⁴⁴¹ *Ibíd.*, párrafo 511 (traducción no oficial al español).

⁴⁴² *Ibíd.*, párrafo 511 (traducción no oficial al español).

⁴⁴³ *Ibíd.*, párrafos 509 (en que se concluye que “al Tribunal le sorprende la gravedad del fraude que mancha toda la [inversión] y la falta de diligencia de las Demandantes para supervisar el proceso de licenciamiento e investigar las alegaciones de falsificación”) y 515 (“[L]os actos de falsificación que se revelaron en este proceso son de carácter especialmente grave, dada la cantidad y naturaleza de los documentos falsificados y del fin perseguido, a saber, orquestar, legitimizar y perpetuar un esquema de defraudación de modo tal de obtener acceso a valiosos derechos mineros”) (traducción no oficial al español).

- (b) En *Inceysa*, el tribunal determinó que la inversión de la demandante se hizo en violación del principio de la buena fe dado que ésta había presentado deliberadamente información falsa y realizado actividades fraudulentas durante el proceso de privatización⁴⁴⁴. En ese caso, el tribunal observó que la conducta de Inceysa constituía “una obvia violación al principio de buena fe” y señaló 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”⁴⁴⁵.
- (c) En *Plama*, el tribunal determinó que, como la demandante había mentido deliberada y fraudulentamente sobre la verdadera propiedad de su inversión para poder presentarse como inversor más atractivo con sustanciales recursos, la “inversión se obtuvo mediante conducta engañosa” en “flagrante violación” del derecho nacional⁴⁴⁶.
- (d) Por último, *Phoenix Action* involucró una inversión que se realizó “al solo efecto” de iniciar un arbitraje internacional⁴⁴⁷. Una vez más, el tribunal centró su análisis en la conducta engañosa de la demandante: “[a]quí podría decirse que el abuso es un ‘*détournement de procedure*’, que consiste en la creación de una ficción legal por parte de la Demandante para poder tener acceso al procedimiento de arbitraje internacional al que no tenía derecho”⁴⁴⁸.

⁴⁴⁴ *Inceysa Vallisoletana SL c. El Salvador* (Caso CIADI N.º ARB/03/26), Laudo, 2 de agosto de 2006, **RLA-26**, párrafo 236.

⁴⁴⁵ *Ibíd.*, párrafo 237.

⁴⁴⁶ *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria* (Caso CIADI N.º ARB/03/24), Laudo, 27 de agosto de 2008, **RLA-27**, párrafos 133-135, 137 y 143 (traducción no oficial al español).

⁴⁴⁷ *Phoenix Action Ltd c. República Checa* (Caso CIADI N.º ARB/06/5), Laudo, 15 de abril de 2009, **RLA-15**, párrafo 142 (traducción no oficial al español).

⁴⁴⁸ *Ibíd.*, párrafo 143 (traducción no oficial al español).

182. Ninguno de estos casos involucra hechos que sean ni remotamente comparables a las alegaciones que aquí Bolivia presentó sin prueba. A diferencia de los casos precedentes, en este proceso Bolivia ni siquiera ha alegado, ni mucho menos probado, que Glencore Bermuda haya realizado algún tipo de conducta fraudulenta o engañosa al adquirir los Activos⁴⁴⁹. Como mucho, Bolivia sostiene que Glencore Bermuda “debería haber sabido” que la privatización fue “irregular”⁴⁵⁰.
183. *Segundo*, y de importancia vital, lo que, en cambio, dejan en claro los casos mencionados precedentemente es que, contrariamente a lo afirmado por Bolivia, el momento pertinente para evaluar la supuesta ilegalidad es el momento en que el inversor realizó la inversión⁴⁵¹. Sin embargo, Bolivia ahora dice que “cuestiones de principios” justifican extender el ámbito de la evaluación de la legalidad a un momento anterior al de la adquisición⁴⁵². Bolivia se equivoca. La lógica en que se apoya la idea de evaluar el tema en el momento en que se realizó la inversión es clara: el análisis tiene por objetivo proteger el acceso al sistema de los tratados de inversión frente a su abuso por parte de inversores que buscan invocar sus protecciones. Como lo manifestó el tribunal de *Phoenix Action*, “no se puede considerar que los Estados ofrezcan el acceso al mecanismo de solución de controversias del CIADI a inversiones efectuadas en violación de sus leyes”⁴⁵³.

⁴⁴⁹ Dúplica, párrafos 521 y 525. La Demandante ha demostrado la buena fe y licitud de la adquisición, lo cual no ha sido impugnado por la Demandada. *Ver* Sección II.B.2, *supra*. *Ver también* Réplica, Sección II.C.

⁴⁵⁰ Dúplica, párrafo 521.

⁴⁵¹ Réplica, párrafo 277 (y los casos que allí se citan). *Ver también* *Veteran Petroleum Limited (Chipre) c. Federación Rusa* (CNUDMI), Laudo Final, 18 de julio de 2014, **CLA-157**, párrafos 1352-1356; *Bernhard von Pezold y otros c. República de Zimbabue* (Caso CIADI N.º ARB/10/15), Laudo, 28 de julio de 2015, **CLA-126**, párrafo 420; *Georg Gavrilović y Gavrilović doo c. República de Croacia* (Caso CIADI N.º ARB/12/39), Laudo, 26 de julio de 2018, **CLA-250**, párrafo 303.

⁴⁵² Dúplica, párrafo 513.

⁴⁵³ *Phoenix Action Ltd c. República Checa* (Caso CIADI N.º ARB/06/5), Laudo, 15 de abril de 2009, **RLA-15**, párrafos 101 y 103 (énfasis añadido) (en que se observa que “el análisis de la conformidad de la inversión con las leyes del Estado receptor debe realizarse tomando en

Del mismo modo, los tribunales de *SAUR* y *Flughafen* destacaron que “no se puede entender en ningún caso que un Estado esté ofreciendo el beneficio de la protección mediante arbitraje de inversión, cuando el inversor, para alcanzar esa protección, haya incurrido en una actuación antijurídica”⁴⁵⁴.

184. De ello se desprende que la afirmación de Bolivia de que las ilegalidades que son de fecha anterior a la adquisición por parte de la demandante “colocan esa inversión fuera del alcance de la jurisdicción de un tribunal basado en un tratado”⁴⁵⁵ no tiene fundamento. De hecho, Bolivia remite a una única fuente en aparente sustento de lo que sostiene, que es el caso *Anderson c. Costa Rica*⁴⁵⁶, pero esa decisión no avala su postura. En *Anderson*, la supuesta ilegalidad tenía que ver con la adquisición del activo por parte de la demandante. Como lo manifestó el tribunal interviniente en el caso:

[L]a operación mediante la cual las Demandantes obtuvieron la titularidad de sus activos (es decir, su derecho a que Enrique Villalobos les pague el capital y los intereses) no se ajustó a los requisitos de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica y que, por consiguiente, las Demandantes no eran titulares de su inversión con arreglo a la legislación de Costa Rica⁴⁵⁷.

185. En este caso, Bolivia no alegó ninguna ilegalidad en relación con la adquisición de los Activos por parte de la Demandante.

consideración las leyes vigentes en el momento en que se estableció la inversión”) (traducción no oficial al español).

⁴⁵⁴ *SAUR International SA c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/04/4), Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 6 de junio de 2012, **RLA-82**, párrafo 308 (énfasis añadido); *Flughafen Zürich AG y Gestión e Ingeniería IDC SA c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI N.º ARB/10/19), Laudo, 18 de noviembre de 2014, **RLA-107**, párrafo 132 (énfasis añadido).

⁴⁵⁵ Dúplica, párrafo 512.

⁴⁵⁶ *Ibíd.* (en que se cita *Alasdair Ross Anderson et al c. República de Costa Rica* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/07/3), Laudo, 19 de mayo de 2010, **RLA-147**).

⁴⁵⁷ *Alasdair Ross Anderson et al c. República de Costa Rica* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/07/3), Laudo, 19 de mayo de 2010, **RLA-147**, párrafo 57 (énfasis añadido) (traducción no oficial al español).

186. En suma, el criterio mínimo para demostrar una violación por ilegalidad es un criterio exigente. Bolivia debe demostrar que se cometieron “violaciones graves” en el momento en el que se efectuó la inversión. Como Bolivia ni de lejos cumplió su carga, corresponde desestimar su alegación.

2. **Bolivia no demostró que haya habido nada ilícito en el proceso de privatización**

187. Como Bolivia no demostró la existencia de ninguna violación en el momento en que se realizó la inversión, aquí podría concluir el tratamiento del tema. No obstante, en aras de ofrecer un análisis completo, Glencore Bermuda demostró inequívocamente que la privatización de los Activos se llevó adelante de forma transparente con arreglo al marco legal que por entonces estaba vigente⁴⁵⁸.

188. Al reconocer en la Dúplica que el marco regulatorio con arreglo al cual se privatizaron los Activos no tenía nada de ilícito⁴⁵⁹, a Bolivia le queda solo afirmar que “la forma en la que [ese marco] fue utilizado por el expresidente es altamente inadecuada”⁴⁶⁰.

189. En última instancia, las alegaciones de “ilegalidad” de Bolivia se reducen a lo siguiente: (i) al adquirir los Activos cuando no ocupaba la presidencia y no disponer que se realizara una investigación de la privatización durante su segundo mandato presidencial, el Sr. Sánchez de Lozada supuestamente “contravino la obligación básica de los servidores públicos de actuar en el interés público, libre de sesgo y parcialidad”⁴⁶¹; (ii) como los gobiernos de Banzer Suárez y Quiroga

⁴⁵⁸ Réplica, párrafos 278-283.

⁴⁵⁹ Ver, por ejemplo, Dúplica, párrafos 70, 80 y 515.

⁴⁶⁰ *Ibíd.*, párrafo 70 (énfasis añadido). Es revelador el hecho de que, en la descripción fáctica que hace de la supuesta transferencia indebida de los Activos al Sr. Sánchez de Lozada (que constituye la base de sus alegaciones de ilegalidad), solamente en una oportunidad Bolivia tilda de “ilegal” la privatización, y, en cambio, describe el proceso como “irregular” o “altamente inadecua[d]o”. Ver *ibíd.*, paras, 70-84 y 121.

⁴⁶¹ *Ibíd.*, párrafo 527 (en que se cita la Constitución de 1967, **R-3**, y el Decreto Supremo N.º 2.3318-A, 3 de noviembre de 1992, **R-237**).

- permitieron que se llevara adelante la privatización de los Activos a pesar de los precios supuestamente bajos por los que se los vendió, la privatización fue “en contra de los requisitos básicos de transparencia y buena fe y sin tener en cuenta la protección del patrimonio público, y sin tener en cuenta el principio básico del derecho administrativo según el cual la administración actúa en el mejor interés del Estado”⁴⁶²; y (iii) los Activos se privatizaron sin obtener la aprobación parlamentaria que exige el artículo 59(5) de la Constitución de 1967⁴⁶³.
190. Glencore Bermuda ya demostró que las alegaciones de Bolivia no tienen asidero en los hechos ni en el derecho⁴⁶⁴, no obstante lo cual vale la pena destacar ciertos puntos en esta etapa.
191. Como punto preliminar, Bolivia menciona “las medidas elaboradas e implementadas por Sánchez de Lozada”⁴⁶⁵ o “las medidas de Sánchez de Lozada”⁴⁶⁶ al describir los quince años de actuaciones gubernamentales que condujeron a la privatización de los Activos. Sin embargo, la propia Bolivia reconoce que los Activos fueron privatizados con arreglo a un marco legal que resultaba aplicable a todos los sectores industriales de Bolivia⁴⁶⁷ y que fue desarrollado por los poderes ejecutivo y legislativo de cinco gobiernos distintos entre 1985 y 2000⁴⁶⁸.
192. Por otra parte, a pesar de dedicarle más de 80 párrafos a su argumento de ilegalidad en el Escrito de Contestación y la Dúplica, Bolivia no puede articular qué disposiciones específicas del derecho boliviano habrían sido objeto de

⁴⁶² Dúplica, párrafo 528 (se omitieron las citas internas).

⁴⁶³ *Ibíd.*, párrafo 530 (se omitieron las citas internas).

⁴⁶⁴ Réplica, párrafos 278-283.

⁴⁶⁵ Dúplica, párrafo 52.

⁴⁶⁶ *Ibíd.*

⁴⁶⁷ *Ibíd.*, párrafo 60 (en que se reconoce que “tales políticas afectaron a la totalidad del sector público”) (énfasis añadido).

⁴⁶⁸ *Ibíd.*, párrafos 54-68.

violación ni por parte de quién. En efecto, Bolivia reconoce expresamente que el Sr. Sánchez de Lozada no ocupaba la presidencia cuando Colquiri adquirió los Activos⁴⁶⁹. Por consiguiente no podría haber violado normas aplicables a funcionarios gubernamentales⁴⁷⁰. Como era entonces esperable, Bolivia en realidad no plantea que la adquisición de los Activos por parte del Sr. Sánchez de Lozada haya sido ilegal sino que solamente la califica de “altamente inadecuada”⁴⁷¹. No obstante, independientemente de qué pueda opinar el actual gobierno acerca de la privatización de los Activos, describir el proceso como “altamente inadecua[d]o” claramente no basta para denegarle a Glencore Bermuda, que es un comprador posterior, la protección del Tratado⁴⁷². [REDACTED]

⁴⁶⁹ Como se explicó en la Réplica, Bolivia le adjudicó a Colquiri la licitación de la Mina de Colquiri el 24 de diciembre de 1999, por medio del Decreto Supremo 25.631 (Colquiri era la arrendataria del Arrendamiento de Colquiri y Comsur la operadora); Bolivia le adjudicó a Colquiri la Fundición de Antimonio el 5 de enero de 2001 por medio del Decreto Supremo 26.042; y Colquiri suscribió el contrato de compraventa con RBG Resources para la compra de la Fundición de Estaño el 28-29 de mayo de 2002. Decreto Supremo N.º 25.631, 24 de diciembre de 1999, publicado en la Gaceta Oficial N.º 2.192, **C-6**; Decreto Supremo N.º 26.042, 5 de enero de 2001, publicado en la Gaceta Oficial N.º 2.282, **C-8**; Contrato de compraventa del Complejo Vinto entre RBG Resources PLC, sus liquidadores provisorios y Colquiri, 1 de junio de 2002, **C-46**.

⁴⁷⁰ Bolivia cita el artículo 43 de la Constitución de 1967, que dispone que: “El servidor público debe servir con objetividad e imparcialidad a los intereses de la sociedad, de acuerdo a los principios de legalidad, transparencia y responsabilidad, sus derechos y deberes estarán establecidos en el Estatuto del Servidor Público”. Constitución de 1967, **R-3**, artículo 43. Bolivia también cita los artículos 3 y 4 del Decreto Supremo N.º 2.3318-A, que, de modo similar, se aplican a los deberes, las obligaciones y los actos de los funcionarios públicos. Decreto Supremo N.º 2.3318-A, 3 de noviembre de 1992, **R-237**, artículos 3-4. Ver Dúplica, párrafo 527.

⁴⁷¹ Dúplica, párrafo 70.

⁴⁷² Ver Réplica, párrafos 292-297.

⁴⁷³ [REDACTED]

193. Las alegaciones de Bolivia referentes específicamente a los Activos tampoco prosperan:

- (a) Respecto del **Arrendamiento de Colquiri**, Bolivia señala explícitamente que “el Arrendamiento de la Mina de Colquiri no se transfirió al sector privado bajo un marco ilegal *per se*”⁴⁷⁴. No obstante, según Bolivia, como Comsur adquirió el Arrendamiento de Colquiri en lo que supuestamente eran “condiciones muy favorables”, esto resulta perjudicial a los intereses públicos⁴⁷⁵. En sustento de esta afirmación Bolivia se limita a aducir, sin más explicación, que el compromiso de inversión de USD 2 millones exigido para los dos primeros años de operaciones era “muy pequeño” y

[Redacted text block consisting of multiple lines of blacked-out content]

⁴⁷⁴ Dúplica, párrafo 80 (énfasis añadido).

⁴⁷⁵ *Ibíd.*, párrafo 78.

que la tasa de regalías de 3,5% fue “baja”⁴⁷⁶. Esas especulaciones sin sustento no pueden servir de base para concluir que hubo ilegalidad, especialmente cuando hay amplia prueba en contrario. Como lo explicó la Demandante en la Réplica, Bolivia pasa por alto el hecho de que, para el año 1999, la Mina de Colquiri llevaba años operando a pérdida y necesitaba importantes inversiones en exploración antes de poder retomar la producción⁴⁷⁷. Ello coincidió con una baja en los precios internacionales del estaño, que profundizó aún más la crisis del sector minero boliviano⁴⁷⁸. Fue con este escenario de fondo que la Comisión Calificadora adjudicó el Arrendamiento de Colquiri al Consorcio tras determinar que ello era “conveniente para los intereses del Estado Boliviano”⁴⁷⁹.

- (b) Respecto de la Fundición de Antimonio, Bolivia afirma que la privatización fue “irregular”, más que ilegal, porque se la llevó adelante mediante una “consideración sorprendentemente baja” y “sin una investigación previa sobre la justificación de tal consideración”⁴⁸⁰. Una vez más, esta afirmación no tiene fundamento válido. Lejos de ser “sorprendentemente bajo”, el precio ofrecido por Colquiri, de USD 1,1 millón, superó en más de diez veces el valor mínimo fijado por Paribas, de

⁴⁷⁶ *Ibíd.*, párrafo 528.

⁴⁷⁷ Réplica, párrafo 46 (en que se cita Behre Dolbear & Company, Inc, Estudio Financiero Técnico para la Capitalización de EMV y la Transferencia de las Responsabilidades Operativas de Comibol a la Iniciativa Privada, Parte II, Vol. A, de agosto de 1995, **C-166**, páginas 114-115; Behre Dolbear & Company, Inc, Estudio Financiero Técnico para la Capitalización de EMV y la Transferencia de las Responsabilidades Operativas de Comibol a la Iniciativa Privada, Parte I, Vol. B, de septiembre de 1995, **C-167**, páginas 5-6; US Geological Survey Minerals Yearbook 1999, “The Mineral Industry of Bolivia”, 1999, **C-174**, página 4.)

⁴⁷⁸ Ver CRU y ITRI, “Tin”, CRU Monitor, de febrero de 2007, **C-69**, página 2; US Geological Survey Minerals Yearbook 1999, “The Mineral Industry of Bolivia”, 1999, **C-174**, página 2.

⁴⁷⁹ Informe de recomendación de la Comisión Calificadora de la Licitación Pública para las Fundiciones de Estaño y Antimonio, la Planta Industrial de Oruro, el Riesgo Compartido Huanuni y el arrendamiento de la Mina Colquiri, 21 de diciembre de 1999, **R-108**, página 6.

⁴⁸⁰ Dúplica, párrafo 99; *ver también ibíd.*, párrafo 528.

USD 100.000⁴⁸¹. Los asesores de la propia Bolivia en aquel momento reconocieron la limitada viabilidad comercial de la Fundición de Antimonio, dado el deterioro de las condiciones del mercado de antimonio, el insuficiente suministro de materia prima y la baja capacidad de la planta⁴⁸².

- (c) Respecto de la **Fundición de Estaño**, de modo similar Bolivia no cuestiona la legalidad del proceso de privatización sino que, más bien, lo califica de “irregular”⁴⁸³. Específicamente, critica a la Comisión Calificadora por aprobar la oferta supuestamente deficiente de Allied Deals⁴⁸⁴. Según Bolivia, la propuesta modificada de Allied Deals no subsanó esas deficiencias y el hecho de que se la haya aprobado indica que “la Comisión Calificadora hizo todos los esfuerzos posibles para asegurar que el proceso de licitación se concluyera con éxito, ignorando ciertas deficiencias en las ofertas recibidas”⁴⁸⁵. No obstante, además de ser completamente infundado, este argumento resulta, sencillamente, irrelevante. Bolivia había establecido un marco legal para la privatización de los Activos y éste es el marco que en aquel momento siguieron los

⁴⁸¹ Réplica, párrafo 35.

⁴⁸² Paribas, 1999, Privatización de activos mineros bolivianos, Memorándum Confidencial del 16 de agosto de 1999, **RPA-04**, página 69. Esto era de público conocimiento en la industria boliviana. US Geological Survey Minerals Yearbook 1999, “The Mineral Industry of Bolivia”, 1999, **C-174**, página 3.

Bolivia también culpa al gobierno de Quiroga de no hacer caso a los pedidos de investigar y suspender el proceso de privatización. Sin embargo, la alegación de Bolivia se basa en tres cartas enviadas entre octubre y diciembre de 2000 por la Brigada Parlamentaria de Oruro y dos miembros opositores del Congreso Nacional boliviano a varios funcionarios bolivianos para pedir, por una serie de motivos, que se prorrogaran los plazos de la licitación. El hecho de que el Gobierno decidiera desoír esos pedidos infundados indica que no los consideró creíbles. *Ver* Carta de la Brigada Parlamentaria de Oruro al presidente Bánzer Suárez, 27 de noviembre de 2000, **R-110**; Carta de Leopoldo Fernández Ferreira al presidente Bánzer Suárez, 5 de diciembre de 2000, **R-113**; Carta de Humberto Bohrt Artieda a Walter Guiteras Denis, 8 de diciembre de 2000, **R-114**; Réplica, párrafo 45.

⁴⁸³ Dúplica, párrafo 110.

⁴⁸⁴ *Ibíd.*, párrafo 115.

⁴⁸⁵ *Ibíd.*, párrafo 115.

funcionarios gubernamentales pertinentes. En efecto, el precio de compra de USD 14 millones pagado por Allied Deals fue un 40% superior al valor mínimo de USD 10 millones recomendado por Paribas, el asesor de Bolivia⁴⁸⁶. Bolivia no niega esto⁴⁸⁷. Además, Bolivia no ha alegado⁴⁸⁸ ni, mucho menos, identificado ninguna ilegalidad respecto de la posterior adquisición de la Fundición de Estaño por parte de Colquiri de manos de RBG Resources (antes Allied Deals) tras la quiebra de esta última⁴⁸⁹. De hecho, Bolivia reconoce que las acusaciones que se plantearon durante la

⁴⁸⁶ Informe de recomendación de la Comisión Calificadora de la Licitación Pública para las Fundiciones de Estaño y Antimonio, la Planta Industrial de Oruro, el Riesgo Compartido Huanuni y el arrendamiento de la Mina Colquiri, 21 de diciembre de 1999, **R-108**, página 6.

⁴⁸⁷ Escrito de Contestación, párrafo 74.

⁴⁸⁸ Dúplica, párrafos 127-129.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, párrafos 120-129. Bolivia [alega] que la adquisición de la Fundición de Estaño por parte de Comsur supuestamente fue ocultada por miembros del gobierno de Sánchez de Lozada. *Ver* Dúplica, párrafo 128 (en que se cita la Carta del presidente del Congreso Nacional (Sr. Mesa) al presidente de la Cámara de Diputados (Sr. Añez), 7 de octubre de 2002, **R-300**; Carta de la presidente de la Cámara de Diputados (Sra. Paz) al Presidente (Sr. Sánchez de Lozada), 12 de septiembre de 2002, **R-301**). Se trata de una alegación falsa. Bolivia cita un pedido de informe escrito presentado por el diputado Alberto Luis Aguilar Calle al ministro de Desarrollo Económico, mediante el cual se pretendía obtener un informe respecto de “si es evidente que la Empresa de Fundición Vinto [*sic*] fue transferida a la Empresa Minera Privada COMSUR”. El Ministro respondió que, según el informe del viceministro de Minería y Metalurgia, “la Empresa de Fundición Vinto” no se transfirió a Comsur. *Ver* Carta del presidente del Congreso Nacional (Sr. Mesa) al presidente de la Cámara de Diputados (Sr. Añez), 7 de octubre de 2002, **R-300**, página 3. Dicha respuesta fue correcta dado que: (i) se limitó a explicar la transferencia que se produjo como resultado de la licitación pública; y (ii) aun después de su venta a Allied Deals, EMV no se transfirió a Comsur sino a Colquiri. En efecto, la respuesta deja en claro que el Ministro interpretó que el pedido de informe escrito se limitaba a consultar en cuanto a si EMV fue transferida por el Estado boliviano a Comsur como parte del proceso de privatización. De todas formas, aun si se interpretara que el informe escrito incluía un pedido de información sobre ventas de EMV con posterioridad a la licitación (no fue así), la respuesta brindada por el Ministro de todas formas fue correcta: el ministerio de Desarrollo Económico había sido informado por el Liquidador Provisorio Conjunto, mediante la carta del 7 de junio de 2002, solamente de que el levantamiento de la restricción sobre la venta de acciones había permitido “un contrato de venta eficiente a Compañía Minera Colquiri S.A.” (traducción no oficial al español). Carta de Grant Thornton al ministro de Desarrollo Económico, 7 de junio de 2002, **R-148**. Además, si bien el ministro de Desarrollo Económico era un “miembro[] del gobierno de Sánchez de Lozada”, como dice Bolivia, Oscar Farfan fue elegido por el Movimiento de Izquierda Revolucionario como parte de la alianza formada entre dicho partido y el Movimiento Nacionalista Revolucionario (el partido de Sánchez de Lozada). *Ver* “Sánchez de Lozada crea cuatro ministerios al iniciar su gestión”, *Agencia de Noticias Fides*, 7 de agosto de 2002, **C-288**. Por consiguiente, no lo eligió el Sr. Sánchez de Lozada, o siquiera un integrante de su partido político.

investigación de RBG Resources no guardaron relación con la privatización de la Fundación de Estaño⁴⁹⁰.

194. *Por último*, y más importante, ningún tribunal local ha declarado jamás que haya habido ninguna “irregularidad” (y, mucho menos, una “ilegalidad”) respecto de la privatización de los Activos⁴⁹¹. La propia Bolivia acepta incluso que el Estado consideró seriamente las alegaciones planteadas tras la quiebra de RBG Resources, pero finalmente resolvió no actuar en respuesta⁴⁹². Cabe destacar que los plazos de prescripción para declarar una responsabilidad administrativa, responsabilidad civil o responsabilidad penal por actos relacionados con la privatización han vencido todos⁴⁹³. El hecho de que no se haya encontrado “irregularidad” alguna a pesar de haber un mecanismo específico contemplado para este preciso fin demuestra, una vez más, que los argumentos de Bolivia no

⁴⁹⁰ Según Bolivia, el “escándalo de RBG” es relevante sencillamente porque “abrió la puerta a las renovadas críticas de la privatización irregular de la Fundidora de Estaño”. Dúplica, párrafo 123. Como ya lo explicó la Demandante, Bolivia basa su afirmación en unos pocos artículos periodísticos que contienen afirmaciones infundadas (y falsas) de la oposición sobre supuestas ilegalidades en la privatización. Réplica, párrafo 53; “El MAS pide la renuncia del Canciller Saavedra”, *La Razón Digital*, 8 de noviembre de 2002, **R-134**; “MAS pide la renuncia del Canciller de la República”, *El Diario*, 4 de diciembre de 2002, **R-135**.

⁴⁹¹ En efecto, hasta miembros del Congreso Nacional boliviano han cuestionado la validez de las alegaciones de ilegalidad de Bolivia durante una reciente citación al Procurador General de Bolivia. *Ver* Solicitud del Congreso Nacional (Sr. Barral) al procurador general de Bolivia (Sr. Menacho) de presentar informe oral, sin fecha, **C-299**, página 1 (en que se señala que “los Decretos Supremos Nros. 29.026 [Fundición de Estaño], 499 [Fundición de Antimonio] y 1264 [Mina de Colquiri] consideran que el proceso de privatización y capitalización fue un proceso ‘fraudulento’ y lesivo al Estado Boliviano, en consecuencia, ¿Por qué no se abrió una investigación formal o proceso para determinar responsabilidades e individualizar a los responsables y sus actuaciones?”).

⁴⁹² Dúplica, párrafo 419.

⁴⁹³ Decreto Supremo N.º 2.3318-A, 3 de noviembre de 1992, **R-237**, artículos 16 y 37 (en que se establece una prescripción de dos años para la responsabilidad administrativa); Ley N.º 1.178, 20 de julio de 1990, **R-241**, artículo 40 (en que se establece una prescripción de 10 años para responsabilidad civil derivada de deberes administrativos); Código Penal, modificado por la Ley N.º 1.768 del 10 de marzo de 1997, publicado en la Gaceta Oficial N.º 1.984, 23 de agosto de 1972, **C-285**, artículo 101 (en que se establece una prescripción máxima de 8 años); Ley N.º 1.970, Código de Procedimiento Penal, publicada en la Gaceta Oficial N.º 2.129, 25 de marzo de 1999, **C-287**, artículo 29 (en que se confirma la prescripción máxima de 8 años).

tienen fundamento válido ⁴⁹⁴. No corresponde que el Tribunal decline su jurisdicción a la luz de semejantes alegaciones vagas e insustentadas.

3. Las alegaciones de Bolivia de que hubo “manos sucias” no tienen ningún tipo de sustento

195. A pesar de lo dicho precedentemente, Bolivia insiste en sostener que, por la doctrina de las manos sucias, el Tribunal no puede entender en los reclamos formulados por Glencore Bermuda. Sin aportar ninguna prueba, Bolivia afirma que corresponde que el Tribunal rechace su jurisdicción porque Glencore International “tenía pleno conocimiento”⁴⁹⁵, cuando adquirió los Activos, cinco años después de su privatización, de que los funcionarios gubernamentales de la propia Bolivia supuestamente no habían protegido el patrimonio público al privatizar todos los sectores industriales bolivianos⁴⁹⁶ (conclusión a la que, como ya se explicó, no ha arribado ningún tribunal boliviano)⁴⁹⁷.
196. El argumento de Bolivia no tiene validez. Al no haber demostrado ninguna ilegalidad en el proceso de privatización, el argumento relacionado que formula de las “manos sucias” (que necesariamente depende de que se declare que hubo ilegalidad) también debe fracasar. Por ende, aquí podría concluir el análisis del Tribunal.

⁴⁹⁴ El Consejo Nacional de Economía y Planificación (*CONEPLAN*) era responsable de auditar y salvaguardar los intereses del Estado en el proceso de privatización. Una vez concluida la privatización, el *CONEPLAN* debía elevar un informe a la Contraloría, que luego examinaría el proceso completo y emitiría dictamen de conformidad con el derecho aplicable. En el caso de que la Contraloría recibiera un informe de auditoría que señalara violaciones de normas administrativas, podría emitir un dictamen sobre responsabilidad administrativa. Ese dictamen se remitiría luego al superior ejecutivo de la entidad pública competente, a efectos de dar inicio al proceso administrativo interno correspondiente. Ver Ley N.º 1.330, 24 de abril de 1992, **C-58**, artículo 3; Decreto Supremo N.º 23.170, publicado en la Gaceta Oficial N.º 1.744, 5 de junio de 1992, **C-286**, artículo 9; Reglamento de la Responsabilidad por la Función Pública, aprobado por Decreto Supremo N.º 2.3318-A, 3 de noviembre de 1992, **R-237**, artículo 17.

⁴⁹⁵ Dúplica, párrafo 552.

⁴⁹⁶ Escrito de Contestación, párrafos 346-347; Dúplica, Sección 4.5.2.

⁴⁹⁷ Réplica, párrafo 235.

197. Sin embargo, en aras de ofrecer un análisis completo, a continuación Glencore Bermuda abordará las alegaciones restantes de Bolivia. Una vez más, Glencore Bermuda demuestra que la doctrina de las “manos sucias” no existe como principio general del derecho internacional y que no se puede invocar para denegarle a ella las protecciones del Tratado, particularmente cuando los actos cuestionados son los de los funcionarios gubernamentales de la propia Bolivia y Bolivia misma autorizó la inversión de Glencore Bermuda.

a. La doctrina de las “manos sucias” no existe como principio general del derecho internacional

198. Contrariamente a lo alegado por Bolivia, la doctrina de las manos sucias no existe como principio general del derecho internacional⁴⁹⁸. Así lo indican las fuentes citadas por la propia Bolivia. En particular, en sustento de lo que aduce, Bolivia se remite a un artículo de doctrina que indica específicamente que, si bien es posible que determinados Estados la hayan reconocido en el contexto de su legislación nacional, “[l]a aplicación de la doctrina de las ‘manos limpias’ en el derecho internacional sigue siendo polémica”⁴⁹⁹. Ese mismo artículo señala que el Relator Especial de la CDI, James Crawford, concluyó que “no es posible considerar que la teoría de las ‘manos limpias’ constituye un instituto del derecho internacional consuetudinario”⁵⁰⁰ y reconoce que “[h]asta el momento, los tribunales

⁴⁹⁸ *Ibíd.*, párrafos 287-288.

⁴⁹⁹ P Dumberry y G Dumas-Aubin, “The Doctrine of ‘Clean Hands’ and the Inadmissibility of Claims by Investors Breaching International Human Rights Law” (2013), Vol. 10(1) Transnational Dispute Management, página 1, **RLA-167**, página 1 (énfasis añadido) (traducción no oficial al español).

⁵⁰⁰ *Ibíd.*, página 2 (en que se cita James Crawford, Segundo Informe sobre Responsabilidad del Estado, (1999) Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, vol. II (parte 2), A/CN.4/SER.A/1999/Add.1 (Parte 1), página 83, párrafo 334) (traducción no oficial al español); *ver también Guyana c. Surinam* (Caso CPA N.º 2004-04), Laudo del Arbitral Tribunal, 17 de septiembre de 2007, **CLA-238**, párrafo 421 (“El Tribunal concluye que la conducta de Guyana no reúne los requisitos necesarios para la aplicación de la doctrina de las manos limpias, en la medida en que dicha doctrina pueda existir en el derecho internacional”) (énfasis añadido) (traducción no oficial al español).

internacionales se han mostrado renuentes a reconocer su existencia”⁵⁰¹.

199. Así lo confirmó el tribunal de *Yukos*, que determinó que “las ‘manos sucias’ no existe como principio general del derecho internacional que pueda impedir el reclamo de un inversor, tal como las Demandantes en este caso”⁵⁰². Contrariamente a lo aducido por Bolivia, el hecho de que el laudo de *Yukos* haya sido anulado en su sede no basta para desacreditar el razonamiento seguido por el tribunal en ese caso, dado que se lo anuló por motivos que no ponen en tela de juicio la conclusión del tribunal respecto de la doctrina de las manos sucias⁵⁰³. De todos modos, una serie de tribunales internacionales han reconocido que la doctrina de las manos sucias no constituye un principio consagrado del derecho internacional⁵⁰⁴.

⁵⁰¹ P Dumberry y G Dumas-Aubin, “The Doctrine of ‘Clean Hands’ and the Inadmissibility of Claims by Investors Breaching International Human Rights Law” (2013), Vol. 10(1) Transnational Dispute Management, página 1, **RLA-167**, página 1 (traducción no oficial al español).

⁵⁰² *Hulley Enterprises Limited (Chipre) c. Federación Rusa* (CNUDMI), Laudo Final, 18 de julio de 2014, **CLA-156**, párrafo 1363 (traducción no oficial al español); *Yukos Universal Limited (Isla de Man) c. Federación Rusa* (Caso CPA N.º AA 227), Laudo Final, 18 de julio de 2014, **CLA-122**, párrafo 1363; *Veteran Petroleum Limited (Chipre) c. Federación Rusa* (CNUDMI), Laudo Final, 18 de julio de 2014, **CLA-157**, párrafo 1363.

⁵⁰³ *Federación Rusa c. Veteran Petroleum Limited, Yukos Universal Limited y Hulley Enterprises Limited* (Casos C/09/477160/ HA ZA 15-1, 15-2 y 15-112), Sentencia de la Corte del Distrito de La Haya, 20 de abril de 2016, **CLA-245**, párrafos 5.95-5.96 (en que se revocan los laudos arbitrales de *Yukos* con el fundamento de que la Federación Rusa no estaba obligada por la aplicación provisoria (de la cláusula arbitral) del artículo 26 del TCE basado en su firma del TCE únicamente, y, por consiguiente, jamás había efectuado una oferta incondicional de someter las diferencias a arbitraje en el sentido del artículo 26 del TCE).

⁵⁰⁴ *Ver, por ejemplo, Guyana c. Surinam* (Caso CPA N.º 2004-04), Laudo del Arbitral Tribunal, 17 de septiembre de 2007, **CLA-238**, párrafo 418 (“En el derecho internacional no se ha elaborado una definición de la doctrina de las manos limpias que goce de aceptación general. En efecto, los Comentarios del Proyecto de Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado reconocen que la aplicación de la doctrina ha sido poco frecuente y, en aquellas ocasiones en que se la invocó, se la expresó de muchas formas. En diversas oportunidades la CIJ se negó a considerar la aplicación de la doctrina y jamás se basó en ella para excluir la admisibilidad de un reclamo o resarcimiento. [...] [L]a doctrina de las manos limpias ha tenido escaso uso y en los casos en que se la invocó no tuvo aplicación uniforme”) (traducción no oficial al español); *Niko Resources (Bangladesh) Ltd c. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited (“Bapex”)* y *Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (“Petrobangla”)* (Caso CIADI N.º ARB/10/18), Decisión sobre Jurisdicción, 19 de agosto de 2013, **CLA-210**, párrafo 477 (en que se observó que “[l]a cuestión de si el principio [de las manos limpias] forma parte del derecho internacional sigue siendo

200. Bolivia solamente puede remitirse a dos casos (*Al Warraq* y *Churchill Mining*), ninguno de los cuales sustenta la postura que promueve en el presente caso, lo que confirma que el concepto de las “manos sucias” es uno que “recibe aplicación poco frecuente”⁵⁰⁵ por los tribunales internacionales.
201. En *Al Warraq*, el tribunal concluyó que la parte demandante era responsable por “seis tipos de fraude” (incluido el uso de activos bancarios para conseguir un préstamo privado, la falta de contratación de préstamos y devolución de garantías, el reemplazo de valiosos activos con basura y la falta de pago de los intereses de títulos) y, con ello, “violó la normativa local y puso en riesgo el interés público”⁵⁰⁶. Aquí Bolivia no ha alegado ni, mucho menos, probado ninguna violación del derecho local cometida por la Demandante.
202. En cuanto a *Churchill Mining*, según Bolivia en ese caso se adoptó la postura de que un reclamo resulta inadmisibles por conducta ilegal o fraudulenta realizada por un tercero si “la demandante no ha[] ejercido un nivel razonable de diligencia debida al realizar su inversión”⁵⁰⁷. Sin embargo, ello es claramente incorrecto. De hecho, el tribunal de *Churchill Mining* en realidad especificó que “los reclamos surgidos de derechos basados en fraude o falsificación ignorados deliberadamente

polémica y no se ha definido bien su contenido preciso”) (traducción no oficial al español); *Churchill Mining PLC y Planet Mining Pty Ltd c. República de Indonesia* (Caso CIADI N.º ARB/12/14 y 12/40), Laudo, 6 de diciembre de 2016, **RLA-25**, párrafo 493 (en que se señala que “el estado y los límites exactos” de la doctrina de las manos sucias “son materia de debate y los tribunales internacionales los han encarado de distintas formas”) (traducción no oficial al español).

⁵⁰⁵ P Dumberry y G Dumas-Aubin, “The Doctrine of ‘Clean Hands’ and the Inadmissibility of Claims by Investors Breaching International Human Rights Law” (2013), Vol. 10(1) *Transnational Dispute Management*, página 1, **RLA-167**, página 2 (traducción no oficial al español).

⁵⁰⁶ *Hesham Talaat M. Al-Warraq c. República de Indonesia* (CNUDMI), Laudo Final, 15 de diciembre de 2014, **RLA-168**, párrafos 634-645 (traducción no oficial al español).

⁵⁰⁷ Dúplica, párrafo 556.

o irrazonablemente por la demandante resultan inadmisibles por razones de orden público internacional”⁵⁰⁸.

203. En ese caso, el tribunal observó que un “esquema de defraudación a gran escala” había sido cometido “intencionalmente” por el socio comercial de la propia demandante para obtener los derechos mineros en cuestión⁵⁰⁹. El tribunal quedó “sorprendido” por la total falta de diligencia de las demandantes tanto al realizar la inversión como en cuanto a investigar las acusaciones de falsificación⁵¹⁰. Bolivia sostiene que esos hechos son comparables a los del caso que nos ocupa dado que: (i) “[I]a adquisición ilegal de los Activos por parte de Sánchez de Lozada es tan relevante como la conducta ilegal del socio comercial de Churchill Mining”; y (ii) o bien Glencore International llevó adelante un proceso apropiado de *due diligence* y decidió ignorar sus resultados o no realizó un proceso tal⁵¹¹. Bolivia se equivoca.
204. *Primero*, a pesar de hacer referencia a “[I]a adquisición ilegal de los Activos por parte de Sánchez de Lozada”⁵¹², Bolivia de hecho no ha alegado que la adquisición de los Activos por parte de Comsur (por intermedio de Colquiri) haya sido ilegal⁵¹³. Las únicas disposiciones de derecho interno que Bolivia alega se

⁵⁰⁸ *Churchill Mining PLC y Planet Mining Pty Ltd c. República de Indonesia* (Caso CIADI N.º ARB/12/14 y 12/40), Laudo, 6 de diciembre de 2016, **RLA-25**, párrafo 508 (énfasis añadido) (traducción no oficial al español).

⁵⁰⁹ *Ibíd.*, párrafos 473-474 y 510-511.

⁵¹⁰ *Churchill Mining PLC y Planet Mining Pty Ltd c. República de Indonesia* (Caso CIADI N.º ARB/12/14 y 12/40), Laudo, 6 de diciembre de 2016, **RLA-25**, párrafo 509 (en que se concluyó que “al Tribunal le sorprende la gravedad del fraude que mancha toda la [inversión] y la falta de diligencia de las Demandantes para supervisar el proceso de licenciamiento e investigar las alegaciones de falsificación”) (traducción no oficial al español).

⁵¹¹ Dúplica, párrafos 559-561.

⁵¹² *Ibíd.*, párrafo 559.

⁵¹³ Bolivia aduce que el caso que nos ocupa es comparable a *Anderson c. Costa Rica*, “donde la ilegalidad estaba en la conducta de las personas de las cuales los demandantes habían adquirido su inversión (como en el presente caso)”. Dúplica, párrafo 559. Pero esta afirmación es incorrecta. Bolivia jamás afirmó que Comsur (la entidad de manos de la cual la Demandante adquirió los Activos) haya participado en alguna actividad ilícita.

violaron guardan relación con la conducta de funcionarios gubernamentales⁵¹⁴ (carácter que, según reconoce Bolivia, el Sr. Sánchez de Lozada no tenía en el momento de la adquisición) y supuestamente no investigar el proceso de privatización⁵¹⁵. De todas formas, Glencore Bermuda no cumplió ningún papel en la privatización de los Activos, que tuvo lugar años antes de su adquisición. El asunto que nos ocupa no tiene nada que resulte comparable al hecho de haber Churchill Mining encarado un negocio con un socio que deliberadamente falsificó decenas de documentos para poder conseguir los derechos mineros.

205. *Segundo*, Glencore Bermuda ya demostró que realizó el proceso apropiado de *due diligence* antes de adquirir los Activos, lo que confirmó que no había motivos de preocupación en torno a la legalidad ni a la legitimidad⁵¹⁶. Ello incluyó contratar expertos técnicos, jurídicos y financieros, viajar a Bolivia y reunirse con funcionarios gubernamentales⁵¹⁷. Más importante es el hecho de que ese proceso demostró la inexistencia de ninguna decisión judicial local que pusiera en tela de juicio la legalidad de la privatización.
206. En efecto, como ya fue explicado por Glencore Bermuda y desoído por Bolivia, aun si hubiera habido un error o descuido en el proceso de *due diligence* (extremo que no se ha probado en este caso), ese error o descuido fue uno cometido de

⁵¹⁴ Según Bolivia, los expresidentes Sánchez de Lozada, Banzer Suárez y Quiroga no cumplieron sus deberes al no investigar la privatización. Como ya se trató precedentemente, dichas afirmaciones no tienen ningún tipo de fundamento válido. *Ver* Sección II.B.2, *supra*.

⁵¹⁵ Dúplica, párrafos 72 y 110 (en que se reconoce que la compra de la Fundición de Estaño, la Fundición de Antimonio y el Arrendamiento de Colquiri tuvieron lugar cuando el Sr. Sánchez de Lozada no ocupaba la presidencia).

⁵¹⁶ Réplica, párrafos 57-62 y 295; Segunda Declaración Testimonial de Christopher Eskdale, párrafos 8-16 y 57-58; Carta de Argent Partners (Sr. Simkin) a Glencore International (Sr. Eskdale), 2 de junio de 2004, **C-194**; Correspondencia interna entre oficinas de Glencore, del Sr. Eskdale al Sr. Strothotte y el Sr. Glasenberg, 20 de octubre de 2004, **C-196**; Carta de Glencore International a Argent Partners (Sr. Simkin), 22 de octubre de 2004, **C-197**.

⁵¹⁷ Réplica, párrafo 295; Segunda Declaración Testimonial de Christopher Eskdale, párrafo 9; Primera Declaración Testimonial de Christopher Eskdale, párrafo 18.

buena fe y no puede provocar que a Glencore Bermuda le quede vedada la posibilidad de gozar de la protección del Tratado⁵¹⁸.

207. Ello es coherente con decisiones de tribunales anteriores, que entendieron que basta con que los inversores lleven adelante un proceso de *due diligence* “razonable” antes de realizar una inversión⁵¹⁹.

b. Bolivia no puede invocar la conducta de sus propios funcionarios gubernamentales para privar a Glencore Bermuda de las protecciones del Tratado

208. Glencore Bermuda ya explicó que Bolivia no puede utilizar la conducta de sus propios funcionarios gubernamentales para privarla de la protección del Tratado⁵²⁰.

209. El principal argumento de Bolivia en contrario consiste en que los actos por los que reclama no son actos de funcionarios públicos, ya que el Sr. Sánchez de Lozada “[o]btuvo los Activos actuando a título privado”⁵²¹ y Allied Deals fue “la entidad que adquirió irregularmente la Fundidora de Estaño en la privatización”⁵²². Sin embargo, Bolivia no ha identificado ninguna obligación que haya sido incumplida ya sea por el Sr. Sánchez de Lozada, Comsur o Allied

⁵¹⁸ Réplica, párrafo 296. Ver también R Moloo y A Khachaturian, “The Compliance with the Law Requirement in International Law” (2011), Vol. 34, Fordham International Law Journal 1473, **RLA-24**, páginas 1495-1497.

⁵¹⁹ Ver, por ejemplo, *National Grid plc c. República Argentina* (CNUDMI), Laudo, 3 de noviembre de 2008, **CLA-82**, párrafos 101 y 105 (en que se determinó que los esfuerzos de la demandante para contratar estudios jurídicos reconocidos, un banco de inversión con experiencia y un equipo de ingenieros importaron el cumplimiento de sus obligaciones de *due diligence*); *Total SA c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/04/1), Opinión Individual de Henri Álvarez, 27 de diciembre de 2010, **CLA-241** párrafos 48-60 (en el que se caracterizaron como “razonable[s] y exhaustivo[s]” los esfuerzos de *due diligence* del inversor consistentes en llevar adelante una investigación interna y contratar asesores externos); *Churchill Mining PLC y Planet Mining Pty Ltd c. República de Indonesia* (Caso CIADI N.º ARB/12/14 y 12/40), Laudo, 6 de diciembre de 2016, **RLA-25**, párrafo 506.

⁵²⁰ Réplica, párrafos 289-291.

⁵²¹ Dúplica, párrafo 518.

⁵²² *Ibíd.*, párrafo 518.

Deals. En cambio, solamente sostiene (sin ningún tipo de respaldo) que determinados funcionarios gubernamentales deberían haber oído los pedidos de que se interrumpiera o investigara la privatización⁵²³. Claramente, la única conducta que critica Bolivia es la de sus propios representantes estatales. No se le puede negar la protección del Tratado a Glencore Bermuda con este fundamento.

210. De ello se deriva que el argumento de Bolivia de que “los tribunales [...] regularmente miran más allá de la conducta del inversionista para evaluar la legalidad de la inversión”⁵²⁴ no solamente no tiene respaldo sino que, además, es irrelevante en este caso. En efecto, Bolivia solamente puede remitir a los casos *Churchill Mining y Anderson c. Costa Rica*, que, como se describió antes, no avalan lo que plantea. *Churchill Mining* se refirió a la grave defraudación que llevó adelante el socio comercial de la demandante⁵²⁵, mientras que la supuesta ilegalidad en *Anderson c. Costa Rica* tuvo que ver con la adquisición del activo por parte de la demandante⁵²⁶. Aquí no se aplica ninguno de los dos supuestos. No se puede responsabilizar a Glencore Bermuda por la conducta de los funcionarios gubernamentales de la propia Bolivia, que, aun si fueran ilícitos (que no lo fueron), se produjeron años antes de la adquisición de los Activos por parte de Glencore Bermuda. Más bien, como lo manifestó contundentemente el tribunal del caso *Kardassopoulos*, la capacidad del Estado de ejercer control sobre las inversiones extranjeras “se refiere al accionar del inversor al efectuar la inversión.

⁵²³ *Ibíd.*, párrafos 98 y 528.

⁵²⁴ *Ibíd.*, párrafo 519.

⁵²⁵ *Churchill Mining PLC y Planet Mining Pty Ltd c. República de Indonesia* (Caso CIADI N.º ARB/12/14 y 12/40), Laudo, 6 de diciembre de 2016, **RLA-25**, párrafos 508-511.

⁵²⁶ *Alasdair Ross Anderson et al c. República de Costa Rica* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/07/3), Laudo, 19 de mayo de 2010, **RLA-147**, párrafo 55 (“Si la operación mediante la cual Villalobos adquirió el depósito fue ilícita, de ello se sigue que la adquisición, por cada Demandante, del activo resultante de dicha operación tampoco se ajustaba al derecho costarricense”) (énfasis añadido) (traducción no oficial al español).

- No permite al Estado impedirle al inversor reclamar la protección del TBI con el argumento de que sus propios actos son ilegales según su propio derecho”⁵²⁷.
211. El argumento de Bolivia de que el principio que le impide al Estado invocar su propio ilícito para eludir responsabilidades internacionales “debe ser rechazad[o] como una cuestión de principio”⁵²⁸ revela una interpretación fundamental incorrecta de lo que ello significa. Según Bolivia, adoptar este principio “haría imposible que los Estados invocaran una defensa sobre corrupción, en la medida en que, por definición, implica una conducta indebida por parte de los funcionarios del Estado”⁵²⁹. Sin embargo, la crítica que intenta Bolivia no capta cuál es la cuestión. En casos de corrupción, tales como *World Duty Free*⁵³⁰, el inversor generalmente participa en los ilícitos cuestionados. En nuestro caso, por el otro lado, la conducta que cuestiona Bolivia solamente guarda relación con las supuestas omisiones de funcionarios gubernamentales que, según ella reconoce, jamás fueron declaradas ilegítimas de modo alguno por ninguna autoridad jurisdiccional pertinente.
212. En efecto, el principio por el cual un Estado no puede oponerse a un reclamo sobre la base de su propia conducta ilícita ha quedado reconocido más recientemente en el caso *Gavrilović c. Croacia*, en que el tribunal determinó que las “irregularidades” en el proceso concursal no podían privar a la demandante de

⁵²⁷ *Ioannis Kardassopoulos c. Georgia* (Caso CIADI N.º ARB/05/18), Decisión sobre Jurisdicción, 6 de julio de 2007, **CLA-69**, párrafo 182 (traducción no oficial al español). El intento de Bolivia de diferenciar el caso *Kardassopoulos* del presente con el argumento de que en ese caso la inversión supuestamente no “involucró activos que antes eran propiedad del Estado y que fueron privatizados en violación de los requisitos constitucionales obligatorios de un ex Presidente (y futuro)” apunta a una conclusión infundada y no corresponde darle peso.

⁵²⁸ Dúplica, párrafo 523.

⁵²⁹ *Ibíd.*, párrafo 523.

⁵³⁰ *World Duty Free Company Limited c. República de Kenia* (Caso CIADI N.º ARB/00/7), Laudo, 4 de octubre de 2006, **CLA-169**, párrafo 135 (en que se describe cómo un funcionario de la sociedad Demandante pagó una “donación personal” al Presidente para poder operar en Kenia) (traducción no oficial al español).

la protección del TBI, ya que las había aprobado el gobierno croata⁵³¹. En ese caso, el tribunal explicó que un Estado no puede invocar sus propios ilícitos para disminuir su responsabilidad⁵³².

213. Por último, como se dijo antes⁵³³, la Demandante no tenía motivo para saber, en el momento en que adquirió los Activos, que estaban manchados por algún tipo de ilegalidad. Así queda claro a partir del hecho de que a la propia Bolivia le ha costado identificar la supuesta conducta ilegal exacta de la que se queja, así como las partes responsables de la misma⁵³⁴. Por otra parte, a pesar de ser plenamente consciente de la adquisición, Bolivia no planteó ninguna inquietud a los representantes de Glencore International ni a los de Glencore Bermuda y, en cambio, expresó su “predisposición favorable a que se concreten nuevas inversiones en el sector minero”⁵³⁵.

c. Bolivia autorizó la inversión de Glencore Bermuda y debe quedarle vedada la posibilidad de invocar la ilegalidad como excepción

214. De todas formas, aun si Glencore Bermuda hubiera tenido conocimiento de alguna ilegalidad (que no es el caso), como se explicó en la Réplica, corresponde desestimar los argumentos de ilegalidad de Bolivia dado que ésta jamás planteó

⁵³¹ *Georg Gavrilović y Gavrilović doo c. República de Croacia* (Caso CIADI N.º ARB/12/39), Laudo, 26 de julio de 2018, **CLA-250** párrafos 325 (“Al no haber pruebas de que el esquema estuvo iniciado u orquestado por [la demandante] y, por otra parte, vistas las pruebas que apuntan a la amplia participación del Estado en dicho esquema [...] al Tribunal le resulta difícil aceptar que, en el derecho internacional, pueda oponerse ilegalidad a la Primera Demandante”) y 396-398 (en que se rechazan las excepciones por ilegalidad opuestas por la demandada y se advierte que la decisión del tribunal “se ha basado en las pruebas que tiene ante sí y en la conclusión jurídica de que, en el derecho internacional, el Estado no puede oponerse a un reclamo con un planteo de ilegalidad cuando las pruebas muestran que el Estado participó en esa ilegalidad”) (traducción no oficial al español).

⁵³² *Ibíd.*, párrafo 384.

⁵³³ *Ver* Sección II.B.2.d, *supra*.

⁵³⁴ *Ver* Sección II.D.2, *supra*.

⁵³⁵ Carta del viceministro de Minería (Sr. Gutiérrez) a Glencore (Sr. Capriles), 17 de enero de 2005, **C-63**; *ver también* Escrito de Demanda, párrafo 35.

ninguna inquietud⁵³⁶. Por ende, ahora Bolivia no tiene permitido oponerse a la jurisdicción del Tribunal basada en actos ilegales supuestamente llevados adelante por sus propios funcionarios gubernamentales.

215. En la Dúplica, Bolivia intenta acotar el criterio pertinente, para lo cual arguye que Glencore Bermuda no realizó su inversión confiada en ninguna declaración efectuada por Bolivia⁵³⁷. Sin embargo, los argumentos de Bolivia deben desestimarse.
216. *Primero*, como explicó en la Réplica, el principio de los actos propios es un principio consagrado del derecho internacional que ha sido reconocido y aplicado en reiteradas ocasiones por tribunales constituidos al amparo de tratados de inversión⁵³⁸. Es un principio de equidad.
217. Las decisiones citadas por Glencore Bermuda demuestran que los tribunales intervinientes en casos sobre inversiones se han remitido al principio de los actos propios para impedir que los Estados demandados cuestionen la legalidad de una inversión con la invocación de violaciones previas y no identificadas de su propio derecho⁵³⁹. Bolivia no puede desestimar de forma creíble la relevancia de estas decisiones con simplemente aducir que “no involucraban (i) activos altamente controvertidos, (ii) privatizados ilegalmente y en beneficio de un ex y futuro Presidente, inmediatamente antes de su segundo mandato, y (iii) adquirido en circunstancias en las que era totalmente previsible que el Estado tomaría medida contra las mismas”⁵⁴⁰. El argumento de Bolivia parte de premisas defectuosas y

⁵³⁶ Réplica, párrafos 298-307.

⁵³⁷ Dúplica, párrafos 538-542.

⁵³⁸ Réplica, párrafo 300; *ver también Copper Mesa Mining Corporation c. República del Ecuador* (Caso CPA N.º 2012-2), Laudo, 15 de marzo de 2016, **CLA-221**, párrafos 5.63-64; *Duke Energy International Peru Investments No 1, Ltd c. República del Perú* (Caso CIADI N.º ARB/03/28), Laudo, 18 de agosto de 2008, **CLA-177**, párrafo 231.

⁵³⁹ Réplica, párrafos 302-305.

⁵⁴⁰ Dúplica, párrafo 545.

sin respaldo. Tampoco aborda el principio central adoptado por la jurisprudencia relevante: que un Estado no puede “actuar de una forma y luego de la contraria”⁵⁴¹, al primero confirmar sus propios actos y luego cuestionarlos en perjuicio del inversor⁵⁴².

218. *Segundo*, Bolivia interpreta incorrectamente el argumento de Glencore Bermuda. Glencore Bermuda no aduce que Bolivia la haya inducido a invertir en el país en 2005 o a firmar los contratos⁵⁴³. Más bien, la postura de la Demandante es que, en función de la conducta de Bolivia tanto antes como después de la adquisición de los Activos por parte de Glencore Bermuda, tenía derecho a esperar que sus inversiones no estuvieran manchadas por ninguna ilegalidad previa⁵⁴⁴. En particular, Glencore Bermuda tenía derecho a esperar que los contratos de venta de los Activos fueran válidos, basada en la conducta de, entre otros:
- (a) El viceministro de Minería, quien, en enero de 2005, tenía conocimiento de la adquisición en curso por parte de Glencore y expresó su

⁵⁴¹ *ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. República de Hungría* (Caso CIADI N.º ARB/03/16), Laudo del Tribunal, 2 de octubre de 2006, **CLA-64**, párrafo 475 (traducción no oficial al español).

⁵⁴² *Ver, por ejemplo, ibíd.* (“Si cualquiera de los [acuerdos] era ilegal o de cumplimiento inexigible para el derecho húngaro, cabría haber esperado que el Gobierno húngaro o sus organismos se hubieran negado a celebrarlo [...] no puede ahora Hungría impugnar la legalidad y/o exigibilidad del cumplimiento de estos [a]cuerdos”) (traducción no oficial al español); *Fraport c. Filipinas* (Caso CIADI N.º ARB/03/25), Laudo, 16 de agosto de 2007, **CLA-174**, párrafo 346 (en que se determinó que el Estado receptor no tenía permitido invocar violaciones del derecho local para eliminar el reclamo del inversor cuando “a sabiendas, las pasó por alto y aprobó una inversión que no se ajustaba a derecho”) (traducción no oficial al español); *Duke Energy International Peru Investments No 1, Ltd c. República del Perú* (Caso CIADI N.º ARB/03/28), Laudo, 18 de agosto de 2008, **CLA-177**, párrafo 231 (en que se dice que el principio de los actos propios tiene por efecto “prohibirle al Estado realizar actos o hacer manifestaciones que sean contrarios a actos o manifestaciones anteriores o incongruentes con ellos, en perjuicio de otro”).

⁵⁴³ Dúplica, párrafos 538-540.

⁵⁴⁴ Réplica, párrafos 298-299 y 306. De nada sirve la crítica que hace Bolivia respecto de la reunión de febrero de 2005 que describe el Sr. Eskdale. Lo que demuestra esta reunión, según lo muestra la prueba documental de la propia Bolivia, es que (antes de la adquisición de los Activos por parte de Glencore Bermuda en marzo de 2005) el Gobierno sabía de la inversión del grupo Glencore y no planteó inquietud alguna en torno de su ilegalidad, sino que, más bien, la respaldó. “Goni vendió COMSUR”, *Bolivia.com*, 5 de febrero de 2005, **R-14**; *ver también* Carta complementaria entre Glencore International y Minera sobre reuniones en Bolivia, 1 de febrero de 2005, **C-289**.

“predisposición favorable a que se concreten nuevas inversiones en el sector minero”⁵⁴⁵;

- (b) Los funcionarios gubernamentales que celebraron los contratos para la privatización de los Activos⁵⁴⁶, entre ellos el ministro de Comercio⁵⁴⁷ y el vicepresidente ejecutivo de Comibol⁵⁴⁸, quienes contaban con autorización e instrucciones de proceder a ello con arreglo al derecho boliviano; y
- (c) Los representantes de Comibol que negociaron las mayores regalías con Comsur después de adquiridos los Activos por Glencore Bermuda, época en la que Comibol reconoció que Comsur y Colquiri habían cumplido sus obligaciones de inversión y operativas⁵⁴⁹.

219. *Por último*, en la Réplica, Glencore Bermuda demostró que el principio de *venire contra factum proprium* del derecho boliviano también le impide a Bolivia invocar la ilegalidad de su propio proceso de privatización como impedimento

⁵⁴⁵ Carta del viceministro de Minería (Sr. Gutiérrez) a Glencore (Sr. Capriles), **C-63**.

⁵⁴⁶ El contrato de compraventa de la Fundición de Estaño también fue firmado por el presidente del Directorio de EMV, que contaba con la debida autorización a tal efecto. *Ver* Contrato de Compraventa de la Fundición de Estaño, 17 de julio de 2001 y 4 de julio de 2001, **C-7**, cláusula 1.3.

⁵⁴⁷ El Ministerio de Comercio estaba legalmente autorizado a realizar todas las actividades relacionadas con el proceso de privatización de una empresa pública y autorizó expresamente la privatización de los Activos. Ley N.º 1.788, 16 de septiembre de 1997, publicada en la Gaceta Oficial N.º 2.034 el 16 de septiembre de 1997, **C-170**, artículo 11; Resolución N.º 139/99, 24 de junio de 1999, **C-59**.

⁵⁴⁸ Comibol estaba legal y constitucionalmente autorizada a administrar la industria minera y privatizar sus activos. Su Directorio autorizó específicamente la privatización de los Activos y ordenó a su presidente ejecutivo firmar cada uno de los contratos. Constitución de 1967, **R-3**, artículo 138; Código de Minería, 17 de marzo de 1997, **R-4**, artículos 91, 93 y 94; Resolución N.º 1753/99, 25 de junio de 1999, **C-60**; Arrendamiento de Colquiri, 27 de abril de 2000, **C-11**, cláusula 1.2 (páginas 47-51); Contrato de Compraventa de la Fundición de Estaño, 17 de julio de 2001 y 4 de julio de 2001, **C-7**, cláusula 1.2; Contrato de Compraventa de la Fundición de Antimonio, 11 de enero de 2002, **C-9**, cláusula 1.2.

⁵⁴⁹ Segunda Declaración Testimonial de Christopher Eskdale, párrafo 23; Acta de conclusión de las reuniones mantenidas entre Comibol, Comsur y Colquiri, 11 de octubre de 2005, **R-190**, página 1. *Ver también* Modificación del Arrendamiento de Colquiri, 11 de noviembre de 2005, **C-12**, cláusula 2.2.

para la jurisdicción del Tribunal⁵⁵⁰. En la Dúplica, Bolivia responde que este principio jurídico exige que haya “un *factum proprium* positivo que el comportamiento posterior de la misma administración contradice”⁵⁵¹. Bolivia se equivoca. El principio de *venire contra factum proprium* prohíbe a la administración pública desconocer arbitrariamente sus propios actos anteriores, dejándolos sin efecto⁵⁵². Esto se aplica a cualquier acto administrativo, a los que se define como:

[T]oda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo⁵⁵³.

220. En nuestro caso, los siguientes son ejemplos de actos administrativos relevantes:
- (a) La Modificación del Arrendamiento de Colquiri celebrada por Comibol, que reconoció la adquisición de acciones de Comsur por parte de Glencore

⁵⁵⁰ Réplica, párrafo 300, nota al pie 766 (en que se cita KH Böckstiegel, *Arbitration and State Enterprises, Survey on the National and International State of Law of Practice* (1984), **CLA-139**, párrafo 5.6.1; Tribunal Constitucional, Sentencia Constitucional N.º 0116/2015-S3, 20 de febrero de 2015, **C-270**, página 12 (que dispone que “las actuaciones [de la Administración] no puedan ser desconocidas y dejadas sin efecto de manera discrecional por la misma administración; es decir, que discrecionalmente se desconozcan con actos posteriores, situaciones anteriores que generaron consecuencias jurídicas”).

⁵⁵¹ Dúplica, párrafo 550 (en que se cita Tribunal Constitucional, Sentencia Constitucional N.º 0116/2015-S3, **C-270**).

⁵⁵² Tribunal Constitucional, Sentencia Constitucional N.º 0116/2015-S3, 20 de febrero de 2015, **C-270**, página 12 (“conforme al desarrollo jurisprudencial expuesto en el Fundamento Jurídico precedente, los actos de la administración pública están regidos por los principios de legalidad, buena fe y presunción de legitimidad; axiomas que obligan a que las actuaciones no puedan ser desconocidas y dejadas sin efecto de manera discrecional por la misma administración; es decir, que discrecionalmente se desconozcan con actos posteriores, situaciones anteriores que generaron consecuencias jurídicas, lo cual además tendría resultados negativos en la convivencia pacífica que caracteriza a un Estado Democrático de Derecho, imperante en nuestro Estado Unitario Social de Derecho; por cuanto, los administrados deben tener la confianza y certeza, respecto a que los actos y resoluciones emanados de la administración pública se encuentran, no solo enmarcados dentro del ordenamiento jurídico”).

⁵⁵³ Ley de Procedimiento Administrativo, 23 de abril de 2002, **R-250**, artículo 27.

(cláusula 2(3)), aumentó el pago de regalías de 3,5% a 8% (cláusula 3) y ratificó todas las partes del Contrato de Arrendamiento que no fueran objeto de modificación (cláusula 5)⁵⁵⁴.

(b) La resolución del Directorio de Comibol del 1 de noviembre de 2005 por la cual se autorizó al presidente ejecutivo de Comibol a suscribir la Modificación del Arrendamiento de Colquiri⁵⁵⁵.

221. De ello se sigue que, por medio de una serie de actos administrativos, Comibol confirmó la continuada validez del Arrendamiento de Colquiri tras la adquisición de Comsur por parte de Glencore Bermuda.

222. En conclusión, está claro que las alegaciones de ilegalidad formuladas por Bolivia no tienen ningún tipo de asidero en los hechos o el derecho y corresponde desestimarlas.

E. BOLIVIA FUE DEBIDAMENTE NOTIFICADA DE TODAS LAS DIFERENCIAS Y SE LE DIO LA OPORTUNIDAD DE RESOLVERLAS DE MANERA AMISTOSA

223. En el Escrito de Contestación, Bolivia adujo que el Tribunal no tiene jurisdicción para entender en los reclamos de Glencore Bermuda por la Reserva de Estaño dado que, de conformidad con el artículo 8 del Tratado, ella jamás fue notificada

⁵⁵⁴ Modificación del Arrendamiento de Colquiri, 11 de noviembre de 2005, **C-12**. Cabe destacar que la Modificación también incluye actas de reuniones entre Comibol, Comsur y Colquiri, firmadas por representantes de Comibol, que muestran que el departamento de legales de Comibol analizó el Arrendamiento de Colquiri, y concluyó que podía modificarse. *Ver también* Acta de conclusión de las reuniones mantenidas entre Comibol, Comsur y Colquiri, 11 de octubre de 2005, **R-190**, páginas 1-2.

⁵⁵⁵ Modificación del Arrendamiento de Colquiri, 11 de noviembre de 2005, **C-12** (“la anulación del monto por servicio de comercialización del 2,75% del valor de las ventas netas de minerales establecida en la cláusula 12 del contrato referido anteriormente, considerando que la empresa Comsur es ahora parte del grupo Glencore Internacional, este último especializado en este rubro. [...] Todas las demás estipulaciones y cláusulas contenidas en el Contrato de Riesgo Compartido en actual vigencia quedan sin modificación alguna”) (énfasis añadido).

- y, por consiguiente, se vio “priv[ada] de la oportunidad de llegar a una solución amistosa de esos reclamos”⁵⁵⁶.
224. En la Réplica, Glencore Bermuda demostró que el argumento de Bolivia no tiene fundamento válido. Específicamente, demostró que la exigencia de notificación del Tratado impone una carga mínima, siendo su fin el de “conceder al Estado una oportunidad para solucionar la controversia”⁵⁵⁷, y que Glencore Bermuda cumplió con ese requisito al: (i) enviar diversas cartas al ministro de Minería de Bolivia por intermedio de sus subsidiarias, en las que exigía la devolución de la Reserva de Estaño⁵⁵⁸; y (ii) negociar con Bolivia por la compensación por la Reserva de Estaño, o su devolución, en el contexto de conversaciones atinentes a la nacionalización de la Fundición de Antimonio⁵⁵⁹.
225. En la Dúplica, Bolivia no niega los hechos relevantes. En efecto, no se ha cuestionado que: (i) las subsidiarias de Glencore Bermuda exigieron al ministro de Minería y EMV la devolución de la Reserva de Estaño; (ii) EMV finalmente adoptó la postura de que la Reserva de Estaño integraba el inventario de la Fundición de Antimonio y su devolución o pago debía negociarse con el Gobierno en el contexto de las conversaciones atinentes a la compensación por la nacionalización de la Fundición de Antimonio; y (iii) esas negociaciones efectivamente tuvieron lugar. Es revelador el hecho de que Bolivia ya no alegue que no tuvo oportunidad significativa de negociar.

⁵⁵⁶ Escrito de Contestación, Sección 4.6.

⁵⁵⁷ Réplica, párrafo 310 (en que se cita *Burlington Resources Inc c. República del Ecuador* (Caso CIADI N.º ARB/08/5), Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010, **RLA-38**, párrafo 312).

⁵⁵⁸ *Ibíd.*, párrafo 311; Carta de Colquiri (Sr. Capriles) al Ministerio de Minería (Sr. Pimentel), 3 de mayo de 2010, **C-28**; Carta de Colquiri (Sr. Hartmann) al ministro de Minería (Sr. Pimentel), 5 de mayo de 2010, **C-98**; Carta de Colquiri (Sr. Capriles) al ministro de Minería (Sr. Pimentel), 10 de mayo de 2010, **C-99**; Carta de Colquiri (Sr. Capriles) al ministro de Minería (Sr. Pimentel), 7 de junio de 2010, **C-101**.

⁵⁵⁹ Réplica, párrafo 311.

226. Igualmente, Bolivia sigue sosteniendo que el Tribunal no puede ejercer jurisdicción sobre el reclamo de Glencore Bermuda por la Reserva de Estaño dado que no fue debidamente notificada. En particular, ahora aduce que, si bien tenía conocimiento de la diferencia referente a la Reserva de Estaño⁵⁶⁰, jamás se le comunicó que esa diferencia existiera con Glencore Bermuda y se refiriera a violaciones del Tratado⁵⁶¹.
227. Una vez más, el argumento formalista de Bolivia no encuentra aval en el derecho ni en los hechos. Como ya lo demostró Glencore Bermuda, el requisito de notificación del Tratado es inescindible de su fin último, es decir, brindarles a las partes la oportunidad razonable de resolver amistosamente la controversia⁵⁶². Aquí, los hechos demuestran más allá de toda discusión que Bolivia estuvo efectivamente notificada del reclamo por la Reserva de Estaño seis años antes del inicio del presente proceso arbitral y, a pesar de entablar negociaciones con Glencore Bermuda, de todas formas no logró resolver la diferencia de forma amistosa.

1. El Tratado impone un requisito mínimo de notificación para brindarles a las partes una oportunidad razonable de zanjar la diferencia

228. No se discute que el artículo 8 del Tratado exige “la notificación escrita del reclamo”⁵⁶³. No obstante, en lugar de tratarse, como pretende Bolivia, de un requisito puramente formalista, esta disposición cumple un fin claro: “conceder al

⁵⁶⁰ Dúplica, párrafo 249 (en que se reconoce que las autoridades bolivianas recibieron “varias cartas [...] solicitando la devolución del Stock de Estaño”); *ver también* Carta de Colquiri (Sr. Capriles) al Ministerio de Minería (Sr. Pimentel), 3 de mayo de 2010, **C-28**; Carta del Ministerio de Minería (Sr. Pimentel) a EMV (Sr. Villavicencio), 5 de mayo de 2010, **C-29**; Carta de Colquiri (Sr. Capriles) al ministro de Minería (Sr. Pimentel), 10 de mayo de 2010, **C-99**; Carta de Colquiri (Sr. Capriles) a EMV (Sr. Villavicencio), 19 de mayo de 2010, **C-100**; Carta de Colquiri (Sr. Capriles) al ministro de Minería (Sr. Pimentel), 7 de junio de 2010, **C-101**.

⁵⁶¹ Dúplica, párrafos 610 y 617.

⁵⁶² Réplica, párrafo 313.

⁵⁶³ *Ibíd.*, párrafo 310; Tratado, **C-1**, artículo 8(1).

Estado la oportunidad para solucionar la controversia antes de que el inversor decida someterla a arbitraje”⁵⁶⁴. Así lo han reconocido diversos tribunales intervinientes en casos sobre inversiones, entre ellos aquellos en los que se apoya Bolivia⁵⁶⁵.

229. En la Dúplica, Bolivia cuestiona las fuentes invocadas por Glencore Bermuda, para lo cual arguye que, supuestamente, “explican cuánto esfuerzo debe hacer el inversionista para llegar a un acuerdo, no si ese esfuerzo debe incluir la notificación del reclamo sometido a arbitraje”⁵⁶⁶. Pero la crítica de Bolivia es equivocada. Lo que en realidad subrayan es que los tribunales han reconocido reiteradamente que la notificación no es sino un vehículo para posibilitar conversaciones tendientes a una solución del conflicto: su fin es el de brindarle al Estado una oportunidad suficiente de tratar la controversia antes del inicio de un proceso formal, y es en ese contexto que ha de evaluarse si es o no adecuada.
230. En *Salini*, por ejemplo, el tribunal destacó que su “misión” al determinar si se había notificado adecuadamente no consistía en “fijar reglas estrictas que deberían haber seguido las Partes”⁵⁶⁷. Más bien, observó que:

⁵⁶⁴ Réplica, párrafo 310 (en que se cita *Burlington Resources Inc c. República del Ecuador* (Caso CIADI N.º ARB/08/5), Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010, **RLA-38**, párrafo 312).

⁵⁶⁵ Ver *Salini Costruttori SpA e Italstrade SpA c. Reino de Marruecos* (Caso CIADI N.º ARB/00/4), Decisión sobre Jurisdicción, 23 de julio de 2001, **CLA-145**, párrafos 19-20; *Alps Finance and Trade AG c. República de Eslovaquia* (CNUDMI), Laudo [expurgado], 5 de marzo de 2011, **RLA-11**, párrafo 205; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AŞ c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI N.º ARB/03/29), Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, **CLA-60**, párrafo 98; *Tulip Real Estate and Development Netherlands BV c. República de Turquía* (Caso CIADI N.º ARB/11/28), Decisión sobre la Cuestión de Jurisdicción Bifurcada, 5 de marzo de 2013, **RLA-39** párrafos 118-121.

⁵⁶⁶ Dúplica, párrafo 618 (énfasis en el original). Específicamente, Bolivia aduce que las decisiones de *Alps Finance* y *Bayindir* “abordan la cantidad de aviso previo necesario para proporcionar ‘la oportunidad [...] de reparar la controversia’” en lugar de “si el inversionista debe notificar al Estado la controversia o el reclamo real que eventualmente se someterá a arbitraje”.

⁵⁶⁷ *Salini Costruttori SpA e Italstrade SpA c. Reino de Marruecos* (Caso CIADI N.º ARB/00/4), Decisión sobre Jurisdicción, 23 de julio de 2001, **CLA-145**, párrafo 19 (traducción no oficial al español).

[E]l Tribunal queda satisfecho con determinar si es posible deducir de la totalidad de los actos de las Partes si, a la vez que respetaron el término de seis meses, las Demandantes efectivamente dieron los pasos necesarios y adecuados para contactar a las autoridades pertinentes con miras a llegar a un acuerdo y con ello poner fin a la diferencia. [...]

El Tribunal entiende que el intento de llegar a una solución amistosa debería incluir básicamente la existencia de motivos de queja y el deseo de resolver el tema extrajudicialmente. No es necesario que sea completo ni detallado⁵⁶⁸.

231. El criterio precedente fue adoptado por el tribunal de *Alps Finance*. También en ese caso el tribunal evaluó la exigencia de notificación por referencia a su función, y concluyó que “[t]odo lo que se exige es que por lo menos se intente la consulta y que transcurran los seis meses sin obtenerse una solución”⁵⁶⁹. El tribunal explicó que la “lógica del requisito del TBI” consistía en “evitar que a un Estado se lo traiga ante un tribunal internacional de inversión repentinamente, sin habersele dado la oportunidad de conversar la cuestión con la otra parte”⁵⁷⁰.
232. De modo similar, en *Bayindir*, el tribunal advirtió expresamente que “el fin del requisito de la notificación es el de permitir negociaciones entre las partes que puedan conducir a una resolución”⁵⁷¹. Siguiendo el razonamiento formulado en *Salini*, el tribunal se negó a adoptar “un criterio exageradamente formalista que no serviría para proteger ningún interés legítimo de las Partes” y concluyó que “el

⁵⁶⁸ *Ibíd.*, párrafos 19-20 (traducción no oficial al español).

⁵⁶⁹ *Alps Finance and Trade AG c. República de Eslovaquia* (CNUDMI), Laudo [expurgado], 5 de marzo de 2011, **RLA-11**, párrafo 207 (traducción no oficial al español).

⁵⁷⁰ *Ibíd.*, párrafo 209 (traducción no oficial al español).

⁵⁷¹ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AŞ c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI N.º ARB/03/29), Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, **CLA-60**, párrafo 98 (traducción no oficial al español).

requisito de la notificación no constituye un requisito previo para la jurisdicción”⁵⁷².

233. La afirmación de Bolivia de que ni en *Alps Finance* ni en *Bayindir* se “aborda si el inversionista debe notificar al Estado la controversia o el reclamo real que eventualmente se someterá a arbitraje”⁵⁷³ es, entonces, sencillamente incorrecto. Ambos casos analizan la adecuación del requisito de la notificación y se niegan expresamente a adoptar el “criterio exageradamente formalista” que propone Bolivia.
234. Por último, como ya lo explicó Glencore Bermuda, la invocación de *Tulip* y *Burlington* por parte de Bolivia no modifica en absoluto el análisis precedente. En *Tulip*, el tribunal rechazó un criterio formalista y determinó que se había dado cumplimiento al requisito de notificación a pesar del carácter “oscuro” y “confuso” de las comunicaciones pertinentes⁵⁷⁴. En efecto, en ese caso, no hubo una sola comunicación a la República de Turquía en la que específicamente se hiciera referencia a una controversia al amparo del TBI correspondiente. En cambio, el tribunal analizó los hechos relevantes “en su conjunto” y “en el contexto de la deteriorada relación” entre las entidades pertinentes y concluyó que, si bien la demandante “no empleó las formas más perfectas”, efectivamente había dado a la demandada suficiente notificación de la controversia⁵⁷⁵.

⁵⁷² *Ibíd.*, párrafos 98-102; ver también *Sr. Franck Charles Arif c. República de Moldavia* (Caso CIADI N.º ARB/11/23), Laudo, 8 de abril de 2013, **RLA-69**, párrafo 339 (“Por otra parte, el Tribunal coincide con la Demandante en cuanto a que no es necesario que la notificación de la controversia sea detallada o exhaustiva. El Tribunal está de acuerdo con la conclusión del Tribunal de Salini de que: ‘El Tribunal considera que el intento de llegar a una solución amistosa debería incluir básicamente la existencia de motivos de queja y el deseo de resolver el tema extrajudicialmente. No es necesario que sea completo ni detallado’”) (traducción no oficial al español).

⁵⁷³ Dúplica, párrafo 618.

⁵⁷⁴ *Tulip Real Estate and Development Netherlands BV c. República de Turquía* (Caso CIADI N.º ARB/11/28), Decisión sobre la Cuestión de Jurisdicción Bifurcada, 5 de marzo de 2013, **RLA-39**, párrafos 120-121 (traducción no oficial al español).

⁵⁷⁵ *Ibíd.*, párrafos 120-121 (traducción no oficial al español).

235. En *Burlington*, el tribunal observó que no es necesario que la notificación sea demasiado detallada o específica, sino que baste para comunicarle al Estado las “posibles consecuencias” en el caso de fracasar las negociaciones:

El Artículo VI no requiere que el inversor articule en detalle sus argumentos legales durante el proceso de negociación inicial; el Artículo VI ni siquiera exige que el inversor invoque a ese punto disposiciones específicas del Tratado. Más bien, el Artículo VI simplemente requiere que el inversor informe al Estado receptor que está de frente a alegaciones de violación del Tratado que podrían eventualmente comprometer su responsabilidad ante un tribunal internacional. En otras palabras, requiere que el inversor le avise al Estado receptor de las posibles consecuencias que se producirían si las negociaciones fracasan⁵⁷⁶.

236. Como se explica detalladamente a continuación, los hechos demuestran con claridad que Glencore informó debidamente a Bolivia acerca de la diferencia en torno de la Reserva de Estaño y las posibles consecuencias de la falta de acuerdo.

2. Bolivia quedó efectivamente notificada del reclamo de Glencore Bermuda por la Reserva de Estaño años antes del inicio del presente arbitraje

237. Glencore Bermuda ha demostrado que Bolivia estuvo efectivamente notificada de los reclamos por la Reserva de Estaño y contó con amplia oportunidad para resolver la diferencia de forma amistosa⁵⁷⁷.
238. En la Dúplica, Bolivia no niega que tuviera conocimiento de la diferencia en torno de la Reserva de Estaño⁵⁷⁸ sino que, en cambio, aduce que jamás se le notificó que

⁵⁷⁶ *Burlington Resources Inc c. República del Ecuador* (Caso CIADI N.º ARB/08/5), Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010, **RLA-38**, párrafo 338.

⁵⁷⁷ Réplica, párrafos 311-312.

⁵⁷⁸ Dúplica, párrafo 249 (en que se reconoce que las autoridades bolivianas recibieron “varias cartas [...] solicitando la devolución del Stock de Estaño”); *ver también* Carta de Colquiri (Sr. Capriles) al Ministerio de Minería (Sr. Pimentel), 3 de mayo de 2010, **C-28**; Carta del Ministerio de Minería (Sr. Pimentel) a EMV (Sr. Villavicencio), 5 de mayo de 2010, **C-29**; Carta de Colquiri (Sr. Capriles) al ministro de Minería (Sr. Pimentel), 10 de mayo de 2010, **C-99**; Carta de Colquiri (Sr. Capriles) a EMV (Sr. Villavicencio), 19 de mayo de 2010, **C-100**; Carta de Colquiri (Sr. Capriles) al ministro de Minería (Sr. Pimentel), 7 de junio de 2010, **C-101**.

se trataba de una controversia frente a Glencore Bermuda y que involucraba violaciones del Tratado⁵⁷⁹. Esto es sencillamente falso.

239. Como lo explicó Glencore Bermuda, sus subsidiarias locales dieron aviso a Bolivia sobre los reclamos por la Reserva de Estaño tan solo días después de la nacionalización de la Fundición de Antimonio. Específicamente, en las cartas que se enviaron al ministro de Minería los días 3 y 5 de mayo de 2010⁵⁸⁰, Colquiri solicitó la devolución de la Reserva de Estaño, así como también “una audiencia a la brevedad posible” para tratar la controversia respecto de los concentrados que fueron objeto de apropiación⁵⁸¹. Además, a la vez que intentaba resolver la diferencia amistosamente, Colquiri hizo expresa reserva de los derechos que le asistían al amparo del derecho boliviano y el derecho internacional, en nombre propio así como también de sus accionistas, entre los cuales se encuentra Glencore Bermuda⁵⁸².
240. Como lo explicó el Sr. Eskdale (representante tanto de Glencore Bermuda como de Glencore International en las negociaciones con el Gobierno)⁵⁸³ y sin que Bolivia lo haya cuestionado, la devolución de la Reserva de Estaño en efecto se trató luego en el contexto de las negociaciones con el Gobierno en torno de los Activos nacionalizados⁵⁸⁴.

⁵⁷⁹ Dúplica, párrafo 610.

⁵⁸⁰ Carta de Colquiri (Sr. Capriles) al ministro de Minería (Sr. Pimentel), 3 de mayo de 2010, **C-28**.

⁵⁸¹ Carta de Colquiri (Sr. Hartmann) al ministro de Minería (Sr. Pimentel), 5 de mayo de 2010, **C-98**.

⁵⁸² Carta de Colquiri (Sr. Capriles) al ministro de Minería (Sr. Pimentel), 3 de mayo de 2010, **C-28**; Carta de Colquiri (Sr. Capriles) al ministro de Minería (Sr. Pimentel), 7 de junio de 2010, **C-101**; Carta de Sinchi Wayra (Sr. Capriles) a la ministra de Defensa Legal (Sra. Arismendi), **C-103**.

⁵⁸³ Poder otorgado por Glencore Bermuda, 11 de diciembre de 2007, **C-90**.

⁵⁸⁴ Primera Declaración Testimonial de Christopher Eskdale, párrafo 69 (“Las negociaciones se reiniciaron en julio de 2010 y el Ministerio de Defensa Legal básicamente oficiaba de mediador en nuestras discusiones con Comibol y el Ministerio de Minería. Una vez más, las negociaciones se enfocaban en alcanzar un ‘paquete’ de acuerdo, que ahora incluía: (i) una compensación por las dos Fundiciones nacionalizadas; (ii) la renegociación de los contratos mineros como contratos de riesgo compartido; y (iii) la devolución de los certificados impositivos conservados en la

241. De ello se desprende que Bolivia no puede sostener de forma creíble que no tenía conocimiento de que la controversia por la Reserva de Estaño era con (*inter alia*) Glencore Bermuda y que involucraba violaciones del Tratado. Fue la propia Bolivia quien adoptó la postura de que la Reserva de Estaño integraba el inventario de la Fundición de Antimonio y debía tratarse en el contexto de las negociaciones por la compensación debida por dicha nacionalización⁵⁸⁵. Bolivia era plenamente consciente de que representantes de Glencore Bermuda participaban en esas negociaciones⁵⁸⁶ y a lo largo de los años se le recordó reiteradamente que los actos de Bolivia en relación con la Fundición de Antimonio (incluida la apropiación de la Reserva de Estaño) daban lugar a reclamos al amparo del Tratado⁵⁸⁷.

3. Aun si el Tribunal determinara que a Bolivia no se la notificó de los reclamos por la Reserva de Estaño (sí se la notificó), la falta de notificación no impide la jurisdicción

242. Glencore Bermuda ha explicado que, en el caso de que el Tribunal determinara que Bolivia no fue notificada de los reclamos por la Reserva de Estaño (sí lo fue), ello no le impediría ejercer su jurisdicción.

243. *Primero*, no era necesario realizar una notificación adicional de los reclamos por la Reserva de Estaño⁵⁸⁸. Tribunales en casos sobre inversiones han reconocido, en

Fundición de Estaño y del concentrado de estaño almacenado en la Fundición de Antimonio al momento de las respectivas nacionalizaciones”) (énfasis añadido).

⁵⁸⁵ Carta de EMV (Sr. Villavicencio) a Colquiri (Sr. Capriles), 8 de junio de 2010, **C-102**.

⁵⁸⁶ Ver Réplica, párrafo 89; Poder otorgado por Glencore Bermuda, 11 de diciembre de 2007, **C-90**.

⁵⁸⁷ Ver, por ejemplo, Cartas de Glencore (Sr. Maté y Sr. Glasenberg) al presidente de Bolivia (Sr. Morales) y el Ministerio de Minería (Sr. Pimentel), 14 de mayo de 2010, **C-27**; Cartas de Glencore International (Sr. Eskdale) al procurador general (Sr. Arce), el presidente de Bolivia (Sr. Morales), el vicepresidente de Bolivia (Sr. García), el Ministerio de la Presidencia (Sr. Quintana), el ministro de Minería (Sr. Navarro) y el presidente de Comibol (Sr. Quispe), 20 de mayo de 2015, **C-148**; Carta de Glencore (Sr. Eskdale) al procurador general (Sr. Arce) y el ministro de Minería y Metalurgia (Sr. Navarro), 5 de enero de 2016, **C-41**.

⁵⁸⁸ Réplica, párrafo 317.

- efecto, que no es necesario realizar una notificación por separado de cada controversia en aquellos casos en que las controversias están relacionadas⁵⁸⁹.
244. Bolivia no niega esta premisa sino que, más bien, afirma que los casos citados por Glencore Bermuda trataban sobre “una secuencia única de medidas estatales tomadas con respecto a un mismo activo”⁵⁹⁰. Aduce que, en el caso que nos ocupa, Glencore Bermuda no le notificó la existencia de una controversia “relacionada con un activo completamente diferente del de sus otros reclamos”⁵⁹¹. Sin embargo, este argumento fracasa a primera vista. Si bien son activos distintos, la Fundición de Antimonio (activo respecto del cual Bolivia reconoce haber sido notificada) y la Reserva de Estaño se confiscaron en el mismo momento y por medio de la misma medida del Gobierno. En efecto, por sobre la objeción de la Demandante, Bolivia adoptó repetidamente la postura de que la Reserva de Estaño integraba el inventario de la Fundición de Antimonio y que su devolución quedaba sujeta a las conversaciones por la nacionalización de ese activo. Bolivia no puede ahora adoptar una postura completamente distinta simplemente para eludir la jurisdicción del Tribunal⁵⁹².
245. *Segundo*, la mayoría de los tribunales que consideraron la adecuación de la notificación previa y los períodos de consulta determinaron que la falta de notificación no priva de jurisdicción al tribunal constituido al amparo de un

⁵⁸⁹ Ver, por ejemplo, *Teinver SA, Transportes de Cercanías SA y Autobuses Urbanos del Sur SA c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/09/1), Decisión sobre Jurisdicción, 21 de diciembre de 2012, **CLA-206**, párrafo 125; *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/01/8), Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 17 de julio de 2003, **CLA-150**, párrafos 24 y 125; *Swisslion DOO Skopje c. Antigua República Yugoslava de Macedonia* (Caso CIADI N.º ARB/09/16), Laudo, 6 de julio de 2012, **CLA-203**, párrafo 138.

⁵⁹⁰ Dúplica, párrafo 620.

⁵⁹¹ *Ibid.* (énfasis en el original).

⁵⁹² No sirve de nada que Bolivia siga invocando los casos *Burlington* y *Rurelec* dado que, en ambos casos, las partes demandantes pretendieron incluir diferencias surgidas de un segundo conjunto de hechos. Réplica, párrafos 314-316; *Burlington Resources Inc c. República del Ecuador* (Caso CIADI N.º ARB/08/5), Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010, **RLA-38**, párrafos 307-308 y 316; *Guaracachi America, Inc y Rurelec Plc c. Estado Plurinacional de Bolivia* (CNUDMI), Laudo, 31 de enero de 2014, **CLA-120**, párrafos 391 y 398.

tratado de inversión⁵⁹³. La afirmación de Bolivia de que esos casos se refieren a períodos de consulta más que a requisitos de notificación no conduce a nada. Como se dijo precedentemente, el requisito de la notificación solamente es relevante en la medida en que permite que se realice la consulta⁵⁹⁴. De todas formas, en palabras del tribunal de *Bayindir*, “el requisito de la notificación no constituye un requisito previo para la jurisdicción”⁵⁹⁵. Como lo explicó el tribunal en ese caso “exigir la notificación formal simplemente significaría que [la parte demandante] tendría que presentar una nueva solicitud de arbitraje y empezar de nuevo todo el proceso, lo cual no sería en beneficio de nadie”⁵⁹⁶. Lo mismo es cierto respecto del presente proceso.

⁵⁹³ *Abaclat y otros c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/07/5), Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 4 de agosto de 2011, **CLA-197**, párrafos 564–565; *Alps Finance and Trade AG c. República de Eslovaquia* (CNUDMI), Laudo [expurgado], 5 de marzo de 2011, **RLA-11**, párrafo 204; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd c. República Unida de Tanzania* (Caso CIADI N.º ARB/05/22), Laudo, 24 de julio de 2008, **CLA-78**, párrafo 343; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi AS c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI N.º ARB/03/29), Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, **CLA-60**, párrafo 100; *SGS Société Générale de Surveillance SA c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI N.º ARB/01/13), Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 6 de agosto de 2003, **CLA-151**, párrafo 184; *Ronald S Lauder c. República Checa* (CNUDMI), Laudo Final, 3 de septiembre de 2001, **CLA-147**, párrafos 187 y 190–191; *Link-Trading Joint Stock Company c. Departamento de Control Aduanero de la República de Moldavia* (CNUDMI), Laudo sobre Jurisdicción, 16 de febrero de 2001, **CLA-144**, páginas 5-6; *Franz J Sedelmayer c. Federación Rusa* (SCC), Laudo Arbitral, 7 de julio de 1998, **CLA-141**, página 86.

⁵⁹⁴ Ver Sección II.E.1, *supra*.

⁵⁹⁵ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AŞ c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI N.º ARB/03/29), Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, **CLA-60**, párrafo 100 (traducción no oficial al español).

⁵⁹⁶ *Ibíd.*, párrafo 100 (traducción no oficial al español). Ver también *Alps Finance and Trade AG c. República de Eslovaquia* (CNUDMI), Laudo [expurgado], 5 de marzo de 2011, **RLA-11**, párrafos 200 y 204; *Ronald S Lauder c. República Checa* (CNUDMI), Laudo Final, 3 de septiembre de 2001, **CLA-147**, párrafo 190 (“Insistir con que no es posible iniciar el proceso arbitral hasta transcurridos 6 meses desde la Notificación del Arbitraje del 19 de agosto de 1999 constituiría, en las circunstancias del caso, un criterio innecesario y exageradamente formalista que no serviría para proteger ningún interés legítimo de las Partes”) (traducción no oficial al español); *Franz J Sedelmayer c. Federación Rusa* (SCC), Laudo Arbitral, 7 de julio de 1998, **CLA-141**, página 86 (en que se concluyó que, aun si las disposiciones del tratado en materia del procedimiento previo al arbitraje “no se hubieran cumplido adecuadamente, en opinión del Tribunal la consecuencia tendría demasiado alcance si, solamente por este motivo, el Tribunal se viera impedido de analizar el caso”) (traducción no oficial al español); *SGS Société Générale de Surveillance SA c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI N.º ARB/01/13), Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la

246. En efecto, el Reglamento de la CNUDMI por el cual se rige el presente arbitraje sustenta dicha conclusión. Como ya lo explicó Glencore Bermuda, el artículo 22 del Reglamento de la CNUDMI le permite a una parte “modificar o complementar su demanda”⁵⁹⁷. Glencore Bermuda no sostiene, como lo indica Bolivia, que esta disposición suplante algún requisito del Tratado. Más bien, el Reglamento de la CNUDMI indica también que el requisito de la notificación no constituye un prerrequisito formal para la jurisdicción sino una consideración práctica que ha de evaluarse a la luz de las circunstancias específicas de la controversia.
247. Aquí, Bolivia fue notificada efectiva y reiteradamente de los reclamos de Glencore Bermuda relativos a la apropiación de la Reserva de Estaño el 2 de mayo de 2010, no obstante lo cual no alcanzó ningún acuerdo (ya sea en los varios años que transcurrieron antes de la Notificación de Arbitraje de Glencore Bermuda o con posterioridad a ésta)⁵⁹⁸. Por consiguiente, corresponde rechazar su intento de eludir la jurisdicción del Tribunal. Obligar a Glencore Bermuda a volver a entablar conversaciones para lograr una solución amistosa de los reclamos por la Reserva de Estaño en efecto resultaría fundamentalmente

Jurisdicción, 6 de agosto de 2003, **CLA-151**, párrafo 184 (“Por último, no parece coherente con la necesidad de contar con un procedimiento ordenado y sin costos excesivos paralizar el arbitraje en este punto y exigir que la Demandante primero entable consultas con la Demandada antes de poder volver a presentarle a este Tribunal los reclamos que plantea al amparo del TBI”) (traducción no oficial al español); C Schreuer, “Consent to Arbitration” en: P T Muchlinksí, F Ortino y C Schreuer (eds), *The Oxford Handbook of International Investment Law* (2008) 830, **CLA-239**, página 846 (“Parecería ser que la cuestión de si el período de espera obligatorio es un tema de jurisdicción o un tema procesal es de importancia secundaria. Lo que importa es si hubo o no una oportunidad prometedora para solucionar la diferencia. No tendría mucho sentido negar la competencia y obligar a las partes a sentarse a negociar nuevamente si estas negociaciones son obviamente inútiles. Sigue siendo posible negociar mientras se encuentra en trámite el arbitraje. Aun si fue prematuro el inicio del arbitraje, obligar a la demandante a iniciar de cero el proceso sería una solución muy poco económica”) (traducción no oficial al español).

⁵⁹⁷ Reglamento de la CNUDMI, artículo 22.

⁵⁹⁸ La Notificación del Arbitraje de Glencore Bermuda se presentó el 19 de julio de 2016.

contrario a una administración justa y eficiente del proceso, y es algo que el Tribunal debe rechazar⁵⁹⁹.

F. LOS RECLAMOS DE GLENCORE BERMUDA SE BASAN EN EL TRATADO Y NO EN UN CONTRATO

248. En el Escrito de Contestación, Bolivia adujo que el Tribunal no tiene jurisdicción porque la presente controversia se refiere a reclamos que “surgen de la validez, ejecución y el cumplimiento de los contratos de la Fundición de Estaño, Fundición de Antimonio y el Arrendamiento de Colquiri”⁶⁰⁰ y, por ende, están sujetos a las cláusulas de arbitraje obligatorio de la CCI incluidas en dichos contratos⁶⁰¹.

249. En respuesta a ello, Glencore Bermuda explicó que una cláusula de elección de jurisdicción exclusiva de un contrato no puede privar a un tribunal constituido al amparo de un tratado de inversión de su jurisdicción para entender en reclamos correspondientes al tratado⁶⁰². En el Escrito de Demanda y la Réplica, Glencore Bermuda demostró que sus reclamos se relacionan directamente con las disposiciones del Tratado que prohíben la expropiación sin compensación justa, pronta y efectiva⁶⁰³, así como las disposiciones que le exigen a Bolivia conferir un trato justo y equitativo⁶⁰⁴, brindar plena protección y seguridad y respetar las obligaciones contraídas frente a las inversiones de Glencore Bermuda⁶⁰⁵. En efecto, los actos ilícitos de Bolivia surgen del ejercicio de sus facultades

⁵⁹⁹ Reglamento de la CNUDMI, artículo 17 (“En ejercicio de su discrecionalidad, el tribunal arbitral dirigirá las actuaciones con miras a evitar demoras y gastos innecesarios y a llegar a una solución justa y eficaz del litigio entre las partes”).

⁶⁰⁰ Escrito de Contestación, párrafo 321.

⁶⁰¹ *Ibid.*, Sección 4.5.

⁶⁰² Réplica, párrafo 322 (y los casos que allí se citan).

⁶⁰³ Escrito de Demanda, Sección V.A; Réplica, Sección V.A.

⁶⁰⁴ Escrito de Demanda, Sección V.C; Réplica, Sección V.C.

⁶⁰⁵ Escrito de Demanda, Sección V.B; Réplica, Sección V.B.

soberanas, tal como ella misma lo ha reconocido⁶⁰⁶. Bolivia no puede al mismo tiempo sostener que sus actos constituyeron ejercicios justificados de sus facultades soberanas y también aducir que su validez es un tema contractual sujeto al arbitraje obligatorio de la CCI⁶⁰⁷. Los intentos de Bolivia de presentar ahora esa conducta ilícita como meros incumplimientos contractuales fracasan y corresponde que el Tribunal los desestime.

250. En la Dúplica, Bolivia sostiene una vez más, aunque sin demasiado entusiasmo, que la controversia queda comprendida en el ámbito de las cláusulas de arbitraje de la CCI incluidas en los contratos de la Fundición de Antimonio, la Fundición de Estaño y el Arrendamiento de Colquiri⁶⁰⁸. En particular, según Bolivia: (i) una cláusula contractual de elección de jurisdicción puede privar a un tribunal constituido al amparo de un tratado de su jurisdicción para entender en una controversia que se le plantee⁶⁰⁹; (ii) los derechos afirmados por Glencore Bermuda “se derivan y no tienen una existencia independiente de los Contratos a través de los cuales los Activos pasaron a ser propiedad de Sánchez de Lozada”⁶¹⁰; (iii) los casos invocados por la Demandante supuestamente “se circunscriben a las circunstancias específicas de aquellos casos”⁶¹¹; y (iv) supuestamente no hay contradicción entre la pretensión de Bolivia de que se desestimen los reclamos de la Demandante sobre la base de cláusulas compromisorias contractuales y la afirmación simultánea de que los actos cuestionados por la Demandante fueron ejercicios legítimos del poder de policía del Estado, dado que “los argumentos de Bolivia sobre el fondo [...] se presentan de manera alternativa, lo que presupone

⁶⁰⁶ Escrito de Contestación, Secciones 2.6 y 6.1.1; Dúplica, Secciones 2.7 y 5.1.1.

⁶⁰⁷ Ver Réplica, párrafo 330.

⁶⁰⁸ Dúplica, Sección 4.6.

⁶⁰⁹ *Ibíd.*, párrafos 571-576.

⁶¹⁰ *Ibíd.*, párrafos 567-570.

⁶¹¹ *Ibíd.*, párrafos 577-580.

que este Tribunal fuera a desestimar la objeción de Bolivia y ejercer jurisdicción sobre la controversia⁶¹².

251. Los argumentos de Bolivia no tienen fundamento válido.

1. Las cláusulas contractuales de elección de jurisdicción no pueden privar al Tribunal de su jurisdicción para entender en los reclamos planteados por Glencore Bermuda al amparo del tratado

252. Como lo demostró Glencore Bermuda, es un principio consagrado del derecho de las inversiones que las cláusulas de elección de jurisdicción contenidas en contratos no impiden la jurisdicción de un tribunal para entender en reclamos surgidos en los términos de un tratado⁶¹³. Los tribunales confirmaron este principio en reiteradas oportunidades⁶¹⁴. La única cuestión pertinente a los efectos de la jurisdicción es si las alegaciones de Glencore Bermuda, en caso de

⁶¹² *Ibíd.*, párrafo 582.

⁶¹³ Réplica, párrafo 322.

⁶¹⁴ *SGS Société Générale de Surveillance SA c. República de Paraguay* (Caso CIADI N.º ARB/07/29), Decisión sobre Jurisdicción, 12 de febrero de 2010, **CLA-187**, párrafo 128; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA y Vivendi Universal SA c. República Argentina y AWG Group Ltd c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/03/19), Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2006, **CLA-167**, párrafos 41-45; *Jan de Nul NV y Dredging International NV c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI N.º ARB/04/13), Decisión sobre Jurisdicción, 16 de junio de 2006, **CLA-165**, párrafos 132-133; *Eureko BV c. República de Polonia (Ad Hoc)*, Laudo Parcial y Voto Disidente, 19 de agosto de 2005, **CLA-161**, párrafos 92-114; *Impregilo SpA c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI N.º ARB/03/3), Decisión sobre Jurisdicción, 22 de abril de 2005, **CLA-159**, párrafos 286-290; *Azurix Corp c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/01/12), Decisión sobre Jurisdicción, 8 de diciembre de 2003, **CLA-153**, párrafos 75-85; *SGS Société Générale de Surveillance SA c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI N.º ARB/01/13), Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 6 de agosto de 2003, **CLA-151**, párrafos 146-155; *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/01/8), Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 17 de julio de 2003, **CLA-150**, párrafos 70-76; *Compañía de Aguas del Aconquija SA y Vivendi Universal (antes Compagnie Générale des Eaux) c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/97/3), Decisión sobre Anulación, 3 de julio de 2002, **CLA-37**, párrafo 101; *Azurix Corp c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/01/12), Decisión sobre Jurisdicción, 8 de diciembre de 2003, **CLA-153**, párrafo 76; *Helnan International Hotels A/S c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI N.º ARB/05/19), Laudo, 7 de junio de 2008, **CLA-176**, párrafos 102-104; *Siemens AG c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/02/8), Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2004, **CLA-51**, párrafo 180.

- encontrarse probadas, constituirían una violación de las disposiciones del Tratado⁶¹⁵. Y claramente lo son.
253. Bolivia sostiene, de todas formas, que: (i) “una cláusula de selección de foro en un contrato puede, de hecho, privar a un tribunal de tratado de jurisdicción sobre una controversia que se le presenta”⁶¹⁶; y (ii) dicha proposición supuestamente es “más fuerte en presencia de una cláusula que renuncia el recurrir a los recursos previstos bajo el derecho internacional”⁶¹⁷. Los argumentos de Bolivia son incorrectos.
254. *Primero*, Bolivia no ha aportado ninguna fuente que sustente su argumento de que una cláusula contractual de elección de jurisdicción puede impedirle a un tribunal entender en reclamos surgidos al amparo de un TBI. En efecto, los únicos dos casos que invoca (*SGS c. Filipinas*⁶¹⁸ y *BIVAC c. Paraguay*)⁶¹⁹ no avalan su postura.
255. En *SGS c. Filipinas*, el tribunal claramente diferenció los reclamos contractuales (es decir, un desacuerdo sobre la cantidad de dinero que se debe en virtud de un contrato) de los reclamos surgidos al amparo de un tratado (es decir, si una

⁶¹⁵ *Azurix Corp c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/01/12), Decisión sobre Jurisdicción, 8 de diciembre de 2003, **CLA-153**, párrafo 76; *Helnan International Hotels A/S c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI N.º ARB/05/19), Laudo, 7 de junio de 2008, **CLA-176**, párrafos 102-104; *Siemens AG c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/02/8), Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2004, **CLA-51**, párrafo 180; *SGS Société Générale de Surveillance SA c. República de Paraguay* (Caso CIADI N.º ARB/07/29), Decisión sobre Jurisdicción, 12 de febrero de 2010, **CLA-187**, párrafo 136 (“el umbral, en la etapa relativa a la jurisdicción, consiste en establecer si los hechos alegados por la Demandante, si se probaren, podrían dar lugar a una reclamación en el marco del Tratado”).

⁶¹⁶ Dúplica, párrafo 571.

⁶¹⁷ *Ibíd.*, párrafo 575.

⁶¹⁸ *Ibíd.*, párrafos 572-573 (en que se cita *SGS Société Générale de Surveillance SA c. República de Filipinas* (Caso CIADI N.º ARB/02/6), Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción, 29 de enero de 2004, **RLA-32**).

⁶¹⁹ *Ibíd.*, párrafo 574 (en que se cita *Bureau Veritas Inspection Valuation Assessment and Control BIVAC BV c. República de Paraguay* (Caso CIADI N.º ARB/07/9), Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, 29 de mayo de 2009, **RLA-36**).

negativa supuestamente injustificada a pagar sumas debidas en virtud de un contrato violaban la cláusula de justa protección y seguridad del TBI aplicable)⁶²⁰. Como ya lo explicó Glencore Bermuda⁶²¹ y lo reconoció Bolivia⁶²², el tribunal en ese caso concluyó que sí tenía jurisdicción sobre los segundos y explicó que la cláusula de selección de jurisdicción de un contrato no puede excluir la jurisdicción sobre reclamos al amparo del tratado⁶²³.

256. Del mismo modo, en *BIVAC*, el tribunal confirmó su jurisdicción sobre los reclamos surgidos del tratado (incluido un reclamo por la cláusula paraguas) y volvió a confirmar que una cláusula contractual de elección de jurisdicción no afecta la autoridad del tribunal para resolver controversias planteadas al amparo de un tratado:

El Paraguay ha alegado que la existencia de un foro acordado para la resolución de diferencias conforme al Artículo 9 del Contrato hace que sea ante ese foro que debe plantearse la diferencia. Nosotros discrepamos. Es un hecho firmemente establecido que debe distinguirse claramente entre una reclamación basada en un tratado y una reclamación basada en un contrato, aún cuando en ambas situaciones exista una considerable interrelación entre los hechos fácticos básicos⁶²⁴.

257. El argumento de Bolivia de que “[e]l tribunal de *BIVAC* ejerció jurisdicción sobre los reclamos que no involucraban o no se basaban en ningún asunto de hecho que

⁶²⁰ *SGS Société Générale de Surveillance SA c. República de Filipinas* (Caso CIADI N.º ARB/02/6), Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción, 29 de enero de 2004, **RLA-32**, párrafos 159-162.

⁶²¹ Réplica, párrafo 324.

⁶²² *Ibid.*, párrafo 324; Dúplica, párrafo 573.

⁶²³ *SGS Société Générale de Surveillance SA c. República de Filipinas* (Caso CIADI N.º ARB/02/6), Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción, 29 de enero de 2004, **RLA-32**, párrafos 154 y 162-163.

⁶²⁴ *Bureau Veritas Inspection Valuation Assessment and Control BIVAC BV c. República de Paraguay* (Caso CIADI N.º ARB/07/9), Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, 29 de mayo de 2009, **RLA-36**, párrafo 127 (énfasis añadido) (en que se señala que “[l]a cuestión del trato justo y equitativo y asuntos conexos, no fue una de las que las partes del Contrato hayan convenido en referir a la jurisdicción exclusiva de los tribunales [nacionales]”).

solo pudiera resolverse dentro del foro acordado contractualmente⁶²⁵ no lleva a ninguna parte. Como se explica más adelante en la Sección II.F.2, los reclamos de Glencore Bermuda no son de índole contractual y no involucran cuestiones de hecho que solamente puedan resolverse en un arbitraje de la CCI. Más bien, en palabras del tribunal de *BIVAC*:

La base fundamental de la reclamación basada en [los artículos 2(2) y 5 del Tratado], sobre la cual este Tribunal tiene competencia, pasa a ser la interpretación y aplicación de esa disposición y de actos supuestamente realizados por [Bolivia] (como “*puissance publique*”), y no sobre la interpretación y aplicación del Contrato como tal, aunque el Contrato necesariamente formará parte de la matriz fáctica y jurídica global⁶²⁶.

258. De ello se desprende que no se puede considerar que, en virtud de una cláusula contractual de elección de jurisdicción, la Demandante haya renunciado a la jurisdicción del Tribunal para entender en reclamos por el Tratado y relacionados con conducta soberana de Bolivia.
259. *Segundo*, Bolivia aduce que Glencore Bermuda habría renunciado a su derecho a gozar de la protección del Tratado porque las partes de los contratos “renuncia[ron] a todo reclamo por la vía diplomática” en relación con la interpretación y ejecución de los contratos⁶²⁷. Este argumento tampoco tiene validez.
260. Por empezar, Glencore Bermuda no plantea un reclamo por vía diplomática. La renuncia a la protección diplomática pactada por las partes no afecta los derechos

⁶²⁵ Dúplica, párrafo 574.

⁶²⁶ *Bureau Veritas Inspection Valuation Assessment and Control BIVAC BV c. República de Paraguay* (Caso CIADI N.º ARB/07/9), Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, 29 de mayo de 2009, **RLA-36**, párrafo 127.

⁶²⁷ Dúplica, párrafo 569, nota al pie 876 (énfasis añadido) (en que se cita el Contrato de Compraventa de la Fundición de Estaño, 17 de julio de 2001 y 4 de julio de 2001, **C-7**, cláusula 18; Contrato de Compraventa de la Fundición de Antimonio, 11 de enero de 2002, **C-9**, cláusula 18; Arrendamiento de Colquiri, 27 de abril de 2000, **C-11**, cláusula 19).

surgidos de los tratados de inversión aplicables⁶²⁸. El argumento de Bolivia es, entonces, simplemente irrelevante.

261. Por otra parte, como ya lo demostró Glencore Bermuda, los únicos dos casos a los que remite Bolivia en sustento de su postura (*Woodruff* y *Dredging*) no apoyan su argumento⁶²⁹. Como ya se explicó, el caso *Woodruff* no involucró reclamos contra Venezuela por actos realizados en su carácter de Estado soberano. Más bien, el caso se refirió a si Venezuela, tras haber adquirido una empresa ferroviaria, asumió las obligaciones de la empresa de pagar las obligaciones emitidas⁶³⁰. De modo similar, en *Dredging*, que es un caso del año 1926, la diferencia principal se refería al incumplimiento, por parte de México, de un contrato por el que se conferían los derechos al dragado de un puerto⁶³¹. Mientras que los reclamos formulados en *Woodruff* y *Dredging* eran de naturaleza puramente contractual, en este proceso la Demandante no presenta ningún reclamo contractual⁶³². Cabe destacar que Bolivia pasa por alto el hecho de que en ambos casos se destacó que una cláusula contractual de elección de jurisdicción no podía impedir el patrocinio de un reclamo por derecho internacional – que no es lo que pretende la Demandante⁶³³.

⁶²⁸ Ver, por ejemplo, *AES Corporation c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/02/17), Decisión sobre Jurisdicción, 26 de abril de 2005, **CLA-235**, párrafos 98-99; *Mondev International Ltd c. Estados Unidos de América* (Caso CIADI N.º ARB(AF)/99/2), Laudo, 11 de octubre de 2002, **CLA-38**, párrafo 74; *Eudoro Armando Olguín c. República de Paraguay* (Caso CIADI N.º ARB/98/5), Laudo, 26 de julio de 2001, **CLA-146**, párrafo 62.

⁶²⁹ Réplica, párrafo 326.

⁶³⁰ Dictamen del Comisionado Estadounidense, “Woodruff Case” [1903-1905-IX], Reports of International Arbitral Awards, **RLA-35**, páginas 220-222; Ver también Réplica, párrafo 326.

⁶³¹ Comisión General de Reclamaciones, “North American Dredging Company of Texas (EE.UU.) c. Estados Unidos Mexicanos” [1926-IV], Reports of International Arbitral Awards, **RLA-34**, página 26.

⁶³² Réplica, párrafo 329.

⁶³³ Dictamen del Comisionado Estadounidense, “Woodruff Case” [1903-1905-IX], Reports of International Arbitral Awards, **RLA-35**, página 222; Comisión General de Reclamaciones, “North American Dredging Company of Texas (EE.UU.) c. Estados Unidos Mexicanos” [1926-IV], Reports of International Arbitral Awards, **RLA-34**, párrafos 11 y 14 (donde se determinó que la cláusula de elección de jurisdicción de un contrato (es decir, una cláusula Calvo) no impedía

262. *Por último*, el intento vago de Bolivia de diferenciar del presente los casos invocados por Glencore Bermuda⁶³⁴ también es inútil. Respecto de *AWG (Suez), Azurix, CMS, Eureko, Impregilo, Vivendi, SGS c. Paraguay, Siemens y Jan de Nul*, Bolivia sostiene que no son pertinentes a los efectos de este proceso dado que las cláusulas de selección de jurisdicción analizadas en esos casos supuestamente tenían un “alcance limitado” y “no contenían disposiciones que excluyeran el recurso a la protección diplomática bajo el derecho internacional”⁶³⁵. Bolivia se equivoca. Cada uno de los casos citados por Glencore Bermuda avala el principio fundamental de que una cláusula contractual de selección de jurisdicción no puede privar a un tribunal de su jurisdicción para entender en reclamos formulados en los términos de un tratado. El ámbito de la cláusula, así como la exclusión de la protección diplomática, sencillamente no revisten relevancia a los efectos del análisis de la jurisdicción. En particular:

- (a) En *Suez*, la cláusula relevante de solución de controversias “abarca[ba] todas las controversias emanadas del contrato de concesión”⁶³⁶. El tribunal concluyó, de todas formas, que la existencia de la cláusula no implicaba que “las partes h[ubier]an renunciado la jurisdicción del CIADI o de la CNUDMI” y “no imp[edía] a las Demandantes incoar el presente arbitraje”⁶³⁷.

reclamos por “acto[s] internacionalmente ilícito[s]”); *ver también Compañía de Aguas del Aconquija SA y Vivendi Universal (antes Compagnie Générale des Eaux) c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/97/3), Decisión sobre Anulación, 3 de julio de 2002, **CLA-37**, párrafos 101-103 (en que se invoca *Woodruff* para afirmar que la existencia de una cláusula de jurisdicción exclusiva no puede impedir la aplicación del tratado cuando éste constituye la base fundamental del reclamo).

⁶³⁴ Dúplica, párrafos 577-580.

⁶³⁵ *Ibíd.*, párrafo 578.

⁶³⁶ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA y Vivendi Universal SA c. República Argentina y AWG Group Ltd c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/03/19), Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2006, **CLA-167**, párrafo 43 (énfasis añadido).

⁶³⁷ *Ibíd.*, párrafo 45.

- (b) En *Azurix*, el tribunal observó que “para los fines de determinar su jurisdicción”, su tarea importaba “considerar [...] la diferencia tal como la presentó la Demandante y si, *prima facie*, se trata[ba] de una diferencia que surge del APPRI”⁶³⁸.
- (c) En *CMS*, el tribunal determinó expresamente que las cláusulas de resolución de controversias “no constitu[ía]n un obstáculo para el ejercicio de la jurisdicción por parte de un tribunal del CIADI en los términos del Tratado, dado que las funciones de estos instrumentos son diferentes”⁶³⁹.
- (d) En *Eureka*, la cláusula relevante de solución de controversias se refería, en términos amplios, a “[c]onflictos entre las Partes surgidos del Contrato”⁶⁴⁰. Una vez más, el tribunal en este caso concluyó que “deb[ía]” considerar si los actos por los que reclamaba la demandante constituían violaciones del tratado pertinente, independientemente de que esos mismos actos constituyeran también incumplimientos contractuales⁶⁴¹.
- (e) En *Impregilo*, el tribunal explicó que “el hecho de que un incumplimiento pueda dar lugar a un reclamo contractual no significa que no pueda también (y de forma aparte) generar un reclamo en los términos el tratado. Aun si ambos coinciden perfectamente, siguen siendo analíticamente distintos y, por necesidad, requieren distintos exámenes”⁶⁴². Concluyó

⁶³⁸ *Azurix Corp c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/01/12), Decisión sobre Jurisdicción, 8 de diciembre de 2003, **CLA-153**, párrafo 76.

⁶³⁹ *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/01/8), Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 17 de julio de 2003, **CLA-150**, párrafo 76 (Bolivia no cita el texto real de la cláusula de solución de diferencias de *CMS* (Dúplica, párrafo 578, nota al pie 889) y, por consiguiente, es infundada la caracterización que hace de la cláusula en la que la presenta como menos amplia que la del caso que nos ocupa).

⁶⁴⁰ *Eureka BV c. República de Polonia (Ad Hoc)*, Laudo Parcial y Voto Disidente, 19 de agosto de 2005, **CLA-161**, párrafo 93 (traducción no oficial al español).

⁶⁴¹ *Ibíd.*, párrafos 112-114 (traducción no oficial al español).

⁶⁴² *Impregilo SpA c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI N.º ARB/03/3), Decisión sobre Jurisdicción, 22 de abril de 2005, **CLA-159**, párrafo 258 (traducción no oficial al español).

luego que, si bien puede haber “un poco de superposición” entre los reclamos por el tratado y los reclamos contractuales, “ambos exámenes son fundamentalmente distintos”⁶⁴³.

- (f) Respecto de *Vivendi*, Bolivia se remite al resumen de las conclusiones sobre jurisdicción del tribunal efectuado por el comité *ad hoc* para sostener que la cláusula contractual de selección de jurisdicción de ese caso es menos amplia que las que se aplican en la presente controversia⁶⁴⁴. No solamente el argumento de Bolivia es incorrecto sino que, como ya lo explicó Glencore Bermuda, el comité interviniente en ese caso fue claro en su conclusión de que la existencia de una cláusula de jurisdicción exclusiva no puede impedir la aplicación del tratado cuando el tratado es la base fundamental del reclamo⁶⁴⁵.
- (g) En *SGS c. Paraguay*, la cláusula de solución de controversias disponía que “[c]ualquier conflicto, controversia o reclamo que se derive o se produzca en relación al presente Contrato, incumplimiento, resolución o invalidez, deberá ser sometido a los [tribunales locales]”⁶⁴⁶. El tribunal nuevamente se remitió a “la muy consolidada jurisprudencia relativa a la distinción entre reclamaciones basadas en contratos y reclamaciones basadas en tratados”⁶⁴⁷ y determinó que una cláusula contractual de elección de

⁶⁴³ *Ibíd.*, párrafo 289 (traducción no oficial al español).

⁶⁴⁴ Dúplica, párrafo 578, nota al pie 892 (en que se cita *Compañía de Aguas del Aconquija SA y Vivendi Universal (antes Compagnie Générale des Eaux) c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/97/3), Decisión sobre Anulación, 3 de julio de 2002, **CLA-37**, párrafo 14(d)).

⁶⁴⁵ *Compañía de Aguas del Aconquija SA y Vivendi Universal (antes Compagnie Générale des Eaux) c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/97/3), Decisión sobre Anulación, 3 de julio de 2002, **CLA-37**, párrafos 101-103.

⁶⁴⁶ *SGS Société Générale de Surveillance SA c. República de Paraguay* (Caso CIADI N.º ARB/07/29), Decisión sobre Jurisdicción, 12 de febrero de 2010, **CLA-187**, párrafo 34 (énfasis añadido).

⁶⁴⁷ *Ibíd.*, párrafo 130.

jurisdicción no podía “privar a[l] Tribunal de jurisdicción para conocer sobre reclamaciones por incumplimiento del Tratado”⁶⁴⁸.

- (h) Respecto de *Siemens*, Bolivia una vez más intenta caracterizar la cláusula de solución de controversias de ese caso como más restringida en su alcance que la del caso que nos ocupa, sin citar el texto real de la disposición⁶⁴⁹. De cualquier manera, también en ese caso el tribunal coincidió con la jurisprudencia consagrada y concluyó que la existencia de una cláusula de solución de controversias no excluía su jurisdicción dado que la controversia surgió al amparo del tratado⁶⁵⁰.
- (i) Respecto de *Jan de Nul*, la caracterización que hizo el tribunal de la cláusula de resolución de controversias es extremadamente amplia, al someter a los tribunales administrativos egipcios “todas la controversias entre las Demandantes y la [entidad estatal egipcia]”⁶⁵¹. De todas formas, el tribunal determinó que “los reclamos planteados en este arbitraje son reclamos aparte y jurídicamente distintos de los reclamos contractuales planteados ante los tribunales egipcios” y concluyó que, por lo tanto, “no quedan comprendidos en la cláusula contractual de resolución de controversias”⁶⁵².

263. Por último, respecto de *SGS c. Pakistán*, Bolivia se remite al hecho de que, en ese caso “el contrato que incluía la cláusula de selección del foro precedió la firma del

⁶⁴⁸ *Ibíd.*, párrafo 138.

⁶⁴⁹ Dúplica, párrafo 578, nota al pie 894 (en que se cita *Siemens AG c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/02/8), Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2004, **CLA-51**, párrafo 174).

⁶⁵⁰ *Siemens AG c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/02/8), Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2004, **CLA-51**, párrafos 180-183.

⁶⁵¹ *Jan de Nul NV y Dredging International NV c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI N.º ARB/04/13), Decisión sobre Jurisdicción, 16 de junio de 2006, **CLA-165**, párrafo 132 (traducción no oficial al español).

⁶⁵² *Ibíd.*, párrafo 133 (traducción no oficial al español).

tratado”⁶⁵³. Sin embargo, pasa por alto el hecho de que, finalmente, el tribunal determinó que esto era irrelevante para su análisis. En efecto, el tribunal trató ampliamente la diferencia entre reclamos contractuales y reclamos en los términos de un tratado, y concluyó que tenía jurisdicción para entender en estos últimos⁶⁵⁴.

2. Los reclamos de Glencore Bermuda surgen claramente al amparo del Tratado

264. En el caso que nos ocupa, Glencore Bermuda ha demostrado que sus reclamos surgen del Tratado. Específicamente, Glencore Bermuda alega que Bolivia violó el Tratado al expropiar sus inversiones sin respetar el debido proceso ni pagar justa compensación y sin conferirles a sus inversiones plena protección y seguridad y trato justo y equitativo. Glencore Bermuda no ha planteado ningún incumplimiento de reclamos contractuales.
265. A pesar de lo anterior, Bolivia sigue sosteniendo que los reclamos de la Demandante “concernen, directa o indirectamente, a la validez, la observancia y el cumplimiento de los términos de los Contratos”⁶⁵⁵ y que, supuestamente, los derechos de la Demandante “se derivan y no tienen una existencia independiente de los Contratos”⁶⁵⁶. Según Bolivia, el Tribunal no tiene permitido “compromet[erse] directa o indirectamente con la validez, interpretación, alcance

⁶⁵³ Dúplica, párrafo 580.

⁶⁵⁴ *SGS Société Générale de Surveillance SA c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI N.º ARB/01/13), Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 6 de agosto de 2003, **CLA-151**, párrafos 146-155 (“No estamos convencidos de que los reclamos que SGS plantea contra Pakistán al amparo del TBI estén sujetos a la competencia del árbitro de Islamabad aunque más no sea porque dichos reclamos no se basan en el Contrato de IPE [inspección de pre-embarque] sino que más bien alegan una causa de pretensión al amparo del TBI. Aun si de alguna manera se le plantearan al árbitro del Contrato de IPE reclamos correspondientes al TBI y ese árbitro tomara conocimiento, esa presentación no privaría al Tribunal de su competencia para resolver los reclamos de las Demandantes al amparo del TBI. Concluimos que el Tribunal tiene competencia para juzgar los reclamos de violación de las disposiciones del TBI entre Suiza y Pakistán planteados por la Demandante. No consideramos que esa competencia quedara compartida en grado alguno por el árbitro del Contrato de IPE”) (traducción no oficial al español).

⁶⁵⁵ Dúplica, párrafo 567.

⁶⁵⁶ *Ibíd.*

y/o cumplimiento de los Contratos” y, en cambio, solamente podría hacerlo “en la medida en que se basara en conclusiones definitivas con respecto a los hechos relevantes, formulados por un tribunal de la CCI constituido de conformidad con la cláusula de selección del foro”⁶⁵⁷.

266. La postura de Bolivia tergiversa las alegaciones de la Demandante, así como el derecho aplicable.
267. Es evidente que los reclamos de Glencore Bermuda no tienen nada que ver con la ejecución o el incumplimiento de los contratos. Más bien, se refieren exclusivamente a conducta soberana de Bolivia. En efecto: (i) las expropiaciones fueron anunciadas por el presidente Morales⁶⁵⁸, el ministro de la Presidencia Coca⁶⁵⁹ y el vicepresidente Álvaro García Linera⁶⁶⁰; (ii) Bolivia tomó el control físico de la Fundición de Estaño, la Fundición de Antimonio y la Reserva de Estaño mediante el uso de sus fuerzas policiales y armadas⁶⁶¹; (iii) Bolivia dictó tres decretos supremos distintos mediante los cuales se nacionalizaron la Fundición de Estaño, la Fundición de Antimonio y el Arrendamiento de Colquiri⁶⁶²; y (iv) la propia Bolivia se ha referido reiteradamente a la “nacionalización” de los Activos⁶⁶³.

⁶⁵⁷ *Ibíd.*, párrafo 570.

⁶⁵⁸ Escrito de Demanda, párrafos 65 y 148; “Evo Morales anuncia más nacionalizaciones para este año en Bolivia”, *ABC*, 22 de enero de 2007, **C-19**; Primera Declaración Testimonial de Christopher Eskdale, párrafo 42.

⁶⁵⁹ Escrito de Demanda, párrafos 78-79.

⁶⁶⁰ Primera Declaración Testimonial de Christopher Eskdale, párrafo 98.

⁶⁶¹ Fotos de la Nacionalización de la Fundición de Estaño, 9 de febrero de 2017, **C-70**, páginas 2-6.

⁶⁶² Decreto de Nacionalización de la Fundición de Estaño, 7 de febrero de 2007, **C-20**; Decreto de Nacionalización de la Fundición de Antimonio, 1 de mayo de 2010, **C-26**; Decreto de Nacionalización de la Mina de Colquiri, 20 de junio de 2012, **C-39**.

⁶⁶³ Réplica, Secciones II.D.1-II.D.2; *ver también* “Anuncian la nacionalización de la fundición de Vinto”, *El País*, 9 de febrero de 2007, **C-226**; Decreto de Nacionalización de la Mina de Colquiri, 20 de junio de 2012, **C-39**, artículos 1.III y 3.III.

268. Bolivia reconoce este tanto. Al aducir que su apropiación de las inversiones de Glencore Bermuda no debe considerarse expropiatoria, Bolivia describe sus actos como “reversiones” legítimas realizadas con un fin público y en “ejercicio[] válido de sus poderes de policía, implementadas para hacer cumplir la ley, el orden público y la seguridad dentro de su territorio”⁶⁶⁴.
269. Por ende, la cuestión que el Tribunal tiene ante sí es si el ejercicio de las facultades soberanas de Bolivia fue legítimo o si fue contrario a las obligaciones que sobre ella pesaban en virtud del Tratado y el derecho internacional como lo sostiene la Demandante. Para resolver este interrogante, no es necesario que el Tribunal se “comprometa directa o indirectamente con la validez, interpretación, alcance y/o cumplimiento de los Contratos”, como incorrectamente sostiene Bolivia.
270. En efecto, Bolivia no identifica hecho alguno que deba resolver exclusivamente un tribunal de la CCI. Los tribunales intervinientes en casos sobre inversiones han reconocido reiterada y sostenidamente que, “aún cuando [...] exista una considerable interrelación entre los hechos fácticos básicos”⁶⁶⁵, hay una diferencia fundamental entre los reclamos planteados en los términos de un tratado y reclamos contractuales, con lo cual una cláusula contractual de selección de jurisdicción exclusiva no excluye la jurisdicción del tribunal sobre los primeros⁶⁶⁶. De hecho, los tribunales pueden interpretar contratos, como en la práctica lo

⁶⁶⁴ Ver, por ejemplo, Escrito de Contestación, párrafo 444.

⁶⁶⁵ *Bureau Veritas Inspection Valuation Assessment and Control BIVAC BV c. República de Paraguay* (Caso CIADI N.º ARB/07/9), Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, 29 de mayo de 2009, **RLA-36**, párrafo 127.

⁶⁶⁶ Ver, por ejemplo, *Impregilo SpA c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI N.º ARB/03/3), Decisión sobre Jurisdicción, 22 de abril de 2005, **CLA-159**, párrafo 289; *Eureko BV c. República de Polonia (Ad Hoc)*, Laudo Parcial y Voto Disidente, 19 de agosto de 2005, **CLA-161**, párrafos 112-114.

hacen, cuando así resulta necesario a los efectos de arribar a una conclusión en los términos del tratado, y tienen jurisdicción para ello⁶⁶⁷.

271. Respecto del reclamo por la Fundición de Estaño, Bolivia afirma incorrectamente que este Tribunal tiene la tarea de determinar si “dicha privatización fue justificada” lo cual tiene que ver con la “validez del Contrato correspondiente”⁶⁶⁸. Sin embargo, contrariamente a lo afirmado por Bolivia, la cuestión que tiene ante sí el Tribunal no es si la privatización estuvo justificada sino si la decisión soberana de Bolivia de “revertir” el activo de Glencore Bermuda fue lícita. Cabe destacar que, al defender su “reversión”, la propia Bolivia no plantea argumentos basados en el contrato.

⁶⁶⁷ Ver, por ejemplo, *Georg Gavrilović y Gavrilović doo c. República de Croacia* (Caso CIADI N.º ARB/12/39), Laudo, 26 de julio de 2018, **CLA-250**, párrafos 421-422 (traducción no oficial al español).

Si, a efectos de evaluar si se produjo la violación del Tratado, el Tribunal debe primero determinar si se cumplieron o no las obligaciones contractuales pertinentes, entonces puede recibir prueba y resolver en ese sentido. Que algunos de los hechos subyacentes al reclamo por la cláusula paraguas también pudieran servir de base para un reclamo aparte por incumplimiento contractual (ante otra jurisdicción, en otro momento) no tiene ninguna importancia. El reclamo de las Demandantes por la cláusula paraguas exige resolver si la Demandada violó el TBI. Dado que, a su vez, para ello se hace necesario determinar si la Demandada cumplió o no sus obligaciones convencionales, corresponde que el Tribunal determine ese extremo, y así lo hará.

Si bien la cláusula contractual de elección de jurisdicción puede remitir las diferencias contractuales a otra jurisdicción que resolverá si se produjo el incumplimiento del contrato, con las consecuencias que puedan de ello desprenderse con arreglo al derecho aplicable, a este Tribunal le corresponde resolver si se cumplieron o no las obligaciones contractuales y si, en consecuencia, se produjo o no la violación de la cláusula paraguas. El Tribunal no cumpliría su tarea si se negara a ello.

Ver también *Compañía de Aguas del Aconquija SA y Vivendi Universal SA c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/97/3), Laudo, 20 de agosto de 2007, **CLA-70**, párrafo 7.3.9; *Sempra Energy International c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/02/16), Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, 11 de mayo de 2005, **CLA-236**, párrafo 100; *Burlington Resources Inc c. República del Ecuador* (Caso CIADI N.º ARB/08/5), Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010, **RLA-38**, párrafos 181-189.

⁶⁶⁸ Dúplica, párrafo 567.

272. Respecto de los reclamos por la Fundición de Antimonio y el Arrendamiento de Colquiri, una vez más lo que se debate es la legitimidad del ejercicio de las facultades soberanas de Bolivia, mediante el cual privó a Glencore Bermuda del valor de sus inversiones. En la medida en que estos reclamos planteen temas contractuales (es decir, si existía una obligación de producción con arreglo al Contrato de Compraventa de la Fundición de Antimonio y el deber de Comibol de proteger la Mina de Colquiri contra interferencias externas), se trata de cuestiones secundarias a los reclamos de Glencore Bermuda en virtud del Tratado, incluido al amparo de la cláusula paraguas de dicho instrumento⁶⁶⁹, para cuyo tratamiento el Tribunal tiene jurisdicción.
273. Por último, lo afirmado por Bolivia de que debería permitírsele sostener posturas fundamentalmente incongruentes “alternativamente” revela el carácter totalmente infundado de sus reclamos. Bolivia no puede aducir simultáneamente que: (i) las diferencias eran de índole comercial, para eludir la jurisdicción del Tratado, a la vez que afirma que (ii) sus actos constituyeron ejercicios válidos de sus facultades soberanas, con el fin de eludir la responsabilidad. El hecho de que haya decidido hacer esto subraya la falta fundamental de credibilidad de sus reclamos, que, por ende, deben desestimarse.

G.

274. A pesar de la amplia oportunidad con que ha contado para desarrollar sus objeciones preliminares a la jurisdicción del Tribunal y la admisibilidad de los reclamos de la Demandante en anteriores escritos, en la Dúplica Bolivia formula una nueva objeción. [REDACTED]

⁶⁶⁹ Tratado, C-1, artículo 2(2) (en que se dispone que “Cada Parte Contratante cumplirá cualquier otro compromiso que haya contraído en lo referente a las inversiones de capital de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante”).

[REDACTED]

275. Como se explica a continuación, esta nueva objeción no solamente es extemporánea sin que, además, no tiene fundamento válido.

1. La nueva objeción de Bolivia es inadmisibles por ser extemporánea

276. El artículo 23(2) del Reglamento de la CNUDMI es claro: “La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación [...] El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada más tarde si considera justificada la demora”. En este caso, corresponde que el Tribunal rechace la nueva objeción preliminar de Bolivia porque no se la planteó como tal en el Escrito de Contestación y Bolivia no ha ofrecido una justificación plausible para la demora en formular ese argumento.

277. [REDACTED]

670 [REDACTED]
671 [REDACTED]
672 [REDACTED]
673 [REDACTED]
674 [REDACTED]
675 [REDACTED]

[REDACTED]

278. Así pues, Bolivia eligió no plantear la objeción preliminar que ahora pretende plantear. Como mínimo, Bolivia sabía lo suficiente, al momento de redactar su Escrito de Contestación, como para hacer reserva expresa de su derecho a plantear esta objeción preliminar una vez que recibiera información o pruebas adicionales. No lo hizo. Aquí debería concluir la cuestión: corresponde rechazar la nueva objeción preliminar de Bolivia sin más examen.

2. [REDACTED]

279. Bolivia sostiene que [REDACTED].

280. Esto es: (i) irrelevante a los efectos de la jurisdicción del Tribunal y la admisibilidad de los reclamos de la Demandante; e (ii) incorrecto, tanto por los hechos como por el derecho.

676 [REDACTED]
677 [REDACTED]
678 [REDACTED]

281. [REDACTED]

282. Al no poder encontrar en el texto del Tratado nada que avale su postura, Bolivia aduce [REDACTED]

679 [REDACTED]

680 [REDACTED]

681 [REDACTED]

682 [REDACTED]

683 [REDACTED]

684 [REDACTED]

[REDACTED]

283. Se trata de un razonamiento equivocado. La Convención de Viena no permite la especulación respecto de la presunta intención de las partes del tratado al no mediar una base textual adecuada que evidencie esa intención. Como recordó el tribunal del caso *Ping An*:

El artículo 31 de la Convención de Viena refleja la primacía del texto como base para la interpretación de un tratado, a la vez que también le confiere un rol a la prueba extrínseca de las circunstancias de su celebración y a los objetos y fines que persigue ese tratado como medio de interpretación. [...]

En muchos arbitrajes entre inversores y Estados se ha adoptado el criterio del sentido corriente para confirmar que las presuntas intenciones de las partes no deben usarse para desplazar el texto explícito de un TBI o desplazar el marco acordado, ni usarse como base independiente para la interpretación⁶⁸⁶.

Así pues, cuando el texto del Tratado no avala la interpretación de Bolivia (como claramente ocurre en este caso), lo que ésta especula en cuanto a las presuntas intenciones de las Partes Contratantes, desprovista de cualquier tipo de sustento fáctico, no puede servir de base independiente para la interpretación.

284. *Segundo*, de cualquier forma es incorrecto, como cuestión de hecho y de derecho, indicar que [REDACTED]

[REDACTED]

⁶⁸⁵ [REDACTED]

⁶⁸⁶ *Ping An Life Insurance Company of China, Limited y Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited c. Reino de Bélgica* (Caso CIADI N.º ARB/12/29), Laudo, 30 de abril de 2015, **CLA-242**, párrafos 165-166 (se omitieron las citas internas, énfasis añadido) (traducción no oficial al español).

285.

[REDACTED]

[REDACTED]

286.

[REDACTED]

[REDACTED]

687

[REDACTED]

688

[REDACTED]

[REDACTED]

689

[REDACTED]

287.

[REDACTED]

288.

[REDACTED]

690

[REDACTED]

691

[REDACTED]

692

[REDACTED]

693

[REDACTED]

[REDACTED]

3. [REDACTED]

289. Bolivia aduce [REDACTED]

694 [REDACTED]

695 [REDACTED]

696 [REDACTED]

697 [REDACTED]

698 [REDACTED]

290. Los argumentos de Bolivia se basan en una interpretación incorrecta de los hechos y los principios jurídicos que aquí entran en juego.

291. [Redacted]

292. [Redacted]

699 [Redacted]
700 [Redacted]

701 [Redacted]

702 [Redacted]

703 [Redacted]

704 [Redacted]

[REDACTED]

293.

[REDACTED]

294.

[REDACTED]

705

[REDACTED]

706

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

295. [REDACTED]

[REDACTED]

707 [REDACTED]

[Redacted]

296. [Redacted]

[Redacted]

297. [Redacted]

298. [Redacted]

708 [Redacted]

709 [Redacted]

710 [Redacted]

711 [Redacted]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

299. [Redacted text block]

300. [Redacted text block]

712 [Redacted text]

713 [Redacted text]

714 [Redacted text block]

715 [Redacted text]

716 [Redacted text]

717 [Redacted text]

[REDACTED]

301. [REDACTED]

302. Un razonamiento *a contrario* no puede subsanar el defecto fundamental de que adolece la teoría de Bolivia: la inexistencia, en el Tratado, de *cualquier tipo* de elemento textual que sustente su postura. Como lo explicaron el juez Abdulqawi Yusuf, vicepresidente de la CIJ, y su oficial jurídico adjunto, Daniel Peat, en un artículo reciente, el razonamiento *a contrario*:

[S]iempre es utilizado por la Corte [Corte Internacional de Justicia] como método auxiliar de interpretación – jamás es definitorio, en y por sí mismo, de una determinada interpretación. En cambio, la Corte utiliza el razonamiento *a contrario* en una de dos formas: o bien confirma una interpretación que se hace con otros fundamentos (como el sentido corriente) o bien es un factor que se toma en cuenta junto con otras consideraciones (como el contexto

718 [REDACTED]
719 [REDACTED]

y/o el objeto y fin) que pesan a favor de adoptar un determinado enfoque⁷²⁰.

303. Corresponde que el Tribunal rechace el intento de Bolivia de apartarse de este principio interpretativo del derecho internacional, dado que con ello pone la especulación en el centro de la interpretación del tratado.

304. [Redacted]

305. [Redacted]

⁷²⁰ A Yusuf y D Peat, “A *Contrario* Interpretation in the Jurisprudence of the International Court of Justice”, (2017) 3(1) CJCL 1, **CLA-246**, página 15 (traducción no oficial al español). *Ver, por ejemplo, Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua/Colombia)* (Excepciones Preliminares) [2016] ICJ Reports 36, **CLA-243**, párrafo 37 (“[Una interpretación *a contrario*] solamente se justifica, empero, cuando resulta apropiada a la luz del texto de todas las disposiciones involucradas, su contexto y el objeto y fin del tratado. Por otra parte, aun cuando queda justificada una interpretación tal, es importante determinar con precisión qué se debe inferir por su aplicación en un caso dado”) (traducción no oficial al español). *Ver también Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua/Colombia)* (Excepciones Preliminares) [2016] ICJ Reports 36, **CLA-243**, párrafo 43 (“La Corte ha reconocido que, en general, la interpretación de un tratado debe propender a dar efecto a cada uno de los términos de ese tratado y que ninguna disposición debe interpretarse de forma tal que quede privada de su fin o efecto [...] Sin embargo, hay ocasiones en las que las partes de un tratado adoptan una disposición para evitar dudas aun si la disposición en cuestión no resulta estrictamente necesaria”) (traducción no oficial al español); *In re Interpretation and Application of the Provisions of Article 78, para 7, of the Peace Treaty to the Ethiopian Territory*, Comisión de Conciliación Francia-Italia, Decisión N.º 201, XIII UNRIAA 636, 16 de marzo de 1956, XIII UNRIAA 636, **CLA-233**, páginas 647, 649 y 651.

721 [Redacted]

722 [Redacted]

723 [Redacted]

724 [Redacted]

[REDACTED]

306.

[REDACTED]

725

[REDACTED]

726

[REDACTED]

727

[REDACTED]

[REDACTED]

307.

[REDACTED]

III. PETITORIO

308. En función de lo que antecede, con carácter no exhaustivo y haciendo reserva de su derecho a complementar este petitorio, lo que incluye, entre otras cosas, a la luz de nuevos actos que pueda adelantar Bolivia, Glencore Bermuda solicita respetuosamente que el Tribunal:

- (a) RECHACE las objeciones propuestas por Bolivia en materia de jurisdicción y admisibilidad;
- (b) DECLARE que tiene jurisdicción para entender en la totalidad del reclamo de Glencore Bermuda, y que dicho reclamo es admisible;
- (c) CONCEDA toda otra medida reparatoria que estime apropiada;
- (d) CONDENE a Bolivia a sufragar la totalidad de los costos resultantes del trámite de sus objeciones, incluidos los honorarios y gastos del Tribunal,

[REDACTED]

los costos administrativos de la CPA, así como los honorarios y gastos relacionados con la representación legal de Glencore Bermuda, con intereses; y

- (e) CONDENE a Bolivia a sufragar todos los costos en que incurra Glencore Bermuda a raíz del proceso iniciado por Bolivia en la Corte Federal de Primera Instancia del Distrito Este de Virginia, Estados Unidos, con arreglo al artículo 1782.

Presentado respetuosamente el 22 de enero de 2019

[Firma]



Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP

Noiana Marigo
Nigel Blackaby
Natalia Zibibbo
Guadalupe López
Giulia Previti
Paula Henin
Diego Rueda
Allison Kowalski

[Firma]

FERRERE

Pablo Ordoñez
Bernarda Flores Ivanovic

En representación de la Demandante