

Caso CPA No. 2013-15

SOUTH AMERICAN SILVER LIMITED
(Demandante)

-c-

ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA
(Demandada)

MEMORIAL DE DÚPLICA

Dr. Héctor Arce Zucuneta
Dra. Carrida Llorca
Dra. Angélica Rocha
Procuraduría General del Estado
Calle Martín Cárdenas No. 9
Zona Fertopetrof de El Alto
La Paz
Bolivia

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

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

Representantes de la Demandada

21 de marzo de 2016

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN.....	- 2 -
2.	LA RÉPLICA CONFIRMA QUE LA PRESENCIA Y ACCIONES DE CMMK EN LA ZONA DEL PROYECTO NO DEJARON AL ESTADO OTRA ALTERNATIVA DISTINTA A LA REVERSIÓN PARA PROTEGER LA VIDA Y COSTUMBRES DE LAS COMUNIDADES ORIGINARIAS.....	- 8 -
2.1	No existe controversia entre las Partes sobre el hecho que las acciones de CMMK y sus omisiones provocaron enfrentamientos violentos entre las Comunidades Originarias.....	- 11 -
2.1.1	Desde el inicio de las actividades de CMMK en Mallku Khota, las Comunidades Originarias se opusieron al Proyecto	- 11 -
2.1.2	Al contrario de lo que afirma SAS, Bolivia nunca calificó como “sin fundamento” las denuncias de las Comunidades Originarias.....	- 18 -
2.1.3	Como afirmó Bolivia en su Contestación, la estrategia de relaciones comunitarias de CMMK multiplicó y agravó los conflictos en la zona del Proyecto	- 22 -
2.2	SAS trata de inducir en error al Tribunal sobre el papel del Estado en la mediación del conflicto con las Comunidades Originarias	- 40 -
2.2.1	Durante 2011, la Gobernación de Potosí cumplió un importante rol en la mediación e intento de pacificación del conflicto creado por CMMK	- 40 -
2.2.2	Otras entidades del Estado también reconocieron la gravedad del conflicto entre las Comunidades Originarias causado por CMMK y ofrecieron su apoyo para pacificar la zona	- 50 -
2.3	A diferencia de lo que insinúa SAS, la Reversión fue una medida necesaria ante numerosos hechos violentos y cada vez más graves ocurridos en 2012.....	- 53 -
2.3.1	SAS minimiza la violencia extrema producto del desacuerdo entre Comunidades Originarias causado por CMMK	- 53 -
2.3.2	Ante la insostenible situación de enfrentamiento en Mallku Khota, Bolivia no tuvo más alternativa que decretar la Reversión.....	- 67 -
2.4	Bolivia ha cumplido y sigue cumpliendo los acuerdos logrados con las Comunidades Originarias para pacificar Mallku Khota	- 70 -
3.	LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS E INDÍGENAS EN LA CONSTITUCIÓN BOLIVIANA Y EL DERECHO INTERNACIONAL ES APLICABLE Y ESENCIAL PARA LA RESOLUCIÓN DE ESTA DISPUTA POR CUANTO SU VIOLACIÓN JUSTIFICÓ LA REVERSIÓN ...	- 72 -
3.1	La Constitución boliviana garantiza la protección de los derechos humanos e indígenas, e incorpora las normas internacionales sobre la materia, haciéndolas vinculantes para el Estado y los particulares	- 73 -

3.2	CMMK violó repetidamente los derechos de las Comunidades Originarias de Mallku Khota obligando a Bolivia a intervenir y decretar la Reversión cuando las comunidades requirieron que sus derechos fueran protegidos.....	80 -
4.	EL TRIBUNAL NO TIENE JURISDICCION PARA RESOLVER LOS RECLAMOS DE SAS Y, EN CUALQUIER CASO, DEBE RECHARZARLOS POR SER INADMISIBLES.....	87 -
4.1	El Tribunal carece de jurisdicción dado que SAS no es titular directo ni de CMMK ni de las Concesiones Mineras, no ha realizado ninguna inversión en Bolivia y no es parte en esta disputa con Bolivia.....	88 -
4.1.1	El Tribunal carece de jurisdicción por cuanto el Tratado sólo protege inversiones directas.....	88 -
4.1.2	Incluso, asumiendo que el Tratado protege inversiones indirectas (<i>quod non</i>), el Tribunal carece de jurisdicción dado que SAS no realizó ninguna inversión en Bolivia y SASC sería el único inversionista indirecto.....	93 -
4.1.3	Asumiendo que el Tratado protege a los inversionistas indirectos (<i>quod non</i>), el Tribunal carece de jurisdicción sobre SAS dado que es una empresa de papel sin intereses en esta disputa.....	99 -
4.2	Los reclamos de SAS no pueden ser considerados por el Tribunal porque SAS no tiene "clean hands".....	104 -
4.2.1	El principio de "clean hands" es un principio de derecho internacional y orden público internacional por el que los reclamos de SAS son inadmisibles en este arbitraje.....	105 -
4.2.2	El Tribunal puede ejercer su jurisdicción solamente sobre una inversión que cumpla la condición de legalidad.....	116 -
4.2.3	Aunqu la carga de la prueba no recae sobre Bolivia, ésta ha presentado abundante prueba de que SAS no tiene "clean hands".....	121 -
5.	BOLIVIA CUMPLIÓ EN TODO MOMENTO TODAS SUS OBLIGACIONES INTERNACIONALES.....	124 -
5.1	La respuesta de Bolivia ante la crisis de derechos humanos e indígenas instigada por SAS, incluída su decisión de revertir las Concesiones Mineras, no puede constituir un ilícito internacional por cuanto existía un estado de necesidad.....	125 -
5.2	La Reversión de las Concesiones Mineras no constituye una expropiación (aún menos una expropiación ilícita), sino el ejercicio legítimo de poderes de policía para proteger los derechos humanos e indígenas.....	131 -
5.2.1	La Reversión no constituyó una expropiación sino el ejercicio legítimo de los poderes de policía de Bolivia ante las repetidas y continuas vulneraciones de derechos humanos e indígenas por parte de SAS y el conflicto social que ésta generó.....	132 -

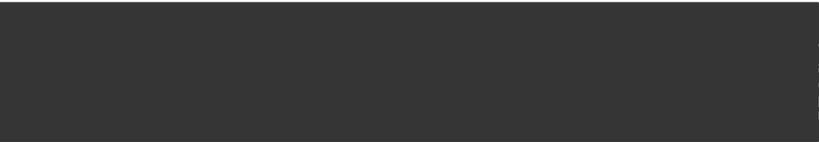
5.2.2	La Reversión de las Concesiones Mineras tuvo un propósito público y representó un beneficio social puesto que permitió a Bolivia cumplir con su obligación de garantizar los derechos humanos e indígenas en las comunidades donde CMMK cometió repetidas y continuas violaciones de derechos	137 -
5.2.3	La Reversión no debía ir acompañada de una compensación justa y efectiva para ser legal pero, en cualquier caso, Bolivia cumplió plenamente con la exigencia de compensación establecida en el Tratado	142 -
5.3	Bolivia brindó un trato justo y equitativo a las Concesiones Mineras al no fomentar ni permitir la resistencia a las actividades de SAS y al actuar con auténtica preocupación por cumplir con todas sus obligaciones internacionales.....	150 -
5.3.1	Las acciones de Bolivia fueron consistentes con las legítimas expectativas de SAS puesto que, en todo momento, el Estado buscó cumplir con sus obligaciones internas e internacionales.-	150 -
5.3.2	Bolivia actuó de buena fe y de manera transparente y consistente al intervenir legítimamente para proteger los derechos humanos e indígenas de conformidad con su mandato legal	155 -
5.4	Bolivia cumplió con su deber de brindar plena protección y seguridad en todo momento porque nunca dejó de tomar las medidas razonables para proteger las Concesiones Mineras	156 -
5.5	Bolivia no perjudicó las Concesiones Mineras mediante medidas injustificadas o discriminatorias.....	162 -
5.6	Bolivia no otorgó a SAS un trato menos favorable que el otorgado a sus propios nacionales.....	165 -
6.	SI EL TRIBUNAL ARBITRAL CONSIDERA (<i>QUOD NON</i>) QUE BOLIVIA HA INCUMPLIDO ALGUNA DE SUS OBLIGACIONES BAJO EL TRATADO, DEBERÁ CONSTATAR QUE SAS NO HA DEMOSTRADO HABER SUFRIDO DAÑO ALGUNO Y QUE, EN CUALQUIER CASO, CUALQUIER COMPENSACIÓN DEBE LIMITARSE AL REEMBOLSO DE SUS COSTOS	166 -
6.1	SAS reconoce que la restitución tiene una aplicación muy limitada en derecho internacional y que no se cumplen los requisitos para que pueda otorgarse.....	167 -
6.1.1	SAS reconoce que la restitución tiene una aplicación muy limitada en derecho internacional.....	167 -
6.1.2	SAS reconoce que la restitución es imposible.....	169 -
6.1.3	SAS reconoce que la restitución impondría una carga totalmente desproporcionada sobre Bolivia	170 -
6.2	Los daños reclamados por SAS son hipotéticos e, incluso si existiesen (<i>quod non</i>), Bolivia no fue el causante de los mismos	172 -
6.2.1	SAS sigue sin probar haber sufrido daños ciertos	172 -
6.2.2	Incluso si el Tribunal considerase que SAS sufrió daños ciertos, éstos no fueron causados por Bolivia	196 -

6.3	Si, <i>per impossibile</i> , el Tribunal considerase que existe un daño resarcible, cualquier compensación debe limitarse a los costos incurridos por SAS en relación al Proyecto	197 -
6.3.1	SAS reconoce que varios tribunales arbitrales internacionales han compensado al inversionista únicamente los costos incurridos.....	197 -
6.3.2	Cálculo del valor de las Concesiones Míneras bajo el método de costos.....	201 -
6.4	Si el Tribunal considerase que el <i>market-based approach</i> es aplicable (<i>quod non</i>), deberá descartar las valuaciones de RPA y FTI.....	203 -
6.4.1	SAS elude responder a las críticas a la valuación de RPA basada en supuestos proyectos “comparables”.....	206 -
6.4.2	SAS elude las deficiencias de la valuación de FTI.....	212 -
6.4.3	El valor accionario de SABC demuestra que los cálculos de FTI son exagerados y carecen de todo fundamento	217 -
6.5	La valuación del Proyecto debe realizarse en la Fecha de Valuación Bolivia y sin considerar hechos posteriores	219 -
6.5.1	El Proyecto debe valorarse a la Fecha de Valuación Bolivia	220 -
6.5.2	SAS ha renunciado a reclamar por cualquier mayor valor que el Proyecto pudiese tener con posterioridad a la Fecha de Valuación Bolivia.....	221 -
6.6	El Tribunal debe rechazar cualquier compensación por otras supuestas violaciones del Tratado	222 -
6.6.1	SAS sigue sin probar por qué debería utilizarse el estándar del Valor Justo de Mercado en supuestos distintos al artículo 5(1) del Tratado.....	222 -
6.6.2	SAS sigue sin probar haber sufrido daños producto de las otras medidas cuestionadas.....	224 -
7.	INTERESES.....	225 -
7.1	La tasa de interés comercial debe preferirse respecto de la tasa de interés legal.....	225 -
7.2	Los criterios utilizados por FTI para calcular la tasa de interés comercial son erróneos.....	226 -
7.3	La tasa comercial debe calcularse tomando como referencia la emisión de bonos soberanos efectuada por Bolivia en octubre de 2012.....	227 -
7.4	La tasa de interés debe ser simple	227 -
8.	CUALQUIER COMPENSACIÓN DEBE SER REDUCIDA SIGNIFICATIVAMENTE PARA REFLEJAR LA CONTRIBUCIÓN DE SAS A SUS PROPIOS DAÑOS	229 -
9.	PETTORIO	233 -
9.1	En cuanto a la jurisdicción y admisibilidad.....	233 -
9.2	En cuanto a fondo.....	233 -

1. De conformidad con el calendario procesal previsto en la Orden Procesal No. 11 y el artículo 24 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, tal y como fue revisado en 2010 (el "Reglamento"), el Estado Plurinacional de Bolivia ("Bolivia" o el "Estado") presenta su Memorial de Dúplica (la "Dúplica") en respuesta al Escrito de Réplica de SAS¹ del 30 de noviembre de 2015 (la "Réplica").

2. Esta Dúplica incluye:

- a. la declaración testimonial del Sr. Ministro César Navarro Miranda, actual Ministro de Minería y Metalurgia de Bolivia y quien fue Viceministro de Coordinación de Movimientos Sociales y Sociedad Civil entre 2010 y 2013 ("Navarro" o "RWS-2");
- b. la declaración testimonial del Sr. Andrés Chajmi, miembro y ex *Maliku* de la Comunidad de Maliku Khota, en quechua junto con su traducción al español ("Chajmi" o "RWS-3");
- c. la segunda declaración testimonial del Sr. Félix Gonzales Bernal, Ex Gobernador del Departamento Autónomo de Potosí ("Gob. Gonzales II" o "RWS-4");
- d. la declaración testimonial del Sr. Javier Díez de Medina, Gerente de Responsabilidad Social Corporativa y Medio Ambiente de la Compañía Minera San Cristóbal S.A. ("Díez de Medina" o "RWS-5");
- e. la declaración testimonial del Sr. Juan Mamani, Coordinador de Relaciones Comunitarias de la Compañía Minera San Cristóbal S.A. ("Mamani" o "RWS-6"); y

f. 

3. Asimismo, esta Dúplica incluye:

¹ Los términos en mayúsculas que no se encuentren expresamente definidas en este escrito tendrán el significado que se les atribuyó en anteriores escritos de Bolivia y, en especial, en el Memorial de Objeciones a la Jurisdicción, Admisibilidad de los Reclamos y Contestación a la Demanda del 31 de marzo de 2015 (la "Contestación").

- a. el segundo informe pericial del Prof. Kadri Dagdelen, B.Sc., M.Sc., PhD, Profesor del *Mining Engineering Department* de la *Colorado School of Mines* ("Dagdelen II" o "RER-4");
- b. el segundo informe pericial elaborado por The Brattle Group ("Brattle") y el el Prof. Graham Davis, Ph.D., MBA, B.Sc., *William J. Coalter Professor of Mineral Economics* en la *Division of Economics & Business* de la *Colorado School of Mines* ("Brattle II" o RER-5);
- c. El informe pericial del Prof. Patrick R. Taylor, Ph.D., P.E., FASM, *George S. Ansell Chair & Distinguished Professor of Chemical Metallurgy* del *Department of Metallurgical & Materials Engineering* de la *Colorado School of Mines* ("Taylor" o "RER-6"); y
- d. los anexos documentales R-155 a R-295 y los anexos jurídicos (doctrina y jurisprudencia) RLA-185 a RLA-280.

1. INTRODUCCIÓN

- 4. Los hechos confirman que la Reversión de las Concesiones Mineras fue la única medida posible, necesaria e idónea para proteger la vida, integridad física, autonomía y usos y costumbres de las Comunidades Originarias directamente afectadas por el Proyecto en el Norte de Potosí. Es una obligación Constitucional e internacional del Estado velar por los derechos humanos y de los miembros de las Comunidades Originarias.
- 5. Además, los hechos descubiertos por Bolivia tras la Réplica y la exhibición de documentos de SAS demuestran que la conducta del supuesto inversionista fue tan groseramente ilegal y negligente que justifica el rechazo *in limine* de todos sus reclamos. La conducta de la Compañía Minera Malku Khota, S.A. ("CMMK"), de la que SAS pretende ser accionista indirecta, no es digna de quien solicita el amparo de un tribunal internacional.
- 6. En su Réplica, SAS ha tenido que abordar los graves acontecimientos que llevaron a la Reversión. A este respecto, el contraste entre la "historia" que SAS narró en su Demanda y el relato que ahora presenta es elocuente; SAS no puede seguir negando la realidad.
- 7. Este caso puede ser resumido en cuatro proposiciones esenciales:

8. *En primer lugar*, los reclamos de SAS constituyen un abuso del proceso. SAS, una “shell company” de las Bermudas, pretende ser titular de una supuesta inversión que, en realidad, pertenece exclusivamente a la compañía South American Silver Corp. (“SASC”, hoy TriMetals), una empresa minera junior canadiense dedicada a la especulación con proyectos mineros no desarrollados. Puesto que SASC no goza de la protección de un tratado bilateral de inversiones, pretende utilizar a SAS para prevalecerse del Convenio entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Bolivia sobre el Fomento y la Protección de Inversiones de Capital (el “Tratado”) en contra de su texto y espíritu.
9. SAS negó este hecho. Sin embargo, las pruebas aportadas por Bolivia, la falta de pruebas de SAS y el hecho de que SASC se haya hecho cargo de este arbitraje (con la ayuda de un tercero financiero y emitiendo acciones en la bolsa de Toronto cuyos dividendos serán los eventuales réditos de este arbitraje) no dejan lugar a duda: SAS no tiene y nunca tuvo nada que ver en la disputa entre SASC y Bolivia.
10. *En segundo lugar*, SASC (y no SAS) realizó incipientes actividades de exploración en Bolivia a través de CMMK con la única intención de identificar recursos minerales que pudiera vender – antes de iniciar la explotación – al mejor postor. Este afán cortoplacista explica el deficiente plan de relaciones comunitarias de CMMK y éste, a su vez, justifica el rechazo generalizado del Proyecto por las Comunidades Originarias aledañas (aquellas que SAS llama “un puñado de mineras ilegales”).
11. *En lugar de implementar un programa serio de relaciones comunitarias* (lo que era costoso, como demuestran los esfuerzos realizados por otras empresas mineras en la región), CMMK promovió el enfrentamiento con y entre Comunidades Originarias para neutralizar a quienes se oponían a un Proyecto que afectaría a su medio ambiente (incluidas lagunas sagradas) y modo de vida. CMMK no dudó en comprar voluntades y emplear estrategias indignas e ilegales como la creación de una organización ilegítima (COTOA-6A) para suplantar a las verdaderas Autoridades Ancestrales, sobornos a policías (incluido para encarcelar a una de las autoridades opositoras al Proyecto) y pagos a periodistas para generar desinformación y provocar la militarización de la zona.
12. Esta estrategia de CMMK desencadenó violencia y desórdenes públicos en la región del Norte de Potosí (por ejemplo, Mallku Khata recibió el apoyo de 4000 comunarios que marcharon desde Potosí hasta La Paz para exigir la expulsión de CMMK) que se

saldaron con un muerto y numerosos heridos, obligando al Estado a revertir las Concesiones Mineras para pacificar la zona y proteger la vida de sus habitantes.

13. La Réplica es sorprendente al sugerir que el Estado habría tenido otras alternativas, como la militarización de la zona o la persecución judicial de los comunarios que se oponían al Proyecto. Del mismo modo, es increíble que SAS solicite la restitución de las Concesiones Mineras a sabiendas de que esto generaría nuevos y mayores conflictos sociales. Como explica el Sr. Ministro de Minería y Metalurgia, la idiosincrasia de las Comunidades Originarias y la historia del Departamento de Potosí demuestran que una intervención militar solo agrava los conflictos en lugar de solucionarlos. La posición de SAS no hace sino confirmar su falta de conocimiento de la zona y sus habitantes (ignorancia que se refleja en la forma como CMMK llevó a cabo su relacionamiento comunitario).
14. En *tercer lugar*, SAS sigue sin admitir sus errores y culpa en la Reversión. Pretende, por ejemplo, haber presentado pruebas que demostrarían que “*CMMK’s robust community efforts*”² fueron “*a positive initiative that enjoyed success*”³. Nada más lejos de la realidad.
15. De hecho, una de las pruebas comunicadas en la fase de exhibición de documentos por SAS ha permitido [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
16. [REDACTED]
 - a. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

² Réplica, párr. 29.

³ Réplica, sección B(1).

[REDACTED]

b. [REDACTED]

c. [REDACTED]

17. Los hechos descritos por [REDACTED] hacen que los reclamos de SAS sean inadmisibles por falta de "clean hands" y destruyen todo nexo de causalidad entre la actuación de Bolivia y los daños supuestamente causados a SAS. *Ex abundante cautela*, los hechos probados deben, como mínimo, reducir cualquier compensación en, al menos, un 75% por efecto de la culpa compartida de SAS. Además, los hechos reportados por [REDACTED] son de tal gravedad que podrían constituir delitos en Bolivia. Por ello, han sido puestos en conocimiento de la Fiscalía para su correspondiente investigación y, de ser el caso, actuación conforme a Derecho. Bolivia debe hacer reserva de todos sus derechos a este respecto.
18. Estos hechos también han puesto al descubierto la actuación procesal desafortunada de SAS. Ha quedado demostrado que SAS (i) omitió comunicar documentos en respuesta a las solicitudes de exhibición de Bolivia y la orden del Tribunal, y (ii) realizó afirmaciones falsas. Bolivia también hace expresa reserva de todos sus derechos sobre el particular.
19. En cuarto lugar, y en el hipotético caso de que el Tribunal, *par impossible*, decida analizar los reclamos de SAS y determine que el Estado debe alguna compensación, deberá también notar que Bolivia ha actuado de forma lícita y SAS reclama daños que son hipotéticos y altamente especulativos. En efecto, además de que la valuación de

SAS se basa en un estudio conceptual (*Preliminary Economic Assessment*) caracterizado por su alto nivel de especulación, el Tribunal debe notar que SASC ya ha sido sancionada en el pasado – por la *British Columbia Securities Commission* – por presentar estimaciones de recursos inexacras y violatorias de las normas canadienses.

20. Como los expertos de Bolivia demuestran, existen muy pocas posibilidades de que el Proyecto llegue a una fase de explotación (en general, 1 entre 10.000, según los testigos de SAS). Además, los expertos de SAS inflan artificialmente los recursos *indicados* y subestiman los recursos *inferidos* – que, pese a ello, representan 60% de los recursos minerales del Proyecto. Los recursos *inferidos* “*have the ‘lowest level of geological confidence’*”⁴ y, por ende, muy probablemente no existen (“*[i]nferred resources simply may not be in the ground*”). Los expertos de SAS tampoco han calculado cuántos de los recursos estimados podrían ser económicamente extraíbles, lo que torna aún más incierto cualquier valor del Proyecto. Finalmente, a pesar de que SAS se prevalece de un proceso metalúrgico altamente experimental que torna incierta cualquier explotación, SAS y sus expertos asumen un 100% de probabilidad de que dicho proceso metalúrgico funcionaría.
21. Dado el carácter incierto y no verificable de los daños reclamados, y en el hipotético caso de que el Tribunal decida que SAS tiene derecho a recibir alguna indemnización, ésta debe limitarse al reembolso de las inversiones efectuadas. Y SAS es consciente de ello. Sin embargo, SAS ha utilizado este arbitraje para presentar un cálculo aparentemente complejo pero que no es más que una sucesión de elecciones arbitrarias de sus expertos económicos que llevan a una cifra exorbitante de más de US\$ 300 millones. Al ser los *asuntos* de su valuación incorrectos, el resultado sigue la misma suerte: “*A model is only as good as the assumptions it uses. Faulty assumptions or bad data result in faulty output*” (*garbage in, garbage out*)⁵.
22. Lo absurdo de la valuación de FTI es aparente cuando se considera que SASC, tomando en cuenta todos sus activos en Bolivia y Chile, no valía ni una quinta parte de lo que ahora reclama una de sus filiales en este arbitraje. Sin duda, SAS pretende

⁴ *Gold Reserve Inc. v. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB(AF)/09/01, laudo del 22 de septiembre de 2014, párr. 780, RLA-27.

⁵ Brattle II, párr. 132, RER-5.

⁶ M. Maher, C. Stickney y R. Weil, *Managerial Accounting. An Introduction to Concepts, Methods and Uses*, Thomson South-Western, 2008, pág. 184, R-241.

que el Tribunal tome su cifra como un valor superior de un rango de posibilidades y que el Tribunal parta de allí para otorgar un punto medio. El Tribunal no puede incurrir en este error.

23. En razón de estas cuatro premisas esenciales, el Tribunal debe concluir que los reclamos de SAS no son admisibles en razón de su falta de “*clean hands*” y, en cualquier caso, no están dentro de su jurisdicción al ser SASC la verdadera propietaria de la inversión. Cualquier compensación que el Tribunal le otorgue a SAS (*par impossible*, dada la seriedad de estas objeciones), debe ser limitada a los costos de su inversión y reducida en, al menos, un 75% en razón de su culpa compartida.
24. *Per último*, Bolivia debe manifestar su molestia ante la actitud poco colaboradora de SAS en este arbitraje. Consciente de la debilidad de sus pruebas, entre otros incidentes recientes, SAS ha ocultado las pruebas técnicas en una *Data Room* que le impide a los expertos de Bolivia adjuntar dichas pruebas a sus informes (y no está claro cómo podrán referirse a ellas en la audiencia); se ha negado a comunicar pruebas en la fase de exhibición de documentos, requiriendo la constante intervención del Tribunal; y hasta se ha negado a la orden de protección del Testigo X propuesta por el Estado en términos similares a los que Bolivia debe cumplir respecto de la *Información Altamente Confidencial*. El Tribunal deberá tener en cuenta la conducta de SAS a la hora de valorar estas pruebas y otorgar las costas del procedimiento.
25. Esta Dúplica está estructurada de la siguiente manera:
 - a. Primero, Bolivia describirá los hechos que confirman que la presencia de CMMK en la zona del Proyecto y sus acciones y omisiones no dejaron al Estado otra alternativa distinta a la Reversión (Sección 2).
 - b. Luego, Bolivia hará referencia a la ley aplicable y confirmará que la protección de los derechos humanos e indígenas en la Constitución boliviana y el derecho internacional es aplicable y esencial para la resolución de esta disputa (Sección 3). Más adelante, Bolivia explicará por qué el Tribunal no tiene jurisdicción para resolver los reclamos de SAS (que, en cualquier caso, son inadmisibles) (Sección 4) y por qué Bolivia cumplió en todo momento sus obligaciones internacionales (Sección 5).
 - c. Si, *par impossible*, el Tribunal considera que los reclamos son admisibles, que tiene jurisdicción y que Bolivia es responsable, el Estado demostrará que SAS no ha sufrido daño alguno que pueda ser indemnizable y que cualquier

compensación debe limitarse al reembolso de sus costos (Sección 6). Bolivia responderá al análisis de SAS sobre intereses en la Sección 7.

26. Por último, Bolivia hará referencia a la culpa compartida de SAS que debe ser tomada en cuenta para reducir cualquier compensación (Sección 8).
27. **2. LA RÉPLICA CONFIRMA QUE LA PRESENCIA Y ACCIONES DE CMMK EN LA ZONA DEL PROYECTO NO DEJARON AL ESTADO OTRA ALTERNATIVA DISTINTA A LA REVERSIÓN PARA PROTEGER LA VIDA Y COSTUMBRES DE LAS COMUNIDADES ORIGINARIAS**
27. Como Bolivia demostró en su Contestación, este caso constituye uno de los ejemplos más claros de irresponsabilidad social y abuso de una empresa minera internacional frente a las comunidades indígenas afectadas directamente por el proyecto minero.
28. En su Réplica, SAS no ha podido rebatir la contundente prueba documental y testimonial presentada por Bolivia que demuestra que CMMK es el único responsable de la Reversión de las Concesiones. CMMK desencadenó, con sus acciones y omisiones, una ola de violencia inusitada e incontrolable que atentó contra la vida, integridad física y costumbres ancestrales de las Comunidades Originarias del Norte de Potosí. El Estado no tuvo otra alternativa distinta a la Reversión para pacificar la zona.
29. La descripción de los hechos de la Réplica está plagada de imprecisiones y vacíos. Si bien SAS ha tenido que reconocer la gravedad de los hechos (algo que ignoró por completo en su Demanda), SAS busca ocultar los hechos que no le convienen y alterar la realidad presentando una visión sesgada a su favor. Esta estrategia que busca inducir al Tribunal a error amerita, por lo menos, dos comentarios preliminares.
30. Como *primer comentario preliminar*, la forma como SAS cita los documentos es, por decir lo menos, inquietante. Consciente de que los documentos no benefician su caso, SAS y sus testigos han optado por decir aquello que los documentos no dicen. Un ejemplo elocuente es un Concepto del entonces Viceministro César Navarro del 10 de febrero de 2011 que dice lo contrario a lo que SAS pretende. Otro ejemplo es un acta de una reunión de una Central Sindical de Trabajadores Originarios que tiene la firma del entonces Gobernador Gonzales como "acuse de recibo" pero que SAS presenta como si hubiese sido aprobada por el Gobernador.
31. Como *segundo comentario preliminar*, Bolivia se ve obligada a denunciar la conducta procesal de SAS, quien ha ocultado varios documentos sumamente relevantes y que debió haber comunicado en la fase de exhibición de documentos. Ha quedado

demostrado [REDACTED] que SAS hizo afirmaciones falsas en contravención de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba y las *IBA Guidelines on Party Representation*. Bolivia debe hacer una expresa reserva de todos sus derechos. Tan solo un documento exhibido por SAS (quizás por error) permitió a Bolivia identificar [REDACTED]

[REDACTED] contundente prueba documental, ha sacado a la luz hechos y actores que SAS había mantenido ocultos. Los hechos narrados por [REDACTED] son alarmantes y justifican el rechazo de los reclamos de SAS por falta de "clean hands" (o como mínimo hacen desaparecer cualquier nexo de causalidad entre la actuación del Estado y el hipotético daño a raíz de la Reversión, siendo ésta culpa exclusiva de la presunta víctima).

32. Los hechos que se describen a continuación demuestran sin lugar a dudas que, como Bolivia anticipó en su Contestación, las acciones de CMMK y sus omisiones provocaron graves divisiones entre las Comunidades Originarias desde el inicio del Proyecto. En su Réplica, SAS ha realizado un desesperado intento de presentar "*CMMK's robust community efforts*"⁷ como "*a positive initiative that enjoyed success*"⁸. Nada más alejado de la realidad.
33. Por una parte, como Bolivia pudo comprobar mediante los escasos documentos obtenidos por medio de la exhibición de documentos, CMMK desarrolló un programa de relaciones comunitarias deficiente y de mínimos con el objetivo de minimizar los gastos mientras buscaba a un comprador para el Proyecto. La falta de esfuerzos e interés por las relaciones comunitarias fue incluso identificada por los consultores contratados por SASC (y no SAS) para evaluar el desempeño de CMMK.
34. Por otra parte, la comparación entre la actuación de CMMK con las Comunidades Originarias y los esfuerzos desplegados por otra minera en Potosí, la Compañía Minera de San Cristóbal (la "CMSC"), demuestra hasta qué punto CMMK fue negligente en su relacionamiento comunitario responsable del rechazo de las Comunidades Originarias de Mailku Khota al Proyecto. La CMSC realizó grandes esfuerzos durante la fase exploratoria para ganar la confianza y el apoyo de las Comunidades Originarias directamente afectadas por la actividad minera. Al igual

⁷ Réplica, párr. 29.

⁸ Réplica, sección II(B)(1).

que CMMK, la CMSC identificó el área de perforaciones justo al lado de una Comunidad (en ese caso, San Cristóbal). Sabiendo que el apoyo de dicha comunidad era esencial para la viabilidad del Proyecto, CMSC concentró sus esfuerzos en alcanzar un acuerdo con sus habitantes. Tras más de un año de negociación, CMSC y la Comunidad San Cristóbal acordaron desplazar el pueblo entero a 45km de distancia, incluida su Iglesia (declarada patrimonio nacional) y el cementerio. CMMK, en cambio, nunca pudo (o nunca quiso) llegar a un acuerdo con la Comunidad de Mallku Khota, asentada en la zona de perforación. En lugar de trabajar de forma profesional con la comunidad, CMMK decidió comprar voluntades de líderes de Comunidades lejanas y catalogar a los comunarios de Mallku Khota como un "puñado de mineros ilegales". Como era obvio, esto agravó el conflicto y, en lugar de buscar acuerdos, CMMK fomentó la persecución (incluso judicial) de los opositores al Proyecto (Sección 2.1).

35. A diferencia de lo que afirman SAS y sus testigos, el Gobierno boliviano ofreció su apoyo a CMMK para alcanzar un acuerdo con las Comunidades Originarias que permitiese la continuidad del Proyecto. Como lo demuestran los testigos de Bolivia (incluidos el ex Gobernador de Potosí y el entonces Viceministro de Coordinación de Movimientos Sociales y Sociedad Civil, hoy Ministro de Minería y Metalurgia), las autoridades actuaron de buena fe buscando la viabilidad del Proyecto y la paz social.
36. Estos esfuerzos, sin embargo, fueron inútiles ante las acciones de CMMK que agravaron los enfrentamientos. Para el año 2012, la oposición de las Comunidades Originarias era firme. [REDACTED]
[REDACTED] las máximas autoridades indígenas a nivel nacional (como el Consejo de Ayllus y Markas del Qullasuyu o "CONAMAQ") y regional (como la Federación de Ayllus Originarios Indígenas de Norte Potosí o "FAOI-NP") manifestaron su apoyo a los Comunarios afectados por el Proyecto y exigieron el abandono inmediato de la zona por la Compañía (Sección 2.2).
37. En lugar de reforzar su programa de relaciones comunitarias, CMMK trató de contrarrestar a estas importantes organizaciones y a las Comunidades cercanas al Proyecto, aumentando el área de influencia del Proyecto, para alcanzar a Comunidades lejanas y creando un organismo paralelo e ilegítimo denominado Coordinadora Territorial Originaria Autónoma de los Seis Ayllus (o COTOA-6A) (conformado por las Comunidades que apoyaban el Proyecto, a quien persuadió con

irrisorias promesas). Tanto las Comunidades como el Gobierno rechazaron la legitimidad de esta organización paralela.

38. **Ante la escalada de la violencia y como Bolivia ha podido descubrir** [REDACTED]

[REDACTED] Esta estrategia consistió en iniciar acciones criminales contra los líderes de las Comunidades opuestas al Proyecto, armar a los comunarios que apoyaban el Proyecto y buscar escenarios de choque entre las Comunidades para exigir la militarización de la zona. La situación se tornó incontrolable hasta el punto de poner en riesgo la vida de los comunarios y algunas autoridades nacionales, como el ex Gobernador Gonzales. Ante esta situación, el Gobierno boliviano no tuvo otra alternativa que declarar la Reversión para reestablecer el orden público y pacificar la zona (Sección 2.3).

39. Desde entonces, y en cumplimiento del Decreto de Reversión, Bolivia ha asumido la administración de la zona del Proyecto en cumplimiento de los acuerdos alcanzados con las Comunidades Originarias, reestableciendo el orden público y la paz (Sección 2.4).

2.1 No existe controversia entre las Partes sobre el hecho que las acciones de CMMK y sus omisiones provocaron enfrentamientos violentos entre las Comunidades Originarias

40. La Réplica y documentos de SAS confirman que las Comunidades Originarias no dieron su apoyo al Proyecto. Desde un inicio, CMMK tuvo que hacer frente a una férrea oposición de las Comunidades Originarias cercanas al Proyecto quienes serían directamente afectadas por el mismo (Sección 2.1.1) Esta oposición no disminuyó ni fue descalificada por el Estado, como pretende SAS (Sección 2.1.2). Al contrario, la oposición fue en aumento. Como Bolivia demostró en su Contestación, la multiplicación y el agravamiento de los conflictos sociales en torno al Proyecto fue el resultado de la pésima estrategia de relaciones comunitarias de esta compañía (Sección 2.1.3).

2.1.1 Desde el inicio de las actividades de CMMK en Mallku Khota, las Comunidades Originarias se opusieron al Proyecto

41. Bolivia demostró en su Contestación que las actividades de CMMK en Mallku Khota generaron, desde 2003, rechazo y preocupación en las Comunidades Originarias. Esta oposición se hizo evidente en 2010 cuando, [REDACTED]

██████████ y la falta de proyectos sociales serios de la Compañía, las Comunidades - respaldadas por las máximas autoridades indígenas de la región y el país (FAOI-NP y CONAMAQ, respectivamente) - exigieron la inmediata expulsión⁹ de CMMK.

42. SAS alega ahora que la prueba de esta oposición sería "*solely [] resolutions by opponents to the project*"¹⁰. Además, aduce que CMMK habría desarrollado un amplio programa de relaciones comunitarias que habría neutralizado la "*opposition to the Project existing in small pockets*"¹¹. Estas afirmaciones son falsas.
43. Documentos de SAS (algunos de ellos obtenidos en la fase de solicitudes de documentos) y los testigos de Bolivia demuestran que, desde el inicio de las actividades de CMMK, existió una oposición generalizada al proyecto por las Comunidades Originarias.
44. En primer lugar, los consultores de SAS en materia de relaciones comunitarias confirmaron que, desde antes de 2010, existía una clara oposición al Proyecto.
45. Primero, SASC contrató a la firma *Business for Social Responsibility* ("BSR") en 2009 para monitorear el nivel de aceptación del Proyecto por los afectados (stakeholder). Tras realizar varias entrevistas, BSR emitió un informe con su evaluación del programa de relaciones comunitarias de CMMK y el nivel de aceptación social del Proyecto¹². SAS señala que el informe de BSR "*concluded that there was an overall acceptance of the Malku Khota Project*"¹³. Esta es una interpretación, por decir lo menos, poco rigurosa del informe de esta consultora.

⁹ Contestación, párrs. 101 y ss.

¹⁰ Réplica, sección II(D)(1).

¹¹ Réplica, párr. 44.

¹² *Business for Social Responsibility, Social Risks and Opportunities for South American Silver Corporation's Malku Khota Project in Potosí, mayo de 2009*, pág. 6 ("*BSR traveled to Bolivia to identify and interview stakeholders associated with the Malku Khota exploration project currently being carried out by South American Silver Corporation*"), C-154.

¹³ Réplica, párr. 39.

46. Si bien BSR notó que “[t]he majority of the stakeholders interviewed do not object to the Malku Khota project”¹⁴, esta empresa explicó que “very few actively support it”¹⁵. Además, señaló que existía “widespread perception that the results of the environmental studies (fichas ambientales) have not been shared at any level (mayor, sub prefecture, community)” y que “there is also widespread concern about contamination of lagoons, springs, as well as cropland and pasture from misuse of chemicals by the company”¹⁶. Los votos resolivos de las autoridades indígenas del 11¹⁷ y 19¹⁸ de diciembre de 2010 – además de otros del año 2011¹⁹ – confirman lo anterior e incluso solicitaron que CMMK suspendiese sus actividades.
47. Por otra parte, BSR recogió la percepción que los empleados de CMMK²⁰ tenían del nivel de aceptación social del Proyecto. El “stakeholder map” elaborado por BSR confirmó que habla Autoridades Originarias con una orientación negativa hacia el Proyecto y que más de la mitad de las Comunidades (incluidas las de Malku Khota y Calachaca)²¹ lo rechazaban:

¹⁴ Business for Social Responsibility, *Social Risks and Opportunities for South American Silver Corporation's Malku Khota Project in Potosí*, mayo de 2009, pág. 9, C-154.

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Id.*

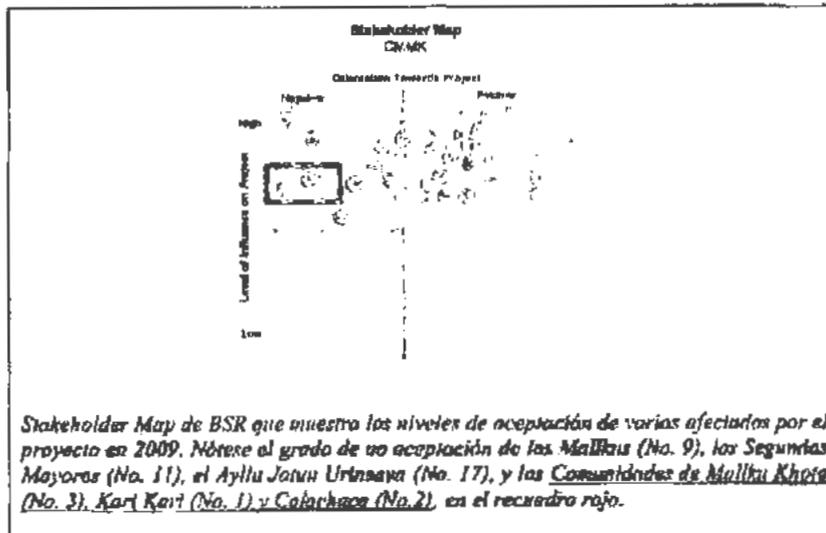
¹⁷ Voto resolivo de los Ayllus Sulka Jititkani, Takahuani, Urinsaya y Samka del 11 de diciembre de 2010 (“Los cuatro Ayllus de la provincia determinamos que la [CMMK] debe suspender (sic) el trabajo por las siguientes (sic) razones: [...] amenazas a desminación (sic) de aguas de las vertientes [...]”) (el resultado es nuestro), R-46.

¹⁸ Resolución de Cabildo de los Ayllus Sulka Jititkani, Takahuani, Urinsaya y Samka del 19 de diciembre de 2010 (“Que la presencia ilegal de la Empresa ‘Minera Malku Qota S.A.’ ha vulnerado los derechos colectivos: El Derecho a la Consulta (sic) previa, libre e informado (sic) para obtener su consentimiento previa (sic) al desarrollo de las actividades mineras. Abuso de Autoridad, contaminación al Medio Ambiente [...]”), R-49.

¹⁹ Ver, por ejemplo, Resolución de la Primera Sección de la Central Sindical de Trabajadores Originarios de San Pedro de Buenavista de Potosí del 6 de febrero de 2011 (“la minería es la que más contamina a la pacha mama las concesiones mineras son impuestos de arriba y fuera del marco normativo de la carta magna, los empresarios mineros contaminan los ríos con los productos químicos que usan y el agua que es la sangre de la tierra ya no sirven para regar y producir nuestros alimentos”), R-54.

²⁰ Business for Social Responsibility, *Social Risks and Opportunities for South American Silver Corporation's Malku Khota Project in Potosí*, mayo de 2009, pág. 11 (“Figure 2 illustrates CMMK's personnel current view of stakeholders' influence and orientation towards the project. The mapping exercise was done with a team of 3 company staff and one NGO partner, and the results were validated with three more company members in the capital office”), C-154.

²¹ Cumbre del Sajama, otra de las consultas de SAS, recogió impresiones similares en los talleres efectuados con las Comunidades Originarias. Ver SAS y Cumbre del Sajama S.A., *Talleres Conociendo y Cuidando Nuestro Medio Ambiente Comunitario*, mayo de 2009, pág. 15 (“[Los comunarios] [m]anifestaron también su preocupación por las actividades que realiza la compañía



48. Esta clara oposición de las Comunidades cercanas al Proyecto debía ser revertida por CMMK para seguir con el Proyecto.
49. Segundo, y a diferencia de lo que afirma SAS²², la oposición al Proyecto no provenía de un grupo reducido de mineros ilegales. La Fundación MEDMIN (contratada por CMMK para realizar informes de monitoreo ambiental) confirmó en 2010 que, “en la actualidad, no existe actividad minera”²³ de los comunarios. Los documentos obtenidos por Bolivia en la fase de exhibición de documentos²⁴ demuestran también la falsedad de la teoría de un rechazo por “un puñado de mineros ilegales”²⁵.

minera Malku Khota en la zona, dicen que ‘las actividades de apertura de caminos, utilización de dinamita y la realización de perforación dañan negativamente a su medio ambiente y que podría contaminar sus recursos hídricos, además dañando a sus animales y plantas’), C-166.

²² Réplica, párr. 79.

²³ Fundación MEDMIN, Segundo Informe de Monitoreo, Plan de Aplicación y Seguimiento Ambiental (PASA), Proyecto Malku Khota, febrero de 2009, pág. 75 (“La principal actividad económica en la comunidad de Malku Khota es la agricultura con bajos rendimientos por las severas condiciones climáticas. Los cultivos de papa, cebada, avena, haba y orveja constituyen la base del sustento familiar, sin embargo existen actividades secundarias como ser la ganadería y el comercio, en la actualidad no existe actividad minera”), C-143.

²⁴ El Informe de MEDMIN para 2005 confirmó que, “[e]n la comunidad de Malku Khota, la principal actividad económica es la agricultura, la ganadería y el comercio, no existe actividad minera”, MEDMIN, Estudio Preliminar de Línea Base Ambiental – Proyecto Malku Khota de mayo de 2005, pág. 5, R-155.

²⁵ Demanda, párr. 58.

50. En segundo lugar, [REDACTED] y la inacción de la Compañía para corregir o evitar estos incidentes. A pesar de las advertencias de las Comunidades²⁷, CMMK no tomó ninguna medida apropiada. Como confirma Andrés Chajmi, miembro de la Comunidad de Mallku Khota y testigo en este arbitraje [REDACTED] Esto lo confirma la Comunidad de Mallku Khota en pleno²⁸. Por ello, las Autoridades Originarias del Ayllu Sullka Jilatikani rechazaron en un voto resolutivo las acciones de [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]. Como explica el coordinador de relaciones

²⁶ Ver Contestación, párr. 106.

²⁷ Ver, por ejemplo, Informe mensual de relaciones comunitarias de CMMK, enero de 2009, pág. 1 ("También nos plantearon que no se traiga gente extraño (sic) en los lugares de trabajo junto a los trabajos de geología en la zona que pertenece a cada Ayllu y comunidades esto no se permitirá y se podría llegar a un problema con esta gente"), R-156.

²⁸ Chajmi, párr. 1b ("se burlaban de nuestros usos y costumbres, nos humillaban y discriminaban. Recuerdo por ejemplo que una vez la Sra. Carmen Huanca vistiéndose con atuendos de Mama T'Alta, la máxima autoridad femenina, y burlándose diciendo que era la Mama T'Alta de Mallku Khota"), RWS-3.

²⁹ Los informes de relaciones comunitarias de CMMK confirman otros problemas con la reutada Sra. Carmen Huanca, coordinadora de relaciones comunitarias de CMMK, durante las labores de socialización del Proyecto que fueron desatendidos por CMMK. Ver, Informe mensual de relaciones comunitarias de CMMK de marzo de 2011, págs. 1 ("Los comunitarios manifiestan que los factores más importantes que determinaron la generación del voto resolutivo conminando la salida de la empresa según sus opiniones serían: [...] Na nos hicieron caso cuando pedimos que Dña. Carmen se vaya porque solo nos ha hecho mal porque vieron que les dividía a las comunidades dentro del Ayllu") y 5 ("En entrevista personal de Rosenda Flores a Cirilo Mamani, le manifestó que todo el problema se inicia (sic) cuando el año pasado por septiembre la Sra. Carmen en cabildo de Tacahuani donde participaron mujeres ella se enojó con todos retirándose de mala manera al punto de recoger bruscamente los aguayos donde se realizaban sus costumbres (coca para pitcheo), por lo que después pidieron todas las bases el retiro de la señora, y que comprenden que las personas somos muy diferentes y pensamos de forma diferente, pero no por eso podemos ser maltratados") (el resaltado es nuestro), R-157.

³⁰ Voto resolutivo de la Comunidad de Mallku Khota del 26 de febrero de 2016, R-158.

³¹ Resolución del Ayllu Sullka Jilatikani del 15 de febrero de 2011 (" [REDACTED] R-51. Ver, también, Voto resolutivo de los Ayllus Sullka Jilatikani, Tacahuani, Urinmaya y Samka del 11 de diciembre de 2010, R-46; Resolución de Cabildo de los Ayllus Sullka Jilatikani, Tacahuani, Urinmaya y Samka del 19 de diciembre de 2010, R-49; Resolución de FAOI-NP del 11 de enero de 2011, R-50; Resolución de FAOI-NP del 28 de febrero de 2011, R-52.

³² Artículo II, párr. 51, CWS-7; Malbran, párr. 30, CWS-9.

comunitarias de la Minera San Cristóbal, la llegada de personas extrañas a una comunidad en Potosí suele traer consigo problemas que deben ser supervisados de cerca por la empresa minera³³. Por ello, una minera diligente habría tenido un sistema para atender reclamos y quejas.

51. Las explicaciones de SAS³⁴, además, se basan exclusivamente en afirmaciones propias o de sus testigos. En especial, sus argumentos sobre la falta de legitimidad o autenticidad de los votos resolutiveos de las Comunidades Originarias debe ser desestimado por cuatro motivos:
52. Primero, los documentos de CMMK demuestran que la supuesta ilegitimidad de los votos resolutiveos es un argumento creado en este arbitraje y nunca antes fue alegado por CMMK. Por ejemplo, CMMK solicitó la intervención de la Gobernación el 23 de diciembre de 2010 tras la expedición de los votos resolutiveos del 11 y 19 de diciembre de ese año³⁵. En ningún momento CMMK denunció lo que ahora alega SAS, concretamente que (i) *“Andrés Chajmi and Feliciano Gabriel proposed the adoption of a pre-drafted resolution that demanded that CMMK suspend its activities”*³⁶; (ii) que *“Jatun Urinsaya, and Qullana ayllus strongly opposed both the December 11 and December 19, 2010 resolutions”*³⁷; o (iii) que *“[d]ifferent communities confirmed to CMMK that they supported the Project despite their signing of the resolution”*³⁸. De haber existido tales hechos, CMMK sin duda los habría denunciado. No lo hizo (porque no existieron).
53. Segundo, los propios empleados de CMMK sabían que las relaciones con las Comunidades Originarias eran deficientes³⁹ y reconocieron el fracaso de sus gestiones Fernando Cáceres, miembro del equipo de relaciones comunitarias de

³³ Mamani, párr. 32, RWS-6.

³⁴ Réplica, párr. 127.

³⁵ Carta de Xavier González Yutronic al Gobernador de Potosí del 21 de diciembre de 2010, R-55.

³⁶ Réplica, párr. 84.

³⁷ *Id.*, párr. 86.

³⁸ *Id.*, párr. 85.

³⁹ Ver, por ejemplo, Informe mensual de operaciones de CMMK a SAS, noviembre de 2010, pág. 4 (*“En las reuniones con los ayllus se pudo llegar a acuerdos que pueden tener una consecuencia futura. A pesar que la primera reunión fue todo un éxito y se pudo programar diferentes tareas para la posterior (sic) reunión, esta segunda no llegó (sic) a tener el éxito esperado, sin embargo se pudo programar una tercera reunión que será llevada a cabo el 11 de diciembre con autoridades del CONAMAQ y autoridades locales”*), R-139.

CMMK, reportó en diciembre de 2010 a sus superiores de SAS que, "de lo acontecido en este mes como trabajo de relaciones comunitarias, tendríamos que hacernos una gran autocrítica dejando los egos personales para el bien de esta compañía"⁴⁰.

54. Tercero, el Sr. Gonzales Yutronic⁴¹ acusa por primera vez en este arbitraje a autoridades de las Comunidades Originarias de haber supuestamente castigado "a latigazos" y amedrentado a otros comunarios para emitir una resolución el 11 de enero de 2011 ordenando a CMMK abandonar la zona⁴². Como señala el Ex Gobernador Gonzales⁴³, el Sr. Gonzales Yutronic nunca denunció estos graves hechos a las autoridades (en especial, es notoria la falta de denuncia en la comunicación que CMMK remitió al alcalde y Concejales de Sacaca el 26 de enero de 2011⁴⁴). Las acusaciones fabricadas para este arbitraje por SAs no pueden desmentir la prueba de que, en 2010, las Comunidades no apoyaban unánimemente el Proyecto debido a las acciones de CMMK.
55. Por último, SAS no puede negar que, así no plazca a sus intereses en este arbitraje⁴⁵, CONAMAQ y FAOI-NP son las dos organizaciones indígenas de mayor importancia a nivel nacional y regional⁴⁶. Del mismo modo, es innegable que estas organizaciones se sumaron, a finales de 2010 y principios de 2011, al rechazo de los Ayllus cercanos al Proyecto. El intento de SAS de equiparar a estas organizaciones con el grupo paralelo COTOA-6A, es parte de su estrategia de confrontación. Como Bolivia

⁴⁰ Informe mensual de operaciones de CMMK a SAS, diciembre de 2010, pág. 4 (el resaltado es nuestro), R-160.

⁴¹ Gonzales Yutronic II, párrs. 17 y 19, CWS-8.

⁴² Resolución de FAOI-NP del 11 de enero de 2011, R-58.

⁴³ Gob. Gonzales II, párr. 12 ("He tomado conocimiento de un memorial similar al que recibí en diciembre de 2010 que el Sr. Gonzales Yutronic habría enviado al Alcalde y Concejales del Municipio de Sacaca en el que comenta lo acontecido en la reunión del 11 de enero de 2011. Me sorprende que el Sr. Gonzales Yutronic no haya denunciado en esa oportunidad (ni me lo haya comunicado posteriormente) los supuestos abusos físicos a los que se refiere en su declaración testimonial que se habrían cometido en contra del Sr. Santiago Calle"), RWS-4.

⁴⁴ Carta de Xavier Gonzales Yutronic al Alcalde y Concejales del Municipio de Sacaca del 26 de enero de 2011, C-273.

⁴⁵ Ver Réplica, párrs. 79 y 80.

⁴⁶ Uño, párrs. 21 y 67, RER-1.

demonstrará, COTOA-6A fue creada por CMMK para simular apoyo social al Proyecto y contrarrestar a los detractores⁴⁷.

56. Todo lo anterior demuestra que, para finales de 2010 y principios de 2011, existía ya una fuerte oposición al Proyecto de CMMK por las Comunidades Originarias directamente afectadas por el mismo.

2.1.2 Al contrario de lo que afirma SAS, Bolivia nunca calificó como “sin fundamento” las denuncias de las Comunidades Originarias

57. En su Réplica, SAS pretende que las denuncias de las Comunidades Originarias en contra de CMMK “were without merit”⁴⁸ y que el Estado habría confirmado que tales denuncias eran “groundless”⁴⁹. SAS tergiversa las respuestas que CMMK recibió de distintas entidades estatales y su posición no es consecuente con las medidas que el Estado adoptó para mediar en el conflicto entre las Comunidades Originarias tras recibir dichas denuncias.

58. *In limine*, no es cierto que CMMK haya debido acudir a instancias gubernamentales distintas de la Gobernación de Potosí porque ésta “took no measures to protect CMMK”⁵⁰. Como demostraremos⁵¹, el importante rol de mediador de la Gobernación durante 2011 y 2012 (que CMMK desconoció) fue en respuesta a la solicitud de mediación de CMMK y tuvo por objeto establecer un diálogo con las Comunidades opositoras para la viabilidad del Proyecto. La estrategia de CMMK de acudir al Gobierno central fue parte de un plan de desinformación elaborado por CMMK⁵².

59. En todo caso, el Tribunal debe analizar con mucha cautela las afirmaciones de SAS y verificar lo que en verdad dicen los documentos del caso (a los que SAS se refiere de forma muy general).

⁴⁷ Ver sección 2.1.3.3, *infra*.

⁴⁸ Réplica, párr. 92.

⁴⁹ Réplica, párr. 120.

⁵⁰ Réplica, párr. 89.

⁵¹ Ver sección 2.2.1, *infra*.

⁵² Ver Contestación, párr. 142(b). Ver, también, sección 2.1.3.3, *infra*.

60. En primer lugar, no es cierto que el Ministerio de Minería y Metalurgia haya confirmado que las denuncias de CONAMAQ y FAOI-NP fuesen “without merit”⁵³. Como SAS afirma, el 26 de enero de 2011, Xavier Gonzales Yutronic envió sendas cartas a los Ministerios de la Presidencia y de Minería y Metalurgia. Dichas comunicaciones (presentadas de forma incompleta por SAS⁵⁴) eran similares a la que ya había enviado a la Gobernación en diciembre de 2010⁵⁵. El actual Ministro de Minería, César Navarro, entonces Viceministro de Coordinación de Movimientos Sociales y Sociedad Civil, explica en su testimonio que, ante la seriedad de la denuncia de CMMK, el Ministro de la Presidencia le encargó su seguimiento⁵⁶, para lo cual solicitó el criterio jurídico presentado por SAS con su Réplica⁵⁷.
61. A diferencia de lo que afirman SAS y el Sr. Gonzales Yutronic, este criterio no determinó que las acusaciones de los Ayllus cercanos al Proyecto del 11 y 19 de diciembre de 2010 “had no grounds”⁵⁸. Por el contrario, la conclusión general de dicho criterio era que “no es competencia [del Viceministro de Coordinación de Movimientos Sociales], dar curso favorable al peticionario efectuado por el representante de [CMMK], en razón a que dicha petición no se enmarca a las (sic) normativa legal regulatoria de las funciones del Órgano Ejecutivo del Estado Plurinacional”⁵⁹. Por esta razón, el Ministro Navarro señala que “[e]l Señor Gonzales Yutronic cita parcialmente y malinterpreta en su segunda declaración la respuesta dada por mi despacho a CMMK. A diferencia de lo que afirma, el Viceministerio no le dio la razón a CMMK ni descalificó las denuncias de las Comunidades”⁶⁰.
62. Al respecto, Bolivia debe realizar dos precisiones adicionales:

⁵³ Réplica, párr. 92.

⁵⁴ Con su Réplica, SAS únicamente presentó las primeras páginas (C-229) de las comunicaciones enviadas al Ministerio de la Presidencia. Ver Carta de Xavier Gonzales al Ministro de la Presidencia del 26 de enero de 2011, R-161.

⁵⁵ Carta de Xavier Gonzales Yutronic al Gobernador de Potosí del 21 de diciembre de 2010, R-55.

⁵⁶ Navarro, párr. 19, RWS-2.

⁵⁷ Carta del Viceministro de Coordinación de Movimientos Sociales y Sociedad Civil del 10 de febrero de 2011, C-230.

⁵⁸ Réplica, párr. 120.

⁵⁹ Criterio jurídico anexo a la carta del Viceministro de Coordinación de Movimientos Sociales y Sociedad Civil del 10 de febrero de 2011, pág. 6, C-230.

⁶⁰ Navarro, párr. 20, RWS-2.

63. Primero, el criterio jurídico mencionado se limita a señalar que las resoluciones de los Ayllus Sullka Jilatani, Takahuani, Urinsaya y Saroca “aparentemente” no tendrían justificación “en mérito a que la [CMMK], conforme manifiestan ellos [...], no estaría afectando la calidad ambiental”⁶¹. Este recuento de antecedentes no equivale a afirmar que las denuncias de las Comunidades Originarias fueran “groundless”⁶² y tan solo muestra la opinión de CMMK. De todas formas, el despacho del Viceministro añadió que las actividades de CMMK podían potencialmente “acarrear daños al medio ambiente, conforme a los medios y técnicas utilizadas para la explotación”⁶³. Si a alguien da la razón esta conclusión es, precisamente, a las Comunidades Originarias, quienes venían denunciando insistentemente la amenaza que el Proyecto representaba para el medio ambiente⁶⁴.
64. Segundo, si bien, como señala SAS, es cierto que “the ‘consulta previa’ was still not regulated”⁶⁵, ello no significa que este requisito (de rango constitucional desde 2009) no fuera aplicable a CMMK. Como aclara el Ministro Navarro, “bajo el marco legal vigente en 2012, y de conformidad con la Constitución Política del Estado, para que el Proyecto ingresara a la fase de explotación, CMMK habría tenido que solicitar una licencia ambiental ante el Ministerio de Medio Ambiente y Aguas presentando un estudio de impacto ambiental y luego el Estado habría tenido que realizar una consulta pública previo con las Comunidades Originarias afectadas por el Proyecto”⁶⁶.
65. En segundo lugar, SAS ignora los aspectos verdaderamente importantes de la respuesta del Ministerio de Minería y Metalurgia a una solicitud de mediación enviada por CMMK a finales de enero de 2011. Este documento tampoco concluye que las denuncias de las Comunidades Originarias “had no grounds”⁶⁷. A diferencia de lo que afirma SAS, el informe que el Ministerio de Minería y Metalurgia remitió a la CMMK

⁶¹ Criterio jurídico anexo a la carta del Viceministro de Coordinación de Movimientos Sociales y Sociedad Civil del 10 de febrero de 2011, pág. 5, C-230.

⁶² Réplica, párr. 120.

⁶³ Criterio jurídico anexo a la carta del Viceministro de Coordinación de Movimientos Sociales y Sociedad Civil del 10 de febrero de 2011, pág. 5, C-230.

⁶⁴ Ver sección 2.1, *supra*. Ver, también, Contestación, párr. 107.

⁶⁵ Réplica, párr. 120.

⁶⁶ Navarro, párr. 22, RWS-2.

⁶⁷ Réplica, párr. 120.

confirma la gravedad del conflicto en la zona del Proyecto. Para el Ministerio, era claro que, a pesar de que CMMK “estaría” cumpliendo con los requisitos legales, “como se puede observar, el problema planteado por la empresa minera *Molku Khota* se ha tornado en un conflicto social con características irreductibles por parte de los *Ayllus del Norte de Potosí*”⁶⁶. Esta respuesta, además, demuestra el *non sequitur* que pretende SAS: que CMMK posiblemente estuviera cumpliendo la normativa ambiental no significa que no existiera un conflicto social.

66. Un tercer lugar, el Ministerio de Minería y Metalurgia recomendó “establecer las bases para el inicio de un diálogo entre las partes, en dirección a resolver el problema”⁶⁶, medida que el Estado adoptó a través de la Gobernación⁷⁰. Si al Estado en verdad le hubieran parecido “groundless”⁷¹ estas denuncias, el Ministerio de Minería y Metalurgia no habría formulado una recomendación en ese sentido.
67. Por último, los antecedentes históricos de violencia debido a la división entre Comunidades Originarias hizo que las autoridades estatales tomaran estas denuncias con gran seriedad. En palabras del Ministro Navarro:

*En el pasado, denuncias de este tipo en el Departamento del Norte de Potosí desencadenaron graves acontecimientos de violencia que obligaron al Gobierno a poner fin a importantes proyectos mineros. Así fue el caso, por ejemplo, de un proyecto nuyfeso en la localidad de Amayapampa en el que la empresa canadiense Da Capo Resources, no respetó los usos y costumbres (acullico o pijcheo de coca), derechos laborales, convenios entre la empresa y el sindicato reconocido por el Ministerio de Trabajo. Estas circunstancias causaron enfrentamientos violentos con 14 muertos entre trabajadores mineros, campesinos, mujeres y un estudiante en el municipio de Llollagua*⁷².

⁶⁶ Memorando interno anexo a la carta del Ministerio de Minería y Metalurgia a CMMK del 16 de marzo de 2011 (el resaltado es nuestro), C-231.

⁶⁶ *Id.*, pág. 1.

⁷⁰ Gob. Gonzales II, párr. 15 (“[L]a afirmación de SAS y el Sr. Gonzales Yutranic según la cual yo alenté la oposición contra la Compañía en febrero de 2011 se desmenten al recordar los varios escenarios de conciliación que propicié durante el año 2011 a favor de la Compañía y que describí en mi Primera Declaración Testimonial. Como señalé, poco tiempo después, y luego de labores de acercamiento llevadas a cabo por funcionarios de la Gobernación, pudimos abrir distintos escenarios de diálogo que tenían como fin hacer viable el proyecto de CMMK”), RWS-4.

⁷¹ Réplica, párr. 120.

⁷² Navarro, párr. 25, RWS-2.

68. Las pruebas presentadas por SAS y la mediación del Estado en respuesta a las solicitudes de CMMK⁷³ demuestran que Bolivia nunca descalificó las denuncias de las Comunidades Originarias. La acusación de SAS de que Bolivia “*will sink to the lowest levels to smear the Company and try to divert the Tribunal’s attention*”⁷⁴ es inaceptable (en su contenido y forma) y debe ser rechazada por el Tribunal.

2.1.3 Como afirmó Bolivia en su Contestación, la estrategia de relaciones comunitarias de CMMK multiplicó y agravó los conflictos en la zona del Proyecto

69. En su Réplica, SAS pretende que el programa de relaciones comunitarias de CMMK sería suficiente y estaría en línea con lo que recomendaban sus consultores internacionales. Sin embargo, como Bolivia señaló en su Contestación⁷⁵, el programa de relaciones comunitarias de CMMK presentaba serias falencias (Sección 2.1.3.1), lo que contribuyó al incremento de la oposición al Proyecto.

70. Cuando la situación se volvió insostenible (y puesto que SASC, como minera *junior*, solo necesitaba aparentar el apoyo de las Comunidades para vender el Proyecto), CMMK contrató al Sr. Mallory en 2011 para diseñar una estrategia que permitiera diluir y neutralizar a los opositores al Proyecto (Sección 2.1.3.2). Uno de los elementos más importantes de este plan fue la creación de COTOA-6A, un comité de indígenas sin ninguna legitimidad y bajo el control absoluto de CMMK (Sección 2.1.3.3).

2.1.3.1 Desde el inicio del Proyecto, el programa de relaciones comunitarias de CMMK fue deficiente

71. SAS acusa a Bolivia de ignorar “*CMMK’s robust community relations efforts*”⁷⁶, los cuales describe como “*a positive initiative that enjoyed success*”⁷⁷. Una vez más, SAS hace una lectura tergiversada de las pruebas que presenta. Estas demuestran que, por el contrario, la estrategia de relaciones comunitarias de CMMK estaba plagada de deficiencias que exacerbaron las divisiones entre las Comunidades Originarias. Estas falencias fueron constatadas por los propios consultores internacionales contratados

⁷³ Ver sección 2.2.1, *infra*.

⁷⁴ Réplica, párr. 122.

⁷⁵ Contestación, párrs. 100-103.

⁷⁶ Réplica, párr. 29.

⁷⁷ Réplica, sección II(B)(1).

por SASC y son evidentes si se compara el programa de socialización de CMMK con el de otras compañías mineras.

72. En primer lugar, CMMK no observaba buenas prácticas para entrar en contacto con las Comunidades. En su estudio de 2009, BSR constató que “many community members preferred meeting together to respond to the interview rather than individually”⁷⁸ y que “[t]his communication style [was] useful to understand for future engagement activities conducted by the company”⁷⁹. Como comenta el Prof. Uño, experto en derecho de los pueblos indígenas, a diferencia de las sociedades occidentales, las Comunidades Originarias adoptan sus decisiones por unanimidad y no por mayoría⁸⁰. El Sr. Mamani confirma la importancia de respetar este sistema de toma de decisiones para el éxito de un programa de relaciones comunitarias⁸¹.
73. A pesar de ello, el Sr. Angulo daba prevalencia a las reuniones con individuos de las Comunidades afines al Proyecto e incluso trataba de impedir las reuniones de toda la Comunidad e hizo que éstos fracasasen. Como explicaba el Sr. Angulo en informes internos (que “olvidó” presentar con sus testimonios):

Para el 20 de enero Andrés Chajmi convoca (sic) a una reunión de autoridades comunales y la participación de la Empresa, para tratar en esta reunión sobre el aumento de los jornales y coordinar los trabajos, pero la intención era incitar a la gente que exija a la Empresa la incorporación de las comunidades tolaroco y huarimarca según Información de Eulogio Mendoza para que esta reunión no se lleve adelante se procedió a que la reunión fracasase y así fue. El fracaso se provocó (sic) de la siguiente manera, día antes se conversando (sic) con las autoridades comunales indicándoles que no asistan a esta reunión por que no tenía consenso del ayllu⁸².

⁷⁸ Business for Social Responsibility, *Social Risks and Opportunities for South American Silver Corporation's Maliku Khata Project in Potosi*, mayo de 2009, pág. 8, C-154.

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ Uño, párrs. 52-54, RER-I.

⁸¹ Mamani, párr. 18 (“Además, siempre hemos sido cuidadosos de negociar con toda la comunidad o los representantes designados en asambleas y no con ciertas individuos, porque esto aliena las divisiones entre comunarios. Es importante resaltar que, para estas comunidades, es fundamental que se logre siempre un consenso entre comunarios. Por ello, la MSC no adelanta ningún proyecto o trabajo de apoyo sin antes asegurarse de que existe un alto nivel de consenso entre la comunidad”), RWS-6.

⁸² Informe mensual de relaciones comunitarias de CMMK, enero de 2008, pág. 1 (el resultado es nuestro), R-162. En ese mismo informe, el Sr. Angulo señala que llevó a cabo una “reunión privada” con Victoriano Coadon de la Comunidad de Maliku Khata y otra con Segundo Mamani del Ayllu Tacshuani.

74. Como confirma el Sr. Mamani, interferir en la forma como las Comunidades Originarias toman sus decisiones o gestionan sus intereses es grave y no contribuye a que éstas apoyen el Proyecto⁸³. Por este motivo, BSR recomendó a SASC *“to develop engagement mechanisms that include the broad community, not just identified leaders and authorities”*⁸⁴.
75. CMMK, sin embargo, no dejó de privilegiar el contacto con individuos afines (y evitar el contacto con Comunidades⁸⁵) para tratar de influenciar a las Autoridades Originarias⁸⁶, lo que, como confirma el Sr. Mamani, no es recomendable para socializar un Proyecto con las Comunidades Originarias. Por ello, la CMSC siempre ha sido *“cuidados[a] de negociar con toda la comunidad o los representantes designados en asambleas y no con ciertas individuos, porque esto allenta las divisiones entre comunarios”*⁸⁷. Y no podría ser de otra forma, ya que, como señala el Sr. Javier Díez de Medina, Gerente de Responsabilidad Social Corporativa de la CMSC, el diálogo permanente, pero sobre todo *transparente*, es lo que permite crear un ambiente de cooperación con las Comunidades Originarias⁸⁸.

⁸³ Mamani, párr. 21 (*“Además, siempre hemos sido muy respetuosos de las instancias de decisión de las comunidades indígenas originarias. Interferir en las reuniones generales, consejos de autoridades o comités de las comunidades originarias indígenas puede tener efectos gravísimos para la legitimidad del proyecto porque se estaría interfiriendo en sus usos y costumbres y la decisión tomada no sería la expresión de la comunidad”*), RWS-6.

⁸⁴ Business for Social Responsibility, *Social Risks and Opportunities for South American Silver Corporation's Mallik Khola Project in Patosí*, mayo de 2009, pág. 15, C-154.

⁸⁵ Ver, por ejemplo, Informe de CMMK sobre viaje a San Pedro de Buena Vista del 21 de febrero de 2011, R-163. En este documento puede verse cómo el Sr. Angulo, a través de Martín Condoni buscó organizar una reunión sólo con *“algunas autoridades y líderes al ayllu (sic)”*. Este documento prueba que a lo largo de febrero de 2011 el Sr. Angulo se reunió con individuos en particular para influenciar las decisiones de las Autoridades Originarias.

⁸⁶ Informe de CMMK sobre viaje a San Pedro de Buena Vista del 21 de febrero de 2011, pág. 3 (*“18 de febrero, reunión con Cirilo Mamani en Toricani: El documento que me entregas servirá para explicar a la gente en las reuniones que realice en las comunidades, si realmente la Empresa tiene o no tiene documentos [...] con esto les explicare y observaran (sic) las autoridades”*), R-163.

⁸⁷ Mamani, párr. 18, RWS-6.

⁸⁸ Díez de Medina, párr. 25 (*“Minera San Cristóbal desarrolla [un] modelo de relaciones basadas en valores. Si queremos como empresa generar valor y beneficios para nuestros accionistas y ‘stakeholders’, debemos ‘conocer’ qué impactos crearemos (sociales, ambientales y otros) y cómo se tienen que manejar, posteriormente. Se genera un ‘engagement’ (involucramiento) con los ‘stakeholders’ para que, a través del diálogo permanente y transparente basado en el mutuo respeto, se logre identificar soluciones que beneficien tanto a la empresa como a los ‘stakeholders’. Estas soluciones en su implementación son lo que nosotros llamamos la ‘co-creación’ donde conjuntamente llevamos adelante las soluciones”*), RWS-5.

76. En *segundo lugar*, CMMK implementó malas prácticas en los escasos beneficios que otorgaba a las Comunidades Originarias (e incumplió los compromisos contraídos).
77. *Primero*, BSR criticó, al revisar las actas de compromiso que registraban las donaciones hechas a las Comunidades, que “*both individuals and communities have received financial and in kind support*”⁸⁹, lo que era contrario a buenas prácticas en materia de relaciones comunitarias. En efecto, “*{t}his type of actions may reinforce the perception that support for the project is being 'bought'. International best practices suggest giving donations to community boards/councils and not individuals, and to conduct these transactions in a transparent and public manner to avoid misinterpretations*”⁹⁰. Como explica el Gerente Responsabilidad Social Corporativa de CMSC, el dinero no es la forma de obtener el éxito social de un proyecto minero⁹¹.
78. *Segundo*, SAS señala que las críticas de Bolivia al poco impacto social de las donaciones de CMMK a las Comunidades (una ducha, un libro de actas, un tubo para riego, etc.⁹²) no estarían justificadas debido a la extrema pobreza de las Comunidades Originarias⁹³. Más allá de confirmar la falta de respeto por las Comunidades, el argumento de SAS ignora lo que dijo su propio consultor, BSR: “*CMMK should consider some level of investment that provides an indicator of the company's philosophy and potential future behavior in this respect and allows increased engagement with local stakeholders*”⁹⁴.
79. Un buen ejemplo de compromiso con las Comunidades Originarias es el programa de la CMSC. Como explica el Sr. Díez de Medina, la Minera San Cristóbal realizó importantes contribuciones a las Comunidades (pese a su extrema pobreza), y en

⁸⁹ Business for Social Responsibility, *Social Risks and Opportunities for South American Silver Corporation's Malku Khota Project in Potosí*, mayo de 2009, pág. 16 (resaltado del texto original), C-154.

⁹⁰ *Id.*

⁹¹ Díez de Medina, nota al pie 7 (“*Es muy común escuchar en eventos nacionales e internacionales, entre otros, la pregunta de cuánto se invierte o cuánto dinero se necesita para el personal. Este no es el enfoque correcto. No se trata de cuánto dinero o cuánto personal se requiere, sino más bien de 'cómo, con quiénes y qué es lo que se decide hacer conjuntamente, teniendo en cuenta los usos y costumbres del lugar donde se opera, el mismo respeto y adecuar al contexto los principios y estándares internacionales'*”), RWB-5.

⁹² Ver Contestación, párr. 102.

⁹³ Réplica, párr. 48.

⁹⁴ Business for Social Responsibility, *Social Risks and Opportunities for South American Silver Corporation's Malku Khota Project in Potosí*, mayo de 2009, pág. 22, C-154.

especial en la etapa de exploración, para asegurar el entendimiento entre compañía y Comunidades:

Teniendo ya algunos años instalados en la zona, el 9 de junio de 1998, Minera San Cristóbal y la Comunidad de San Cristóbal suscribieron un Pacto Social definiendo sus principales derechos, obligaciones y expectativas (el 'Pacto Social'), al que muchas veces nos hemos referido desde entonces (lo llamamos el 'acuerdo madre'). En este acuerdo fijamos las condiciones del traslado del Pueblo San Cristóbal, la organización de una Fundación, compensación y varios otros temas (entre ellos, dar prioridad a los comunarios en fuentes de trabajo). La compensación convenida fue de \$US 2.000.000 y sería parte de un fideicomiso de la Comunidad a ser manejado por la Fundación San Cristóbal. Posteriormente, el 12 de mayo de 1999, se firmó un acuerdo con Culpina K por el área destinada al depósito de colas. Es en este momento que la empresa logra altos niveles de credibilidad y posteriormente confianza⁹⁵.

80. Al existir Comunidades asentadas sobre el área de perforaciones prevista por CMMK, era de esperar que la Compañía alcanzara acuerdos con estas Comunidades para obtener su apoyo desde el inicio. Así fue el caso, por ejemplo, de Minera San Cristóbal, la cual, luego de complejas y largas negociaciones⁹⁶, se comprometió, durante la fase de exploración, a relocalizar todo un pueblo que se encontraba en el área de perforaciones a 45 km de distancia e implementar un programa de relaciones comunitarias de más de US\$ 2 millones para lograr la aceptación social de las Comunidades Originarias. A pesar de que Comunidades como Maliku Khota y Calachaca se encontraban, respecto del Proyecto, en una situación similar a la del pueblo de San Cristóbal⁹⁷, SAS no ha demostrado que CMMK haya cumplido los

⁹⁵ Díez de Medina, párr. 30 (el resaltado es nuestro), RWS-3. Ver, también, Mamani, párra. 7 ("Cuando la MSC comenzó a realizar las primeras actividades de prospección en la zona de San Cristóbal, en 1998, los miembros del equipo de relaciones comunitarias identificamos las comunidades que se verían directamente afectadas por los trabajos de la MSC") y 29 ("Debido a notar que gran parte de los beneficios y acuerdos a los que hago referencia fueron acordados y cumplidos durante la etapa de exploración. En la fase de construcción y explotación, nuestro programa de relaciones comunitarias ha ido evolucionando e implementando nuevas vías de comunicación entre la compañía y las comunidades, con el fin de asegurar la legitimidad del proyecto"), RWS-6.

⁹⁶ Ver Mamani, párra. 25 y 26 ("El traslado del pueblo implicó una negociación muy compleja entre la MSC y las comunidades originarias, pero gracias al trabajo realizado, logramos niveles muy altos de legitimidad y confianza. Recuerdo que, para negociar el traslado, conformamos tres comisiones diferentes en las que había representantes de las comunidades y de la MSC. Para darle solemnidad y fe, iniciamos las negociaciones en la Iglesia frente al Señor de San Cristóbal. Para asegurarnos de que había un alto nivel de consenso en las decisiones que estábamos tomando para trasladar el pueblo, cada semana preparábamos informes técnicos en las comisiones y reuníamos a todos los miembros de la comunidad para explicarles los avances en las negociaciones y los acuerdos alcanzados"), RWS-6.

⁹⁷

estándares internacionales⁸⁸ (que exijan la ejecución de un programa de una envergadura similar al de CMSC). Las fotografías a continuación muestran la ubicación de los pueblos respecto de la ubicación del tajo de las minas:

San Cristóbal	Mallku Khota
	
	
<p>Pueblo trasladado por CMSC (en rojo, ubicación del antiguo pueblo en el tajo de la mina)</p>	<p>Ubicación aproximada de la Comunidad de Mallku Khota (en rojo) y tajo previsto por CMMK (en blanco)</p>

⁸⁸ Ver, por ejemplo, Mamani, párr. 14, RWS-6.

81. De hecho, SAS reconoce que CMMK postergó cualquier posible contribución significativa anunciando a las Comunidades que habría acuerdos de cooperación después de finalizada la etapa de exploración⁹⁹ (es decir, cuando SAS ya habría vendido el Proyecto).
82. Tercero, SAS exagera los compromisos suscritos con los Ayllus¹⁰⁰ y omite mencionar que estos (i) no eran necesariamente de gran impacto social e, incluso, (ii) fueron rápidamente incumplidos. Por ejemplo, en el plan de mitigación ambiental preparado para el 2011, MEDMIN reportó como deficiencia el “*incumplimiento de convenios entre comunidades y compañía*”¹⁰¹. Además, constató que CMMK “*deb[ía] fomentar proyectos enfocados a la mejora de la calidad de vida de los comunarios*”¹⁰². Como señala el Sr Mamani, “[e]l incumplimiento de cualquier compromiso [...], así fuera de palabra, por pequeño que fuera, podía poner en riesgo las negociaciones con las comunidades”¹⁰³.
83. En tercer lugar, pese a las recomendaciones de sus consultores, CMMK nunca divulgó las verdaderas implicaciones del Proyecto y limitó sus labores de socialización a cursos de minería básica. En 2009, BSR había advertido a CMMK que “[i]here is a clear lack of information about the impacts of mining and industry best practice in the external stakeholder groups surveyed. As noted previously, many complained that they did not have information about CMMK’s specific plans for the Malku Khota project”¹⁰⁴. BSR enfatizó que “[w]orkshops on basic mining concepts or environment should not be substitutes for the company’s presentations on project status and progress”¹⁰⁵.

⁹⁹ Réplica, párr. 65 (“The commitments reached in the RCAs were limited to the exploration phase. All RCAs expressly provided that new RCAs with greater benefits for the communities would be entered into once the Project evolved to the construction phase”).

¹⁰⁰ Réplica, párrs. 50 y 62.

¹⁰¹ Fundación MEDMIN, Plan de Mitigación Ambiental (PMA) y Plan de Aplicación y Seguimiento Ambiental (PASA) para el año 2011 preparado en diciembre de 2010, pág. 12 (el resaltado es nuestro), R-164.

¹⁰² *Id.*, pág. 3.

¹⁰³ Mamani, párr. 18, RW5-6.

¹⁰⁴ Business for Social Responsibility, *Social Risks and Opportunities for South American Silver Corporation’s Malku Khota Project in Potosí*, mayo de 2009, pág. 23, C-134.

¹⁰⁵ *Id.*, pág. 15.

84. A pesar de ello, como confirma la Réplica¹⁰⁶, entre 2008 y 2011, CMMK únicamente desarrolló talleres sobre conceptos simples de minería, sin explicaciones claras sobre los alcances del Proyecto.



85. A diferencia de CMMK, tal como comenta el Sr. Díez de Medina, la Minera San Cristóbal puso en conocimiento de las Comunidades Originarias los resultados de sus estudios en la zona desde que estuvieron disponibles, lo que contribuyó a establecer un ambiente de cooperación¹⁰⁸. El Sr. Mamani, coordinador de relaciones comunitarias de CMSC, señala que, “[h]asta el día de hoy, sigo convencido de que la transparencia en la comunicación sobre los alcances del proyecto [San Cristóbal] y sus impactos fue esencial para recibir el beneplácito de las comunidades”¹⁰⁹ y que, sin esta información, “habría sido imposible ganar la confianza de la comunidad”¹¹⁰.

¹⁰⁶ Réplica, párrs. 37 y 38.

¹⁰⁷ CMMK, Presentación *Malku Kkota Trabaja con Valores y Principios de la Nueva Minería*, R-165.

¹⁰⁸ Díez de Medina, párr. 35 (“Como expliqué antes, los derechos mineros del Proyecto San Cristóbal estaban consolidados en 1994, año en el que también se obtuvo el permiso de las comunidades para acceder a la zona. Al iniciar las exploraciones en 1995, la empresa logró rápidamente su legitimidad proveyendo información y puestos de trabajo. Los resultados geológicos obtenidos en las exploraciones llevaron a un proceso de auditoría de línea base Socio Ambiental y el respectivo Estudio de Impacto Ambiental, cuyos resultados fueron oportunamente comunicados a la población local mediante reuniones con las autoridades y delegados de la comunidad”), RWS-5.

¹⁰⁹ Mamani, párr. 17, RWS-6.

¹¹⁰ *Id.*

86. Por último, SAS pretende validar su programa de relaciones comunitarias alegando que el Estado nunca lo criticó o invalidó¹¹¹. Lo cierto es que Bolivia nunca conoció el programa de relaciones comunitarias porque CMMK nunca lo puso en conocimiento de ninguna autoridad.
87. Primero, como SAS reconoce¹¹², los informes de monitoreo ambiental que CMMK enviaba a la Secretaría de Recursos Naturales del Departamento de Potosí eran documentos de carácter técnico ambiental y no constituyen un plan de relaciones comunitarias¹¹³. En palabras del Ex Gobernador Gonzales:

Dichos documentos [los informes de monitoreo ambiental] debían ser comunicados por CMMK a la Gobernación de conformidad con su licencia ambiental. Si bien dichos documentos contienen descripciones de algunas donaciones a la Comunidad (como la reparación de caminos por los comunitarios, dotación de materiales de construcción para una iglesia, refacción de una ducha solar para la escuela, donación de un quintal de azúcar y una bolsa de coca, entre otros), no comporta la apreciación de SAS y sus testigos según la cual estos informes contengan un programa serio de socialización y relaciones comunitarias del proyecto minero¹¹⁴.

88. Segundo, SAS pretende que ciertos documentos de la Secretaría de Recursos Naturales probarían que CMMK estaba cumpliendo sus compromisos con las Comunidades¹¹⁵. Sin embargo, SAS únicamente menciona como sustento una notificación de dicha Secretaría para que CMMK "1. Present[er] su Licencia Ambiental; 2. Informe insidente (sic) de Aguas utilizadas derrame (sic) 3. Informe específico de Aguas utilizada [...]"¹¹⁶. A lo sumo, este documento confirmaría que

¹¹¹ Réplica, párr. 78.

¹¹² Réplica, párr. 75.

¹¹³ Ver, por ejemplo, Fundación MEDMIN, Segundo Informe de Monitoreo Plan de Aplicación y Seguimiento Ambiental (PASA), Proyecto Malku Khota, febrero de 2009, carta remitoria ("nos dirigimos a su persona con el motivo de presentarle el Segundo Monitoreo Ambiental [...] como parte fundamental del [Plan de Aplicación Ambiental] que responde al [Certificado de Dispensación] emitido por su autoridad") y pag. 1 ("El Proyecto de Exploración Minera Malku Khota cuenta con la documentación ambiental respectiva habiendo certificado sus actividades y dando curso a las mismas a través del certificado de dispensación tipo 3 en agosto del año 2006, donde se presenta paralelamente el Plan de Mitigación Ambiental (PMA) y el Plan de Aplicación y Seguimiento Ambiental (PASA), donde se estipula que el cronograma de monitoreo se lo realice semestralmente"), C-143.

¹¹⁴ Gob. Gonzales II, párr. 6, RWS-4.

¹¹⁵ Réplica, párr. 76.

¹¹⁶ Notificación No. 28 de la Secretaría Departamental de Recursos Naturales del 13 de noviembre de 2010, C-201.

CMMK estaría "cumpliendo la mayoría de sus compromisos"¹¹⁷ en materia ambiental, pero nada dice sobre su programa de socialización del Proyecto.

89. Tercero, SAS no puede seriamente alegar que el Estado aprobó su programa de relaciones comunitarias porque una vez, en 2007, el Sr. Mario Virreira, Prefecto del Departamento de Potosí, visitó el Proyecto y manifestó su apoyo a la exploración¹¹⁸.
90. En conclusión, el programa de relaciones comunitarias de CMMK era deficiente y los escasos compromisos con las Comunidades eran, como reconocía el Sr. Mallory en 2011, "compromisos incumplidos"¹¹⁹. Como veremos en la siguiente sección, desarrollar un programa de socialización adecuado (como, por ejemplo, el de la Minera San Cristóbal) no era prioritario para una minera *junior* como SASC, quien prefería implementar soluciones poco costosas y a corto plazo (pues su objetivo era vender el Proyecto cuanto antes).

2.1.3.2 Las cambias implementados por el Sr. Mallory en el programa de relaciones comunitarias de CMMK a partir de 2011 multiplicaron y agravaron los conflictos

91. Como señaló Bolivia en su Contestación¹²⁰, el Sr. Mallory dio un giro al manejo de las relaciones comunitarias de CMMK. Mejorar el programa de relaciones comunitarias para obtener un alto nivel de aceptación (como lo hiciera la Minera San Cristóbal) era una opción muy costosa para una minera *junior* como SASC. En cambio, hacer lo que propuso el Sr. Mallory (silenciar a los opositores al Proyecto) resultó más atractivo y barato, pero – a la postre – llevó al fracaso del Proyecto. Cada uno de los pasos tomados por el Sr. Mallory demuestra esta intención y confirma la existencia de "alternative work plans at the project in the event that the Corporation does not receive the necessary support"¹²¹:
92. En primer lugar, el Sr. Mallory decidió aumentar el Área de Influencia del Proyecto para involucrar a la totalidad de Comunidades de otros seis Ayllus que en poco o nada se veían afectados por el Proyecto al tiempo que comenzó a hacerles promesas

¹¹⁷ *Id.*, detalle de la inspección.

¹¹⁸ Informe mensual de actividades de CMMK a SASC para agosto de 2007, pág. 6 ("En todas estas visitas pudimos obtener el apoyo de (sic) todas las mencionadas autoridades al trabajo que viene realizándose en la zona"), C-25B.

¹¹⁹ Acta e informe sobre el Cabildo del 25 de septiembre de 2011, pág. 2, R-65.

¹²⁰ Contestación, párrs. 118-122.

¹²¹ Acta del directorio de SASC del 10 de mayo de 2011, pág. 2, R-166.

atractivas (incluidos los acuerdos de cooperación recíproca que ha presentado SAS en su Réplica¹²²). El aumento del Área de Influencia buscó diluir la oposición de las Comunidades más cercanas y directamente afectadas por el Proyecto. Como confirma el Sr. Chajmi, “la CMMK hizo cada vez más difícil que pudiéramos dialogar con ella cuando comenzó a involucrar a comunidades más lejanas en las discusiones, a las que sí ofrecía trabajo”¹²³.

93. SAS intenta justificar este cambio invocando una recomendación de BSR que no aparece en ningún informe de BSR¹²⁴, y el hecho que, supuestamente, las áreas de influencia de las Minas Inti Raymi y San Cristóbal abarcan zonas ubicadas a 60 y 140 km de distancia, respectivamente¹²⁵. Lo que SAS no indica es que esas áreas mencionadas en su Réplica constituyen las áreas de influencia indirecta de esos otros proyectos. Como explica el Sr. Díez de Medina, de la Mina San Cristóbal, el área de influencia directa de CMSC (donde se ubican las comunidades con las que se suscriben acuerdos para la realización del proyecto¹²⁶) se limita a cuatro comunidades que sufren un afectación directa por el proyecto minero:

El Área de Influencia Directa abarca las áreas más próximas al Proyecto San Cristóbal, las cuales – por su cercanía física y/o por afectaciones a áreas de tierra que cambian su uso -- son las principales afectadas por la operación minera. Sobre esta área normalmente se construyen los caminos y carreteras necesarias para el traslado de materiales y equipos de y hacia la mina. [...]

Al inicio del proyecto, el Área de Influencia Directa estaba contrada en las Comunidades de San Cristóbal, Culpina K y Vila Vila. En el caso de San Cristóbal, porque se debía trasladar el pueblo de San Cristóbal (que se encontraba sobre el yacimiento actual); en el caso de Culpina K, porque se necesitaba el área que hoy ocupa el depósito de colas; y en el caso de Vila Vila, porque es un desprendimiento de la comunidad de San Cristóbal. Posteriormente, se incluyó a la comunidad de Río Grande, ya que parte del

¹²² Réplica, párr. 63.

¹²³ Chajmi, párr. 24 (traducción no oficial del original en quechua: “*Nuqaq minasqayqa karga. CMMK chay qhuya wakichiywan chay kilitinapi ayllukunallumk'aywan beneficiakunankuta, yachaymiku usayku ima yupaychasqa kananta, afinalitay Pachamamata mana unquchinankuta. Liakly, CMMK, sapa kuti rimanakunayku mana aillayunka ruwarqa. Chaywan aswan karumanta ayllukuna rimanakuyman yaykunankuta, chaykunawanqa Paik'unata juywanamunta parlarqa*”), RWS-3.

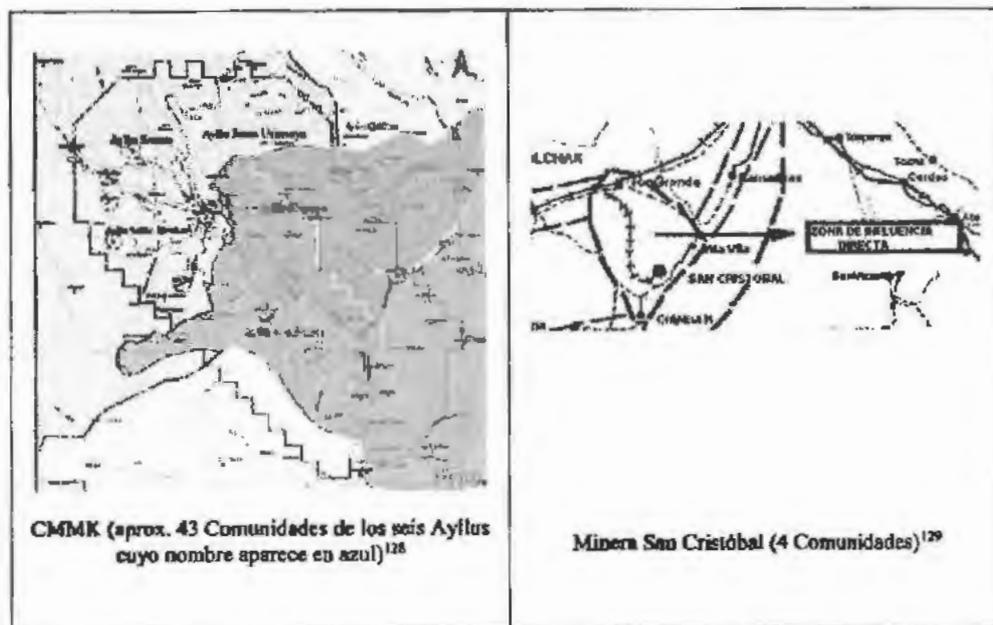
¹²⁴ Réplica, párr. 71. Supuestamente, BSR le habría comunicado esta información verbalmente al Sr. Malbran. Ver Malbran II, párr. 14, CWS-9.

¹²⁵ Réplica, párr. 72.

¹²⁶ Díez de Medina, párrs. 36 y 39 (el resaltado es nuestro), RWS-5.

*ramal férreo que se decidió construir pasaría por su territorio y se debían realizar cambios de uso de suelo*¹²⁷.

94. Una comparación de las Comunidades involucradas en la socialización del Proyecto por el Sr. Mallory y el área de influencia directa de la Minera San Cristóbal dan cuenta de la falta de justificación para el aumento del área de influencia por CMMK.



95. Como Bolivia señaló en su Contestación, la estrategia de CMMK para silenciar a la minoría opositora afecta gravemente el sistema de toma de decisiones de la Organización Ancestral de las Comunidades Originarias¹³⁰.

96. En segundo lugar, [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

¹²⁷ *Id.*, párrs. 31 y 34.

¹²⁸ Mallory I, pág. 8, CWS-3.

¹²⁹ Díez de Medina, párr. 33, RWS-5.

¹³⁰ Ver Contestación, párrs. 52 y ss.

¹³¹ [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] Debido a la gravedad de sus declaraciones, Bolivia ha solicitado a SAS y al Tribunal que se proteja su identidad y se tomen medidas adecuadas para preservar la confidencialidad de su testimonio¹³³.

97. [REDACTED] es especialmente esclarecedor respecto de tres puntos:

98. Primero, confirma que el manejo por el Sr. Angulo de las relaciones comunitarias era deficiente y había generado las graves divisiones que existían en 2011. [REDACTED]

[REDACTED]

99. Segundo, confirma que la intransigencia de CMMK había exacerbado la oposición de la Comunidad de Mallku Khoia, una de las más afectadas por el Proyecto. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

¹³² [REDACTED]

¹³³ Carta de Bolivia al Tribunal del 10 de marzo de 2016.

¹³⁴ [REDACTED]

¹³⁵ [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

100. Por último [REDACTED]
[REDACTED]

2.1.3.3 *COTOA-6A fue un comité ilegítimo creado por CMMK para doblegar a la oposición del Proyecto*

101. Bolivia ha probado¹³⁷ que, a diferencia de lo alegado por SAS, COTOA-6A fue un comité ilegítimo organizado por CMMK para desplazar a las Comunidades opositoras al Proyecto, crear desinformación y deslegitimar (tal como lo hace SAS en su Réplica) a organizaciones indígenas históricas y legítimas de conformidad con las formas tradicionales de organización política y cultural indígena como CONAMAQ o FAOI-NP. No es cierto que COTOA-6A (i) "was in the ayllu leaders' mind since [2009]"¹³⁸, (ii) "was an initiative taken by the leaders of six ayllus"¹³⁹ o que fuera "independent from CMMK"¹⁴⁰.

102. En primer lugar, [REDACTED]
[REDACTED]

¹³⁶ [REDACTED]

¹³⁷ Contestación, párr. 125.

¹³⁸ Réplica, párr. 33.

¹³⁹ *Id.*, párr. 94.

¹⁴⁰ *Id.*, párr. 97.

[REDACTED]

103. El carácter ficticio de COTOA-6A explica por qué no existen registros de esta organización en la Gobernación de Potosí¹⁴², ni en CONAMAQ¹⁴³ ni en FAOI-NP. Como recuerda el Ministro Navarro, COTOA-6A resultaba especialmente inquietante para las autoridades gubernamentales al estar “al margen de la estructura organizativa de las Ayllus”¹⁴⁴. Al contrario de lo que sugiere SAS¹⁴⁵, el hecho de que las autoridades recibieran en alguna ocasión a sus representantes no cambia esta circunstancia¹⁴⁶.
104. En segundo lugar, [REDACTED]
- [REDACTED]

¹⁴¹ [REDACTED]

¹⁴² Certificación de la Dirección Jurídica Departamental del Departamento de Potosí del 10 de febrero 2015 (“Por lo expuesto, conforme a la revisión realizada se informa que al presente NO se puede brindar ningún tipo de información por no haberse encontrado registro de la denominada [COTOA-6A] en los archivos [...] del Gobierno Autónomo del Departamento de Potosí”), R-58.

¹⁴³ Certificación expedida por CONAMAQ del 3 de marzo de 2015 (“Damos la respuesta a su nota [...] donde hacemos conocer a su distinguida autoridad el Ayllu COTOA-6A no es un (sic) representación existente por lo que no puede ser reconocida y afiliada a nuestra organización denominada Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu”), R-57. Ver, también, Certificación expedida por CONAMAQ el 10 de marzo de 2016, R-168.

¹⁴⁴ Navarro, párr. 29 (“[C]uando me enteré sobre la existencia de esta organización COTOA-6A, inmediatamente hice la consulta a través de mi equipo en el Viceministerio y se pudo constatar que ni FRTCQ-NP ni FAOI-NP la reconocían, por lo que, en consecuencia, era una organización que estaba al margen de la estructura organizativa de los campesinos y de los ayllus”), RWS-2.

¹⁴⁵ Réplica, párr. 95.

¹⁴⁶ Navarro, párr. 32 (“Dado aclarar que, si bien como autoridades del Gobierno Nacional tenemos entrevistarnos con distintos miembros de la sociedad civil, ello no significa que, al habernos reunido con dirigentes de las comunidades o Ayllus que aparentemente conformaban COTOA-6A, reconocí alguna legitimidad como alega SAS en su Réplica. Por el contrario, conociendo la compleja realidad política de las Comunidades Originarias del Norte de Potosí jamás habría reconocido oficialmente a una organización paralela que no cuente con el aval de la FAOI-NP o de la FRTCQ-NP”), RWS-2.

[REDACTED]

[REDACTED]

105. [REDACTED]

147 [REDACTED]

148 [REDACTED]

149 [REDACTED]

150 [REDACTED]

106. En tercer lugar, [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
107. En cuarto lugar, la creación de una organización indígena paralela como COTOA-6A es de extrema gravedad en el Estado Plurinacional de Bolivia dados ciertos antecedentes. En efecto, *“en la dictadura militar de Hugo Banzer, para debilitar al sindicato minero, se organizaron los llamados ‘coordinadores sindicales’ que estaban al margen del sindicato. Para Banzer, estos coordinadores eran los únicos interlocutores que representaban a los trabajadores. De este modo se utilizó una organización para dividir y fragmentar. Esto ha pasado también en otras partes del país, justamente con la intención de fragmentar la unidad de ciertas Comunidades para desconocer sus intereses”*¹⁵⁴. Constituir un comité como COTOA-6A no solamente es irregular sino que es contrario al carácter plurinacional del Estado.
108. Finalmente, es necesario hacer un comentario sobre la conducta procesal de SAS con respecto a COTOA-6A. En su Contestación, Bolivia expresó sus dudas sobre la legitimidad de esta organización¹⁵⁵ y la eventual participación de CMMK en su creación. En su Réplica, SAS afirmó que CMMK no había creado COTOA-6A ni participado en sus resoluciones¹⁵⁶, afirmaciones que fueron repetidas *ad verbatim* por uno de sus testigos, el Sr. Mallory.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

151 [REDACTED]

152 Contestación, párr. 156.

153 Ver sección 2.3.1, *infra*. Ver, también, Contestación, párr. 157; Recibos de pago del 9 y 10 de mayo de 2012 para la movilización de comunidades a la reunión de Acasio, R-79.

154 Navarro, párr. 30, RWS-2.

155 Contestación, párrs. 65 y 124-128.

156 Réplica, párr. 97 (*“Contrary to Bolivia’s allegations, CMMK did not use COTOA-6A as a vehicle to establish a parallel agenda or to generate a false impression that only a few communities were*

109. Bolivia solicitó a SAS la exhibición de todos “los documentos relativos a COTOA-6A” incluida la correspondencia interna de CMMK y cualquier otro documento sobre sus gestiones y funciones¹⁵⁷. En su respuesta, SAS mencionó que estos documentos serían “irrelevantes” y comunicó voluntariamente 22 documentos. Tras la orden del Tribunal de comunicar los demás documentos correspondientes a esta categoría, SAS comunicó un solo documento adicional.
110. Ha quedado demostrado que SAS no comunicó todos los documentos correspondientes a la Categoría #10 que estaban en su poder, custodia o control y que sus afirmaciones en la Réplica son falsas. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
111. Esta conducta (no comunicar documentos pese a la orden del Tribunal y hacer afirmaciones manifiestamente falsas) debe ser tenida en cuenta por el Tribunal al analizar el mérito de los reclamos de SAS y la credibilidad de sus testigos, así como la distribución de las costas del procedimiento de conformidad con las Reglas 9(5) y 9(7) de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba y las Directrices 9-11 de las *IBA Guidelines on Party Representation*.
112. Si existía alguna duda sobre la irregularidad e ilegitimidad del comité llamado COTOA-6A, ha quedado claro que su propósito era doblegar a la oposición de las Comunidades cercanas al Proyecto y generar una apariencia de apoyo al Proyecto de CMMK. Este comité fue utilizado activamente por CMMK durante las reuniones de socialización del Proyecto convocadas por la Gobernación para mediar en el conflicto y generó un contrapeso activo (a veces, violento) a la legítima oposición al Proyecto proveniente de las máximas Autoridades Originarias a nivel regional (FAOI-NP) y nacional (CONAMAQ).

opposing the Project. The actions taken, and resolutions adopted, by COTOA-6A in support of the Malku Kuota Project were independent from CMMK).

¹⁵⁷ Decisión sobre la Solicitud de Documentos de Bolivia del 21 de julio de 2015, Categoría # 10.

2.2 SAS trata de inducir en error al Tribunal sobre el papel del Estado en la mediación del conflicto con las Comunidades Originarias

113. A diferencia de lo que SAS afirma en su Réplica, la Gobernación atendió de buena fe los pedidos de CMMK e intentó garantizar la viabilidad del Proyecto (Sección 2.2.1). Del mismo modo, otras autoridades del Gobierno central reconocieron la gravedad del conflicto que CMMK creó en la zona de Mallku Khota a pesar de la desinformación de CMMK (Sección 2.2.2).

2.2.1 Durante 2011, la Gobernación de Potosí cumplió un importante rol en la mediación e intento de pacificación del conflicto creado por CMMK

114. Como ya explicó Bolivia en su Contestación¹⁵⁸, desde principios de 2011 y por solicitud de CMMK¹⁵⁹, funcionarios de la Gobernación visitaron la zona del Proyecto para evaluar la gravedad del conflicto denunciado por la Compañía, así como las posibles alternativas para su solución. Las afirmaciones de SAS sobre la supuesta mala fe del Estado y su falta de colaboración son insostenibles.

115. En primer lugar, es falso que la Gobernación haya adoptado una actitud pasiva ante la solicitud de mediación en el conflicto¹⁶⁰. SAS ignora que, como señala el Ex Gobernador Gonzales, la Gobernación ordenó “que se realizaran visitas a las Comunidades, en las que los funcionarios de la Gobernación confirmaron la existencia de una oposición al [Proyecto] que provenía especialmente de las comunidades Mallku Khota y Calachaca, cercanas a la zona donde CMMK estaba adelantando actividades de exploración”¹⁶¹. Al menos tres circunstancias confirman este hecho:

116. Primero, como señala el Sr. Gonzales Yutronic, en la reunión del 11 de enero de 2011 convocada por FAOI-NP, participaron “representantes de la gobernación del Departamento de Potosí (de las unidades de Medio Ambiente, Minería y Tributación

¹⁵⁸ Ver Contestación, sección 3.4.

¹⁵⁹ Carta de Xavier Gonzales Yutronic al Gobernador de Potosí del 21 de diciembre de 2010, pág. 4 (“Por todo lo expuesto, ocurrimos ante su autoridad pidiendo muy respetuosamente que tenga a bien mediar en este impase surgido con las Ayllus Suilla-Jhaukani, Tincurani, Uruasaya y Samca y la Federación de Ayllus Originarios del Norte de Potosí (FAOI-NP) para evitar un conflicto mayor”), R-55.

¹⁶⁰ Réplica, párr. 91.

¹⁶¹ Gob. Gonzales II, párr. 10, RWS-4.

Minera)¹⁶². Del mismo modo, el Sr. Fitch informó al directorio de SASC en enero de 2011 que *"the Government continues to support the Corporation in its efforts to resolve the issue"*¹⁶³.

117. Segundo, en los meses siguientes a la reunión del 11 de enero de 2011, los funcionarios de la Gobernación siguieron visitando el área, donde constataron que los comunarios de Mallku Khota se oponían al Proyecto y manifestaban que *"no se admitirá a [CMMK]"*¹⁶⁴.
118. Tercero, como señaló el Sr. Gonzales Yutronic en su primera declaración testimonial, las reuniones de socialización del Proyecto a mediados de 2011 en Toro Toro fueron concertadas entre CMMK y la Gobernación con el fin de generar espacios de diálogo entre las partes enfrentadas¹⁶⁵. Esta era una medida adecuada para mediar en el conflicto dado que los consultores de SASC habían denunciado que CMMK no proporcionaba información clara sobre las implicaciones del Proyecto a las Comunidades¹⁶⁶.
119. En *segundo lugar*, el Tribunal también debe desestimar la retórica alarmista de SAS sobre una supuesta animadversión de la Gobernación hacia el Proyecto. En su Réplica, SAS llega a acusar al Gobernador Gonzales de tener *"an active role in leading opposition to the Project"*¹⁶⁷. SAS deduce esta actitud de la firma del Ex Gobernador Gonzales en un acta del 6 de febrero de 2011 de la Central Sindical de

¹⁶² Gonzales Yutronic II, párr. 16, CWS-8. Ver, también, Gob. Gonzales II, párr. 11 (*"En dicho cabildo, al que asistieron funcionarios de la Gobernación, las Autoridades Originarias ratificaron el rechazo a las actividades de CMMK en la zona de Mallku Khota, con el respaldo de FAO/INP y el CONAMAQ, máximas instancias de representación indígena a nivel regional del Norte de Potosí y nacional, respectivamente. El relato del Sr. Gonzales Yutronic no solamente ratifica lo que he afirmado en mi Primera Declaración, sino que confirma la existencia de una división entre las Comunidades Originarias que justificó la intervención de la Gobernación como mediadora en los meses subsiguientes"*), RWS-4.

¹⁶³ Acta del directorio de SASC del 12 de enero de 2011, pág. 1, R-170.

¹⁶⁴ Acta de visita de la Secretaría Departamental de la Madre Tierra a la Comunidad de Mallku Khota del 10 de mayo de 2011 (*"Reunión con los comunarios de Mallku Khota quienes declaran que no se admitirá (sic) a [CMMK] porque estaba contaminado las lagunas y se tenía animales muertos. Los comunarios junto con los funcionarios de la Gobernación de la Secretaría de la Madre Tierra"*), R-59.

¹⁶⁵ Gonzales Yutronic I, párr. 8 (*"En julio de 2011, acudimos al Gobernador de Potosí, señor Félix Gonzales, para organizar una reunión con algunas de las comunidades locales ubicadas alrededor del área del proyecto"*), CWS-4.

¹⁶⁶ Ver sección 2.1.3.1, *supra*.

¹⁶⁷ Réplica, párr. 93. Ver, también, Gonzales Yutronic II, párr. 23, CWS-8.

Trabajadores Originarios de la Primera Sección de San Pedro de Buena Vista. Sin embargo, como señala el Ex Gobernador, “la firma que ellos atribuyen como mi supuesto apoyo a la resolución es, en realidad, un acuse de recibo del documento y refleja únicamente haber tomado conocimiento de los acuerdos y determinaciones adoptadas en dicha reunión”¹⁶⁸. Así lo confirma el documento original recibido en la Gobernación en donde no figura la firma del Ex Gobernador Gonzales:



120. La supuesta conspiración de la Gobernación en contra de los intereses de CMMK surge únicamente de afirmaciones gratuitas de SAS y sus testigos. Incluso la prensa reportaba en julio de 2011 las declaraciones del entonces Gobernador sobre su apoyo a la Compañía para que el Departamento de Potosí se beneficiase “a través de las regalías mineras”¹⁷¹ que recibiría de CMMK (hecho que incluso le fue reprochado

¹⁶⁸ Gob. Gonzales II, párr. 14, RWS-4.

¹⁶⁹ Resolución de la Primera Sección de la Central Sindical de Trabajadores Originarios de San Pedro de Buena Vista del 6 de febrero de 2011 (copia con acuse de recibo), R-54.

¹⁷⁰ Resolución de la Primera Sección de la Central Sindical de Trabajadores Originarios de San Pedro de Buenavista del 6 de febrero de 2011 (copia sin acuse de recibo), R-171.

¹⁷¹ Nota de prensa, El Potosí, *Gobernación impulsará mega proyecto minero* del 21 de julio de 2011 (“Hoy el Gobernador quiere salvar el proyecto que, de concretarse, será uno de los más grandes del mundo y otorgará beneficios a la comunidad, el municipio y el Departamento de Potosí a través de las regalías mineras”) (el resaltado es nuestro), R-62.

por el Sr. Chajmi al Gobernador¹⁷²). La especulación de la Demandante y sus testigos¹⁷³ sobre las intenciones de la Gobernación es, por lo tanto, infundada.

121. En tercer lugar, SAS ignora, porque le conviene, las precisiones que hizo Bolivia en relación con lo acontecido en las reuniones de socialización organizadas por la Gobernación en 2011 con el fin de viabilizar el Proyecto¹⁷⁴. Durante 2011, por un pedido expreso de CMMK, la Gobernación convocó a reuniones con el objetivo de “salvar el proyecto”¹⁷⁵ y remediar el enfrentamiento entre las Comunidades Originarias.

Primera reunión de socialización – Toro Toro, 23 de julio de 2011

122. En relación con esta reunión en julio de 2011 en Toro Toro, Bolivia debe realizar cuatro precisiones:
123. Primero, SAS reconoce en su Réplica que la propuesta de formar una compañía mixta entre alguna instancia del gobierno y CMMK para la etapa de producción surgió en esta reunión¹⁷⁶. No podía ser de otra forma. Como explica el Ex Gobernador Gonzales, esta propuesta fue la única que permitió que las Comunidades de Mallku Khota y Calachaca aceptaran seguir en la negociación y provino de las Comunidades¹⁷⁷. Como confirma el Sr. Chajmi:

¹⁷² Chajmi, párr. 29 (“Recuerdo haber acusado de traidor al Gobernador Gonzales por no apoyarnos durante las reuniones y pedirnos que buscáramos alguna forma de mantener el proyecto de CMMK”), RWS-3.

¹⁷³ Ver Gonzales Yuronic II, párr. 29, CWS-8.

¹⁷⁴ Contestación, párrs. 131-138.

¹⁷⁵ Nota de prensa, El Potosí, *Gobernación impulsará mega proyecto minero* del 21 de julio de 2011, R-62.

¹⁷⁶ Réplica, párr. 101.

¹⁷⁷ Gob. Gonzales II, párr. 19 (“[N]o es claro, como afirman los Señores Gonzales Yuronic y Mallory, que la propuesta de constituir una sociedad mixta haya venido de la Gobernación y que en vez de ser una ‘propuesta’ se tratara de una ‘demanda’ de la Gobernación. Como expliqué en mi Primera Declaración, durante su presentación, los funcionarios de CMMK mencionaron que su compañía era cotizada en la bolsa de Toronto en Canadá. Al final de la reunión, se incluyó en el acta como una de las ‘propuestas’ a analizar que, antes de poner en la bolsa de valores, consultar al gobierno para ver la posibilidad de ser accionista, el gobierno nacional, departamental y municipal para generar recursos económicos”, el cual fue el único planteamiento que permitió asegurar la continuidad del diálogo con las Comunidades de Mallku Khota y Calachaca, sin las cuales CMMK no habría podido continuar con sus labores de exploración. Me sorprende que el Señor Gonzales Yuronic desconozca mis buenas intenciones en esta negociación y cree la impresión de que la Gobernación quería adueñarse del Proyecto”), RWS-4.

Recuerdo que en la primera de esas reuniones, en julio de 2011, con el ánimo de poder llegar a un acuerdo para que la empresa continuara, mi comunidad propuso que se creara una empresa con la Gobernación para que el Estado nos garantizara trabajo en la mina (algo que no hacía CMMK). Esta era la única propuesta que los Comunarios de Calachaca y Mallku Khota queríamos oír¹⁷⁸.

124. SAS y sus testigos insisten en que no existe evidencia en las actas de la reunión de que esta propuesta fuera hecha *"specifically to the Mallku Khota o Calachaca Communities"*¹⁷⁹. Esta es una interpretación incorrecta de lo acontecido. Como señala el Ex Gobernador Gonzales, *"incluir esta propuesta en el acta fue lo único que permitió contar con el apoyo de las Comunidades de Calachaca y Mallku Khota para asegurar la continuidad del diálogo y que CMMK pudiera seguir explotando"*¹⁸⁰.
125. Segundo, argumentos de SAS como que (i) este tipo de propuestas *"had the natural effect of undermining the Company"*¹⁸¹ y (ii) recordar que CMMK debía sujetarse a la ley boliviana equivalla a afirmar que *"CMMK no estaba cumpliendo con las leyes"*¹⁸² demuestran el alarmismo con el que SAS y sus testigos se refieren a la Gobernación.
126. Por una parte, SAS no demuestra cómo una propuesta de sociedad mixta pudo haber tenido el efecto que alega, máxime cuando la Gobernación no tiene la competencia para formar dicha sociedad mixta. Como señala el Ministro Navarro, *"noto que [los Sres. Mullory y Gonzales Yutronic] le dan una importancia desmedida e incorrecta a ciertas hechos que supuestamente ocurrieron en el marco de estas reuniones. Concretamente, deba aclarar que la propuesta de formar una sociedad mixta con la Gobernación no tiene asidero legal y, en todo caso, la competencia de formular este tipo de propuestas no recae en la Gobernación sino en la COMIBOL"*¹⁸³.
127. Por otra parte, como aclara el Ex Gobernador Gonzales, reiterar que CMMK debía cumplir con la ley era relevante porque, *"[p]ara las Comunidades Originarias, es muy importante tener la certeza de que las empresas extranjeras no desconocerán sus derechos consagrados en la Constitución y nuestras leyes, así como sus usos y*

¹⁷⁸ Chejmi, párr. 28, RWS-3.

¹⁷⁹ Réplica, párr. 104.

¹⁸⁰ Gob. Gonzales II, párr. 20, RWS-4.

¹⁸¹ Réplica, párr. 103.

¹⁸² Gonzales Yutronic II, párr. 28, CWS-8.

¹⁸³ Navarro, párr. 27, RWS-2.

costumbres”¹⁸⁴. Afirmaciones como las del Sr. Gonzales Yutronic demuestran la forma arrojada como CMMK interpretaba (y ahora SAS interpreta) los buenos oficios de la Gobernación.

128. [REDACTED]

129. Tercero, SAS no demuestra – porque no es posible – que la propuesta de la sociedad mixta fuera algo más que eso: una propuesta (de hecho, Bolivia está de acuerdo que “the Company was under absolutely no obligation to accept”¹⁸⁶). Si la actitud del entonces Gobernador Gonzales hubiese indicado otra cosa (es decir, que se estaba imponiendo a CMMK la formación de una sociedad mixta), CMMK habría denunciado esta situación al Ministerio de Minería o al Viceministerio de Coordinación de Movimientos Sociales. Nunca lo hizo.

130. Cuarto, aunque SAS no lo diga, esta reunión de socialización fue exitosa porque permitió mantener a todos los actores en la mesa de negociación y acordar una segunda reunión para seguir socializando el Proyecto.

Segunda reunión de socialización – Toro Toro, 31 de agosto de 2011

131. SAS insiste en darle importancia al hecho que, por motivos de agenda de la Gobernación de Potosí, el entonces Gobernador Gonzales no pudo asistir a esta reunión en agosto de 2011 en Toro Toro y, en su lugar, fue representado por los Secretarios Departamentales de Coordinación y de Minería y Metalurgia. SAS, empero, no demuestra por qué este hecho habría afectado el curso de las reuniones, sobre todo cuando “haber encargado la representación de la Gobernación a dos funcionarios del más alto nivel departamental demuestra un total compromiso de la Gobernación para que estas reuniones fuesen productivas y viabilizarán el proyecto de CMMK”¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Gob. Gonzales II, párr. 21, RWS-4.

¹⁸⁶ Réplica, párr. 103.

¹⁸⁷ Gob. Gonzales II, párr. 24, RWS-4.

132. Por otra parte, es bien cierto, como describe SAS¹⁸⁸, que el Sr. Mallory hizo una presentación del Proyecto de CMMK (incluida la presentación de la suscripción de acuerdos de cooperación recíproca con cinco de los seis Ayllus de COTOA-6A), esta reunión dejó en claro que la oposición de las Comunidades de Mallku Khota y Calachaca seguía firme, e incluso se había radicalizado. En efecto, incluso antes de que la reunión acabara, estas Comunidades se levantaron y abandonaron las negociaciones¹⁸⁹.
133. Ante esta circunstancia – cuya relevancia SAS minimiza desconociendo así el sistema de toma de decisiones de las Comunidades Originarias, la Gobernación propuso organizar una reunión con delegaciones más pequeñas. SAS, nuevamente, se limita a afirmar que “Governor Gonzalez never convened that meeting”¹⁹⁰ sin aclarar que los cabildos que convocó FAOI-NP en septiembre y COTOA-6A en noviembre de ese mismo año cambiaron el curso del conflicto creado por CMMK e hicieron imposible esta convocatoria¹⁹¹.
134. Las descripciones que SAS¹⁹² ofrece sobre lo acontecido en los cabildos del 25 de septiembre y 27 de noviembre de 2011 son inverosímiles.
135. Primero, como ya no puede alegar que la Gobernación preparó una suerte de emboscada (como hicieron los Sres. Mallory y Gonzalez Yutronic en sus primeras declaraciones testimoniales¹⁹³), SAS ahora se centra en afirmar algo de lo que no

¹⁸⁸ Réplica, párr. 106.

¹⁸⁹ Informe de la segunda reunión de socialización del Proyecto Mallku Khota del 6 de septiembre de 2011, R-63; Acta de la segunda reunión de socialización del 31 de agosto de 2011, (“*Ayllu Tachani (sic) No queremos a la empresa no ha cumplido con los compromisos. Abandonan el salón los opositores*”), C-43.

¹⁹⁰ Réplica, párr. 107.

¹⁹¹ Gob. Gonzalez II, párr. 32 (“*En esta reunión, como se desprende del acta a laforus, algunos comunarios incluso denunciaron que la CMMK estaría ofreciendo terrenos en Cochubamba para los que apoyan*”. En este contexto, resultaba imposible planear una pequeña reunión como la que creamos viable el 31 de agosto de ese mismo año”), RWS-4. Ver, también, Gob. Gonzalez I, párrs. 38-48, RWS-1.

¹⁹² Réplica, párrs. 108-109.

¹⁹³ En el párrafo 13 de su primera declaración testimonial (CWS-4), Gonzalez Yutronic afirma que la presencia de FAOI-NP o CONAMAQ era “*totalmente inesperada*” cuando habían sido estas dos entidades quienes habían convocado a este cabildo (R-64). Ver Mallory I, párr. 22, CWS-3. Ver, también, Gob. Gonzalez II, párr. 28 (“*Por esta misma razón, si el Señor Mallory creía que el cabildo que se había llevado a cabo había sido organizado por la Gobernación, era debido a que estaba mal informado. Sabiendo además que el Señor Angulo solía confundirse entre las Comunidades Originarias para acudir a sus reuniones y afirma haber tenido una relación muy cercana con ellas, creo que él debía estar al tanto de esta convocatoria y debió haber informado a los directivos de la CMMK*”), RWS-4.

existe constancia: que el Sr. Yercio Cervantes, de la Secretaría Departamental de Minería y Metalurgia, supuestamente habría apoyado la formación de una cooperativa minera¹⁹⁴. CMMK sin duda habría denunciado este hecho ante las autoridades si fuera cierto (o, cuanto menos, lo habría puesto en conocimiento del entonces Gobernador Gonzales posteriormente). Tampoco lo hizo¹⁹⁵.

136. Por otra parte, SAS ignora que las Comunidades Originarias denunciaron ante las más altas Autoridades Originarias de FAOI-NP y CONAMAQ (que la Demandante intenta reducir a un grupo de mineros ilegales), durante el Cabildo de septiembre de 2011, que (i) “desde 2010 no ha prosperado la relación” y CMMK “no ha[] cumplido sus compromisos”, (ii) que “no existe solo plata e indio, ellos mienten, no han cumplido sus compromisos, queremos que se vaya la empresa, no han respetado a nuestras mujeres”; y (iii) que en el Ayllu Tacahuani “nos ha[] dividido” o, incluso, que CMMK estaría ofreciendo “terrenos en Cochabamba para los que apoyan”¹⁹⁶.
137. Segundo, si CMMK y el señor Mallory, después de la reunión del 17 de noviembre de 2011 convocada por COTOA-6A, sentían optimismo ante el “overwhelming support” del Proyecto¹⁹⁷, era porque la reunión y el voto resolutive habían sido orquestados por CMMK para generar esta apariencia¹⁹⁸. [REDACTED]

¹⁹⁴ Réplica, párr. 108.

¹⁹⁵ Gob. Gonzales II, párr. 30 (“Veo que las Señoras Gonzales Yatroni y Mallory insisten en que en esta reunión el Ingeniero Cervantes había señalado que la Gobernación apoyó abiertamente la creación de una cooperativa minera. Eso no solamente es falso, ya que no lo reflejan las actas ni el Informe que solicité (lo que habría sido de esperarse ante una afirmación tan significativa) sino que, además, sería ilegal, ya que la Gobernación no tiene atribuciones o competencias para aprobar la creación de una cooperativa minera ni otorgar una licencia que desconozca los derechos de CMMK”), RWS-4.

¹⁹⁶ Acta e informe sobre el Cabildo del 25 de septiembre de 2011, R-65.

¹⁹⁷ Réplica, párr. 109; Mallory II, párr. 24, CWS-10.

¹⁹⁸ [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

dada la ausencia de las Comunidades de Maliku Khota y Calachuca, "principales comunidadespositoras a la CMMK y en cuyo territorio se encuentra emplazado el Proyecto"²²⁸.

138. En quinto lugar, no es cierto que la Gobernación "failed to convene the meeting with the Maliku Khota and Kalachuca communities that had been requested by Vice Minister Navarro" para antes del 15 de diciembre de 2011²²⁹. Primero, el entonces Gobernador Gonzales realizó las gestiones a su alcance²³⁰ para que las Comunidades asistieran a esta reunión, [REDACTED] [REDACTED] Sin embargo, estas Comunidades no asistieron como muestra de su oposición al Proyecto, por lo que la reunión del 15 de diciembre de 2011 fue simplemente informativa.
139. Por último, a diferencia de lo que afirma SAS²³⁵, las reuniones a principios del 2012 entre la Gobernación y CMMK o miembros de las Comunidades Originarias demuestran que, a pesar de la creciente tensión a causa de las acciones de CMMK y COTOA-6A, la Gobernación seguía intentando crear espacios de diálogo:
- a. Lo que SAS señala como una "reunión" del entonces Gobernador Gonzales con las Comunidades Originarias para discutir sobre el "megayacimiento" fue, en realidad, una mesa de trabajo en la que funcionarios de la Gobernación (no

¹⁹⁹ Gob. Gonzales I, párr. 47 ("Me llamó la atención que una notaría pública haya participado en el cabildo para supuestamente dar plena validez al voto que allí se decidía, situación muy anómala cuando se trata de reuniones con Autoridades Originarias"), RWS-1.

²⁰⁰ [REDACTED]

²⁰¹ Gob. Gonzales II, párr. 34, RWS-4.

²⁰² Réplica, párr. 110.

²⁰³ Gob. Gonzales II, párrs. 36 y 37, RWS-4.

²⁰⁴ [REDACTED]

²⁰⁵ Réplica, párr. 111.

el Gobernador)²⁰⁶ atendieron inquietudes de comunarios de la zona en relación con el Proyecto²⁰⁷;

- b. Las descripciones de SAS y el Sr. Mallory sobre la reunión del 16 de febrero de 2012 son falsas²⁰⁸. Como reitera el Ex Gobernador Gonzales, “cuando mencioné la ‘empresa mixta’ en esta reunión, lo hice para referirme a que ni siquiera esta propuesta había convencido a los comunarios de Mallku Khota y Calachaca a aceptar el Proyecto de CMMK en el marco de nuestra discusión sobre los posibles escenarios de confrontación entre las Comunidades Originarias que se vislumbraban a principios de 2012 a causa de las cada vez más latentes divisiones”²⁰⁹. [REDACTED]

- c. La descripción de la reunión del 28 de marzo de 2012 que hace el Sr. Angulo en sus declaraciones testimoniales²¹¹ no sólo es discordante con lo afirmado por el mismo Sr. Angulo en su informe de la época²¹² sino con la actitud de la Gobernación en las demás reuniones de socialización.

140. En conclusión, a lo largo de 2011, la Gobernación no solamente atendió las solicitudes de intervención de CMMK, sino que jugó un importante papel de mediador en el conflicto que la Compañía había creado con y entre las Comunidades Originarias.

²⁰⁶ *Id.*, nota al pie 274.

²⁰⁷ Gob. Gonzales II, párr. 39 (“Debo aclarar que, durante los primeros meses del 2012, no me reuní con Comunidades Originarias en la zona de Mallku Khota como sugieren los Señores Gonzales Yatrónic y Mallory. Como señalé en mi Primera Declaración Testimonial, fueron funcionarios de la Gobernación quienes discutieron en mesas de trabajo - por solicitud de ciertos comunarios - sobre las denuncias originadas en la exploración de CMMK”), RWS-4. Ver, también, Gob. Gonzales I, párr. 52, RWS-1.

²⁰⁸ Réplica, párr. 111; Mallory II, párr. 64, CWS-10.

²⁰⁹ Gob. Gonzales II, párr. 40, RWS-4.

²¹⁰ [REDACTED]

²¹¹ Angulo I, párr. 10-13, CWS-5; Angulo II, párrs. 53 y 54, CWS-7.

²¹² Memorandum de Santiago Angulo a Xavier Gonzales Malbrán, Informe sobre el viaje a Potnai, 28 a 30 de marzo de 2012, C-272.

2.2.2 Otras entidades del Estado también reconocieron la gravedad del conflicto entre las Comunidades Originarias causado por CMMK y ofrecieron su apoyo para pacificar la zona

141. Bolivia ya explicó en su Contestación que, a diferencia de lo afirmado por SAS²¹³, CMMK emprendió con COTOA-6A una estrategia de desinformación de altos funcionarios del Estado con el fin de hacerles creer que los conflictos en la zona del Proyecto provenían de algunos pocos mineros ilegales y que el apoyo de las Comunidades era mayoritario e incuestionable²¹⁴. Esta estrategia de desinformación incluía:

- a. la realización de cabildos de COTOA-6A en la zona del Proyecto en presencia de autoridades nacionales, como el organizado el 17 de noviembre de 2011²¹⁵ o el Gran Cabildo Histórico del 8 de junio de 2012 [REDACTED];
- b. gestionar el envío de correspondencia²¹⁷ y reuniones entre COTOA-6A y autoridades en La Paz, como la llevada a cabo el 24 de noviembre de 2011 en el Palacio de Gobierno²¹⁸; y
- c. gestionar reuniones entre directivos de CMMK y miembros del Gobierno Nacional (como la del 26 de enero de 2012²¹⁹) asegurándose que la Gobernación no participase.

²¹³ Réplica, párr. 97.

²¹⁴ Contestación, párr. 142.

²¹⁵ Ver acción 2.2.1, *supra*.

²¹⁶ [REDACTED]

²¹⁷ Carta de COTOA-6A al Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia del 10 de octubre de 2011, C-233; Carta de COTOA-6A al Ministro de Minería y Metalurgia del 10 de octubre de 2011, C-234.

²¹⁸ Acta de reunión en el Palacio de Gobierno de La Paz con COTOA-6 del 24 de noviembre de 2011, R-66.

²¹⁹ Gonzales Yutronic I, párr. 15. CWS-4. Ver, también, Carta de CMMK al Ministro de Minería y Metalurgia del 17 de mayo de 2012, R-67.

142. Las respuestas que obtuvo SAS de las autoridades nacionales confirman que Bolivia nunca buscó aprovecharse del conflicto entre las Comunidades Originarias creado por CMMK para “*further its economic and politic interesas by expropriating the mining concessions*”²²⁰, como pretende SAS. Por el contrario, las autoridades del Estado ratificaron su apoyo al Proyecto y propusieron medidas para solucionar el conflicto con y entre las Comunidades Originarias.
143. En *primer lugar*, como describe César Navarro, entonces Viceministro de Coordinación de Movimientos Sociales y Sociedad Civil, luego de reunirse con los comunarios que se hacían llamar COTOA-6A, él recomendó no seguir manteniendo reuniones en las que no estuviesen presentes todos los actores del conflicto. Al comentar la reunión del 25 de noviembre de 2011 en el Palacio Quemado de La Paz, el Ministro recuerda que,

[E]n esta reunión, me pareció llamativo la diferencia de trato que la empresa estaba dando a los comunarios que apoyaban el Proyecto. A diferencia de lo que afirmaba FAOI-NF y CONAMAQ, los miembros de COTOA-6A parecían estarse beneficiando de prebendas económicas ofrecidas por CMMK. Mi experiencia en la gestión de este tipo de conflictos y los numerosos antecedentes de violencia en Potosí me indicaban que esta acción de CMMK no era adecuada y podría generar una grave afectación al orden público en la zona del Proyecto.

*Además, en esta reunión con las Comunidades (que ilegalmente están agrupadas en COTOA-6A) noté que se insistió mucho sobre la existencia de una amplia aceptación del Proyecto, excepto por las Comunidades de Mallku Khota y Calachaca, las más cercanas a las áreas de perforación. Ante esta situación, propuse la organización de una reunión en la que también participen las Comunidades Mallku Khota y Calachaca. Con el objetivo de llegar a un acuerdo entre las Comunidades y viabilizar el desarrollo del proyecto, envié una nota al Gobernador del Departamento de Potosí a la que se refieren los Sres. Gonzales Yuronic y Mallory en sus segundas declaraciones testimoniales*²²¹.

144. Mientras tanto, y para crear la apariencia de que no había conflicto en la zona de Mallku Khota, COTOA-6A seguía presionando a las autoridades para sostener reuniones en las que los comunarios opositores no pudiesen participar, como sucedió

²²⁰ Réplica, sección II(C)(3).

²²¹ Navarro, párra. 33 y 34 (el resaltado es nuestro), RWS-2. Ver Carta del Viceministro de Coordinación de Movimientos Sociales al Gobernador de Potosí del 28 de noviembre de 2011, R-68.

en las reuniones del 28 de mayo y 2 de julio de 2012 que comentaremos más adelante²²².

145. La posición del Viceministro Navarro no era aislada. Por ejemplo, en una reunión impulsada por CMMK el 13 de octubre de 2011 en el Ministerio de Minería y Metalurgia, los funcionarios del Ministerio señalaron que, “ante el reclamo de los pobladores de haber recibido a los pseudo representantes a una reunión, dejó claramente establecido que como autoridades la misión es escuchar a todas las partes que tienen relación en un caso específico”²²³. Del mismo modo, en esta reunión, los representantes de CMMK debieron abandonar el recinto “por lo delicado de los temas que se iban a tocar, habida cuenta que habrían señalado en alguna oportunidad que ciertos pobladores de la zona serían sujetos de corrupción de parte de la empresa minera Mallku Khota”²²⁴.

146. En segundo lugar, [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
- a. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
- b. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

²²² Ver sección 2.3.1, *infra*.

²²³ Acta de la reunión en el Ministerio de Minería y Metalurgia, punto VII, C-232.

²²⁴ Acta de la reunión en el Ministerio de Minería y Metalurgia, punto V, C-232.

²²⁵ [REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]

c. [REDACTED]

147. En conclusión, no solamente la Gobernación, sino todas las entidades estatales contactadas por CMMK emplearon sus buenos oficios para mediar en el conflicto con y entre Comunidades Originarias y apoyaron la continuidad del Proyecto. Que SAS ahora acuse al Estado de ser el artífice de su fracaso por su pésima socialización del Proyecto es un despropósito. Si el Estado se vio en la necesidad de decretar la Reversión, fue exclusivamente para poner fin a la situación insostenible y grave generada exclusivamente por CMMK.

2.3 A diferencia de lo que insinúa SAS, la Reversión fue una medida necesaria ante numerosos hechos violentos y cada vez más graves ocurridos en 2012

148. Para afirmar que la Reversión no era necesaria, SAS minimiza los hechos de violencia acaecidos en 2012 (Sección 2.3.1). Sin embargo, estos hechos demuestran que el Estado no tuvo otra alternativa más que decretar la Reversión para poner fin a la escalada de violencia generada por CMMK y proteger el derecho fundamental a la vida (Sección 2.3.2).

2.3.1 SAS minimiza la violencia extrema producto del desacuerdo entre Comunidades Originarias causado por CMMK

149. A inicios del 2012, el futuro del Proyecto era ya incierto y el intento de doblegar a las Comunidades Originarias mediante el uso de COTOA-6A no estaba dando los resultados esperados por CMMK. Como reconoce SAS²²⁶, los enfrentamientos entre esta organización ilegítima y miembros de las Comunidades Originarias se hicieron cada vez más violentos a principios del año 2012, como demuestra [REDACTED]

²²⁶ [REDACTED]

²²⁷ [REDACTED]

²²⁸ Réplica, párr. 133.

[REDACTED] de FAOI-
NP²²⁹.

150. A diferencia de otras mineras (quienes, por ejemplo, promovieron procesos de consulta pública durante la fase de exploración y negociaron durante años las condiciones bajo las cuales sus proyectos mineros operaría en la zona²³⁰), CMMK sólo tenía un objetivo en mente: vender el Proyecto al mejor postor y abandonar el país.

151. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

152. En su Réplica, SAS narra selectivamente los graves hechos de violencia ocurridos en 2012 para que el Tribunal olvide que CMMK fue la causante de esta situación al movilizar comunarios, criminalizar a la oposición y pagar sobornos a policías y periodistas para crear la imagen de que *"most of the communities surrounding the Project supported it"*²³². En vista de ello, Bolivia debe realizar al menos cuatro comentarios sobre los acontecimientos violentos ocurridos a principios de 2012:

²²⁹ Acta de declaración sobre abusos en contra de miembros de las Comunidades Originarias, R-78.

²³⁰ Como relata el Sr. Díez de Medina, las negociaciones iniciales con las Comunidades Originarias cercanas al proyecto de la Minera San Cristóbal comenzaron en 1995 y culminaron con un proceso de consulta pública en 1998 y posteriores acuerdos a lo largo de 1999, 2000 y 2001. Esto significa que, sin tener en cuenta la postergación en el inicio de la fase de construcción a causa de la caída en los precios internacionales de los minerales, la Minera San Cristóbal tardó seis años en construir un ambiente propicio para iniciar operaciones en la zona. Ver Díez de Medina, párrs. 35-41, RWS-5. Ver, también, Muzum, párrs. 22-29, RWS-6.

²³¹ [REDACTED]

²³² Réplica, párr. 139.

153. En primer lugar, el Tribunal no debe olvidar que la escalada de violencia en la zona del Proyecto (que la Gobernación había logrado evitar gracias a sus buenos oficios²³³) fue desencadenada por las denuncias que CMMK promovía en contra de los opositores al Proyecto²³⁴. A pesar de que SAS se limita a afirmar que dichas denuncias fueron interpuestas “de buena fe”, las pruebas de la época [REDACTED]

154. [REDACTED]

²³³ Gob. Gonzales II, párr. 38 (“Como señalé en mi Primera Declaración Testimonial, a principios del año 2012, la CMMK seguía realizando actividades en la zona, a pesar de las tensiones existentes con las Comunidades de Mallku Khotu y Calachaca. Esto no se debió a los programas de relaciones comunitarias (que la CMMK había continuado desarrollando únicamente con Comunidades afines al Proyecto), como afirma el Señor Gonzales Yutronic, sino a los buenos oficios de la Gobernación con las Comunidades opositoras en 2011. Debo reiterar, además, que la Gobernación, en complemento a esta labor de apoyo, gestionó y ejecutó con financiamiento estatal un proyecto de sistema de riego en la Comunidad Ovejera y un mejoramiento de camino en la ruta Sacaca – Mallku Khotu. Estas obras también beneficiaron las labores de exploración que venía desarrollando la CMMK”), RWS-4.

²³⁴ Ver Contestación, párrs. 150-153.

²³⁵ [REDACTED]

²³⁶ Gonzales Yutronic II, párr. 27, CWS-8.

²³⁷ [REDACTED]

[Redacted]

155. [Redacted]

156. [Redacted]

[Redacted]

238 [Redacted]

239 [Redacted]

240 [Redacted]

241 *id.*

242 Gonzales Yutronic II, párr. 47, CWS-8.

243 [Redacted]

244 [Redacted]

157. Esta estrategia provocó el enfrentamiento violento entre los comunarios y la policía en la zona del Proyecto en la madrugada del 5 de mayo de 2012, durante el cual dos policías fueron retenidos por los comunarios.
158. La intervención del Estado para pacificar la zona fue inmediata (SAS no menciona que el Gobernador Gonzales coordinó inmediatamente la conformación de una comisión mediadora²⁴⁵ y envió efectivos policiales a las zonas circundantes como medida preventiva²⁴⁶). Sin embargo, la intransigencia de CMMK impidió concertar medidas para solucionar el conflicto. En efecto, en una reunión que tuvo lugar el mismo 5 de mayo de 2012 en el Ministerio de Minería y Metalurgia, el Sr. Gonzales Yutronic se negó a considerar la propuesta de dar un compás de espera de 3 meses a la exploración mientras se calmaban los ánimos²⁴⁷. Esta propuesta hubiese podido evitar la oleada de violencia que se vivió en el Norte de Potosí.
159. Del mismo modo, CMMK se aprovechó del secuestro de los policías en Mallku Khota para crear la impresión en los medios de comunicación de que el Estado estaba patrocinando graves crímenes, con el fin de presionar a las autoridades a que militarizaran la zona y neutralizaran de una vez por todas a la oposición.
160. [REDACTED]

²⁴⁵ Gob. Gonzales I, párrs. 58 y 59, RWS-1. Ver, también, Contestación, párr. 154.

²⁴⁶ Nota de prensa, El Potosí, *Confirman que hay un rehén en Mallku Khota* del 5 de mayo de 2012 (“Hay más de 150 policías que están en Llalagua” dijo la autoridad al sostener que los efectivos están prestos a rescatar a su camarada, pero no hay la orden. González (sic) afirma que no quiere que suceda como ocurrió con los cuatro policías que fueron linchados el 22 de mayo de 2010. No existe orden de intervención ya que los comunarios están solicitando la presencia de autoridades de la Comibol y el ministro de minería, María Vicuña”), R-78.

²⁴⁷ [REDACTED]

²⁴⁸ Nota de prensa, El Potosí, *Se mantiene la tensión en la zona de Mallku Khota* del 9 de mayo de 2012 (“[el Gobernador] informó que una Comisión de Derechos Humanos logró ingresar al lugar donde existe una tensa calma y lamentó que algunos medios de comunicación magnificaron la situación existente sobre la amenaza de que iban a enterrar vivos a los policías. Fue una exageración de algunos medios que están desinformado expresó al sostener que evidentemente existen personas retenidas pero que las mismas se encuentran estables”), R-172.

[REDACTED]

[REDACTED]

- 161. Finalmente, la mediación encabezada por el entonces Gobernador Gonzales permitió pacificar temporalmente la zona y suscribir un acta de acuerdo el 9 de mayo de 2012²⁵¹. Gracias a este acuerdo, los comunarios liberaron a los policías retenidos y accedieron a llevar a cabo una reunión entre los grupos enfrentados en la localidad de Acasio (el 18 de mayo de 2012).

- 162. En *segundo lugar*, la intervención de CMMK fue determinante para que la reunión que debió haberse llevado a cabo en Acasio el 18 de mayo de 2012 acabase en graves

²⁴⁹ [REDACTED]

²⁵⁰ [REDACTED]

²⁵¹ Acta de acuerdo entre la Gobernación y miembros de la comunidad, C-51.

enfrentamientos violentos, que incluso pusieron en riesgo la vida del entonces Gobernador Gonzales y funcionarios del Ministerio de Minería y Metalurgia²⁵².

163. **Primero**, Bolivia señaló en su Contestación que, en un hecho sin precedentes, CMMK financió la movilización a Acasio de un gran número de Comunarios afiliados a COTOA-6A, a pesar de que en el acuerdo con la Gobernación del 9 de mayo se había dispuesto que sólo asistiría una delegación de 30 comunarios en contra y otros 30 a favor del Proyecto²⁵³. SAS no niega – porque no puede negar – este hecho:



- 164.



²⁵² Gob. Gonzales I, párr. 61, RWS-1. Ver, también, Nota de prensa, *Pelea por Malika Khota deja 10 heridos y 12 desaparecidos* del 19 de mayo de 2012, R-80.

²⁵³ Contestación, párrs. 155 y 156.

²⁵⁴ Recibos de pago para la movilización de comunidades a la reunión de Acasio del 9 y 10 de mayo de 2012, R-79.

²⁵⁵



[REDACTED]

[REDACTED]

165. Terberg, como relata el Centro de Documentación e Información de Bolivia ("CEDIB"), después del acuerdo para la reunión en Acasio, los comunarios opositores al Proyecto fueron agredidos por aquellos que apoyaban a CMMK, por lo que un grupo importante de comunarios decidió acudir a Acasio a respaldar a sus representantes opositores al Proyecto²⁵⁶.

166. En vez de evitar los enfrentamientos violentos, CMMK los provocó. [REDACTED]

256 [REDACTED]

257 [REDACTED]

²⁵⁸ Centro de Documentación e Información Bolivia, *Malku Khota, Miseria, Tierra y Territorio* de noviembre 2012, pág. 2 ("La comisión de pobladores incluyó a 30 comunarios que consintieron en una próxima reunión en la localidad de Acasio y recibieron por parte del gobierno el compromiso de no tomar represalias contra los pobladores y dirigentes por los sucesos del 5 de mayo en Malku Khota. Los pobladores denunciaron que tras el arribo al acuerdo, la comisión fue emboscada por adeptos de la empresa que pretendían forzarlos a firmar un documento de consentimiento a las actividades de la transnacional. Esto ocasionó que para la programada reunión del 18 de mayo en Acasio, los pobladores de Malku Khota decidieran no dejar solos a sus representantes y movilizarse masivamente acompañándolos y sustentando una vigilia en la zona hasta el arribo de acuerdos definitivos"), R-17.

*satelitales y saber que personas en actitud de enfrentamiento habían llegado a la localidad de Acasio, no hicieron nada para advertirnos y así evitar el enfrentamiento*²⁵⁹.

167. Finalmente, el enfrentamiento entre las Comunidades el 18 de mayo de 2012 dejó un saldo de más de 10 heridos²⁶⁰ y puso en peligro de muerte al Gobernador, quien tuvo que escaparse por los techos y caminar largas horas disfrazado con guardapolvos de médicos hasta estar a salvo²⁶¹.

168. [REDACTED]

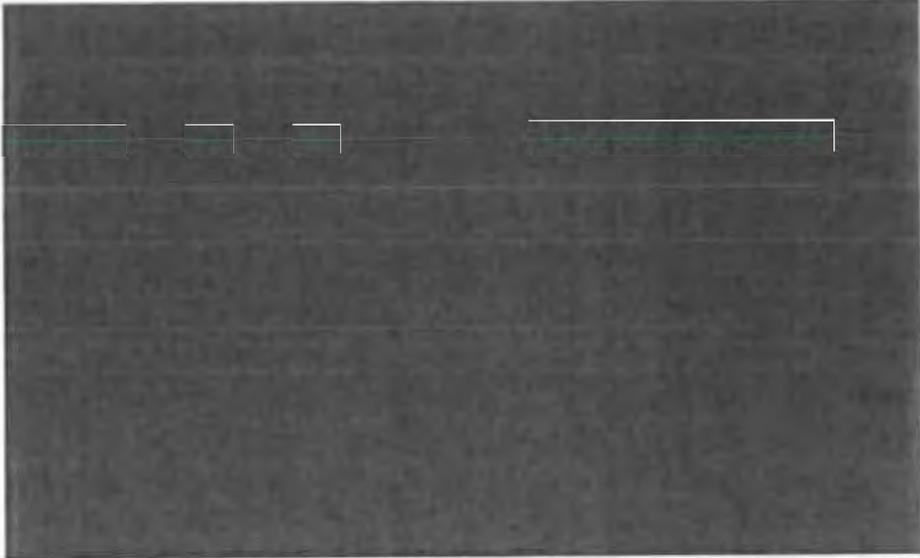
169. [REDACTED]

²⁵⁹ [REDACTED]

²⁶⁰ Noticias Fides, *Enfrentamientos en Mallku Qhuta*, video publicado el 18 de mayo de 2012, R-174.

²⁶¹ Gob. Gonzales I, párr. 61, RWS-1. Ver, también, Nota de prensa, *Pelea por Mallku Qhota deja 10 heridos y 12 desaparecidos del 19 de mayo de 2012*, R-80.

²⁶² [REDACTED]



170. [Redacted text]

171. Por una parte, [Redacted text]

263 [Redacted text]

264 Réplica, párr. 136.

265 [Redacted text]

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



172. [Redacted text]

173. Como Bolivia señaló en su Contestación²⁷², la detención de Cancio Rojas precipitó la convocatoria a una marcha hacia la ciudad de La Paz²⁷³ por la protección de los recursos naturales de Mallku Khota y pidiendo la explosión de CMMK. La marcha,

268 [Redacted text]

269 [Redacted text]

270 [Redacted text]

²⁷¹ Resolución de sobreseimiento de la denuncia presentada contra Cancio Rojas del 13 de junio de 2014, R-84.

²⁷² Contestación, párrs. 160 y 161.

²⁷³ Entrevista a Félix Becerra, miembro de la CONAMAQ, video, mayo de 2012, R-86; Artículo de prensa, Boris Bernal Mansilla, *La marcha de Mallku Khota llega este jueves a La Paz y no se trán hasta que atiendan sus demandas del 7 de junio de 2012*, R-85; Página Siete, *Comunarios de Mallku Khota marcharán el lunes pidiendo la liberación de Cancio Rojas*, video publicado el 24 de mayo de 2012, R-175; Página Siete, *Comisión de la marcha de comunarios piden audiencia con el presidente*, video publicado el 4 de junio de 2012, R-176.

que fue convocada el 25 de mayo de 2012, llegó a La Paz hacia el 7 de junio, donde se produjeron fuertes disturbios, (como muestran los videos de la época²⁷⁴).



174. En tercer lugar, CMMK siguió organizando, a través de COTOA-6A, reuniones sin la presencia de los comunarios opositores al Proyecto para seguir promoviendo la idea de que existía un apoyo generalizado al Proyecto y que la militarización era necesaria²⁷⁶. SAS señala que “[I]t is irrelevant whether the resolutions at the May 28, 2012 and June 8, 2012 gatherings were adopted with or without opposition being present, since they still illustrate the significant support that the Project enjoyed²⁷⁷. Esta afirmación es falsa y merece, al menos, dos comentarios:
175. *Primera*, insinuar que la oposición al proyecto era *insignificante* demuestra que SAS desconoce (al igual que CMMK) que los principios que rigen la toma de decisiones en las Comunidades Originarias exigen la presencia de todos los miembros y una decisión unánime²⁷⁸. Puesto que estas Comunidades toman sus decisiones por *unanidad*, ninguna oposición es *insignificante*²⁷⁹.

²⁷⁴ Gob. Gonzales I, párrs. 68 y 69, RWS-1. Ver, también, CF Noticias, *Comunarios de Mallku Khota agredieron a policías en La Paz del 8 de junio de 2012*, video, R-89.

²⁷⁵ CF Noticias, *Comunarios de Mallku Khota agredieron a policías en La Paz del 8 de junio de 2012*, video, R-89.

²⁷⁶ Ver Contestación, párrs. 162 y 163.

²⁷⁷ Réplica, párr. 139.

²⁷⁸ Ver sección 2.1.3, *supra*.

²⁷⁹ En palabras del Sr. Mamani “*dada la forma como están organizadas estas comunidades, ningún reclamo o queja es irrelevante porque al no ser atendida oportunamente puede generar problemas en las comunidades que afecten las relaciones con la MSC*”, Mamani, párr. 34, RWS-6.

176. Segundo, [REDACTED]

177. Por ello, no es sorprendente que las Comunidades opositoras al Proyecto fueran cada vez más reacias a sentarse a negociar y SAS no puede seriamente imputarle esta falta de diálogo a una supuesta inacción del Gobierno. Un ejemplo claro de ello es la reunión que el Ministerio de Minería y la Gobernación convocaron para el 2 de julio de 2012²⁸³ y en la que los comunarios que se oponían al Proyecto decidieron a última hora no participar²⁸⁴. Estas reuniones, como ya señaló Bolivia, eran en cambio

²⁸⁰ Demanda, párr. 77 (“800 families from 42 communities surrounding the areas as well as representatives from the local ayllus and municipalities and the company held a gran cabildo (the highest form of official community meeting) where they confirmed their support for the Company and its Project, and condemned the violent opponents to the Project led by Cancio Rojas”).

²⁸¹ [REDACTED]

²⁸² [REDACTED]

²⁸³ Ver Contestación, párrs. 169 y 170.

²⁸⁴ Respuesta de las Comunidades Originarias al Ministro de Minería y Metalurgia y al Gobernador de Potosí del 1 de julio de 2012, R-93.

aprovechadas por COTOA-6A (y CMMK) para incitar a la militarización de la zona del Proyecto²⁸⁵.

178. Por último, CMMK provocó la intervención policial en el área de Mallku Khota entre el 5 y 6 de julio de 2012 mientras algunos de sus empleados se encontraban retenidos por las Comunidades Originarias. Este hecho desencadenó una serie de enfrentamientos en la zona en los que trágicamente perdió la vida el Sr. José Mamani, de la Comunidad de Mallku Khota²⁸⁶. El fallecimiento del Sr. Mamani provocó la intervención de una comisión interinstitucional del Gobierno (instalada desde el 4 de julio en Chiro Q'hasa²⁸⁷), que logró un acuerdo para pacificar la zona. Este acuerdo, llamado Acta de Entendimiento, fue suscrito en la localidad de Chiru Qh'aa'n y es aquel en el que se acordó preliminarmente la Reversión con las Comunidades²⁸⁸. Este acuerdo sólo se refrendaría el 10 de julio de 2012²⁸⁹ y la Reversión sólo sería decretada el 1 de agosto de ese año²⁹⁰.
179. Por todo lo anterior, afirmar que CMMK no había provocado una serie de hechos violentos sino que *"it was in the middle of them"*²⁹¹ es un despropósito. Los hechos demuestran que CMMK estuvo en el origen y agravamiento de los enfrentamientos violentos en la zona del Proyecto durante 2012, incluidos aquellos que no dejaron más alternativa al Estado que decretar la Reversión.

²⁸⁵ En la reunión del 2 de julio de 2012, COTOA-6A solicitó la intervención de *"1000 (mil) efectivos policiales y patrullas en todos los sectores de la región"*, Acta de la reunión en la ciudad de Cochabamba del 2 de julio de 2012, C-75.

²⁸⁶ Chejani, párr. 33 (*"Luego de esto, la policía entró a la zona en los días siguientes para sacar a la fuerza a los empleados de CMMK retenidos, lo que creó un enfrentamiento que provocó que varias personas quedaran heridas y la muerte de José Mamani, uno de los miembros de mi comunidad. Fue en este momento que una comisión de personas del Gobierno nos contactó y visitaron a dialogar con nosotros. Luego de la muerte de José Mamani, permanecimos en vigilia y logramos un diálogo para convencer a las comunidades que esta falta de unión no era buena. En esta reunión, acordamos el cese definitivo de las actividades de la CMMK"*), RWS-3.

²⁸⁷ Nota de prensa, El Potosí, *Comisión gubernamental bastará diálogo en la zona de Chiro Khosa* del 5 de julio de 2012, R-95.

²⁸⁸ Acta de entendimiento del 7 de julio de 2012, C-16.

²⁸⁹ Acta del acuerdo del 10 de julio de 2012, C-17.

²⁹⁰ Decreto de Reversión del 1 de agosto de 2012, C-4.

²⁹¹ Réplica, párr. 138.

2.3.2 Ante la insostenible situación de enfrentamiento en Mallku Khota, Bolivia no tuvo más alternativa que decretar la Reversión

180. Como Bolivia explicó en su Contestación, toda la serie de acontecimientos violentos que desencadenó CMMK en el Norte de Potosí hicieron que, para julio 2012, la situación en la zona fuera insostenible. La Reversión era la única alternativa razonable²⁹².
181. En *primer lugar*, SAS pretende cuestionar la razonabilidad de esta medida pero lo hace omitiendo todos los acontecimientos violentos que constituyen su antecedente. Los hechos demuestran que al Estado no le quedó otra alternativa que la Reversión luego de que CMMK provocara:
- a. la intervención de policías en Mallku Khota en la madrugada del 5 de mayo de 2012;
 - b. el enfrentamiento violento entre comunarios en Acasio el 18 de mayo de 2012;
 - c. la movilización de comunarios hacia La Paz luego de la captura del Kuraka Cascio Rojas, amén de los disturbios en la Capital del Estado el 8 de junio de 2012; y
 - d. la infiltración de Agustín Cárdenas y Fernando Fernández portando vestimentas originarias a la zona del Proyecto el 28 de junio de 2012, lo que causó los enfrentamientos violentos entre la policía y las Comunidades Originarias el 5 y 6 de julio de 2012 que terminaron en la trágica muerte del Sr. José Mamani.
182. Resulta, además, increíble que SAS omita todo el detalle sobre los acontecimientos violentos creados por CMMK²⁹³ y limite sus comentarios al respecto a un relato impreciso sobre la retención de Agustín Cárdenas y Fernando Fernández a finales de junio de 2012²⁹⁴. SAS no pone en contexto cómo se produjo esta retención y las gestiones del Estado para restaurar el orden público que se había visto alterado por la infiltración de estos funcionarios a cabildos en la zona de Mallku Khota.

²⁹¹ Contestación, sección 3.6.

²⁹² Ver sección 2.3.1, *supra*.

²⁹³ Réplica, párr. 140.

183. Primero, como confirma el propio relato de los Sres. Cárdenas y Fernández, su retención se produjo por estar portando vestimentas originarias²⁹⁵. Tardíamente, SAS intenta explicar que los ingenieros se encontraban “*gather[ing] information and tak[ing] photographs*”²⁹⁶ cuando en verdad estaban intentando infiltrarse en reuniones de las Comunidades Originarias en la zona. El Ministro Navarro, quien es oriundo de Potosí, explica la gravedad de este hecho dado que “*infiltrarse en organizaciones sindicales, campesinas u otras, ha sido utilizada en el pasado para influenciar las decisiones de dichas organizaciones con opiniones, actitudes, prebendas u otro tipo de hechos, y así obstruir la deliberación autónoma de las Comunidades*”²⁹⁷. Por ello, señala que “*no me sorprendió que, como me informaron, los comunarios hubieran decidido retener a los empleados de CMMK*”²⁹⁸.
184. Segundo, SAS omite aclarar en su relato que el ingreso de los policías a la zona de Mallku Khota que desencadenó un enfrentamiento violento en el que perdió la vida el Sr. Mamani fue incitado por CMMK para rescatar a los ingenieros retenidos.
185. En segundo lugar, como señala el Ministro Navarro, la Reversión fue una medida que permitió restablecer el orden público en la zona del Proyecto:

*Como comentaba anteriormente, por la información que conozco, las Comunidades Originarias llevaron a cabo reuniones, amplias, que derivaron en enfrentamientos físicos entre ellas. Estos enfrentamientos se produjeron porque unas comunidades eran opositoras a la empresa y otras demandaban el respeto a la misma. Por lo tanto, conocimos que había un nivel de enfrentamiento generado por un actor externo que no era básicamente de la comunidad, sino una empresa que tenía como finalidad la explotación y el aprovechamiento de las riquezas de los recursos naturales. La reversión de las Concesiones permitió excluir al actor externo (la CMMK) y poner fin a este enfrentamiento*²⁹⁹.

186. Este tipo de medidas, como recuerda el Ministro Navarro, han probado ser las únicas alternativas disponibles en presencia de conflictos violentos generados a raíz de un choque entre una compañía minera y las comunidades indígenas. Los casos recientes

²⁹⁵ Memorándum de Agustín Cárdenas y Fernando Fernández a Fernando Cáceres, Informe Incidente del 28 de Junio 2012 (“*Entre las 10:30 a 11:45 horas caminamos desde Chijchani hasta Jantapaica, teniendo como guía al comunario de Sakani llamado Casto NN. Para esta caminata nos pusimos un par de sacos y chullos [vestimentas comunitarias]*”) (el resultado es nuestro), C-241.

²⁹⁶ Réplica, párr. 140.

²⁹⁷ Navarro, párr. 39, RWS-3.

²⁹⁸ Navarro, párr. 39, RWS-2.

²⁹⁹ Navarro, párr. 43 (el resultado es nuestro), RWS-2.

de los yacimientos de Colquiri y Humuni (este último también en Potosí) son ejemplos de ello³⁰⁰. El ejercicio *ex post facto* que SAS propone para considerar qué otras alternativas estaban disponibles para el Estado³⁰¹ no es serio porque no toma en cuenta la totalidad de circunstancias que justificaron la Reversión ni los antecedentes históricos de este tipo de proyectos en Bolivia.

187. [REDACTED]

188. En cuarto lugar, la Reversión no fue tomada para satisfacer los intereses económicos de Bolivia ni, mucho menos, de las cooperativas mineras.

189. Primero, no tiene sentido que SAS afirme que Bolivia tenía un interés económico en el Proyecto³⁰² y sostenga que el Estado favoreció los intereses de cooperativistas mineros³⁰⁴. Ambas hipótesis, además de falsas, son incompatibles, dado que el interés público en el Proyecto sería incompatible con el interés de cedérselo a cooperativistas, actores privados de la minería boliviana³⁰⁵.

190. Segundo, Bolivia no ha desarrollado ningún proyecto minero de producción en la zona, aparte de ciertas actividades de prospección. Como señala el Ministro Navarro:

En la actualidad, el Proyecto Minero Mollku Khota se encuentra bajo la administración de la COMIBOL en aplicación del Decreto Supremo No. 1308. Esta entidad, junto con el Servicio Geológico Minero ("SERGEOMIN"), han desarrollado actividades de apertura de caminos, levantamientos topográficos y

³⁰⁰ Navarro, párrs. 44-47, RWS-2.

³⁰¹ Réplica, párr. 282.

³⁰² [REDACTED]

³⁰³ Réplica, sección II(C)(3).

³⁰⁴ Réplica, secciones II(C)(1) y II(C)(4).

³⁰⁵ Ver sección 5.2, *infra*.

*actividades de prospección para certificar la calidad y cantidad de reservas mineralógicas, empleando a comunarios de la zona*³⁰⁶.

191. Tercero, la realidad actual del Proyecto demuestra que Bolivia no tenía un interés en adueñarse del mismo para obtener un beneficio económico. Ello lo demuestra el hecho que, al día de hoy, los inversionistas chinos a los que SAS hace referencia nuevamente en su Réplica³⁰⁷ no han aparecido ante la opinión pública, no explotan el Proyecto ni trabajan con COMIBOL.
192. A pesar de ello, SAS solicita que se realice una inferencia adversa en contra de Bolivia basándose exclusivamente en dos notas de prensa que no proveen ningún detalle sobre los supuestos acercamientos que habría tenido el Estado con compañías chinas³⁰⁸. COMIBOL confirmó que no existe registro documental de los supuestos contactos que habría hecho el Estado para desarrollar el Proyecto³⁰⁹, información que también fue confirmada por el Ministro de Minería y Metalurgia de Bolivia.
- 2.4 Bolivia ha cumplido y sigue cumpliendo los acuerdos logrados con las Comunidades Originarias para pacificar Maliku Khota**
193. Bolivia explicó en su Contestación³¹⁰ que, al disponer la Reversión, el Estado estableció como condición esencial para el desarrollo de cualquier actividad minera “*la paz social*”³¹¹ entre las Comunidades Originarias de la zona de Maliku Khota. Las alegaciones imprecisas que hace SAS sobre el cumplimiento de estos compromisos en la actualidad hacen necesarias, al menos, dos precisiones:
194. *En primer lugar*, como confirma el Sr. Chajmí, la Reversión fue una medida efectiva para acabar con el conflicto entre Comunidades Originarias ocasionado por CMMK. En efecto, “[a]hora que CMMK no está y a pesar de que ha habido algunos malentendidos entre comunarios y hay expectativas sobre la posibilidad de que haya nuevos proyectos mineros a cargo de la COMIBOL, se ha mantenido la paz en la zona de los cinco

³⁰⁶ Navarro, párr. 48, RWS-2.

³⁰⁷ Réplica, párr. 145.

³⁰⁸ *Id.*

³⁰⁹ Carta de COMIBOL a la Procuraduría General del Estado del 12 de mayo de 2015 sobre la categorías Nos. 4, 5 y 6 de la Solicitud de Exhibición de Documentos de SAS, R-177.

³¹⁰ *Ver* Contestación, sección 3.6.

³¹¹ Decreto de Reversión, Considerandos, pág. 3, C-4.

ayllus y no ha habido nuevos enfrentamientos entre hermanos como en aquellos del 2012³¹².

195. La evidencia presentada por SAS confirma que, desde la Reversión, no ha existido un conflicto de grandes proporciones relacionado con el Proyecto en la zona. Primero, aparte de un incidente aislado de violencia en octubre de 2012 y un malentendido entre las Comunidades y COMIBOL a inicios de 2014³¹³, COMIBOL ha realizado pacíficamente su programa de prospección³¹⁴ utilizando como fuerza laboral a los comunarios de la zona³¹⁵. Segundo, es tendencioso equiparar – como lo hace SAS – las demandas de la *región* del Norte de Potosí con un conflicto en la zona del Proyecto. En efecto, que haya habido protestas en 2015 para que el Gobierno construya “un aeropuerto internacional, una planta hidroeléctrica, hospitales y fábricas de cemento, cal y vidrio”³¹⁶ no es siquiera comparable a un conflicto por el desarrollo de un proyecto minero como el ocasionado por CMMK.
196. En segundo lugar, Bolivia debe reiterar que no existe un “*plan to develop the Project*”³¹⁷ en el sentido alegado por SAS. COMIBOL y SERGEOMIN han limitado sus actividades en la zona a la prospección. De hecho, las referencias a Mallku Khota en el Plan Sectorial de Desarrollo del Ministerio de Minería y otros eventos públicos (a los que han accedido los abogados de la Demandante) han sido meramente indicativas de la posible existencia de un yacimiento³¹⁸. Al respecto, SAS afirma, sin ninguna prueba, que Bolivia le habría impedido el acceso a sus abogados a un evento de promoción a la inversión extranjera realizando en Nueva York el 27 de octubre de

³¹² Chajmi, párr. 36, RWS-3.

³¹³ Réplica, párr. 283.

³¹⁴ Revista Bocamina, *Mallku Khota se prepara para dar los primeros pasos en minería* de febrero de 2013 (“Los comandantes de los puertos del Ejército y de la Policía reportaron que la situación social en la región es de absoluta tranquilidad y no se han registrado actos hostiles”), R-113.

³¹⁵ Nómina de empleados de COMIBOL del proyecto de exploración Mallku Khota, R-178.

³¹⁶ Nota de prensa, BBC, *Protestas en Bolivia: 12 días de bloqueos y dinamita paralizan La Paz* del 20 de julio de 2015, C-246.

³¹⁷ Réplica, párrs. 146 y 147.

³¹⁸ Navarro, párr. 51 (“[E]n mi calidad de Ministro, me referí a la zona de Mallku Khota (aunque no sabemos a ciencia cierta la magnitud de sus reservas) a finales del 2015 en un evento en Nueva York para mostrar la riqueza mineralógica de Bolivia y que los inversionistas visiten nuestro país y decidan desarrollar los yacimientos en toda la cadena productiva. Nunca prohibí, ni canceé que alguien del Gobierno haya prohibido que los abogados de SAS pusieran ingreso a este evento”), RWS-2.

2015³¹⁹. Este evento fue abierto al público previo registro en una página web. Como puede apreciarse en la lista de asistentes a este evento, (i) ningún abogado de King & Spalding se registró; (ii) el Sr. Enrique Barrios, abogado de SAS en el récord, asistió al evento, a diferencia de lo que afirma SAS; y (iii) otros abogados de firmas extranjeras que representan a inversionistas también estuvieron presentes³²⁰.

197. En todo caso, como señala el Ministro Navarro, ahora que el Estado tiene el control sobre el área de las Concesiones, le corresponde, como con cualquier yacimiento a su cargo, realizar labores prospectivas y explotarlo si las reservas lo hacen económicamente viable³²¹. Sin embargo, “[c]on el antecedente de CMMK, en el Gobierno somos conscientes que estas labores sólo se ejecutarán si los comunarios de la zona están de acuerdo con la ejecución de un proyecto minero”³²².

198. Por lo tanto, desde la Reversión, el Estado ha cumplido con lo acordado con las Comunidades Originarias y ha asegurado la paz social en el Área de las Concesiones.

3. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS E INDÍGENAS EN LA CONSTITUCIÓN BOLIVIANA Y EL DERECHO INTERNACIONAL ES APLICABLE Y ESENCIAL PARA LA RESOLUCIÓN DE ESTA DISPUTA POR CUANTO SU VIOLACIÓN JUSTIFICÓ LA REVERSIÓN

199. Como Bolivia explicó en su Contestación, dadas las extraordinarias circunstancias de hecho descritas en la sección anterior, el Tribunal deberá aplicar las disposiciones de derechos humanos e indígenas para la resolución de esta disputa³²³.

200. En su Réplica, SAS afirma que el Tribunal “*must rely upon the Treaty as the primary source of applicable law, supplemented where appropriate by relevant principles of international law*”³²⁴ pero excluye de dichas normas complementarias el Derecho boliviano y, más concretamente, las normas sobre protección de derechos humanos e indígenas³²⁵. Y no podría ser de otra manera. A sabiendas de que las violaciones de

³¹⁹ Réplica, párr. 28.

³²⁰ Listado de asistentes al evento “*Investing in Bolivia*” del 27 de octubre de 2015, R-225.

³²¹ Navarro, párr. 51, RWS-2.

³²² *Id.*, párr. 50.

³²³ Contestación, párrs. 189-221.

³²⁴ Réplica, párr. 238.

³²⁵ *Id.*, párrs. 239-240.

estas normas justifican la Reversión, SAS ha decidido simplemente negar su aplicación.

201. El desconocimiento de los derechos humanos e indígenas por CMMK es un elemento central de esta disputa. La Constitución boliviana, de obligatorio cumplimiento para el Estado y los particulares (como CMMK), contiene varias disposiciones que garantizan la protección de las Comunidades Originarias. Además, la Constitución incorpora en el derecho boliviano las protecciones del derecho internacional a través de su bloque de constitucionalidad (Sección 3.1). Como Bolivia acaba de demostrar, CMMK violó sistemáticamente estas disposiciones, lo que obligó al Estado a intervenir para pacificar la región y proteger la vida, integridad, usos y costumbres de las Comunidades Originarias (Sección 3.2).
- 3.1 La Constitución boliviana garantiza la protección de los derechos humanos e indígenas, e incorpora las normas internacionales sobre la materia, haciéndolas vinculantes para el Estado y los particulares
202. Según SAS, las disposiciones legales sobre derechos humanos e indígenas serían inaplicables o irrelevantes ya que (i) dichas disposiciones no serían vinculantes entre Bolivia y el Reino Unido; (ii) los instrumentos internacionales en esta materia no serían parte del derecho internacional consuetudinario; y (iii) dichas disposiciones serían meros elementos de hecho que no tienen relevancia jurídica³²⁶. Estas afirmaciones son incorrectas.
203. En primer lugar, Bolivia es un Estado Plurinacional que, por lo tanto, tiene al pluralismo como uno de sus principios fundamentales y reconoce el ejercicio de la democracia en su modelo liberal y comunitario. La realidad jurídica y social de Bolivia hace que el Estado se conciba como una pluralidad de naciones y pueblos indígenas originarios preexistentes, en los cuales radica el poder soberano³²⁷. En respecto a esta pluralidad, el Estado ha adoptado una organización política descentralizada que otorga un grado de autonomía considerable a los grupos indígenas con el fin de que decidan y gestionen sus intereses a nivel político, jurídico y económico, y sin involucrar al Gobierno central, como lo ha sostenido la Corte Constitucional boliviana³²⁸.

³²⁶ *Id.*, párra 246-247 y 261.

³²⁷ Nueva Constitución Política del Estado del 7 de febrero de 2009, arts. 3 y 7, RLA-3.

³²⁸ Nueva Constitución Política del Estado del 7 de febrero de 2009, art. 2, RLA-3. Ver, también, Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, sentencia No. 0643/2012 del 23 de julio de 2012,

204. Por ejemplo, al referirse al pluralismo cultural del Estado Plurinacional de Bolivia, la Corte Constitucional boliviano explicó que:

En efecto, esta nueva realidad invita y obliga al reconocimiento mutuo y respetuoso entre los pueblos, a la comprensión y valoración recíproca entre los mismos, en sus conocimientos, saberes, valores y concepciones en igualdad de condiciones, pues sólo así se podrá cumplir con el mandato de construcción conjunta del Estado deseado: con unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien. (Valores expresados en el art. 8.II de la CPE), y sobre todo, para constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación con plena justicia social que consolide las identidades plurinacionales³²⁹.

205. Asimismo, al referirse al buen vivir como principio fundamental del Estado:

el vivir bien (suma qamaña), como objetivo del Estado, en el ámbito de la función judicial, busca construir una justicia plural, imparcial, transparente y equitativa, pronta, oportuna y sin dilaciones respetando los derechos fundamentales, las garantías jurisdiccionales y acciones de defensa, y las normas constitucionales conagradas en la Constitución Política del Estado³³⁰.

206. Del mismo modo, la máxima jurisdicción de lo constitucional confirmó el derecho a la libre determinación de los pueblos:

Bajo este marco normativo, y en aplicación de una interpretación sistemática de los instrumentos internacionales antes señalados, emerge para las naciones y pueblos indígena originario campesinos, un derecho esencial: El derecho a la libre determinación, el cual, para el Estado Plurinacional de Bolivia, se configura además como un principio rector del modelo de Estado y del régimen constitucional y como un valor plural supremo³³¹.

sección III.1, RLA-185; Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia No. 0300/2012 del 18 de junio de 2012, sección III.1.1, RLA-186.

³²⁹ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia No. 0006/2013 del 3 de enero de 2013, RLA-274. Ver, asimismo (“Al insertar el Ama Qhilla en la Ley Fundamental, el Constituyente, pretendió tuchar, entre otros objetivos, contra la retardación de justicia que tiene como causa, precisamente, la flojera, la negligencia, la desidia, a ellos va dirigido al Ama Qhilla, no seas flojo, u los fines de que los operadores de justicia despachen en el día los memoriales, remitan los actuados a la instancias correspondientes, notifiquen a las partes de oficio, etc., es usarle la práctica de este principio, si queremos cambiar e ingresar a la justicia pronta para vivir bien. En Bolivia se han sentado las bases para materializar el Estado Constitucional de Derecho”), *Id.*.

³³⁰ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia No. 1876/2013 del 29 de octubre 2013, RLA-275.

³³¹ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia No. 0006/2013 del 3 de enero de 2013, RLA-274.

207. El Derecho boliviano, que debe ser aplicado para complementar las normas del Tratado³³², prevé desde su más alta jerarquía la protección de las Comunidades Originarias. Por una parte, la Constitución boliviana establece que “[e]l Estado garantiza, respeta y protege los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos consagrados en esta Constitución y la ley”³³³. Por otra parte, el Derecho boliviano incorpora normas sobre protección de los derechos humanos e indígenas de obligatorio cumplimiento para el Estado y los particulares tales como:
208. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (“DNUDPI”), parte del Derecho interno boliviano por efecto de la Ley No. 3760 de 2007, que consagra el derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación y garantiza su autonomía y autogobierno para la decisión de sus asuntos locales³³⁴,
- a. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“PIDCP”), incorporado mediante Ley No. 2119 de 2000³³⁵ (también ratificado por el Reino Unido), que reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la autonomía en la toma de decisiones respecto de sus medios de subsistencia y entorno natural, conforme a su identidad cultural y libre determinación³³⁶; y

³³² *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/03/15, laudo del 31 de octubre de 2011, párr. 135 (“El hecho de que el TBI y el derecho internacional rijan la cuestión de la responsabilidad de la Argentina por la violación del tratado no implica que el derecho interno de la Argentina no tenga un papel que jugar también. El Tribunal coincide con la Demandante que el papel es determinar el contenido de los compromisos asumidos por la Argentina frente a la Demandante que esta última alega han sido violados. Por consiguiente, a fin de determinar qué derechos le reconoció la Argentina a la Demandante en carácter de inversor extranjero, es necesario recurrir al derecho argentino”), RLA-26; *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB(AF)/09/01, laudo del 22 de septiembre de 2014, párrs. 534 y 535 (“the content of Claimant’s rights and obligations within the legal framework established by the relevant municipal legislation, as in the field of mining, social rights and the protection of the environment [...] the content of commitments made by Respondent to Claimant that the latter alleges have been violated [and] establishing the rights Venezuela recognises as belonging to Claimant”), RLA-27; *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. República Socialista de Sri Lanka*, caso CIADI No. ARB/87/2, laudo del 27 de junio de 1990, pág. 533, RLA-28.

³³³ Nueva Constitución Política del Estado del 7 de febrero de 2009, art. 30(III), RLA-3.

³³⁴ Naciones Unidas, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, 13 de septiembre del 2007, arts. 3 y 4. RLA-39.

³³⁵ Ley No. 1219 del 11 de septiembre de 2000, art. 1, RLA-107.

³³⁶ Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966, arts. 1(1) y 27, RLA-108; Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por Órganos de Derechos Humanos creados en virtud de Tratados, Observación general 29 – Artículo 27 (HRI/GEN/1/Rev 1)* del 29 de julio de 1994, párr. 3.2 RLA-109; Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en virtud del*

- b. El Convenio 169 de la OIT³³⁷ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (la “CADH”), incorporados por Leyes No. 1257 de 1991³³⁸ y 1430 de 1993³³⁹, respectivamente.

209. En *segundo lugar*, además de que estos instrumentos internacionales han sido incorporados al ordenamiento jurídico nacional con rango de ley, los tratados internacionales en materia de protección de los derechos humanos e indígenas han sido elevados al rango constitucional a través del bloque de constitucionalidad³⁴⁰. Es más, cuando el texto constitucional y el derecho internacional versan sobre la protección de derechos humanos, la Constitución dispone que la norma que otorgue mayor protección deberá prevalecer³⁴¹. Estas normas no se encuentran únicamente en la nueva Constitución de 2009. Desde 1967, la Constitución ya reconocía la autonomía y el derecho al autogobierno de los pueblos indígenas³⁴² e incorporaba directamente como parte de las disposiciones constitucionales las garantías de los tratados internacionales³⁴³.
210. En *tercer lugar*, las normas de protección de los derechos humanos e indígenas obligan tanto al Estado como a los particulares. Así lo determinó la Constitución³⁴⁴.

Artículo 40 del Pacto (CCPR/CO/74/SWE) del 24 de abril de 2002, párr. 15, RLA-190; Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Informe (HRC, A/55/40, [VOL I] (SUPP)) del 28 de julio de 2000, párrs. 506 y 507, RLA-191; Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas Distamen Comunicación No. 1457/2006 (CCPR/C/95/D/1457/2006) del 24 de abril de 2009, párr. 7.6, RLA-192.

³³⁷ Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, 27 de junio de 1989, art. 7(1), RLA-37.

³³⁸ Ley No. 1257 de 1991, RLA-38.

³³⁹ Ley No. 1430 de 1993, RLA-33.

³⁴⁰ Nueva Constitución Política del Estado del 7 de febrero de 2009, art. 256(I), RLA-3; Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, *sentencia No. 1250/2012 del 20 de septiembre de 2012, sección III.1*, RLA-194; Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, *sentencia No. 0014/2012 del 16 de marzo de 2012, sección III.1*, RLA-195.

³⁴¹ Nueva Constitución Política del Estado del 7 de febrero de 2009, art. 256(II), RLA-3.

³⁴² Constitución Política del Estado del 2 de febrero de 1967, art. 171, RLA-94.

³⁴³ *Id.*, art. 6(V).

³⁴⁴ Nueva Constitución Política del Estado del 7 de febrero de 2009, art. 108, RLA-3; Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, *sentencia No. 0085/2012 del 16 de abril de 2012, sección III.1.2* (“*la aplicación horizontal de los derechos fundamentales encuentra génesis directa en la parte dogmática de la Constitución Política del Estado, en particular, en el art. 109.1 que consagra el principio de aplicación directa de la Constitución*”), RLA-41. Ver, también, entre otras, Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, *sentencia No. 1673/2013 del 4 de octubre de 2013, sección*

que prevé incluso acciones constitucionales en contra de aquellos individuos (públicos o privados) que restrinjan o vulneren estos derechos³⁴⁵, y así lo previó expresamente la legislación minera para las empresas mineras que operan en el país³⁴⁶.

211. *Por último*, las disposiciones de Derecho boliviano y de derecho internacional relativas a la protección de las Comunidades Originarias deben ser aplicadas por el Tribunal como normas complementarias al Tratado, y no como simples elementos de hecho.
212. Para sustentar su posición, SAS invoca tres casos de inversión en los que una parte solicitó la aplicación de este tipo de derechos y dicha solicitud fue rechazada por el tribunal³⁴⁷. Sin embargo, SAS omite mencionar que, en los casos que cita, los tribunales no tuvieron que analizar la aplicabilidad de estas normas ya que decidieron la disputa con base en otros fundamentos de derecho³⁴⁸. Ahora bien, dados los hechos singulares y graves de este caso, las normas sobre derechos humanos e indígenas no sólo deben ser tenidas en cuenta por el Tribunal, sino que resultan fundamentales para la resolución de la disputa como parte del derecho interno boliviano y el derecho internacional. Esto se debe a, por lo menos, cuatro motivos:
213. *Primero*, como reconoce SAS, "*Bolivian law may be relevant to certain limited areas of the dispute, such as the question of whether the Legality Doctrine was met*"³⁴⁹. Los tribunales arbitrales citados por SAS confirman que la legislación nacional y el derecho internacional son aplicables a cuestiones no reguladas por el Tratado³⁵⁰.

III 2. RLA-42; Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, sentencia No. 1478/2013 del 22 de agosto de 2013, sección III.2, RLA-43.

³⁴⁵ Nueva Constitución Política del Estado del 7 de febrero de 2009, art. 128, RLA-3.

³⁴⁶ Código Minero de 1997, art. 15, C-30.

³⁴⁷ Réplica, párrs. 252-255.

³⁴⁸ *Grand River Enterprises Six Nations, LTD. y otras., c. Estados Unidos de América*, laudo CNUDMI del 12 de enero de 2011, párrs. 210-212, CLA-138; *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, laudo CNUDMI del 8 de junio de 2009, párr. 8, CLA-141; *Berikhard von Pezold y otros c. República de Zimbabue y Border Timbers Limited. Border Timbers International (Private) Limited. y Huispani Development Co. (Private) Limited c. República de Zimbabue*, caso CIADI No. ARB/10/15, Orden Procesal No. 2 del 26 junio de 2012, CLA-142.

³⁴⁹ Réplica, párr. 261.

³⁵⁰ *Quiborax S.A y Non Metallic Minerals S.A., c. Estado Plurinacional de Bolivia*, caso CIADI No. ARB/06/2, laudo del 16 de septiembre de 2013, párr. 91, CLA-158; *Chewon Corporation y Texaco*

siempre y cuando éstas no impliquen reclamos independientes³⁵¹. Puesto que este caso implica la activa participación de las Comunidades Originarias y las acciones del Estado en su defensa, el Tribunal deberá considerar las normas sobre la materia.

214. Segundo, no está en duda que CMMK estaba obligada a cumplir la legislación aplicable a un proyecto extractivo en Bolivia. El incumplimiento de sus disposiciones tiene graves consecuencias bajo el derecho internacional, como lo son, por ejemplo, la falta de jurisdicción por ilegalidad de la inversión y la no admisibilidad de los reclamos ante la falta de manos limpias (“*clean hands*”)³⁵². Como explicamos anteriormente, el derecho minero boliviano incorpora las normas de protección a las comunidades.
215. Tercero, el Tribunal deberá considerar las obligaciones del Estado Plurinacional de Bolivia según las normas citadas en esta sección para decidir, entre otras cosas, que la Reversión fue un ejercicio legítimo del poder público, perseguía fines de interés público válidos y era compatible con las expectativas legítimas que protege el Tratado.
216. Quarto, otros instrumentos de derecho internacional también son relevantes para la resolución de esta disputa pues el Tribunal debe buscar una interpretación armoniosa de las obligaciones internacionales de Bolivia, a menos de que sea imposible hacerlo³⁵³.
217. Al respecto, el Tribunal deberá aplicar como regla de interpretación la presunción de que las obligaciones internacionales de Bolivia son coherentes entre sí y declararlas incompatibles únicamente como último recurso³⁵⁴. Además, si las considera

Petroleum Company v. República del Ecuador, laudo parcial de fondo CNUDMI del 30 de marzo de 2010, párr. 159, CLA-159.

³⁵¹ *The Rompetrol Group N.V. v. Rumania*, caso CIADI No. ARB/06/3, laudo del 6 de mayo de 2013, párr. 170, CLA-132.

³⁵² Ver sección 4.2, *infra*.

³⁵³ SAS rechazaría injustificadamente cualquier preferencia a favor de una interpretación armoniosa sobre la base de una lectura altamente formalista de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. SAS supone que la Convención de Viena apoya el rechazo de una interpretación armoniosa porque requiere una interpretación basada en el texto del tratado, así como en el objetivo y propósito del mismo de acuerdo con el artículo 31(1), pero requiere una interpretación basada en otras obligaciones internacionales del artículo 31(3) (Réplica, párr. 244). Sin embargo, el artículo 31 no establece una jerarquía entre sus subsecciones y los comentarios explicativos para el Proyecto de la Convención de Viena.

³⁵⁴ B. Simma y T. Kil, “Harmonizing Investment Protection and International Human Rights: First Steps Towards a Methodology” en *International Investment Law for the 21st Century: Essays in*

incompatibles, debe entonces priorizar las obligaciones relativas a la protección de los derechos humanos ya que, como observa el juez Simma y confirma la Corte Interamericana, los derechos humanos son fundamentales para la dignidad humana, mientras que los derechos de inversión son meramente instrumentales³⁵⁵.

218. En la presente disputa, resulta sencillo lograr una interpretación armoniosa de las obligaciones internacionales de Bolivia, puesto que el propio Tratado hace relevante otras fuentes de derecho para determinar si Bolivia ha cumplido sus obligaciones bajo dicho instrumento. Otras obligaciones internacionales, por ejemplo, demuestran que, de conformidad con el Tratado, Bolivia actuó en ejercicio de sus poderes de orden público (“*police powers*”) persiguiendo un fin público y respetó las expectativas legítimas de SAS. Los derechos humanos e indígenas limitan la forma como Bolivia puede actuar y, en consecuencia, definen qué constituye poderes de orden público, un fin público y expectativas legítimas. Esto sigue siendo así independientemente de si las obligaciones surgen de un tratado celebrado con el Reino Unido, del derecho internacional consuetudinario o de cualquier otra fuente de derecho internacional³⁵⁶. SAS sostiene que esta forma de interpretación holística alteraría o degradaría la protección del Tratado³⁵⁷. Sin embargo, tal afirmación refleja una confusión analítica, ya que son las propias disposiciones aplicables del Tratado las que hacen relevantes otras obligaciones internacionales (e internas) aplicables para su interpretación.
219. Por todo lo anterior, las disposiciones del derecho internacional y la legislación boliviana que protegen los derechos humanos y de los pueblos indígenas no solamente

Honour of Christoph Schreuer, Oxford University Press, 2009, RLA-18; B. Simma, “Foreign Investment Arbitration. A Place for Human Rights?”, en *60 International and Comparative Law Quarterly* (2011), pág. 583, CLA-136.

³⁵⁵ B. Simma, “Foreign Investment Arbitration. A Place for Human Rights?”, en *60 International and Comparative Law Quarterly* (2011), pág. 591, CLA-136, citando el Informe del Alto Comisionado de Derechos Humanos; *Samborombón v. Paraguay*, caso CIDH, sentencia del 29 de marzo de 2006, párr. 140, RLA-20. La única respuesta de SAS es que el Reino Unido no es parte de la CADH (Réplica, párr. 258). Obviamente, SAS no considera que este criterio sea relevante debido a que cita ampliamente tribunales de inversión que interpretan tratados de los que no son partes ni el Reino Unido ni Bolivia.

³⁵⁶ SAS insiste erróneamente que otros instrumentos sólo son relevantes si estos fueron acordados entre las partes del Tratado (en este caso entre Reino Unido y Bolivia) (Réplica, párr. 246). No obstante, el Tratado no requiere que un Estado deba actuar siguiendo un propósito público o por legítimas expectativas o según sus poderes de policía que se deriven de instrumentos internacionales, mucho menos instrumentos en vigor entre el Reino Unido y Bolivia.

³⁵⁷ Réplica, párr. 245.

son relevantes, sino también necesarias para la resolución de la presente controversia, por lo que deberán ser aplicadas por el Tribunal.

3.2 CMMK violó repetidamente los derechos de las Comunidades Originarias de Maliku Khota obligando a Bolivia a intervenir y decretar la Reversión cuando las comunidades requirieron que sus derechos fueran protegidos

220. SAS alega que *"Bolivia's allegations of wrongdoing by the Company are recklessly made and demonstrably false"*³⁵⁸. Nada más lejos de la realidad. Bolivia ha demostrado que CMMK atentó contra los derechos y autonomía de las Comunidades Originarias, desconoció a las Autoridades Originarias, irrespetó las formas ancestrales para la toma de decisiones de las Comunidades Originarias y provocó enfrentamientos violentos entre comunarios. Como se describió en la sección 2 *supra*, la razón fundamental de la Reversión fue proteger los derechos fundamentales de las Comunidades Originarias y, en especial, proteger su vida.

221. En primer lugar, la Constitución boliviana, la DNUDPI, el Convenio 169 y la CADH — todos incorporados en la legislación boliviana — establecen el derecho fundamental de las comunidades indígenas a la autonomía en la determinación de sus asuntos³⁵⁹.

222. Conforme al derecho internacional y la legislación boliviana, las actuaciones de CMMK constituyeron repetidas violaciones del derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación y causaron el conflicto social descrito en la sección 2 *supra*. Bolivia tenía, en consecuencia, el deber constitucional de tomar medidas razonables para poner fin a estos abusos.

223. [REDACTED]

³⁵⁸ *Id.*, sección II(D).
³⁵⁹ *Ver* sección 3.1, *supra*.
³⁶⁰ [REDACTED]

[REDACTED]

224. Segundo, CMMK vulneró el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas cuando, sin otro motivo que el de diluir a la oposición, aumentó el Área de Influencia del Proyecto para involucrar a Comunidades lejanas a las que había prometido grandes beneficios. Esto creó tensiones y divisiones en la zona, especialmente con las Comunidades de Mallku Khota y Calachoca, las cuales, además de oponerse radicalmente al Proyecto, eran las más directamente perjudicadas por las perforaciones previstas por CMMK³⁶¹.
225. SAS no niega este hecho pero le resta relevancia alegando que existía un “overwhelming” o “significant support”³⁶⁴ al Proyecto. Como hemos explicado³⁶⁵, la imagen creada por CMMK de apoyo generalizado es falsa (puesto que resulta de la creación y manipulación de COTOA-6A) y, en cualquier caso, no puede reemplazar el consenso de las Comunidades Originarias, que requiere el sistema de adopción de decisiones de la Organización Ancestral. SAS reconoce implícitamente este requisito al no formular ninguna crítica a las explicaciones de Bolivia³⁶⁶ o el Dr. Uño sobre este punto³⁶⁷.
226. Tercero, CMMK también vulneró el derecho a la autonomía de las Comunidades Originarias cuando algunos de sus empleados ingresaron a finales de junio de 2012 a

³⁶¹ Ver Uño, párr. 51 (“la [jurisdicción indígena] sólo puede ser ejercida a través de sus autoridades legítimas, las cuales variarán según la zona y el nivel territorial de que se trate. Ellas además son las encargadas de la mediación con el Estado e instituciones privadas”), RER-1.

³⁶² Código Penal del Estado Plurinacional de Bolivia, arts. 124 y 163, RL.A-196.

³⁶³ Ver sección 2.1.1, *supra*.

³⁶⁴ Réplica, párr. 139.

³⁶⁵ Ver sección 2.2.2, *supra*.

³⁶⁶ Contestación, párrs. 52-55.

³⁶⁷ Uño, párr. 57 (“En general, en el campo de la organización ancestral, las autoridades legítimas en los distintos niveles territoriales están caracterizadas por una dualidad, en la que siempre hay una figura de autoridad masculina y una femenina: la Mama T’alla. Además, los sistemas de gobierno están fundamentalmente basados en el consenso. Así, por ejemplo, en caso de que una autoridad de algún nivel territorial no pueda solucionar algún conflicto por involucrar a otra unidad territorial, ésta deberá transmitir el caso a la autoridad del nivel territorial superior, quien deberá buscar una solución en consenso con los involucrados, sin poder imponer su voluntad”), RER-1.

la zona de Mallku Khota portando vestimentas tradicionales de estas Comunidades³⁶⁸ con el objetivo de infiltrarse en una reunión de las Comunidades Originarias.

227. En *segundo lugar*, tanto el PIDCP como la CADH – parte del derecho constitucional boliviano – reconocen y consagran los derechos humanos fundamentales a la vida y a la integridad física. De acuerdo con estos instrumentos, toda persona tiene derecho a la vida, lo que prohíbe toda privación arbitraria de la misma³⁶⁹. Asimismo, toda persona tiene derecho a la integridad física, lo que prohíbe la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes³⁷⁰. Estos derechos también prohíben toda acción que pueda crear graves riesgos de incumplimiento.
228. Además de vulnerar el derecho de las comunidades indígenas al autogobierno, las acciones de CMMK también vulneraron los derechos humanos de los indígenas que forman parte de las Comunidades Originarias. CMMK vulneró los derechos a la vida y la integridad física cuando, desafiando a las autoridades locales, fomentó la violencia dentro y alrededor de las Comunidades Originarias afectadas en beneficio de su interés por seguir con la exploración.
229. Como Bolivia ha demostrado³⁷¹, CMMK causó o agravó, por lo menos, los siguientes acontecimientos violentos que atentaron contra los derechos humanos de las Comunidades Originarias:
230. Primero, en abril de 2012, comunarios de COTOA-6A intentaron [REDACTED] [REDACTED])³⁷², tal como reconoce SAS³⁷³.

³⁶⁸ Ver sección 2.3.2, *supra*.

³⁶⁹ Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966, art. 6(1), RLA-188; Organización de los Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 7 al 22 de noviembre de 19, art. 4(1), RLA-32.

³⁷⁰ Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966, art. 7, RLA-188; Organización de los Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 7 al 22 de noviembre de 1969, arts. 5(1) y (2), RLA-32.

³⁷¹ Ver secciones 2.1.3 y 2.3.1, *supra*.

³⁷² Acta de declaración sobre abusos en contra de miembros de las Comunidades Originarias, R-70.

³⁷³ Réplica, párr. 133.

231. Segundo, fue por la interposición de denuncias penales temerarias (una de ellas con fundamento en el secuestro que el mismo Saúl Reque, de CMMK, provocó³⁷⁴) que la policía intervino el 5 de mayo de 2012 en la Comunidad de Mallku Khota. Este hecho ocasionó un enfrentamiento de graves proporciones entre los comunarios y la fuerza pública³⁷⁵ que terminó en la retención de dos policías.

232. [REDACTED]

233. [REDACTED]

234. [REDACTED]

³⁷⁴ Resolución de archivo de la denuncia de Xavier Gonzales Yutronic contra miembros de las Comunidades Originarias del 28 de febrero de 2014, R-75. Ver, también, Contestación, párrs. 151-154.

³⁷⁵ Ver sección 2.3.1, *supra*.

³⁷⁶ *Id.*

³⁷⁷ [REDACTED]

³⁷⁸ Ver sección 2.3.1, *supra*.

³⁷⁹ *Id.*

³⁸⁰ [REDACTED]

[REDACTED]

235. Quinto, la infiltración de empleados de CMMK a la zona de Mallku Khota vistiendo atuendos de las Comunidades Originarias el 28 de junio de 2012 causó una ola de violencia en la que perdió la vida el Sr. José Mamani³⁶³. La confrontación con la policía que llevó a estos lamentables hechos no habría tenido lugar si CMMK no hubiese provocado la intervención de la policía³⁶⁴ [REDACTED]

236. El conflicto social y el malestar generado (y agravado) intencionalmente por CMMK fueron una amenaza constante contra los derechos a la vida y a la integridad física de miembros de las Comunidades Originarias (e, incluso, de otros ciudadanos bolivianos) y constituyeron una vulneración continua de los mismos³⁶⁷

237. [REDACTED]

Cuncio Rojas. Por ello, llamé nuevamente a Edmundo Coronel y le instruí iniciar una rifa callejera contra Cuncio Rojas para provocar su arresto”), RWS-7.

³⁶² Entrevista a Félix Bocerra, miembro de la CONAMQ, video, mayo de 2012, R-86.

³⁶³ Gob. Gonzales I, párr. 69, RWS-1. Ver, también, CF Noticias, Comunitarios de Mallku Khota agradecieron a policías en La Paz del 8 de junio de 2012, video, R-89.

³⁶⁴ Ver sección 2.3.2, *supra*.

³⁶⁵ Gob. Gonzales I, párrs. 77 y 78, RWS-1. Ver, también, Navarro, párr. 40 (“Según pudimos esclarecer en los días siguientes, CMMK incitó a la fuerza pública a que ingresara a la Comunidad de Mallku Khota, lo cual era completamente desaconsejable teniendo en cuenta los antecedentes de otros enfrentamientos entre estas Comunidades. Como consecuencia de la incursión policial, las Comunidades Originarias iniciaron un enfrentamiento en el que lamentablemente perdió la vida uno de los comunitarios de Mallku Khota”), RWS-2.

³⁶⁶ El Sr. Gonzales Yutronic reprocha al entonces Gobernador Gonzales que esta medida no se adoptase con más dureza. Ver Gonzales Yutronic II, párr. 50, CWS-8.

³⁶⁷ [REDACTED]

³⁶⁷ Ver, por ejemplo, *Perazo y otros c. Venezuela*, caso CIDH, sentencia del 28 de enero de 2009, párrs. 140-141, RLA-197; *Ros y otros c. Venezuela*, caso CIDH, sentencia del 28 de enero de 2009, párrs. 148-149, RLA-198.

[REDACTED]

238. En cuarto lugar, Bolivia tenía el deber jurídico de proteger los derechos de las comunidades indígenas ante las sistemáticas violaciones a sus derechos cometidas por CMMK. Así lo establece el derecho constitucional de Bolivia y el derecho internacional³⁹¹. Por una parte, el Convenio 169 obliga a los gobiernos a actuar para proteger los derechos de los pueblos indígenas y para garantizar el respeto de esos derechos³⁹². Por otra parte, tanto el PIDCP como la Convención Interamericana de Derechos Humanos exigen que los Estados protejan los derechos humanos de todas las personas dentro de su jurisdicción³⁹³. El derecho constitucional boliviano establece obligaciones equivalentes, basándose en el derecho internacional³⁹⁴.
239. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (la “Corte Interamericana”), interpretando la CADH en su célebre decisión *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, fue la primera en explicar el deber del Estado de proteger los derechos humanos y adoptar medidas para prevenir su violación. La Corte concluyó que “[e]l Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos

³⁸⁸ Informe mensual de relaciones comunitarias de CMMK, marzo de 2008, pág. 3 (el resaltado es nuestro), C-163.

³⁸⁹ [REDACTED]

³⁹⁰ *Fernández Ortega c. México*, caso CIDH, sentencia del 30 de agosto de 2010, párrs. 78, 128 y 131, RLA-199; *Rosendo Cantú y otra c. México*, caso CIDH, sentencia del 30 de agosto de 2010, párrs. 71, 118 y 121, RLA-200.

³⁹¹ Nueva Constitución Política del Estado del 7 de febrero de 2009, arts. 13(1) y 98(1) RLA-3.

³⁹² Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, 27 de junio de 1989, art. 2(1) RLA-37.

³⁹³ Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966, artículo 2, RLA-188; Organización de los Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 7 al 22 de noviembre de 1969, art. 1(1), RLA-32.

³⁹⁴ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, sentencia No. 0112/2014-S1 del 26 de noviembre de 2014, sección III.2, RLA-301.

humanos [...]”³⁹⁵. Asimismo, señaló que “[e]l deber de prevenir abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos [...]”³⁹⁶.

240. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos, el órgano autorizado para la interpretación y aplicación del PIDCP, ha adoptado una interpretación amplia del deber del Estado de proteger los derechos humanos. Concretamente, la Observación General No. 31 establece que “por no haberse garantizado los derechos reconocidos en el Pacto como se dispone en el artículo 2, los Estados Parte infringen estos derechos permitiendo que particulares o entidades cometan tales actos o no adoptando las medidas apropiadas o no ejerciendo el cuidado debido para prevenir [...]”³⁹⁷.

241. Este deber de protección contra y prevención de las violaciones de los derechos humanos se extiende a los derechos de los pueblos indígenas, incluido el derecho a organizar sus asuntos internos autónoma e independientemente y tomar decisiones sobre asuntos que afectan a su comunidad y sus derechos. Tal y como decidió la Corte Interamericana, los Estados tienen:

*[L]a obligación [...] de garantizar a los pueblos indígenas y tribales su participación en las decisiones relativas a medidas que pueden afectar sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal, de acuerdo con sus valores, costumbres y formas de organización. [...] En esta línea, el Estado debe asegurar que los derechos de los pueblos indígenas y tribales no sean olvidados en cualquier otra actividad o acuerdo que haga con terceros, o en el marco de decisiones del poder público que afectarían sus derechos e intereses*³⁹⁸.

242. En vista de la situación persistente de violencia y ante la disyuntiva de hacer o no prevalecer el Proyecto sobre los derechos de las Comunidades Originarias, el único medio razonable de protección a disposición de Bolivia fue la Rebelión. La

³⁹⁵ *Velásquez-Rodríguez c. Honduras*, caso CIDH, sentencia del 29 de julio de 1988, párrs. 174-175, RLA-202.

³⁹⁶ *Id.*

³⁹⁷ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General No. 31, *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto* (CCPR/C/21/Rev.3/Add.13) del 26 de mayo de 2004, párr. 8, RLA-203.

³⁹⁸ *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz & sus miembros c. Honduras*, caso CIDH, sentencia del 8 de octubre de 2015, párrs. 158 y 160, RLA-204.

efectividad de esta medida es confirmada por el Ministro Navarro³⁹⁹ y los comunarios de Mallku Khota⁴⁰⁰.

243. Del mismo modo, la Gobernación intervino como mediadora⁴⁰¹ pero CMMK minó este esfuerzo, al tiempo que intentó implementar una estrategia de desinformación a autoridades del Gobierno Central, todo ello con el fin de negar el conflicto que existía entre las Comunidades Originarias. Las acciones de CMMK en contra de los esfuerzos de mediación del Estado, aunado a la situación de violencia que había creado, tornó imposible otros medios de solucionar el conflicto.

244. Por último, el comportamiento de CMMK no permitía al Estado confiar en que la Compañía cumpliría con la normativa boliviana e internacional para asegurar el respeto de los derechos humanos de las Comunidades Originarias, por lo que la Reversión era la única alternativa disponible para asegurar dicho cumplimiento.

4. EL TRIBUNAL NO TIENE JURISDICCION PARA RESOLVER LOS RECLAMOS DE SAS Y, EN CUALQUIER CASO, DEBE RECHARZARLOS POR SER INADMISIBLES

245. El Tribunal no tiene jurisdicción sobre los reclamos de SAS y, en todo caso, estos son inadmisibles. Como Bolivia señaló en su Contestación, esto se debe a que el Tratado no protege inversiones indirectas y, en todo caso, si las protegiera (*quod non*), SAS no es un *inversionista* ni realizó una *inversión* de conformidad con el Tratado (Sección 4.1). En todo caso, las acciones ilícitas e inapropiadas de CMMK hacen los

³⁹⁹ Navarro, párr. 43 (“por la información que conosco, las Comunidades Originarias llevaron a cabo reuniones, ampliados, que derivaron en enfrentamientos físicos entre ellas. Estos enfrentamientos se produjeron porque unas comunidades eran opositoras a la empresa y otras demandaban el respeto a la misma. Por lo tanto, conocimos que había un nivel de enfrentamiento generado por un actor externo que no era básicamente de la comunidad, sino una empresa que tenía como finalidad la explotación y el aprovechamiento de las riquezas de los recursos naturales. La reversión de las Concesiones permitió excluir al actor externo (la CMMK) y poner fin a este enfrentamiento”), RWS-2. Ver sección 2.3.2, *supra*.

⁴⁰⁰ Chajmi, párr. 36 (“Ahora que CMMK no está, y a pesar de que ha habido algunos malentendidos entre comunarios y hay expectativas sobre la posibilidad de que haya nuevos proyectos mineros a cargo de la COMIBOL, se ha mantenido la paz en la zona de los cinco ayllus y no ha habido nuevos enfrentamientos entre hermanos como en aquellos del 2012”), RWS-3; Voto resolutorio de la Comunidad de Mallku Khota del 26 de febrero de 2016 (“Aclaremos que peliamos (sic) entre hermanos por la división que hicieron lo de la empresa, que trajeron comunarios de otras zonas a trabajar, no respetaron los usos y costumbres de la comunidad y nos atacaron físicamente y con políticas y fiscales. No respetaron nuestra autonomía (sic) y acabaron con la vida del hermano Jose Mamani”), R-158.

⁴⁰¹ Ver sección 2.2.1, *supra*.

reclamos de SAS inadmisibles puesto que acude al Tribunal sin “*clean hands*” (Sección 4.2).

4.1 El Tribunal carece de jurisdicción dado que SAS no es titular directo ni de CMMK ni de las Concesiones Mineras, no ha realizado ninguna inversión en Bolivia y no es parte en esta disputa con Bolivia

246. SAS sostiene que “*South American Silver is a protected ‘company’ under the Treaty that owns qualifying ‘investments’ in Bolivia, in the form of its 100 percent shareholding in CMMK and the ten Mining Concessions*”⁴⁰².

247. Sin embargo, SAS tiene la carga de probar que el Tratado le otorga jurisdicción al Tribunal. El principio general de derecho internacional *actori incumbit onus probanda*, codificado por la Asamblea General de la CNUDMI en su Reglamento, indica que: “[c]ada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus acciones o defensas”⁴⁰³. SAS no ha negado que tiene la carga de la prueba sobre la jurisdicción del Tribunal en este procedimiento.

248. SAS, sin embargo, es incapaz de demostrar siquiera *prima facie* que el Tribunal tiene competencia en relación con sus reclamos. En *primer lugar*, SAS no califica como inversionista en Bolivia porque quienes detentaban las acciones de CMMK y sus Concesiones Mineras eran empresas intermediarias de las Bahamas y el Tratado no protege inversiones indirectas (Sección 4.1.1). En *segundo lugar*, SAS no tiene ninguna inversión, directa o indirecta, porque no es inversionista ni en CMMK ni en las Concesiones Mineras. El único inversionista indirecto que tendría una inversión sería SASC (Sección 4.1.2). En *tercer lugar*, la jurisdicción solamente se extiende a partes interesadas en este arbitraje y SAS no lo es (Sección 4.1.3).

4.1.1 El Tribunal carece de jurisdicción por cuanto el Tratado sólo protege inversiones directas

249. SAS sostiene que el “[a]rticle 8(1) of the Treaty clearly applies to both the direct and indirect owners of a qualifying investment [...]”⁴⁰⁴. Sin embargo, el Tratado solo protege las inversiones directas.

⁴⁰² Réplica, párr. 150.

⁴⁰³ Reglamento, art. 27(1).

⁴⁰⁴ Réplica, párr. 153.

250. En primer lugar, el texto del artículo 8(1) del Tratado no menciona las inversiones indirectas al consagrar el consentimiento de sus partes al arbitraje:

Las diferencias entre un nacional o una sociedad de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante concernientes a una obligación de la última conforme a este Convenio y en relación con una inversión de la primera que no hayan sido arregladas legalmente y amigablemente, pasado un período de seis meses de la notificación escrita del reclamo, serán sometidas a arbitraje internacional si así lo desea cualquiera de las partes en la diferencia⁴⁰⁵.

251. Si las partes del Tratado hubieran tenido la intención de otorgar jurisdicción a un tribunal para decidir sobre inversiones indirectas, lo habrían hecho de forma expresa, tal y como ocurre en muchos otros tratados⁴⁰⁶.

252. En segundo lugar, las partes limitaron la jurisdicción del artículo 8(1) a “una inversión *de* [una sociedad de una Parte Contratante]”⁴⁰⁷. La preposición “*de*” u “*of*” (en inglés) conlleva, conforme a la Real Academia Española, una relación de “*pertenencia*”, e implica, de acuerdo con el Diccionario Oxford de lengua inglesa, “*an association between two entities, typically one of belonging [...]*”⁴⁰⁸. Las preposiciones “*de*” u “*of*” suponen necesariamente una conexión directa.

253. SAS, invocando el caso *Standard Chartered c. Tanzania*, intenta demostrar que el significado de la preposición “*de*” u “*of*” sería ambiguo y que el Tribunal no podría interpretar el Tratado basándose únicamente en definiciones lexicográficas⁴⁰⁹. Sin embargo, el texto de este artículo, aunado al del art. 8(1) antes citado, confirma que la intención de las partes contratantes del Tratado era proteger las inversiones directas. *In claris non fit interpretatio*.

254. SAS, por lo tanto, no puede prevalecerse del Tratado ya que:

- a. CMMK, la compañía propietaria de las Concesiones, es una sociedad constituida conforme a las leyes de Bolivia⁴¹⁰;

⁴⁰⁵ Tratado, art. 8(1), C-1.

⁴⁰⁶ *Brown v. Stott*, Consejo Privado del Reino Unido, fallo de Lord Bingham of Cornhill del 5 de diciembre de 2000, 1 AC 681, 2003, pág. 703, RLA-51.

⁴⁰⁷ Tratado, art. 8(1), C-1.

⁴⁰⁸ Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, 22ª ed., “*de*”, RLA-47; Oxford Dictionaries, “*of*”, RLA-48.

⁴⁰⁹ Réplica, párrs. 155-157.

⁴¹⁰ Certificados de acciones de CMMK, C-9; Escritura pública de constitución de CMMK, C-11.

- b. las sociedades Productora Ltd.⁴¹¹, GM Campana Ltd.⁴¹² y Malku Khota Ltd.⁴¹³ son las propietarias *directas*⁴¹⁴ de la supuesta inversión y están constituidas de conformidad con las leyes de Bahamas, territorio al que no se le aplica el Tratado; y
- c. en todo caso, si se admitiera que el Tratado protege la propiedad indirecta de una inversión (*quoad non*), SASC es la verdadera propietaria *indirecta* de la supuesta inversión afectada por la Reversión⁴¹⁵ y es una sociedad constituida conforme a las leyes de Canadá⁴¹⁶.
255. La utilización de SAS (una sociedad constituida en Bermuda) por parte de SASC para acceder a la jurisdicción del Tratado es una maniobra de *treaty shopping* que desconoce el texto del Tratado y, por lo tanto, debe ser desestimada por el Tribunal.
256. Al respecto, el intento de SAS de evadir esta disposición del Tratado haciendo referencia a la decisión de la CIJ en el caso *ELSI* es inapropiado. Según SAS, *ELSI* permitiría concluir que los tribunales tienen jurisdicción sobre una inversión indirecta salvo que una declaración expresa en el tratado indique lo contrario⁴¹⁷. Sin embargo, la CIJ indicó lo contrario⁴¹⁸.
257. Lejos de suponer que existe jurisdicción o admisibilidad al no existir una exclusión expresa de la protección de las inversiones indirectas, la CIJ en el caso *ELSI* dejó claro que todos los reclamos de una parte deben cumplir con los requisitos para acceder a la jurisdicción y ser admisibles, salvo que exista una renuncia manifiesta. Del mismo modo, es un principio del derecho internacional consuetudinario que los

⁴¹¹ Certificado de constitución de Productora, Ltd., C-7.

⁴¹² Certificado de constitución de GM Campana, Ltd., C-8.

⁴¹³ Certificado de constitución de Malku Khota, Ltd., C-6.

⁴¹⁴ Certificado de la composición accionaria de CMMK, R-179.

⁴¹⁵ Ver sección 4.1.2, *infra*; Lista de propiedades de SASC, R-180.

⁴¹⁶ Certificados de constitución y cambio de nombre de SASC, C-18.

⁴¹⁷ Replica, párr. 168.

⁴¹⁸ *Elektronika Škoda SpA (ELSI) (Estados Unidos de América c. Italia)*, caso CIJ, sentencia del 20 de julio de 1989, párr. 50 ("The Chamber has no doubt that the parties to a treaty can therein either agree that the local remedies rule shall not apply to claims based on alleged breaches of that treaty; or confirm that it shall apply. Yet the Chamber finds itself unable to accept that an important principle of customary international law should be held to have been tacitly dispensed with, in the absence of any words making clear an intention to do so"), RLA-17.

tribunales sólo tienen jurisdicción sobre controversias respecto de las cuales existe un consentimiento expreso⁴¹⁹. Por lo tanto, siguiendo el razonamiento de la CIJ, el Tribunal sólo podría dejar de aplicar este principio si existieran “*words making clear an intention to do so*”⁴²⁰. No es el caso.

258. En tercer lugar, las circunstancias en las que el Tratado fue celebrado confirman que las Partes Contratantes excluyeron intencionalmente las inversiones indirectas de su ámbito de aplicación. La evidencia de la intención de las Partes (y, especialmente, de Bolivia) surge del análisis de otros tratados de inversión celebrados por el Estado en la misma época. Bolivia expresamente extendió el alcance de la protección a las inversiones indirectas en los tratados que celebró con Suiza, en 1987, Francia, en 1989, y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa, en 1990⁴²¹. Así como en esos casos esta protección fue incluida por las partes, quedó excluida de los tratados celebrados con Alemania, en 1987, Suecia, en 1990, e Italia, en 1990⁴²².
259. Como expone el Prof. Zachary Douglas, estas diferencias terminológicas son fundamentales para el examen de jurisdicción. En sus palabras, “[t]he principle verba

⁴¹⁹ *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, caso CIADI No. ARB/03/24, decisión de jurisdicción del 8 de febrero de 2005, párr. 198 (“*Nowadays, arbitration is the generally accepted avenue for resolving disputes between investors and states. Yet, that phenomenon does not take away the basic prerequisite for arbitration: an agreement of the parties to arbitrate. It is a well-established principle, both in domestic and international law, that such an agreement should be clear and unambiguous*”) (el resultado es nuestro), RLA-205. Ver, también, *Wintershall Aktiengesellschaft c. República de Argentina*, caso CIADI No. ARB/04/14, laudo del 8 de diciembre de 2008, párr. 167, RLA-206; *Telenor Mobile Communications A.S. c. Hungría*, caso CIADI No. ARB/04/15, laudo del 13 de septiembre de 2006, párr. 92, RLA-207; *Vladimir Berschader y Idoina Berschader c. Federación Rusa*, caso No. 080/2004 del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, laudo del 21 de abril de 2006, párr. 208, RLA-208; C. McLachlan QC, L. Shore, M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007, párr. 7.168, RLA-209.

⁴²⁰ *Electronicon Sicula SpA (ELSI) (Estados Unidos de América c. Italia)*, caso CIJ, sentencia del 20 de julio de 1989, párr. 50, RLA-17.

⁴²¹ Tratado entre la Unión económica Belgo-Luxemburguesa y la República de Bolivia sobre la promoción y protección recíprocas de inversiones, celebrado el 25 de abril de 1990, art. 1(2), RLA-210; Tratado entre la Confederación Suiza y la República de Bolivia sobre la promoción y la protección recíprocas de inversiones, celebrado el 6 de noviembre de 1987 y en vigor desde el 17 de mayo de 1991, art. 1(b), RLA-52; Tratado entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de la República de Bolivia sobre la promoción y protección recíprocas de inversiones, celebrado el 25 de octubre de 1989, art. 1(3), RLA-211.

⁴²² Tratado entre la República Federal de Alemania y la República de Bolivia sobre la promoción y protección de inversiones, celebrado el 23 de marzo de 1987, art. 1, RLA-212; Tratado entre la República Italiana y el Gobierno de la República de Bolivia sobre la promoción y la protección de inversiones, celebrado el 30 de abril de 1990, art. 1(1), RLA-213; Tratado entre el Reino de Suecia y la República de Bolivia sobre la promoción y protección de inversiones, celebrado el 20 de septiembre de 1990, art. 1(1), RLA-214.

aliquid operari debent as a canon of treaty interpretation requires that effect be given to the expansive terms 'directly' and 'indirectly' so that treaties with this stipulation can be meaningfully distinguished from treaties without it⁴²³. Aunque SAS diga lo contrario⁴²⁴, en opinión del Prof. Douglas, la consecuencia de este principio es que la jurisdicción de este Tribunal queda limitada a las inversiones directas únicamente⁴²⁵.

260. Ante ello, SAS se limita a señalar que el artículo 32 de la Convención de Viena no admite el examen de otros tratados porque (i) este artículo sólo puede aplicarse cuando existen dudas sobre la interpretación correcta del texto, el objeto y el fin del Tratado, y, (ii) si se aplicara, sólo permitiría considerar los *travaux préparatoires* como fuente de interpretación. Estos argumentos son incorrectos.
261. Primero, el artículo 32 de la Convención de Viena no limita únicamente a los *travaux préparatoires* las fuentes que pueden ser consultadas para esclarecer la interpretación de un tratado. Por el contrario, dicho artículo admite, sin distinción, que se tengan en cuenta todas las "circunstancias de su celebración"⁴²⁶. Los tribunales que cita SAS para desconocer el contenido de esta regla de interpretación erraron al no aplicar el principio *verba aliquid operari debent*⁴²⁷.
262. Segundo, aunque Bolivia considera que una lectura sistemática del texto del Tratado es suficiente para concluir que éste no protege inversiones indirectas (*e in claris non fit interpretatio*), SAS insiste en que el texto del Tratado sería ambiguo y que el Tribunal debería asumir su jurisdicción teniendo en cuenta esta circunstancia⁴²⁸. Para ello, cita el caso *Standard Chartered Bank c. Tanzania* en el que el tribunal afirmó que: "The Tribunal is mindful that with respect to the preposition 'of' different

⁴²³ Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, párr. 578, RLA-53.

⁴²⁴ Réplica, párr. 174.

⁴²⁵ Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, párr. 580, RLA-53.

⁴²⁶ Convención de Viena, art. 32, RLA-11.

⁴²⁷ *Grupo Rompetrol N.V. c. Romania*, caso CIADI No. ARB/06/3, decisión sobre objeciones preliminares a la jurisdicción y admisibilidad del 18 de abril de 2008, párr. 108, CLA-112; *The Yip Shun c. República de Perú*, caso CIADI No. ARB/07/6, decisión de jurisdicción del 19 de junio de 2009, párr. 109, CLA-104; *Aguas del Tamar, S.A. c. República de Bolivia*, caso CIADI No. ARB/02/3, decisión sobre jurisdicción del 21 de octubre de 2005, párr. 314, CLA-99; *Guerrerochilí América, Inc. y Rurelec PLC c. Estado Plurinacional de Bolivia*, caso CPA No. 2011-17, laudo del 31 de enero de 2014, párr. 354, RLA-29.

⁴²⁸ Ver, por ejemplo, Réplica, párrs. 166-170.

*meanings can be adduced*⁴²⁹. Es, precisamente, por esta razón, que otros tratados contemporáneos celebrados por Bolivia son relevantes bajo la regla de interpretación del artículo 32 de la Convención de Viena. Estos instrumentos dejan claro que no existe tal carácter equívoco, dado que la exclusión de inversiones indirectas fue intencional.

263. Por lo tanto, el texto del Tratado no prevé la protección de inversiones indirectas y, de ser ambiguo, la intención de sus Partes fue excluir dichas inversiones al no haberlas protegido expresamente, como sí hicieron en otros tratados contemporáneos.
- 4.1.2 Incluso, asumiendo que el Tratado protege inversiones indirectas (*quod non*), el Tribunal carece de jurisdicción dado que SAS no realizó ninguna inversión en Bolivia y SASC sería el único inversionista indirecto
264. SAS sostiene que “*whether South American Silver is the ultimate owner of the shares in CMMK and of the ten Mining Concessions is entirely irrelevant for purposes of the Tribunal’s jurisdiction*” porque “[t]he Treaty protects such indirect owners even if they are not the ultimate owners of the investments [...]”⁴³⁰. Esto, sin embargo, no responde al argumento principal de Bolivia consistente en que el Tratado protege únicamente a quienes realizaron una inversión⁴³¹. En el presente caso, SASC fue el último y único dueño de la inversión en Bolivia porque fue la única entidad que tuvo un vínculo real con CMMK y las Concesiones Mineras.
265. En primer lugar, el artículo 8(1) del Tratado atribuye jurisdicción únicamente a inversiones “*de una sociedad de una Parte Contratante*”⁴³². Sin embargo, para que un activo constituya una inversión de una compañía, dicha compañía debe tener un vínculo objetivo con ese activo: debe haber participado activamente en la realización de la inversión en el Estado receptor.
266. Como es sabido, el tribunal en el caso *Salini* explicó que el acto de invertir implica que se verifiquen cuatro elementos: (i) la adquisición de la inversión con un correspondiente aporte de recursos, (ii) el asumir riesgos para obtener un rendimiento, (iii) una duración temporal mínima, y (iv) la contribución al desarrollo económico del

⁴²⁹ Réplica, párr. 157, citando *Standard Chartered Bank v. República de Tanzania*, caso CIADI No. ARB/10/12, laudo del 2 de noviembre de 2012, párr. 216, RLA-60.

⁴³⁰ Réplica, párrs. 151 y 184.

⁴³¹ Contestación, párr. 245.

⁴³² Tratado, art. 8(1), C-1.

Estado receptor⁴³³. A pesar de que el tribunal *Salini* identificó estos factores al analizar los requisitos jurisdiccionales bajo el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (“Convenio CIADI”), otros tribunales de inversión bajo otros tratados y reglamentos los han considerado relevantes y aplicables a la definición misma de “inversión”⁴³⁴. Del mismo modo, la doctrina – incluidos los Profs. Zachary Douglas y Christoph Schreuer – ha avalado la naturaleza objetiva de la inversión teniendo en cuenta estos elementos⁴³⁵, por lo que los requisitos del llamado *Salini test* son una exposición reconocida y autorizada del concepto de inversión bajo el derecho internacional de las inversiones.

267. Mientras que la existencia de una inversión exige el cumplimiento de los cuatro factores *Salini*, la forma que puede tomar una inversión es específica en el propio tratado⁴³⁶. Bajo este entendido, el tribunal en *Quibornax* concluyó que, para que exista jurisdicción, una inversión debe satisfacer los factores del caso *Salini* además de haberse realizado conforme a lo dispuesto en el tratado:

⁴³³ *Salini Costruttori S.P.A. y Italstrade S.P.A c. Reino de Marruecos*, caso CIADI No. ARB/00/4, decisión sobre jurisdicción del 23 de julio de 2001, párr. 52, RLA-215.

⁴³⁴ Para tratados de inversión, *Romak S.A. (Suiza) c. La República de Uzbekistán*, caso CPA No. AA280, laudo del 26 de noviembre de 2009, párr. 207, RLA-216; *Joy Mining Machinery Ltd. c. La República Árabe de Egipto*, caso CIADI No. ARB/03/11, laudo de jurisdicción del 6 de agosto de 2004, párr. 44, RLA-217; *Curatube International Oil Company LLP c. República de Kazakstán*, caso CIADI No. ARB/08/12, laudo del 5 de junio de 2012, párrs. 357-360, RLA-59; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán*, caso CIADI No. ARB/03/29, decisión de jurisdicción del 14 de noviembre de 2005, párrs. 121 y 136-138, RLA-218. Para el Convenio de Washington, *Joy Mining Machinery Ltd. c. La República Árabe de Egipto*, caso CIADI No. ARB/03/11, laudo de jurisdicción del 6 de agosto de 2004, párr. 53, RLA-217; *Salini Costruttori S.P.A. y Italstrade S.P.A c. Reino de Marruecos*, caso CIADI No. ARB/00/4, decisión sobre jurisdicción del 23 de julio de 2001, párr. 52, RLA-215; *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH y otros c. Ucrania*, caso CIADI No. ARB/08/8, decisión de jurisdicción del 8 de marzo de 2010, párr. 131, RLA-219; *Chevron Corporation (U.S.A.) y Texaco Petroleum Corporation (U.S.A.) c. La República de Ecuador*, caso CNUDMI, laudo parcial del 1 de diciembre de 2008, párr. 192, CLA-102; *Saba Fakes c. Turquía*, caso CIADI No. ARB/07/20, laudo del 14 de julio de 2010, párrs. 108 y 110, RLA-61.

⁴³⁵ Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, “Rule 23”, págs. 189-202, RLA-53; C. H. Schreuer, *The ICSID Convention – A Commentary*, Cambridge, 2ª edición, 2009, párr. 154, RLA-220.

⁴³⁶ Tratado, art. 1(a) (“el concepto ‘inversiones’ significa toda clase de bienes capaces de producir rentas y en particular, aunque no exclusivamente, comprende: (i) bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales, como hipotecas y derechos de prenda; (ii) acciones, títulos y obligaciones de sociedades o participación en los bienes de dichas sociedades; (iii) derechos a fondos o a prestaciones bajo contrato que tengan un valor económico; (iv) derechos de propiedad intelectual y goodwill; (v) cualesquiera concesiones de tipo comercial otorgadas por las Partes Contratantes de conformidad con sus respectivas leyes, incluidas las concesiones para la exploración, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales”), C-1.

Según Bolivia, debe trazarse una distinción entre los objetos de una inversión, 'como por ejemplo acciones o concesiones [...] y la acción de invertir'. El Tribunal está de acuerdo. Si bien una inversión pueda materializarse jurídicamente en acciones u otros títulos, la mera propiedad de una acción en sí misma resulta insuficiente para probar una contribución en dinero o en especie. En el presente caso, surge del expediente que Fosh recibió una acción para dar cumplimiento a una formalidad de derecho societario boliviano, y que en ningún momento efectuó una contribución personal a la inversión. Por ello, el Tribunal concluye que el Sr. Fosh no ha hecho una inversión en los términos del Artículo 25(1)⁴³⁷.

268. El objeto y el fin de los tratados de inversión exigen que la jurisdicción de los tribunales esté limitada a aquellas inversiones en las que se verifique la existencia de una relación económica como la descrita en *Salini*. El tribunal en *Caratube* observó que, “[a]s one of the goals of the BIT is the stimulation of flow of private capital, BIT protection is not granted simply to any formally held asset, but to an asset which is the result of such a flow of capital⁴³⁸” y concluyó que, “even though the BIT definition of ‘investment’ does not expressly qualify the contributions by way of which the investment is made, the existence of such a contribution as a prerequisite to the protection of the BIT is implied⁴³⁹”.
269. SAS omite señalar⁴⁴⁰ que el Tratado expresa como objetivo general “estimular la iniciativa económica privada y aumentar [...] la prosperidad de ambos Estados”⁴⁴¹. En consonancia con lo establecido por el tribunal en *Caratube*, el preámbulo da cuenta del objeto y fin del Tratado. Estos elementos, a su vez, confirman que la jurisdicción sólo existe respecto de ciertas relaciones económicas: sólo puede existir jurisdicción

⁴³⁷ *Quthorax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosh Kaplón c. Estado Plurinacional de Bolivia*, caso CIADI No. ARB/06/2, decisión sobre jurisdicción del 27 de septiembre de 2012, párr. 233, RLA-56.

⁴³⁸ *Caratube International Oil Company LLP c. República de Kazakstán*, caso CIADI No. ARB/08/12, laudo del 5 de junio de 2012, párr. 351 (el resaltado es nuestro), RLA-59.

⁴³⁹ *Caratube International Oil Company LLP c. República de Kazakstán*, caso CIADI No. ARB/08/12, laudo del 5 de junio de 2012, párr. 351, RLA-59. Del mismo modo, el tribunal en *Standard Chartered Bank* concluyó que “for an investment to be ‘of’ an investor in the present context, some activity of investing is needed, which implicates the claimant’s control over the investment or an action of transferring something of value (money, know-how, contacts, or expertise) from one treaty-country to the other” (*Standard Chartered Bank c. República de Tanzania*, caso CIADI No. ARB/10/12, laudo del 2 de noviembre de 2012, párr. 232, RLA-60).

⁴⁴⁰ Réplica, párr. 185.

⁴⁴¹ Tratado, Preámbulo (“El Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República de Bolivia; Animados del deseo de crear condiciones favorables para mayores inversiones de capital de los nacionales o sociedades de un Estado en el territorio del otro Estado; Reconociendo que el fomento y la protección recíproca mediante acuerdos internacionales de esas inversiones de capital pueden servir para estimular la iniciativa económica privada y aumentará la prosperidad de ambos Estados [...]”) (el resaltado es nuestro), C-1.

respecto de aquellos activos que hayan contribuido a la estimulación del flujo de capitales entre ciertos Estados. Por esta misma razón, sólo compañías de esos Estados pueden invocar esos tratados. De lo contrario, se estaría interpretando el Tratado en contra del principio del efecto relativo de los tratados.

270. Ante esta evidencia, SAS se limita a señalar que *Caratube* y *Standard Chartered Bank* dieron aplicación a instrumentos distintos del Tratado⁴⁴². Este argumento es, por decir lo menos, insuficiente. Como podrá observar el Tribunal⁴⁴³, los tratados analizados por estos tribunales son suficientemente similares, persiguen el mismo objetivo de incentivar el desarrollo económico y el flujo de capitales entre ciertos estados y, por lo tanto, confirman que SAS no puede prevalecerse del Tratado.
271. En segundo lugar, SAS no es titular de una inversión conforme a los factores *Salini* y, por lo tanto, CMMK y las Concesiones Mineras no son inversiones de SAS.
272. Primero, SAS no realizó ninguna contribución monetaria (el origen de los recursos era SASC). Tampoco contribuyó, en términos de *Standard Chartered Bank*, con "know-how, contacts, or expertise"⁴⁴⁴, dado que fue SASC quien proporcionó el personal extranjero y contrató a los expertos en reservas y procesos metalúrgicos. Es evidente que SAS no podría haber realizado ninguna contribución porque no tenía personal, ni oficina y, menos aún, el Proyecto. En efecto,
- a. Fueron General Minerals Corporation (antiguo nombre de SASC⁴⁴⁵) y CMMK (no SAS) quienes celebraron un contrato con Apex Silver Mines Ltd. y SILEX Bolivia S.A. para la realización de muestreos en el cerro Limosna en 2005⁴⁴⁶,

⁴⁴² Réplica, párr. 185.

⁴⁴³ Tratado entre los Estados Unidos de América y la República de Kazajistán sobre la promoción y protección recíprocas de inversiones, celebrado el 19 de mayo de 1992, RLA-221; Tratado entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República Unificada de Tanzania sobre la promoción y protección recíprocas de inversiones, celebrado el 7 de enero de 1994, RLA-222.

⁴⁴⁴ *Standard Chartered Bank v. República de Tanzania*, caso CIADI No. ARB/10/12, laudo del 2 de noviembre de 2012, párr. 232, RLA-60.

⁴⁴⁵ Demanda, párr. 33.

⁴⁴⁶ Contrato entre General Minerals Corporation, CMMK, Apex Silver Mines Ltd. y SILEX Bolivia S.A. del 18 de febrero de 2005, B-181.

- b. Del mismo modo, fue General Minerals Corporation quien contrató y pagó al Sr. Dreisinger para diseñar el proceso metalúrgico con el que CMMK y SASC pretendían extraer minerales en el Proyecto⁴⁴⁷;
- c. Pincock, Allen & Holt fue contratada por SASC (no SAS) para la elaboración del PEA 2009⁴⁴⁸;
- d. En 2009, SASC celebró un acuerdo de confidencialidad con varias compañías mineras para explorar posibles acuerdos comerciales estratégicos⁴⁴⁹. En dicho acuerdo, SASC manifestaba que era ella quien *"holds rights to certain properties known as Malku Khota through its wholly owned subsidiary [CMMK]"*⁴⁵⁰. Acuerdos con esta misma declaración fueron suscritos con la Compañía de Minas Buenaventura S.A.A. ⁴⁵¹ ; Coeur d'Alene Mines Corporation⁴⁵², Pan American Silver Corp.⁴⁵³, Koromet Co.⁴⁵⁴ y SK Networks Co.⁴⁵⁵.
- e. Era SASC (y no SAS) quien negociaba las consultorías para el financiamiento del Proyecto⁴⁵⁶;

⁴⁴⁷ Contrato entre General Minerals Corporation y Dreisinger Consulting Inc. del 4 de mayo de 2006, R-182.

⁴⁴⁸ Contrato entre Pincock, Allen & Holt y SASC del 2 de septiembre de 2008, R-183.

⁴⁴⁹ Acta del directorio de SASC del 11 de julio de 2008, pág. 2 (*"The directors decided that if a partner is sought, this should be done sooner rather than later while the Corporation's cash position, and thus bargaining power, is strong. It was suggested that getting multiple potential partners involved in discussions may be advantageous and the Corporation should think about who would make an ideal partner before entering into extensive or exclusive negotiations with any one party. Ralph Fitch informed the board that more detailed indium metallurgy would be completed in one month and the Corporation should consider negotiations with large indium players at that time"*), R-184.

⁴⁵⁰ Acuerdo de confidencialidad entre SASC y Compañía de Minas Buenaventura del 3 de diciembre de 2009, R-185.

⁴⁵¹ Acuerdo de confidencialidad entre SASC y Compañía de Minas Buenaventura del 3 de diciembre de 2009, R-185.

⁴⁵² Acuerdo de confidencialidad entre SASC y Coeur d'Alene Mines Corporation del 13 de noviembre de 2008, R-186.

⁴⁵³ Acuerdo de confidencialidad entre SASC y Pan American Silver Corp. del 27 de julio de 2008, R-187.

⁴⁵⁴ Acuerdo de confidencialidad entre SASC y Koromet Co. Ltd. del 8 de diciembre de 2009, R-188.

⁴⁵⁵ Acuerdo de confidencialidad entre SASC y SK Networks Co. del 1 de diciembre de 2009, R-189.

⁴⁵⁶ Propuesta de servicios de Optimun Project Services a SASC del 30 de enero de 2009, R-190.

- f. Del mismo modo, fue SASC quien escogió y contrató a BSR como consultores en materia de relaciones comunitarias⁴⁵⁷; y
- g. Era la junta directiva de SASC quien tomaba las decisiones fundamentales para el desarrollo del Proyecto como, por ejemplo, la adquisición de las Concesiones Mineras⁴⁵⁸, la realización de estudios geológicos⁴⁵⁹, el proceso metalúrgico a ser empleado en la explotación del Proyecto⁴⁶⁰, la provisión de fondos y preparación del presupuesto y plan de negocios para el Proyecto⁴⁶¹ o los programas de perforación.

⁴⁵⁷ Acta del directorio de SASC del 31 de enero de 2009, pág. 4 ("IT WAS RESOLVED THAT the Corporation retain BSR Group's services substantially on the terms set out in their proposal previously delivered to the directors, with such modifications as the President and Chief Executive Officer of the Corporation sees fit"), R-191.

⁴⁵⁸ Acta del directorio de General Minerals Corporation del 27 de febrero de 2003, pág. 2 ("Similarly, key ground in the Arocha trend, calle Manco Kota, is available for acquisition [...]. The Board agreed that the acquisition be made if cash is available"), R-192; Acta del directorio de General Minerals Corporation del 5 de mayo de 2003, R-193; Acta del directorio de General Minerals Corporation del 30 de mayo de 2003, pág. 4 ("Mr. Fitch indicated that cash payments of US\$ 5 000 each were required to finalize the pending negotiations for the two properties in Bolivia called Malku Khota and Laurani"), R-194; Acta del directorio de General Minerals Corporation del 18 de septiembre de 2003, R-195; Acta del directorio de SASC del 18 de abril de 2008, pág. 4 ("IT WAS RESOLVED that Mr. Malbran is authorized to continue negotiations (sic) for the Villa Khota land package and that expenditures are not to exceed US\$ 100,000 for the first two years and they are not to exceed a total of US\$ 650,000 for the entire five year period"), R-196.

⁴⁵⁹ Acta del directorio de General Minerals Corporation del 9 de diciembre de 2003 ("In Bolivia, the Corporation is performing basic geology and geochemistry at Laurani and is looking for a geologist at Malku Khota"), R-197; Acta del directorio de General Minerals Corporation del 7 de marzo de 2005, R-198; Acta del directorio de SASC del 22 de marzo de 2007, pág. 3 ("At Malku Khota, Mr. Fitch explained that all of the drilling bids have been received and the Corporation would be making a decision shortly and begin drilling in April"), R-199; Acta del directorio de SASC del 9 de noviembre de 2007, R-200; Acta del directorio de SASC del 18 de enero de 2008, pág. 1 ("We are currently waiting on the metallurgical test results being performed by the Lobefield laboratory on the coarse material from Malku Khota. We have started discussions with Placost Alan and Holt on conducting a scoping study later in the year following completion of the resource study"), R-201.

⁴⁶⁰ Acta del directorio de SASC del 14 de abril de 2009, pág. 1 ("During the visit, there was some discussion as to whether the Corporation should consider first processing the material at Malku Khota using a cyanide leach to recover the silver to then be followed by an acid chloride leach to recover the silver and indium. Since the acid-chloride leach process is a less conventional recovery method than the cyanide leach process, it may be worth considering this approach, although no determination has yet been made"), R-202. Ver, también, acta del directorio de SASC del 12 de agosto de 2009, pág. 3, R-203.

⁴⁶¹ Acta del directorio de SASC del 12 de agosto de 2010, pág. 3 ("Mr. Johnson reviewed the revised Budget document that had been presented to the Board. He advises the updated PEA and drilling programs are on track and the goal is to move toward a Feasibility Study on Malku Khota"), R-204; Acta del directorio de SASC del 7 de diciembre de 2011, pág. 3 ("IT WAS RESOLVED THAT the business Plan and Budget as presented be approved"), R-205; Presentación corporativa de SASC para la aprobación del presupuesto y plan de negocios para 2012 del 7 de diciembre de 2011, R-206.

273. Segundo, SAS no asumió ninguno de los riesgos asociados a la inversión y, por lo tanto, no tenía expectativa de un retorno sobre la inversión. El riesgo y beneficio potencial correspondían únicamente a SASC.
274. Tercero, SAS no contribuyó al desarrollo económico de Bolivia. De hecho, es cuestionable que el Proyecto, al tener un impacto tan negativo en las Comunidades Originarias y el orden público del Norte de Potosí⁴⁶², pueda ser incluso considerado como tal. En cualquier caso, cualquier contribución al desarrollo de Bolivia, habría sido realizada, como todo lo demás, por SASC⁴⁶³.
275. Por todo lo anterior, aun si el Tribunal interpretara que el Tratado protege inversiones indirectas (*quod non*), SAS no realizó una inversión en el territorio de Bolivia, por lo que el Tribunal carece de jurisdicción.
- 4.1.3 **Asumiendo que el Tratado protege a los inversionistas indirectos (*quod non*), el Tribunal carece de jurisdicción sobre SAS dado que es una empresa de papel sin intereses en esta disputa**
276. La premisa de la jurisdicción en un arbitraje de inversión no puede ser la protección de una empresa de papel ("*shell company*") si la parte cuyos intereses están verdaderamente en disputa no satisface los requisitos de la jurisdicción que exige el Tratado.
277. *In limine*, SAS no niega ser una empresa de papel sin ningún tipo de interés material en la presente controversia ni refuta los hechos presentados por Bolivia como prueba de ello⁴⁶⁴. Como lo demuestran las siguientes circunstancias, SAS no tiene ningún interés en el resultado de este arbitraje.
278. En *primer lugar*, la disputa que presenta una empresa de papel no puede ser dirimida bajo el Tratado si no existe jurisdicción sobre la sociedad controlante. La verdadera disputa en el presente caso es con una compañía sobre la cual el Tribunal no tiene

⁴⁶² Ver sección 3.2, *supra*.

⁴⁶³ Así lo demuestran las partidas del presupuesto que eran aprobadas por SASC para ser ejecutadas en Bolivia por CMMK. Ver entre otros, Presentación corporativa de SASC para la aprobación del presupuesto y plan de negocios para 2012 del 7 de diciembre de 2011, R-206, Lista de las propiedades de SASC, R-100.

⁴⁶⁴ Contestación, párrs. 258-265.

jurisdicción por ser canadiense (SASC). SAS no puede satisfacer los requisitos que impone el Tratado en su lugar.

279. Primero, el Tratado claramente señala que el Tribunal tiene jurisdicción únicamente respecto de aquellas compañías cuyos intereses se encuentran en disputa. Conforme al artículo 8(1) del Tratado, la jurisdicción requiere “*diferencias entre un nacional o una sociedad de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante concernientes a una obligación de la última conforme a este Convenio y en relación con una inversión de la primera [...]*”⁴⁶⁵.
280. Como las empresas de papel no existen en tanto realidad económica independiente, cuando inician un arbitraje no son una parte con un interés en la resolución de la disputa.
281. La afirmación de SAS según la cual los tribunales no pueden incorporar requisitos jurisdiccionales al texto del Tratado sino que deben realizar una interpretación formalista del mismo⁴⁶⁶ no es pertinente. El Tratado establece textualmente en su artículo 8(1) que la jurisdicción requiere que la controversia sea entre una compañía de una Parte Contratante y el otro Estado Contratante⁴⁶⁷. El hecho de que la controversia en el presente caso sea con una compañía canadiense, que no está constituida en la otra Parte Contratante de conformidad con el artículo 8(1), no implica incluir un nuevo requisito al texto del Tratado. Por el contrario, es aplicar el Tratado.
282. Segundo, si bien la necesidad de que la disputa surja con la parte que tiene un interés en la misma emana del texto mismo del Tratado, el objeto y fin de éste confirman la necesidad de que sea así. En efecto, la promoción y protección de la inversión bajo el Tratado sólo incumbe a inversionistas del Reino Unido y Bolivia. En este sentido, la Convención de Viena es clara al darle el mismo valor a las disposiciones del tratado que a su objeto y fin a efectos de interpretar su significado⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ Tratado, art. 8(1), C-1.

⁴⁶⁶ Réplica, párr. 187.

⁴⁶⁷ Tratado, art. 8(1), C-1.

⁴⁶⁸ Convención de Viena, art. 31, RLA-11.

283. El objeto y fin del Tratado, enunciados en su preámbulo⁴⁶⁹, son estimular las inversiones de las compañías de una parte contratante en el territorio de la otra parte contratante. Para ello, el Tratado brinda una especial protección a estas compañías, la cual incluye el compromiso de resolver las disputas que puedan surgir a través del arbitraje. Su objetivo y fin no es proporcionar protección a inversiones y jurisdicción arbitral a cualquier compañía extranjera lo suficientemente astuta como para establecer una empresa de papel en un territorio británico como las Bermudas. No es la voluntad de los Estados extender la protección de los tratados de inversión que celebran a cualquier compañía en el Mundo; Bolivia, en particular, no ha celebrado un tratado de inversión con Canadá para proteger a compañías canadienses como SASC. Permitir el uso de una empresa de papel para establecer la jurisdicción desconocería el consentimiento de Bolivia.
284. Para demostrar el interés canadiense en esta disputa, Bolivia solicitó, el 16 de diciembre de 2014, documentación pública a la Cancillería canadiense bajo el *Access to Information Act*⁴⁷⁰. Tras varios intercambios de comunicación, el 25 de febrero de 2016, fuimos informados de que había más 850 páginas de respuesta pero la Cancillería seguía revisando los documentos. Bolivia reserva su derecho a presentar estos documentos una vez sean comunicados por la Cancillería.
285. Tercero, los tribunales arbitrales han confirmado que el contenido, objeto y fin del Tratado impiden que exista jurisdicción sobre una controversia planteada por una empresa de papel.
286. El tribunal *Loewen* se enfrentó a un caso en el que una parte interesada cambió de nacionalidad (canadiense a estadounidense) mientras el arbitraje estaba en curso. Mientras gran parte de su análisis se centró en determinar si era suficiente que la parte interesada fuese canadiense al inicio del arbitraje, finalmente concluyó que carecía de jurisdicción porque la parte interesada había dejado de estar protegida por el tratado de inversión:

Claimant TLGI urges that since it had the requisite nationality at the time the claim arose, and, antedate the time that the claim was submitted, it is of no consequence that the present real party in interest - the beneficiary of the claim

⁴⁶⁹ Tratado, Preámbulo (“Reconociendo que el fomento y la protección recíproca mediante acuerdos internacionales de estas inversiones de capital pueden servir para estimular la iniciativa económica privada y aumentar la prosperidad de ambos Estados”), C-1.

⁴⁷⁰ Comunicaciones entre Bolivia y la Cancillería canadiense entre el 16 de diciembre de 2014 y el 25 de febrero de 2016, R-218.

*... is an American citizen. Both as a matter of historical and current international precedent, this argument must fail*⁴⁷¹.

287. En el mismo sentido, en el caso de un grupo de compañías controladas por una matriz sin protección bajo el tratado, el tribunal *Venoklim Holding* levantó el velo corporativo para identificar a la verdadera parte en la controversia, con importantes consecuencias en cuanto a su jurisdicción:

*A demás, ha quedado demostrado que la compañía venezolana Industrias Venoco CA que controla Venoklim esta a su vez efectivamente controlada por la compañía venezolana Inversora Petroklim, C.A. [...] Ante esta realidad, Venoklim no puede ser tratada como una inversionista internacional en los términos de la Ley de Inversiones, lo que significa que no puede fundar su solicitud de arbitraje en el Artículo 22 de dicha Ley, aplicable únicamente a inversionistas extranjeros. Consecuentemente tampoco puede otorgársele la protección del Tratado holandés, el cual pretende invocar por la remisión que hace el citado Artículo 22*⁴⁷².

288. Otros tribunales han ordenado el levantamiento del velo corporativo para analizar quién es la verdadera parte en disputa y declinar su jurisdicción. Esto se debe a que el Convenio CIADI contiene una disposición análoga a la del Tratado, según la cual un tribunal será competente para decidir “any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State [...] and a national of another Contracting State [...]”⁴⁷³.

289. El tribunal en *TSA Spectrum*, por ejemplo, consideró necesario levantar el velo corporativo para determinar la parte cuyos intereses estaban en controversia. Al conocer la identidad de la parte verdaderamente en disputa, declinó su jurisdicción sobre los reclamos de la demandante:

The Tribunal has found above that in the application of the second part of Article 25(2)(b) it is necessary to pierce the corporate veil and establish whether or not the domestic company was objectively under foreign control. [...]

The only conclusion that can be drawn from the information and evidence available to the Tribunal is thus that the ultimate owner of TSA on and around the date of consent was the Argentinian citizen Mr. Jorge Justo News. [...]

⁴⁷¹ *The Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen c. Estados Unidos de America*, caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, laudo del 26 de junio de 2003, párr. 225, RLA-223.

⁴⁷² *Venoklim Holding B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB/12/22, laudo del 3 de abril de 2015, párr. 148, RLA-224.

⁴⁷³ Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados del Centro Internacional de Arreglo de Disputas de Inversión, Art. 25(1), RLA-225.

[T]he Arbitral Tribunal therefore lacks jurisdiction to examine TSA's claims⁴⁷⁴.

290. El último recurso de SAS consiste en referirse a varias decisiones de tribunales que se declararon competentes. Sin embargo, los casos citados no sustentan su posición. *Saluka* – al igual al resto de tribunales citados por SAS⁴⁷⁵ – no resuelve la misma cuestión jurídica que debe resolver el Tribunal en este caso. El tribunal en *Saluka* estableció que debía resolver las objeciones a su jurisdicción con base en las disposiciones del tratado, lo que implicaba que no estaba autorizado a alterar la definición de “inversionista”⁴⁷⁶. Si el tribunal en *Saluka* se hubiese pronunciado sobre si una empresa de papel podía considerarse un inversionista bajo la definición del tratado, habría llegado a la misma conclusión que Bolivia sostiene en el presente caso.
291. En segundo lugar, sin perjuicio de que una controversia en el marco de un tratado de inversión no puede existir con una empresa de papel, los hechos del presente caso demuestran que la controversia no es con SAS.
292. En efecto, SASC es quien tenía, inicialmente, un interés económico en el presente arbitraje. Por ello, no solamente lo ha promovido a través de una empresa de papel (SAS) sino que ha buscado acuerdos para su financiación y garantizado los mismos. Como Bolivia ha podido establecer⁴⁷⁷, SASC ha informado a sus inversionistas sobre la suscripción de un acuerdo con un tercero financista y ha otorgado garantías (actos que son propios de una parte con un interés en el resultado de una disputa). Del mismo modo, en virtud del acuerdo con el financista de SASC, que SAS se ha negado a comunicar, el Financista también podría tener un interés directo en la decisión del Tribunal.

On May 23, 2013, the Company [SASC] entered into an agreement (the 'Arbitration Costs Funding Agreement') with a third party funder (the

⁴⁷⁴ *TSA Spectrum de Argentina S.A. c. República de Argentina*, caso CIADI No. ARB/05/5, laudo del 19 de diciembre de 2008, párrs. 160-162, RLA-326.

⁴⁷⁵ Réplica, párr. 187, citando *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB (AF)/09/01, laudo del 22 de septiembre de 2014, párr. 255, RLA-27; *Yukos Universal Limited c. La Federación Rusa*, caso CPA No. AA.227, CNUDMI, laudo parcial sobre jurisdicción y admisibilidad del 30 de noviembre de 2009, párrs. 432-435, CLA-113; *Siag y otros c. La República Árabe de Egipto*, caso CIADI No. ARB/05/13, decisión de jurisdicción del 11 de abril de 2007, párrs. 208-210, CLA-114; *ADC c. Hungría*, caso CIADI No. ARB/03/16, laudo del 2 de octubre de 2006, párrs. 357 y 359, CLA-35; *Tokios Tokai c. Ucrania*, caso CIADI No. ARB/02/18, decisión sobre jurisdicción del 29 de abril de 2004, párr. 77, CLA-115.

⁴⁷⁶ *Saluka Investments BV c. República Checa*, caso CNUDMI, laudo parcial del 17 de marzo de 2006, párr. 240, CLA-46.

⁴⁷⁷ *Solicitud de Cautio Juricatum Solvi*, párr. 16.

'Fund') pursuant to which the Fund will cover most of SASL's (South American Silver Limited) future costs and expenses related to its international arbitration proceedings against Bolivia. [...] Under the terms of the privileged Arbitration Costs Funding Agreement, the Company has given certain warranties⁴⁷⁸.

293. Por lo tanto, SASC ha sido la única compañía que realizó una presunta inversión en Bolivia, y la única que ha tenido un interés en iniciar el presente arbitraje y obtener un laudo favorable. Si SASC quiere invocar los derechos concedidos por el Tratado, tendrá que satisfacer directamente (no a través de un tercero como SAS) los requisitos que impone el consentimiento que ha otorgado el Estado para conferir jurisdicción a este Tribunal.
- 4.2 **Los reclamos de SAS no pueden ser considerados por el Tribunal porque SAS no tiene "clean hands"**
294. SAS insiste en que sus reclamos son admisibles y se encuentran sujetos a la jurisdicción del Tribunal, a pesar de que están viciados por la ilegalidad de sus acciones. En efecto, SAS sostiene que *"Bolivia's entire legal case on this matter rests on the assumption that a 'clean hands' doctrine exists as a matter of law"*⁴⁷⁹, y alega que no existiría tal principio⁴⁸⁰. SAS afirma, además, que los criterios subyacentes de *"clean hands"* – asumiendo que este principio estuviera reconocido – no se cumplen en este caso⁴⁸¹. En definitiva, SAS sostiene que su conducta ilícita, la cual descarta como simples *"three instances of alleged unclean hands"*⁴⁸², *"cannot possibly be matters affecting the Tribunal's jurisdiction"*⁴⁸³ porque no tuvieron lugar al momento de realizar su supuesta inversión.
295. Tal y como Bolivia explicó en la Contestación, SAS no comparece ante este Tribunal con *"clean hands"*. SAS es responsable de muchas más de *"three instances"* de conducta inapropiada e ilegal en relación a su supuesta inversión y, como resultado de ello, sus reclamos son inadmisibles y se encuentran fuera del ámbito jurisdiccional de este Tribunal. La amplia evidencia presentada por Bolivia demuestra la indebida conducta de SAS. La evidencia descubierta por Bolivia tras la fase de solicitud de

⁴⁷⁸ *Management's Discussion & Analysis* de SASC publicado el 7 de agosto de 2015, pág. 4, R-148

⁴⁷⁹ Réplica, párr. 197.

⁴⁸⁰ *Id.*, párr. 197.

⁴⁸¹ *Id.*, párr. 198.

⁴⁸² *Id.*, párr. 199.

⁴⁸³ *Id.*

documentos ha confirmado el proceder ilícito de SAS durante la ejecución del Proyecto.

296. Por consiguiente, los reclamos presentados por SAS ante este Tribunal son inadmisibles (Sección 4.2.1) y están excluidos del ámbito jurisdiccional del mismo (Sección 4.2.2). A pesar de no tener la carga de la prueba, Bolivia ha presentado pruebas concluyentes que sustentan sus objeciones jurisdiccionales (Sección 4.2.3). Por esta razón, los reclamos presentados por SAS deben ser desestimados por el Tribunal.

4.2.1 El principio de “*clean hands*” es un principio de derecho internacional y orden público internacional por el que los reclamos de SAS son inadmisibles en este arbitraje

297. SAS acude ante este Tribunal sin “*clean hands*”. La conducta de SAS y los actos ilegales que ésta llevó a cabo en *Maliku Khola*⁴⁸⁴ le impiden presentar sus reclamos por los daños supuestamente sufridos ante este Tribunal.

298. En un intento por rescatar sus reclamos, SAS afirma que el “*entire case on unclean hands [de Bolivia] is fundamentally flawed*”⁴⁸⁵. SAS basa su afirmación en dos argumentos: según SAS, el principio de “*clean hands*” no existe bajo el derecho internacional⁴⁸⁶ y, aun si existiese, los criterios para su aplicación no se verifican en el presente caso⁴⁸⁷.

299. Los argumentos de SAS parten de un entendimiento incorrecto y reducido del principio de “*clean hands*” (Sección 4.2.1.1) y se basan en una incorrecta interpretación de la jurisprudencia (Sección 4.2.1.2).

⁴⁸⁴ Ver sección 4.2, *supra*.

⁴⁸⁵ Réplica, párr. 197.

⁴⁸⁶ Réplica, párr. 201-211.

⁴⁸⁷ Réplica, párrs. 212-218.

4.2.1.1 *El principio de "clean hands" es reconocido por el derecho internacional y forma parte del orden público internacional*

300. SAS pretende que el principio de "clean hands" no sería un principio reconocido por el derecho internacional público o por el derecho internacional de inversiones⁴⁸⁸. Esto no es cierto.
301. En primer lugar, el principio de "clean hands" es la manifestación de un principio fundamental de derecho y de derecho internacional: la buena fe⁴⁸⁹. En concordancia con sus orígenes, el principio de "clean hands" es ampliamente reconocido, tanto en los sistemas de derecho civil como de common law⁴⁹⁰, como un "general principle of law that should be appli[ed] in all cases"⁴⁹¹.
302. El principio de "clean hands" está recogido en la máxima jurídica "he who comes to equity for relief must come with clean hands"⁴⁹² y en los principios *ex injuria jus non oritur*⁴⁹³, *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*⁴⁹⁴, *ex turpi causa non oritur*

⁴⁸⁸ Réplica, párr. 201.

⁴⁸⁹ M. Kozur, "Good faith (Bona fide)", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2009, párrs. 5-6, 7-9, RLA-227.

⁴⁹⁰ R. Kreindler, "Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine", en *Between East and West: Essays in Honour of Ulf Frank*, K. Hobér y otros (eds.), Juris Publishing, 2010, pág. 317, RLA-66, citando párrs. 242 y 817(2) del *Bürgerliches Gesetzbuch*. Ver, también, J.N. Pomerooy, *A Treatise on Equity Jurisprudence*, 5ª edición, Bancroft-Whitney Company, 1941, párr. 397 ("[I]t is rather a universal rule guiding and regulating the action of equity courts in their interposition on behalf of suitors for any and every purpose, their administration of any and every species of relief") (el resultado es nuestro), RLA-228.

⁴⁹¹ R. Moloo, A. Khachatryan, "The Compliance with the Law Requirement in International Law," *34 Fordham International Law Journal* 1473, issue 6, 2011, pág. 1485, RLA-67.

⁴⁹² G. Fitzmaurice, "The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law", *92 Revue Canadienne de Droit International* 1, 1957, pág. 119, citado en P. Damberry y G. Dumas-Aubin, "The Doctrine of 'Clean Hands' and the Inadmissibility of Claims by Investors Breaching International Human Rights Law", *10 Transnational Dispute Management*, issue 1, 2013, pág. 2, RLA-88. Ver, también, *Tinsley v. Milligan*, decisión de la House of Lords, [1993] 3 WLR 126, pág. 344, párr. C, RLA-229.

⁴⁹³ *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. Federación Rusa*, caso CPA No. AA 226, laudo final del 18 de julio de 2014, párr. 1360, CLA-131; *Nucor Universal Limited (Isla Of Man) v. Federación Rusa*, caso CPA No. AA 227, laudo final del 18 julio de 2014, párr. 1360, CLA-122; *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. Federación Rusa*, caso CPA No. AA 228, laudo final del 18 de julio de 2014, párr. 1360, CLA-123. Ver, también G. Fitzmaurice, "The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law", *Recueil des Cours*, 1957, págs. 117-120, RLA-231. H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge University Press, 1947, págs. 420-421, RLA-74.

⁴⁹⁴ Contestación, párr. 272.

*actio*⁴⁹⁵, o *ex dolo malo non oritur actio*⁴⁹⁶. El principio de “*clean hands*” opera como un impedimento a la admisibilidad de los reclamos en aquellos casos en los que el demandante ha actuado de manera inapropiada en relación con el objeto mismo de su demanda.

303. Tal y como explica Pomeroy respecto de la aplicación de este principio en los Estados Unidos:

*[W]henever a party, who, as actor, seeks to set the judicial machinery in motion and obtain some remedy, has violated conscience, or good faith, or other equitable principle, in his prior conduct, then the doors of the court will be shut against him in limine; the court will refuse to interfere on his behalf, to acknowledge his right, or to award him any remedy.*⁴⁹⁷

304. El principio de “*clean hands*” es un principio del *common law* británico cuya aplicación remonta, por lo menos, al siglo XVII⁴⁹⁸. El principio *ex turpi causa non oritur actio*, una de las formas bajo las cuales se expresa el principio de “*clean hands*”, fue aplicado por la Cámara de los Lores en el caso *Stone & Rolls c. Moore Stephens*⁴⁹⁹ para desestimar la demanda de una compañía contra su auditor por no haber detectado un fraude del que era responsable la propia compañía, quien tenía un sólo dueño y gerente (el mismo que pretendía demandar)⁵⁰⁰. Igualmente, la Corte de Apelaciones británica en el caso *Safeway Stores c. Twigger* decidió que el principio *ex turpi causa* impedía a las demandantes reclamar la responsabilidad de sus antiguos empleados y directores por el pago de las multas que habían sido impuestas a dichas compañías⁵⁰¹.
305. El principio de “*clean hands*” también es reconocido en el derecho alemán, en el *Bürgerliches Gesetzbuch* o BGB, el Código civil alemán. Como bien señaló un

⁴⁹⁵ R. Kreindler, “Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine”, en *Between East and West: Essays in Honour of Ulf Frank*, K. Hobler y otros (eds.), Juris Publishing, 2010, págs. 317-318, RLA-66.

⁴⁹⁶ *Inceysa Vallisotana S.L. c. República de El Salvador*, caso CIADI No. ARB/03/26, laudo del 2 de agosto de 2006, párrs. 240-241, RLA-65.

⁴⁹⁷ J. N. Pomeroy, *A Treatise on Equity Jurisprudence*, 5ª edición, Bancroft-Whitney Company, 1941, párr. 397, RLA-228.

⁴⁹⁸ *Jones c. Lemhol*, decisión de la House of Lords, [1669] 1 Chan. Cas. 153, pág. 739, RLA-230.

⁴⁹⁹ *Stone & Rolls Ltd (in liquidation) c. Moore Stephens (a firm)*, decisión de la House of Lords, [2009] 1 AC, RLA-233.

⁵⁰⁰ *Id.*, págs. 1462 y 1476.

⁵⁰¹ *Safeway Stores Ltd. y otros c. Twigger y otros*, decisión de la House of Lords, [2010] EWCA Civ 1472, págs. 1629, 1634-1635, RLA-234.

comentarista, “[t]his principle [is] developed from the principle *exceptio doli specialis seu principii* of Roman and Common law. It corresponds to the ‘unclean hands’ defense known in Anglo-American law”⁵⁰².

306. Asimismo, en derecho francés, el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* es aplicado por los tribunales que reconocen “el principio según el cual nadie puede acudir a la justicia en base a su propia falta”⁵⁰³. El principio de “clean hands” es, pues, un reflejo del principio de buena fe y es, además, uno de “los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”⁵⁰⁴ conforme al artículo 38(1)(c) del Estatuto de la CIJ. No cabe duda de que es un principio relevante y aplicable al presente caso⁵⁰⁵.
307. En segundo lugar, el principio de “clean hands” ha sido reconocido como tal, o en la forma de algunos de los principios enunciados anteriormente, como un principio aceptado en el derecho internacional⁵⁰⁶.
308. Este principio fue analizado por el tribunal en el caso *Al Warraq* – con la profundidad que merecía y no “superficialmente” como sugiere SAS⁵⁰⁷. A pesar de que la demandante sostuvo que el principio de “clean hands” era “irrelevante” en ese caso, el tribunal reconoció que “the ‘clean hands’ principle has been invoked in the context of the admissibility of claims before international courts and tribunals”⁵⁰⁸. Tomando en consideración que el demandante había “[failed] to uphold the Indonesian laws

⁵⁰² R. Kreindler, “Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine”, en *Between East and West: Essays in Honour of Ulf Frank*, K. Hober et al. (eds.), Juris Publishing, 2010, pág. 318, RLA-66.

⁵⁰³ Corte de casación francesa, 2ª cámara civil, decisión del 4 de febrero de 2010, n° 09-11.464, RLA-235. Ver, también, Corte de casación francesa, 2ª cámara civil, decisión del 24 de enero de 2002, n° 99-16.576 (“una víctima sólo puede obtener reparación por la pérdida de su remuneración si esta última es ilícita”) (traducción libre de “une victime ne peut obtenir la réparation de la perte de ses rémunérations que si celles-ci sont illicites”), RLA-236.

⁵⁰⁴ R. Kreindler, “Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine”, en *Between East and West: Essays in Honour of Ulf Frank*, K. Hober et al. (eds.), Juris Publishing, 2010, pág. 318, RLA-66.

⁵⁰⁵ P. Dumberry, G. Damas-Aubin, “The Doctrines of ‘Clean Hands’ and the Inadmissibility of Claims by Investors Breaching International Human Rights Law”, 10 *Transnational Dispute Management*, issue 1, 2013, pág. 3, RLA-88.

⁵⁰⁶ B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 1953, pág. 155, RLA-73.

⁵⁰⁷ Contestación, párr. 209.

⁵⁰⁸ *Hesham Talaat M. Al-Warraq c. República de Indonesia*, caso CNUDMI, laudo del 15 de diciembre de 2014, párr. 646, RLA-70.

and regulations” y que había “[*acted*] in a manner prejudicial to the public interest”⁵⁰⁹, el tribunal en *Al Wuraq* determinó que la conducta probada estaba dentro del alcance del principio “*clean hands*” y que, por lo tanto, los reclamos presentados eran inadmisibles⁵¹⁰.

309. Igualmente, el tribunal en *Fraport II* estimó que, en el ámbito del derecho internacional, el principio de “*clean hands*” o “*doctrines to the same effect*” permiten negar la protección de un tratado de inversión a una inversión ilegal⁵¹¹. SAS hace una crítica desacertada de este laudo, llegando a afirmar que el mismo hace una simple “*tangential reference*” a “*clean hands*”⁵¹². En realidad, el análisis de “*clean hands*” fue fundamental para el tribunal *Fraport II* al decidir si una inversión ilegal puede o no beneficiarse de la protección del tratado⁵¹³. El tribunal *Fraport II* concluyó que una inversión ilegal no puede ser protegida por un tratado de inversión⁵¹⁴.
310. En tercer lugar, el principio de “*clean hands*” también ha sido reconocido como parte del orden público internacional, el cual ha sido definido por los tribunales arbitrales como “*an international consensus as to universal standards and accepted norms of conduct that must be applied in all fora*”⁵¹⁵. El orden público internacional puede impedir reclamos indebidos⁵¹⁶.

⁵⁰⁹ *Id.*, párr. 647.

⁵¹⁰ *Hosham Talwat M. Al-Wurraq c. República de Indonesia*, caso CNUDMI, laudo del 15 de diciembre de 2014, párr. 647, RLA-70. Para ser claros, no es debido a la existencia de procesos y condenas que el tribunal en el caso *Al Wuraq* falló a favor de los demandados, como SAS incorrectamente sugiere (Réplica, párr. 208). En su lugar, estas medidas probaron que el demandante no se presentó ante el tribunal con “*clean hands*”, hechos en los cuales el tribunal se basó para determinar su decisión.

⁵¹¹ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas [II]*, caso CIADI No. ARB/11/12, laudo del 10 de diciembre de 2014, párr. 328 y notas al pie 386-387, RLA-71.

⁵¹² Réplica, párr. 209 y nota al pie 444.

⁵¹³ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas [II]*, caso CIADI No. ARB/11/12, laudo del 10 de diciembre de 2014, Sección VI.B, RLA-71.

⁵¹⁴ *Id.*, párrs. 467-468.

⁵¹⁵ *World Duty Free Company Limited c. República de Kenia*, caso CIADI No. ARB/00/7, laudo del 4 de octubre de 2006, párr. 139, RLA-68.

⁵¹⁶ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas*, caso CIADI No. ARB/03/25, Opinión disidente de Bernardo M. Cremades del 19 de julio de 2007, párr. 40, RLA-237.

311. El tribunal en *World Duty Free* desestimó los reclamos, porque estimó que estaban basados en una conducta contraria al orden público internacional⁵¹⁷. De igual forma, el tribunal en *Plama* denegó al demandante la protección bajo el Tratado sobre la Carta de Energía por considerar que su demanda se basaba en una conducta contraria al orden público internacional y al principio *nevo auditur propriam turpitudinem allegans*⁵¹⁸ al invocar un contrato que había sido celebrado por medios ilícitos.
312. El principio de “*clean hands*”, manifestación fundamental del principio de buena fe y parte indiscutible del derecho internacional y del orden público internacional, impide que el Tribunal declare admisibles los reclamos de SAS.
- 4.2.1.2 *El intento de SAS de distorsionar o restar importancia a las pruebas legales que confirman la existencia del principio de “clean hands” es inútil*
313. SAS afirma que “no principle of ‘clean hands’ exists as a matter of international law”⁵¹⁹ y, para sustentarlo, realiza un supuesto análisis de la jurisprudencia arbitral que considera está “unequivocally against Bolivia”⁵²⁰. Esta afirmación no es correcta y está basada en una interpretación errónea de la jurisprudencia internacional.
314. En primer lugar, SAS sostiene que la CIJ y la Corte Permanente Internacional de Justicia (“CPIJ”) “declined to declare that the clean hands doctrine exists in international law, despite having had many opportunities to do so”⁵²¹. Esta calificación del razonamiento de dichas cortes es incorrecta.

⁵¹⁷ *World Duty Free Company Limited v. República de Kenia*, caso CIADI No. ARB/00/7, laudo del 4 de octubre de 2006, párr. 157, RLA-68.

⁵¹⁸ *Plama Consortium Limited v. República de Bulgaria*, caso CIADI No. ARB/03/24, laudo del 27 agosto de 2008, párr. 143, RLA-69.

⁵¹⁹ Réplica, párr. 201.

⁵²⁰ *Id.*

⁵²¹ *Id.*, párr. 202.

315. Primero, SAS sostiene que, en *La Grand*⁵²¹ y *Avena*⁵²², la CIJ implícitamente rechazó la aplicación de la doctrina de “*clean hands*”. Sin embargo, ninguno de estos casos versó sobre el principio de “*clean hands*”; es más, el principio no es ni siquiera mencionado en ninguno de estos casos, por lo que son irrelevantes.
316. Segundo, los casos *Oil Platforms* y *Legality of the Use of Force* no sustentan la posición de SAS debido a que la CIJ decidió, en ambas ocasiones, a favor de la parte que presentó la objeción de “*clean hands*”⁵²³. Estos dos casos no permiten concluir, como SAS pretende, que la CIJ “*has declined*”⁵²⁴ reconocer el principio de “*clean hands*”. Los casos citados son simples pistas falsas a las que recurre SAS dada la falta de fundamento jurídico de su posición. Por el contrario, las opiniones ya citadas por Bolivia de los jueces de la CIJ que han invocado y se han basado en el principio de “*clean hands*” confirman que la CIJ mantiene una actitud favorable respecto de esta manifestación del principio de *bucius fe*⁵²⁵. De hecho, al menos uno de los casos citados por SAS admite que el principio de “*clean hands*” es un principio general

⁵²¹ *La Grand (Alemania c. Estados Unidos de América)*, sentencia CIJ del 27 de junio de 2001, ICJ Reports, párrs. 61-63, CLA-117. Los Estados Unidos de América argumentan que “*it would be contrary to basic principles of administration of justice and equality of the Parties to apply against the United States alleged rules that Germany appears not to accept for itself*” (párr. 63). La CIJ no consideró necesario pronunciarse sobre este argumento, porque las pruebas presentadas por los Estados Unidos de América “*did not justify the conclusion that Germany’s own practice fails to conform to the standards it demands from the United States*” (párr. 63).

⁵²² *Avena y otras de nacionalidad mexicana (México c. Estados Unidos de América)*, sentencia CIJ del 31 de marzo de 2004, ICJ Reports, párrs. 45-47, CLA-118. Como en el caso *La Grand*, los Estados Unidos de América argumentaron que “*the claim of Mexico is inadmissible in that Mexico should not be allowed to invoke against the United States standards that Mexico does not follow in its own practice. The United States contends that, in accordance with basic principles of administration of justice and the equality of States, both litigants are to be held accountable to the same rules of international law. The objection in this regard was presented in terms of the interpretation of Article 36 of the Vienna Convention, in the sense that, according to the United States, a treaty may not be interpreted so as to impose a significantly greater burden on any one party than the other*” (párr. 45). La CIJ estimó que el artículo 36 de la Convención de Viena, no constituía un motivo de objeción a la admisibilidad de la demanda de los Estados Unidos Mexicanos (párr. 47).

⁵²³ En el caso *Oil Platforms*, la CIJ, desestimó las demandas indemnizatorias de Irán, lo que evidentemente hizo “*unnecessary for the Court to examine the argument [...] that Iran might be debarred from relief on its claim by reason of its own conduct*” (*Oil Platforms (República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América)*, sentencia CIJ del 6 de noviembre de 2003, méritos, ICJ Reports, párr. 100, CLA-116). En el caso relativo a la *Legality of the use of force*, “[h]aving rejected Yugoslavia’s requests on grounds of lack of *prima facie* jurisdiction, the Court did not find it necessary to address the argument about Yugoslavia’s lack of *clean hands*.” (S. Schwobel, “*Clean Hands in the Court*”, 31 *Studies in Transnational Legal Policy*, 1999 pág. 74, RLA-89).

⁵²⁴ Réplica, párr. 202.

⁵²⁵ Contestación, párrs. 280-282.

reconocido por las naciones civilizadas⁵²⁷ y, como tal, resulta aplicable por los tribunales de inversión.

317. En *segundo lugar*, SAS se basa en las observaciones del Relator Especial John Dugard en el *Sexto Informe sobre Protección Diplomática* respecto de la eventual inclusión de un artículo que regule el principio de “*clean hands*” en el borrador de los artículos sobre protección diplomática del 2004⁵²⁸. Sin embargo, el Informe del Prof. Dugard solo es relativo a si es procedente codificar el principio de “*clean hands*” como parte del derecho de protección diplomática. SAS tergiversa la opinión del Prof. Dugard sobre “*clean hands*” al sugerir que se trata de un análisis sobre la existencia de este principio, de forma general, en el derecho internacional⁵²⁹.
318. SAS se basa también en la opinión del Relator Especial James Crawford, en el *Segundo Reporte sobre la Responsabilidad del Estado*, para sugerir que el principio de “*clean hands*” no puede ser considerado como parte de las instituciones del derecho internacional consuetudinario⁵³⁰. Nuevamente, SAS malinterpreta la doctrina que cita. El principio de “*clean hands*” fue discutido como parte del borrador de artículos sobre las circunstancias que excluyen la ilicitud de la conducta del Estado, es decir, en un capítulo “*not concerned with such procedural questions as locus standi, or with the admissibility of claims*”⁵³¹. Por lo tanto, esa discusión no resulta pertinente para este caso.
319. En *tercer lugar*, SAS recurre a la única decisión que cree le puede ser útil, el caso *Yukos*, y la presenta erróneamente como “*the most considered expression of the status of the clean hands doctrine in [investment arbitration]*”⁵³². Sin embargo, la decisión *Yukos* no refuerza la posición de SAS ni es tan respetada por la comunidad arbitral como SAS pretende mostrar.

⁵²⁷ *Nitko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh y otros*, caso CIADI No. ARB/10/11 y ARB/10/18, decisión sobre jurisdicción del 19 de agosto de 2013, párrs. 478 y m., CLA-124.

⁵²⁸ J. Dugard, *Sixth report on diplomatic protection* (53ª Sesión de la Comisión de Derecho Internacional), A/CN.4/546, 2005, párr. 1, CLA-119.

⁵²⁹ Réplica, párr. 205.

⁵³⁰ *Id.*

⁵³¹ Comisión de Derecho Internacional, *Second Report on State Responsibility by Mr. James Crawford, Special Rapporteur* (May 3 – July 23 1990), Documento A/CN.4/498/Add.2, en *II Yearbook of the International Law Commission*, 1999, párr. 335, CLA-120.

⁵³² Réplica, párr. 206.

320. Primero, SAS ignora convenientemente que el tribunal en *Yukos* reconoció que los “principles associated with the clean hands doctrine, such as [...] *ex injuria ius non oritur* have been endorsed by the PCIJ and the ICJ”⁵³³. Esta conclusión contradice directamente la posición de SAS y apoya la aplicación del principio “clean hands”, en virtud de la máxima *ex injuria* (según hemos detallado anteriormente), como parte del derecho internacional.
321. Segundo, SAS intenta minimizar las flagrantes contradicciones en las que incurrió el tribunal *Yukos* al analizar el principio de “clean hands” como un principio general del derecho reconocido por las naciones civilizadas⁵³⁴. Si bien que es cierto que el tribunal afirmó que “[g]eneral principles of law require a certain level of recognition and consensus”⁵³⁵, omitió mencionar que ese reconocimiento y consenso existe entre Estados y no entre las cortes y los tribunales internacionales. La opinión del tribunal *Yukos* pierde todo su valor dado que aplicó incorrectamente el derecho internacional más elemental al no considerar la práctica de los Estados.
322. Adicionalmente, aunque el tribunal tomó nota de que la Federación Rusa se basó en la opinión disidente del Juez Schwebel en el caso relativo a las *Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, fracasó en su intento de conciliar esto con su propia conclusión, dos párrafos después, afirmando que el principio de “clean hands” no es un principio general de derecho internacional. A todas luces existe una contradicción manifiesta, dado que el Juez Schwebel se ha pronunciado, al

⁵³³ *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. Federación Rusa*, caso CPA No. AA 226, laudo final del 18 de julio de 2014, párr. 1360, CLA-121; *Yukos Universal Limited (Isle Of Man) v. Federación Rusa*, caso CPA No. AA 227, laudo final del 18 de julio de 2014, párr. 1360, CLA-122, y *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. Federación Rusa*, caso CPA No. AA 228, laudo final del 18 de julio de 2014, párr. 1360, CLA-123, citando *Diversion of Water from the Meuse*, CPJI, sentencia del 28 de junio de 1937, opinión individual de M. Hudson, CPJI Series A/B No. 70, págs. 73 y 77, RLA-75. Ver, también, *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungria/Eslovaquia)*, sentencia del 25 de septiembre de 1997, ICJ Reports, párr. 133, RLA-238.

⁵³⁴ *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. Federación Rusa*, caso CPA No. AA 226, laudo final del 18 de julio de 2014, párrs. 1361-1363, CLA-121; *Yukos Universal Limited (Isle Of Man) v. Federación Rusa*, caso CPA No. AA 227, laudo final del 18 de julio de 2014, párrs. 1361-1363, CLA-122; *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. Federación Rusa*, caso CPA No. AA 228, laudo final del 18 de julio de 2014, párr. 1361-1363, CLA-123.

⁵³⁵ *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. Federación Rusa*, caso CPA No. AA 226, laudo final del 18 de julio de 2014, párr. 1359, CLA-121; *Yukos Universal Limited (Isle Of Man) v. Federación Rusa*, caso CPA No. AA 227, laudo final del 18 de julio de 2014, párr. 1359, CLA-122; *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. Federación Rusa*, caso CPA No. AA 228, laudo final del 18 de julio de 2014, párr. 1359, CLA-123.

menos en una ocasión más, a favor de la aplicabilidad del principio de "clean hands" en el derecho internacional⁵²⁶.

323. En consecuencia, las supuestas conclusiones de un tribunal aislado, como es Yukos en relación con el principio de "clean hands"⁵²⁷, no deben impedir a este Tribunal realizar su propio análisis y llegar a su propia conclusión. Como explicamos anteriormente, el principio de "clean hands", que no es sino una manifestación del principio de buena fe, debe ser reconocido como un principio válido, aplicable y vinculante de derecho internacional.
324. En cuarto lugar, consciente de que, contrariamente a sus alegatos, el principio de "clean hands" es un principio de derecho internacional, SAS insiste en que sus acciones ilícitas no cumplen con los criterios de aplicación de dicho principio (que SAS pretende derivar de los casos *Guyana c. Surinam* y *Nika Resources c. Bangladesh*). Sin embargo, las acciones de SAS hacen que tenga "unclean hands" porque satisfacen el único requisito que sería relevante: la causalidad entre los abusos de SAS y la inadmisibilidad de sus reclamos.
325. Contrariamente a las alegaciones de SAS, el presunto criterio de reciprocidad se cumple en el presente caso. Este criterio requiere que exista un vínculo, una relación de dependencia mutua, entre el sustrato fáctico que subyace a la reclamación de la demandante y los hechos invocados por la demandada como "unclean hands"⁵²⁸.
326. La reciprocidad de las obligaciones de las Partes se encuentra consagrada en el Tratado y está implícita en el derecho de los tratados de inversión. Bolivia tenía la

⁵²⁶ S. Schwebel, "Clean Hands in the Court", 31 *Studies in Transnational Legal Policy* 74, 1999, pág. 74 ("Is the doctrine of clean hands one that is supported in international law? In my view it is"). RLA-89.

⁵²⁷ *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) c. Federación Rusa*, caso CPA No. AA 226, laudo final del 18 de julio de 2014, párrs. 1361-1363, CLA-121; *Yukos Universal Limited (Iste Of Man) c. Federación Rusa*, caso CPA No. AA 227, laudo final del 18 de julio de 2014, párrs. 1361-1363, CLA-122; *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) c. Federación Rusa*, caso CPA No. AA 228, laudo final del 18 de julio de 2014, párrs. 1361-1363, CLA-123. La única explicación que dio el tribunal de Yukos en su conclusión fue que el demandado había fallado al no haber citado "a single majority decision where an international court or tribunal has applied the principle of 'unclean hands' in an inter-State or investor-State dispute and concluded that, as a principle of international law, it operated as a bar to a claim" (párr. 1362). Dado que, Bolivia ha citado repetidamente el tribunal *Al Warraq*, que determinó que el principio de "clean hands" constituye un obstáculo a la admisibilidad de los reclamos presentado ante él, la denegación "enfática" de este principio por el tribunal de Yukos tiene poca relevancia.

⁵²⁸ *Guyana c. Surinam*, caso CPA, laudo del 17 de septiembre de 2007, párr. 421, RLA-86; *Nika Resources (Bangladesh) Ltd. c. Bangladesh y otros*, caso CIADI No. ARB/10/11 y ARB/10/18, decisión sobre jurisdicción del 19 de agosto de 2013, párrs. 421 y 483, CLA-124.

obligación de brindar protección a la inversión realizada en su territorio por un nacional del Reino Unido, mientras que SAS, como supuesto inversionista, tenía la obligación de invertir de acuerdo con las leyes de Bolivia. Sin embargo, como se ha explicado anteriormente, SAS (a través de CMMK) incumplió su obligación, al ignorar sistemáticamente los derechos humanos y de los pueblos indígenas de las Comunidades Originarias, en contravención al derecho boliviano. Fue precisamente la conducta adoptada por SAS lo que provocó la Reversión³³⁹.

327. En cuanto a los demás criterios identificados por SAS, supuestamente resultantes de los casos *Guyana y Niko Resources*³⁴⁰, no corresponden a los criterios subyacentes al principio de “clean hands” bajo ninguno de los sistemas jurídicos considerados anteriormente. Además, estos supuestos criterios son incoherentes e inconsistentes.
328. Por un lado, de acuerdo con el primero de dichos criterios, SAS alega que la conducta que dio lugar a las “unclean hands” debería equivaler a una continua violación de las obligaciones de esa parte³⁴¹. Lo anterior carece de sentido, ya que contradice directamente el criterio de reciprocidad, mencionado anteriormente. De hecho, dado que la intervención de Bolivia estaba destinada a poner fin a la conducta ilegal e impropia de CMMK, la aplicación del principio de “clean hands” no puede exigir que dicha conducta ilegal e impropia continúe. Como era de esperar, el derecho inglés no reconoce tal criterio de continuidad; todo lo contrario³⁴².
329. Por otro lado, SAS pasa por alto la contradicción entre las conclusiones de los tribunales *Guyana y Niko Resources* en relación con el segundo criterio (el de la “reparación solicitada”). Mientras que el tribunal *Guyana* sostuvo que la reparación por una supuesta violación anterior es un recurso al que no se aplica el principio de

³³² G. Fitzmaurice, “The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law”, 92 *Revue Canadienne de Droit International* 1, 1957, pág. 119, citado en F. Dumberry y G. Dumas-Aubin, “The Doctrine of ‘Clean Hands’ and the Inadmissibility of Claims by Investors Breaching International Human Rights Law”, 10 *Transnational Dispute Management*, issue 1, 2013, pág. 2, RLA-88.

³⁴⁰ Réplica, párr. 213.

³⁴¹ *Guyana c. Suroeste*, caso CPA, laudo del 17 de septiembre de 2007, párr. 421, RLA-86; *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. c. Bangladesh y otros*, caso CIADI No. ARB/10/11 y ARB/10/18, decisión sobre jurisdicción del 19 de agosto 2013, párr. 421, CLA-124.

³⁴² Como una cuestión de hecho, en el caso *Safeway* abordado anteriormente, “unclean hands” hace referencia a que los demandantes habían tenido un comportamiento anticompetitivo, que había sido objeto de multas por la Oficina de Comercio Justo. Igualmente, encontramos un fraude cometido por el demandante en el caso *Stone & Rolls* que había cesado con anterioridad al inicio del procedimiento.

“*clean hands*”³⁴³, el tribunal *Niko Resources* sostuvo que el principio de “*clean hands*” no se aplicaba *precisamente porque* la reparación solicitada *no se refería a la protección contra una violación pasada*³⁴⁴.

* * *

330. En conclusión, el principio de “*clean hands*” es un principio plenamente desarrollado bajo el derecho internacional que también forma parte del orden público internacional. Ha sido reconocido como tal por las cortes internacionales y los tribunales arbitrales y opera como un impedimento a la admisibilidad de los reclamos en aquellos casos en los que el demandante ha actuado de forma inadecuada en relación con la materia objeto de sus pretensiones. En el presente caso, considerando la conducta inapropiada de CMMK, el principio de “*clean hands*” hace que los reclamos de SAS sean inadmisibles ante el Tribunal. Además, las alegaciones de SAS no entran dentro del ámbito de la jurisdicción del Tribunal, ya que se encuentran viciadas por ilegalidad, como se explica a continuación.

4.2.2 El Tribunal puede ejercer su jurisdicción solamente sobre una inversión que cumpla la condición de legalidad

331. Es indiscutible que los reclamos viciados por ilegalidad están fuera del ámbito de la jurisdicción de los tribunales arbitrales de inversión³⁴⁵. En efecto, los tratados de inversión no protegen inversiones que violen las leyes del estado receptor³⁴⁶. SAS no niega la existencia de este requisito de legalidad o su aplicabilidad al presente caso (ni puede hacerlo)³⁴⁷, pero sí desvía la atención del Tribunal sobre la ilegalidad. Para

³⁴³ *Guyana v. Surinam*, caso CPA, laudo del 17 de septiembre de 2007, párr. 421, RLA-86.

³⁴⁴ *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh y otros*, caso CIADI No. ARB/10/11 y ARB/10/18, decisión sobre jurisdicción del 19 de agosto de 2013, párr. 483, CLA-124.

³⁴⁵ Contestación, sección 5.2.1.1; *World Duty Free Company Limited v. República de Kenia*, caso CIADI No. ARB/00/7, laudo del 4 de octubre de 2006, párr. 137, RLA-66; *Gustav F. W. Hommer GmbH & Co KG v. República de Ghana*, caso CIADI No. ARB/07/24, laudo del 18 de junio de 2010, párr. 123, RLA-31.

³⁴⁶ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. República de Filipinas [II]*, caso CIADI No. ARB/11/12, laudo del 10 de diciembre de 2014, párr. 328, RLA-71; *SAUR International S.A. v. República de Argentina*, caso CIADI No. ARB/04/4, decisión sobre jurisdicción y sobre responsabilidad del 6 de junio de 2012, párr. 308, RLA-92.

³⁴⁷ Réplica, párr. 219 (SAS reconoce que: “[a] notwithstanding the absence of an explicit requirement under the BIT that investments must be made in accordance with the laws of the host State, [...] what might be called the ‘Legality Doctrine’ – the requirement that investors comply with the law of the host State when making an investment – is implicit in the system of investment treaty arbitration”).

ello, SAS alega que dicha ilegalidad no deriva de la violación de normas aplicables a su supuesta inversión y que la conducta ilegal no ocurrió durante el proceso de realización de la supuesta inversión.

332. Los alegatos de SAS carecen de fundamento por dos razones. Por un lado, el requisito de legalidad no se limita sólo a aquellas leyes que rigen la admisión o el establecimiento de una inversión en Bolivia (Sección 4.2.2.1). Por otro lado, el requisito de legalidad no está limitado al momento de realización de la inversión, y, en cualquier caso, la conducta ilegal de SAS se produjo mientras realizaba su supuesta inversión (Sección 4.2.2.2).

4.2.2.1 *El requisito de legalidad no se limita únicamente a las leyes relativas a la admisión o el establecimiento de una inversión*

333. SAS sostiene que “violations of host State law not directly concerned with ‘the admission of investments’ or ‘investment regulation’ should not serve as a bar to jurisdiction”⁵⁴⁸. SAS pretende que la decisión del tribunal en *Saba Fakes* sustenta su posición⁵⁴⁹.

334. Sin embargo, la afirmación (en un párrafo) de ese tribunal sobre la categoría de leyes que constituyen el requisito de legalidad era un *obiter dictum* que ni siquiera tomó en consideración los argumentos de las partes. Ninguna de las partes pretendió limitar el *corpus juris* aplicable al requisito de legalidad a aquellas leyes que rigen la admisión de una inversión extranjera⁵⁵⁰. La decisión del tribunal *Saba Fakes* relativa a su falta de jurisdicción sobre los reclamos del demandante se limitó a la constatación de que el Sr. Fakes no tenía una inversión⁵⁵¹, lo que hizo innecesario analizar su legalidad⁵⁵².

335. Además de ser insostenible, la proposición de SAS de que numerosas leyes del Estado receptor (todas aquellas que no regulan la admisión de inversión extranjera) no deben tomarse en consideración para determinar la legalidad de una inversión también es

⁵⁴⁸ Réplica, párr. 220.

⁵⁴⁹ *Id.*, párrs. 220-221.

⁵⁵⁰ La oposición de Turquía fue que una inversión realizada en contra de las disposiciones del Estado anfitrión, de ninguna forma podría estar protegida por el Convenio CIADI o el tratado de inversión. Sin embargo el Sr. Fakes, argumentó que era necesario una violación a los principios legales fundamentales para que tuviera efecto la condición de legalidad, *Saba Fakes c. Turquía*, caso CIADI No. ARB/07/20, laudo del 14 de julio de 2010, párrs. 117-118, RLA-61.

⁵⁵¹ *Id.*, párr. 147.

⁵⁵² *Id.*, párr. 148.

contraría al espíritu del derecho internacional de las inversiones. En este sentido, el tribunal SAUR hizo hincapié en que el propósito principal del sistema de tratados de inversión se limita a la protección de las inversiones legales:

[L]a finalidad del sistema de arbitraje de inversión radica en proteger únicamente inversiones legales y bona fide. El requisito de no haber incurrido en una violación grave del ordenamiento jurídico es una condición tónica, instta en todo APRI, pues no se puede entender en ningún caso que un Estado esté ofreciendo el beneficio de la protección mediante arbitraje de inversión, cuando el inversor, para alcanzar esa protección, haya incurrido en una actuación antijurídica⁵⁵³.

336. Esta opinión fue compartida por los tribunales Yukos⁵⁵⁴ y *Fraport II*. Este último, por ejemplo, señaló que la protección internacional de una inversión no está disponible para las inversiones ilegales, al menos cuando la ilegalidad se refiere a “*the essence of the investment*”⁵⁵⁵.
337. Esta exclusión de las inversiones ilegales de la protección del derecho internacional sólo puede ser eficaz si el ordenamiento jurídico del Estado receptor se considera en su conjunto para determinar la legalidad de esas inversiones. Como explicamos anteriormente, SAS (a través de CMMK) violó principios fundamentales de la legislación boliviana, así como del derecho internacional, algo que tiene como consecuencia directa que sus reclamos queden fuera del ámbito de jurisdicción del Tribunal en virtud del Tratado.
- 4.2.2.2 *La evaluación de la legalidad de una inversión debe hacerse durante toda la duración de la inversión y la consecuencia en el presente caso es que los reclamos de SAS quedan fuera del ámbito de jurisdicción del Tribunal*
338. SAS sostiene que los argumentos de ilegalidad de Bolivia no son pertinentes, porque el comportamiento denunciado ocurrió después de haber realizado la supuesta

⁵⁵³ *SAUR International S.A. c. República de Argentina*, caso CIADI No. ARB/04/4, decisión sobre jurisdicción y sobre responsabilidad del 6 de junio de 2012, párr. 308 (el resaltado es nuestro), RLA-92. Ver, también, *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, caso CIADI No. ARB/06/5, laudo del 15 de abril de 2009, párrs. 100-102, RLA-72.

⁵⁵⁴ *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) c. Federación Rusa*, caso CPA No. AA 226, laudo final del 18 de julio de 2014, párr. 1352, CLA-121; *Yukos Universal Limited (Ile Of Man) c. Federación Rusa*, caso CPA No. AA 227, laudo final del 18 de julio de 2014, párr. 1352, CLA-122; *Venezian Petroleum Limited (Cyprus) c. Federación Rusa*, caso CPA No. AA 228, laudo final del 18 de julio de 2014, párr. 1352, CLA-123.

⁵⁵⁵ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas [II]*, caso CIADI No. ARB/11/12, laudo del 10 de diciembre de 2014, párr. 332, RLA-71.

inversión⁵⁵⁴. Según SAS, la legalidad (o falta de ella) de una inversión debe ser determinada únicamente al momento de realizar la inversión. Esta afirmación se basa en una interpretación errónea de la jurisprudencia citada por SAS.

339. En *primer lugar*, aun suponiendo (*quod non*) que la legalidad deba ser determinada únicamente al momento de realizar una inversión, esto no asiste a SAS, porque la conducta ilícita de CMMK ocurrió durante la realización de su supuesta inversión.
340. En efecto, como señaló el tribunal *Yukos*, “[t]he making of an investment will often consist of several consecutive acts and all of these must be legal and bona fide⁵⁵⁷. Dado que, como veremos más adelante, CMMK estaba todavía en proceso de realizar una inversión al momento del Decreto de Reversión, los actos ilegales durante ese lapso de tiempo excluyen la jurisdicción de este Tribunal.
341. En *segundo lugar*, el argumento de SAS según el cual podría actuar ilegalmente después de haber hecho su inversión no se sostiene. En efecto, como han señalado acertadamente los tribunales en *SAUR* y *Phoenix Action*, el propósito del sistema de tratados de inversión no es la promoción de las inversiones ilegales⁵⁵⁸. Por lo tanto, desde un inicio, la posición de SAS resulta contraria al espíritu en el que se acordó constituir este Tribunal.
342. Primero, el tribunal *Yukos* analizó si las acciones ilegales previas a que el inversionista adquiriera la inversión (o hubiera participado de otro modo en dicha inversión) podían excluir la jurisdicción sobre sus reclamos⁵⁵⁹. Dado que SAS no alega un cambio de titularidad de la inversión, la decisión en *Yukos* no es pertinente. *Yukos* tampoco apoya

⁵⁵⁶ Réplica, párr. 223.

⁵⁵⁷ *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) c. Federación Rusa*, caso CPA No. AA 226, laudo final del 18 de julio de 2014, párr. 1369, CLA-121; *Yukos Universal Limited (Iste Of Man) c. Federación Rusa*, caso CPA No. AA 227, laudo final del 18 de julio de 2014, párr. 1369, CLA-122; *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) c. Federación Rusa*, caso CPA No. AA 228, laudo final del 18 de julio de 2014, párr. 1369, CLA-123.

⁵⁵⁸ *SAUR International S.A. c. República de Argentina*, caso CIADI No. ARB/04/4, decisión sobre jurisdicción y sobre responsabilidad del 6 de junio de 2012, párr. 308 (el resultado es nuestro), RLA-92. Ver, también, *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, caso CIADI No. ARB/06/5, laudo del 15 de abril de 2009, párrs. 100-102, RLA-72.

⁵⁵⁹ *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) c. Federación Rusa*, caso CPA No. AA 226, laudo final del 18 de julio de 2014, párr. 1370, CLA-121; *Yukos Universal Limited (Iste Of Man) c. Federación Rusa*, caso CPA No. AA 227, laudo del 18 de julio de 2014, párr. 1370, CLA-122; *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) c. Federación Rusa*, caso CPA No. AA 228, laudo final del 18 de julio de 2014, párr. 1370, CLA-123.

la posición de SAS según la cual una conducta ilegal no tiene ningún efecto sobre la jurisdicción si tiene lugar después de la realización de la inversión.

343. Segundo, en el caso *Vannessa Ventures*, la declaración del tribunal sobre el momento en que debe evaluarse la legalidad de una inversión simplemente fue un *obiter dictum* dado que, en cualquier caso, las partes no se pronunciaron sobre este punto.³⁶⁰
344. Tercero, los tratados en *Inceysa* y el resto de casos en los que SAS sustentó su posición³⁶¹ contenían cláusulas expresas sobre la condición de legalidad de la inversión. Como han señalado acertadamente esos tribunales³⁶², dichas cláusulas

³⁶⁰ *Vannessa Ventures Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB(AF)/04/6, laudo del 16 de enero de 2013, párrs. 165-167, CLA-128.

³⁶¹ *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, caso CIADI No. ARB/03/26, laudo del 2 de agosto de 2006, párr. 201, (en el artículo III del Tratado entre el Reino de España y la República de El Salvador se establece que “Cada Parte Contratante protegerá en su territorio las inversiones efectuadas, conforme a su legislación [...]”) (el resaltado es nuestro), RLA-65. *Gustav F. W. Hamster GmbH & Co KG c. República de Ghana*, caso CIADI No. ARB/07/24, laudo del 18 de junio de 2010, párrs. 126-127, (en el artículo 10 del Tratado entre la República Federal de Alemania y la República de Ghana, se señala que “[t]his Treaty shall also apply to investments made prior to [the Treaty’s] entry into force by nationals or companies of either Contracting Party in the territory of the other Contracting Party consistent with the latter’s legislation”) (el resaltado es nuestro), RLA-31. *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fask Kaphin c. Estado Plurinacional de Bolivia*, caso CIADI No. ARB/06/2, decisión sobre jurisdicción del 27 de septiembre de 2012, párrs. 255 y 266 (en el artículo I(2) del Tratado entre el Estado Plurinacional de Bolivia y la República de Chile, se instituye que “El término ‘inversión’ se refiere a toda clase de bienes o derechos relacionados con una inversión siempre que esta se haya efectuado de conformidad con las leyes y reglamentos de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión”) (el resaltado es nuestro), RLA-56. *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. República de Argentina*, caso CIADI No. ARB/09/1, decisión sobre jurisdicción del 21 de diciembre de 2012, párrs. 318-319 (el Tratado entre la República de Argentina y el Reino de España, en su artículo I(2) establece que “[t]he term ‘investments’ shall mean any kind of assets, such as property and rights of every kind, acquired or effected in accordance with the legislation of the country receiving the investment”) (el resaltado es nuestro), CLA-126. *Frappart AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas*, caso CIADI No. ARB/03/25, laudo del 16 de agosto de 2007, párrs. 335 y 345 (el artículo I(1) del Tratado entre la República Federal de Alemania y la República de Filipinas, dice que “[t]he term ‘investment’ shall mean any kind of asset accepted in accordance with the respective laws and regulations of either Contracting State [...]”) (el resaltado es nuestro), RLA-91. *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, caso CIADI No. ARB/10/3, laudo del 4 de octubre de 2013, párrs. 185-186, 193 (en el artículo I(1) del Tratado entre el Estado de Israel y la República de Uzbekistán, se establece que “[t]he term ‘investments’ shall comprise any kind of assets, implemented in accordance with the laws and regulations [...]”) (el resaltado es nuestro), CLA-127.

³⁶² *Gustav F. W. Hamster GmbH & Co KG c. República de Ghana*, caso CIADI No. ARB/07/24, laudo del 18 de junio de 2010, párr. 127, RLA-31; *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fask Kaphin c. Estado Plurinacional de Bolivia*, caso CIADI No. ARB/06/2, decisión sobre jurisdicción del 27 de septiembre de 2012, párr. 266, RLA-56, *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. República de Argentina*, caso CIADI No. ARB/09/1, decisión sobre jurisdicción del 21 de diciembre de 2012, párrs. 318-319, CLA-126; *Frappart AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas*, caso CIADI No. ARB/03/25, laudo del 16 de agosto de 2007, párr. 345, RLA-91; *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, caso CIADI No. ARB/10/3, laudo del 4 de octubre de 2013, párr. 193, CLA-127.

limitan expresamente el alcance del análisis de la legalidad al momento de la realización de la inversión. Por el contrario, no hay nada en el Tratado que limite el análisis de la legalidad al momento de la realización de la inversión en el presente caso.

* * *

345. En conclusión, incluso en ausencia de una disposición expresa en el Tratado, la condición de legalidad es inherente al arbitraje de inversión, por lo que las demandas viciadas por ilegalidad quedan fuera de la jurisdicción del Tribunal. La legalidad de las acciones de SAS (a través de CMMK) debe ser valorada conforme a la legislación boliviana en su conjunto (no solo respecto de aquellas disposiciones aplicables a la inversión extranjera) y dicha valoración debe incluir las acciones posteriores a la realización de la inversión. Dado que SAS no había terminado de realizar su "inversión" en Bolivia cuando se dictó el Decreto de Reversión, independientemente del aspecto temporal, el resultado será el mismo: debido a la conducta ilegal de CMMK, los reclamos presentados ante este Tribunal están fuera de su jurisdicción y, en consecuencia, deben de ser desestimados.
- 4.2.3 Aunque la carga de la prueba no recae sobre Bolivia, ésta ha presentado abundante prueba de que SAS no tiene "*clean hands*"
346. Ante la debilidad de sus argumentos jurídicos sobre el principio de "*clean hands*" y el requisito de legalidad, SAS recurre a una discusión meramente teórica sobre la prueba para distraer la atención del Tribunal de los hechos del caso. La estrategia de SAS debe fracasar.
347. En primer lugar, los argumentos jurídicos sobre la carga de la prueba que SAS presenta son incorrectos. SAS sostiene, sin fundamento alguno, que Bolivia no ha aportado suficientes pruebas para cumplir con lo que SAS pretende es el estándar apropiado: "*clear and convincing evidence*"³⁶³.
348. No obstante, la carga de la prueba ya no recae sobre Bolivia, porque, de conformidad con el artículo 27(1) del Reglamento, Bolivia satisfizo la carga de la prueba en su anterior escrito al demostrar los hechos que sustentan sus objeciones con base al principio de "*clean hands*" y la ilegalidad de la inversión. Los argumentos de derecho y de hecho subyacentes a dichas objeciones fueron ampliamente desarrollados en la

³⁶³ Réplica, párrs. 229-231.

Contestación. La carga de la prueba ahora recae sobre SAS, quien, en su Réplica, debió haber presentado pruebas para demostrar que sus reclamos son admisibles y sujetos a la jurisdicción de este Tribunal. No lo hizo.

349. Independientemente de a quién le corresponda la carga de la prueba, el estándar de prueba aplicable a las alegaciones de violación de derechos humanos y derechos indígenas es la preponderancia de pruebas o equilibrio de probabilidades³⁴⁴. Los argumentos de SAS sobre este punto son errados y carecen de soporte en la doctrina y jurisprudencia.
350. Por un lado, en los casos *Rompetro*³⁴⁵ y *Libananco*³⁴⁶, los tribunales aplicaron el estándar del equilibrio de probabilidades y no exigieron “clear and convincing evidence”. Por otro lado, en *Stag c. Egipto*³⁴⁷, la demandada no cuestionó que el estándar aplicable a la cuestión del fraude fuera “clear and convincing evidence”, tal y como proponían las demandantes. En su lugar, Egipto sostuvo que la carga de la prueba correspondía a uno de los demandantes, pero el tribunal desestimó este argumento. Claramente, el estándar de prueba no fue un asunto controvertido en ese caso.
351. En segundo lugar, independientemente de la carga de la prueba y de la valoración de la misma, hay suficientes pruebas para desestimar los reclamos de SAS por no estar sujetos a la jurisdicción del Tribunal.
352. Como Bolivia ha podido demostrar:

³⁴⁴ *Bernhard von Pezold y otros c. República de Zimbabue*, caso CIADI No. ARB/10/15, laudo del 28 de julio de 2015, párr. 177 (“the standard of proof applied in international arbitration is that a claim must be proven on the ‘balance of probabilities’”), RLA-239; *Ioannis Kardassopoulos c. Georgia*, caso CIADI No. ARB/05/18, laudo del 3 de marzo de 2010, párr. 229 (“The Tribunal finds that the principle articulated by the vast majority of arbitral tribunals in respect of the burden of proof in international arbitration proceedings applies in these concurrent proceedings and does not impose on the Parties any burden of proof beyond a balance of probabilities”), CLA-3.

³⁴⁵ *The Rompetrol Group N.V. c. Rumania*, caso CIADI No. ARB/06/3, laudo del 6 de mayo de 2013, párr. 182, CLA-132.

³⁴⁶ *Libananco Holdings Co. Limited c. República de Turquía*, caso CIADI No. ARB/06/8, laudo del 2 de septiembre de 2011, párr. 125, CLA-133.

³⁴⁷ *Waguih Elie George Siag y Clorinda Yacobi c. República Árabe de Egipto*, caso CIADI No. ARB/05/15, laudo del 1 de junio de 2009, párrs. 325-326, CLA-44.

- a. CMMK causo la división entre las Comunidades Originarias, lo cual es contrario al Derecho boliviano e Internacional en materia de protección de los derechos indígenas;
- b. CMMK aumentó el Área de Influencia del Proyecto con el único objetivo de diluir la oposición de las Comunidades cercanas al Proyecto;
- c. CMMK creó una organización paralela ilegítima (COTOA-6A) para crear una apariencia de apoyo al Proyecto y doblegar a la oposición de las dos principales organizaciones indígenas (a nivel nacional y regional); esta estrategia tuvo trágicos resultados en el pasado y causó el retiro de las Comunidades que se oponían al Proyecto de toda mesa de diálogo;
- d. En violación de las normas sobre autogobierno y autodeterminación de las Comunidades Originarias, empleados de CMMK violaron sus usos y costumbres (llegando al punto de intentar infiltrarse en reuniones disfrazados con atuendos tradicionales);
- e. [REDACTED]
- f. CMMK fomentó la violencia entre las Comunidades Originarias a favor y en contra del Proyecto al dar apoyo logístico y preparar a los Comunarios afines a Acasio, provocando una situación que puso en peligro la integridad y la vida de estas comunidades e incluso de las autoridades del Estado;
- g. Utilizando abogados contratados por CMMK, la Compañía utilizó a los comunarios favorables al Proyecto para presentar denuncias penales contra las Autoridades Originarias que se oponían al Proyecto;
- h. [REDACTED]

⁵⁶⁸ [REDACTED] R-75;
 Voto resolutorio de la Comunidad de Mallku Khota del 26 de febrero de 2016, R-158.

[REDACTED]
[REDACTED]
i. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

353. Por lo tanto, los hechos probados por Bolivia demuestran que SAS tiene “*unclean hands*” por lo que, de tener jurisdicción el Tribunal (*quod non*), sus reclamos serían inadmisibles.

5. BOLIVIA CUMPLIÓ EN TODO MOMENTO TODAS SUS OBLIGACIONES INTERNACIONALES

354. SAS sostiene que Bolivia incumplió sus obligaciones bajo el Tratado y el derecho internacional. En este sentido, los nuevos argumentos de SAS en su Réplica no son más efectivos que los anteriores. Bolivia ha probado que (i) SAS vulneró los derechos humanos e indígenas de las Comunidades Originarias y que, (ii) producto de dicha vulneración y la situación de violencia, Bolivia se vio en la obligación de proteger los derechos de las Comunidades Originarias a través del Decreto de Reversión.

355. Respecto del fondo de la controversia, los argumentos de SAS no pueden prosperar. Bolivia ha probado que su accionar, incluida la decisión de revertir las Concesiones Mineras, no puede constituir un ilícito internacional por cuanto actuó bajo un estado de necesidad (Sección 5.1); que la Reversión de las Concesiones Mineras no constituyó una expropiación y, mucho menos, una no acorde a los términos del Tratado (Sección 5.2); que las Concesiones Mineras recibieron, en todo momento, un trato justo y equitativo, transparente y de buena fe (Sección 5.3); que Bolivia cumplió su obligación de medios para ofrecer plena protección y seguridad (Sección 5.4); que las Concesiones Mineras no fueron sujetas a medidas irrazonables o discriminatorias (Sección 5.5), y que no recibieron un trato menos favorable que el otorgado a los demás inversionistas bolivianos (Sección 5.6).

⁵⁸⁹ Ver sección 2.1.3, *supra*.

- 5.1 **La respuesta de Bolivia ante la crisis de derechos humanos e indígenas instigada por SAS, incluye su decisión de revertir las Concesiones Mineras, no puede constituir un ilícito internacional por cuanto existía un estado de necesidad**
356. SAS persiste en que Bolivia no solo habría expropiado injustamente su inversión, sino también en que las acciones de Bolivia violaron las disposiciones del Tratado relativas a los estándares de trato justo y equitativo, plena protección y seguridad, no deterioro de la inversión y trato de nación más favorecida⁵⁷⁰.
357. SAS se equivoca. El derecho internacional excluye la ilicitud de cualquier acción llevada a cabo con fundamento en la necesidad y el Decreto de Reversión constituye, a todas luces, un ejemplo de ello. El Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos ("Artículos sobre Responsabilidad del Estado") señala:

*Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho: a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto*⁵⁷¹.

358. La CIJ y los tribunales arbitrales coinciden en que la necesidad excluye la ilicitud cuando se cumplen los requisitos de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado⁵⁷². En *Gabcikovo-Nagymaros*, la CIJ sostuvo que "the state of necessity is a ground recognized by customary international law for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation"⁵⁷³.

⁵⁷⁰ Réplica, sección V.

⁵⁷¹ Naciones Unidas, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*. Resolución aprobada por la Asamblea General No. A/RES/56/83, 28 de enero de 2002, art. 25(1), RLA-126; *Gabcikovo-Nagymaros Project*, caso CIJ, sentencia del 25 de septiembre de 1997, párrs. 40-41, RLA-238.

⁵⁷² *Gabcikovo-Nagymaros Project*, caso CIJ, sentencia del 25 de septiembre de 1997, párr. 51, RLA-138; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/02/1, decisión sobre responsabilidad del 3 de octubre de 2006, párr. 274, CLA-42; *CMS Gas Transmission Company c. República de Argentina*, caso CIADI No. ARB/01/8, decisión de anulación del 25 de septiembre del 2007, párr. 132, RLA-240; *Soupra Energy International c. República de Argentina*, caso CIADI No. ARB/02/16, decisión de anulación del 29 de junio del 2010, párr. 200, RLA-241; *Enron Creditors Recovery Corp. y Ponderosa Assets, LP. c. República de Argentina*, caso CIADI No. ARB/01/13, decisión de anulación del 30 de julio de 2010, párr. 393, RLA-242.

⁵⁷³ *Gabcikovo-Nagymaros Project*, caso CIJ, sentencia del 25 de septiembre de 1997, párr. 51, RLA-238.

359. La necesidad, por lo tanto, excluye la ilicitud del Decreto de Reversión debido a que (i) Bolivia actuó para proteger intereses fundamentales en materia de derechos humanos y derechos indígenas reconocidos por la Constitución boliviana y el derecho internacional; (ii) CMMK representaba un grave e inminente peligro para los derechos de los habitantes del área de Mullku Khota; (iii) la única manera de tutelar esos derechos fue suspender el Proyecto (ordenando la Reversión) para pacificar la zona; y (iv) las acciones en cuestión no afectaron gravemente los intereses fundamentales del Reino Unido (o de SAS).
360. En primer lugar, las acciones de Bolivia, a lo largo de la crisis instigada por la Compañía, siempre buscaron proteger los derechos fundamentales reconocidos tanto por el derecho boliviano como por el derecho internacional: los derechos humanos e indígenas de las Comunidades Originarias. Como ha sido explicado en la sección 3 *supra*, Bolivia tenía el deber jurídico de intervenir para garantizar esos derechos y restaurar la paz social que fue alterada por CMMK.
361. No cabe ninguna duda de que la protección de los derechos humanos e indígenas constituye un interés fundamental para Bolivia. La CIJ ha indicado que “one should not, in that context, reduce an ‘essential interest’ to a matter only of the ‘existence’ of the State, and that the whole question was, ultimately, to be judged in the light of the particular case [...]”⁵⁷⁴. El tribunal LG&E estableció que los intereses fundamentales incluyen “intereses económicos [y] financieros”⁵⁷⁵ y el tribunal Suez incluyó, además, la protección de la salud y del bienestar (“*health and well-being*”) de los individuos⁵⁷⁶. Los derechos humanos e indígenas reconocidos por instrumentos internacionales y las constituciones modernas constituyen, como mínimo, un interés fundamental.
362. En segundo lugar, es innegable que CMMK representaba un riesgo grave e inminente para los derechos humanos e indígenas de los pueblos asentados sobre el área de exploración de Mullku Khota debido a sus abusos, al desconocimiento de la

⁵⁷⁴ *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, caso CIJ, sentencia del 25 de septiembre de 1997, párr. 53, RLA-238.

⁵⁷⁵ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/02/1, decisión sobre responsabilidad del 3 de octubre de 2006, párr. 251, CLA-42.

⁵⁷⁶ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República de Argentina*, caso CIADI No. ARB/03/19, decisión sobre responsabilidad del 30 de julio de 2010, párr. 260, CLA-43.

autonomía de las Comunidades Originarias y conflictos violentos. Las acciones de CMMK propiciaron y agravaron el conflicto social, generando una constante violación a los derechos de las Comunidades Originarias de la zona del Proyecto.

363. En tercer lugar, para el 1 de agosto de 2012, no cabía duda de que la única manera de proteger a las Comunidades Originarias de las reiteradas violaciones de CMMK era expulsar a esta última para pacificar la incontrolable situación de orden público en la zona del Proyecto.
364. Primero, las Comunidades Originarias estaban de acuerdo en que la expulsión de CMMK de Mallku Khota era necesaria para restaurar la paz social, como demuestran el Acta Acuerdo suscrita en Chiro Qhasa el 7 de julio de 2012⁵⁷⁷ y el acuerdo firmado en el Palacio de Gobierno el 10 de julio de ese mismo año⁵⁷⁸.
365. Segundo, la Gobernación puso a disposición de CMMK sus buenos oficios para asegurar la continuidad del Proyecto pero las acciones de CMMK frustraron este resultado. CMMK optó por usar COTOA-6A para doblegar por medios ilegales la oposición al Proyecto, según hemos explicado anteriormente⁵⁷⁹.
366. Tercero, el Gobierno central propuso alternativas (como la suspensión temporal de las actividades luego de los eventos violentos del 5 de mayo de 2012) con el fin de asegurar no solamente la viabilidad del Proyecto de CMMK, sino los derechos de las

⁵⁷⁷ Acta de entendimiento del 7 de julio de 2012 (“*Punto Cuarto. Anulación y Reversión. Al respecto se anularán las Concesiones (sic) mineras de [CMMK]. Dichas áreas serán revertidas al Estado Plurinacional de Bolivia, habiendo consenso para el mismo de las 5 provincias del Norte de Potosí*”), C-16.

⁵⁷⁸ Acuerdo suscrito en el Palacio de Gobierno el 10 de julio de 2012 (“*El Estado se hará cargo del Centro Minero de Mallku Khota, en toda su cadena productiva [...] Se garantiza la convivencia pacífica, la paz social, el libre tránsito entre todas las comunidades, estancias y habitantes de la región*”), C-17.

⁵⁷⁹ Ver sección 2.1 3.3, supra.

Comunidades Originarias. [REDACTED]

367. Cuarto, las propuestas de SAS para mitigar el conflicto social - por medio de la participación comunitaria en una comisión neutra, el suministro de infraestructura adicional a, incluso, la ocupación militar³⁶⁷ - no hubieron contribuido a resolver el problema y son únicamente un ejercicio académico (y *ex post facto*) de SAS sobre lo que ahora le parece que el Estado habría podido hacer.
368. Por una parte, la militarización es una medida poco efectiva para gestionar conflictos entre Comunidades Originarias en el Norte de Potosí. Como señala el entonces Gobernador Gonzales,

Al referirse a la militarización ordenada en mayo de 2012, el Sr. Gonzales Yustronic parece reprocharme no haber tomado este tipo de medidas desde el año 2011. Sin embargo, conociendo los antecedentes de violencia en el Norte de Potosí, siempre me pareció necesario hacer prevalecer el diálogo antes que la acción de la fuerza pública, por importante que fuera el proyecto de CMMK para el futuro de nuestro Departamento y nuestro país. Un ejemplo de ello, del que tengo un claro recuerdo, es el caso de la mina de Amayapampa. Durante la gestión de Gonzalo Sánchez de Lozada en el año 1996, el uso de la fuerza tuvo como consecuencia un rápido y gravísimo enfrentamiento que terminó con el fallecimiento de nueve ciudadanos bolivianos³⁶⁸.

369. Por otra parte, como menciona el Ministro Navarro, "nuestra experiencia en el Gobierno nos ha mostrado que la retoma del control por parte del Estado es la medida más efectiva para terminar un conflicto entre Comunidades Originarias

367

368

³⁶⁷ Réplica, párr. 338. Ver, también, Réplica, párr. 281.

³⁶⁸ Gob. Gonzales II, párr. 43, RWS-4. Ver, también, Navarro, párr. 25, RWS-2.

*derivado de la explotación de un proyecto minero*⁵⁸⁴. Dos ejemplos recientes – los yacimientos de Colquiri y Huanuni – son prueba de ello⁵⁸⁵.

370. Incluso al día de hoy, SAS permanece indiferente al impacto que sus actos tuvieron sobre los miembros de las Comunidades Originarias. Así, por ejemplo, SAS sostiene que una ocupación militar que reprimiese la oposición de las Comunidades Originarias hubiera sido una solución adecuada al problema⁵⁸⁶ [REDACTED] [REDACTED]. Sin embargo, una medida de tal calibre habría afectado los derechos a la libre expresión y reunión (amén de la vida e integridad) de ciudadanos que manifestaban legítimamente su disconformidad frente a los abusos que sufrían de CMMK⁵⁸⁷. Inútil recordar, una vez más, los graves hechos del 5 de julio del 2012, cuando, por causa de CMMK, la policía intervino en Mallku Kkota causando graves disturbios y la muerte de José Mamani.
371. Por lo tanto, SAS no ha demostrado que sus propuestas bastasen para proteger adecuadamente a las Comunidades Originarias de una empresa que defendía sus intereses económicos a expensas de los derechos fundamentales.
372. En cuarto lugar, los derechos fundamentales de las Comunidades Originarias valen más que cualquier interés económico que el Reino Unido pudiese tener en la exploración que llevaba a cabo CMMK en beneficio de una compañía canadiense.
373. El tribunal *Suez* concluyó que los actos que afectan los intereses de un inversionista no afectan el interés fundamental de un Estado parte de un tratado de inversión o de la comunidad internacional:

In failing to accord the Claimants' investments fair and equitable treatment, Argentina may have injured the Claimants' interests, but it is difficult to see how Argentina's actions impaired an essential interest of France, Spain, the United Kingdom, or the international community. The Tribunal therefore

⁵⁸⁴ Navarro, párr. 44, RWS-2.

⁵⁸⁵ *Id.*, párrs. 45 y 47.

⁵⁸⁶ Réplica, párr. 338. Ver, también, Réplica, párr. 281.

⁵⁸⁷ [REDACTED]

⁵⁸⁸ Ver, por ejemplo, *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) c. Venezuela*, caso CIDH, sentencia del 22 de junio de 2015, párr. 135-136, RLA-243; *Castañeda Guzmán c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIDH, sentencia del 6 de agosto de 2008, párr. 140, RLA-244; *Olmedo Bustos y otros c. Chile*, caso CIDH, sentencia del 5 de febrero de 2001, párrs. 65-68, RLA-245.

*finds that Argentina has satisfied the second condition for the defense of necessity*³⁸⁹.

374. Al igual que en *Suez*, ni el Decreto de Reversión ni las otras acciones de Bolivia lesionaron un interés fundamental del Reino Unido o la comunidad internacional. No obstante, aun suponiendo que los intereses de un inversionista pudiesen ser considerados fundamentales para el Reino Unido o la comunidad internacional, cualquier preocupación sobre el impacto sufrido fue mitigado cuando Bolivia ofreció una compensación justa por la pérdida de las Concesiones Mineras basada en las inversiones realizadas.

* * *

375. Por todo lo anterior, la ilicitud del Decreto de Reversión debe ser excluida al ser una medida necesaria para proteger un interés fundamental, como son los derechos humanos e indígenas, del grave e inminente peligro que representaba la continuidad de CMMK, sin que otro interés equivalente se haya visto afectado.

376. Tampoco existen motivos para negar que concurren los supuestos en los que aplica el estado de necesidad. Los Artículos sobre Responsabilidad del Estado disponen que:

*En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si: a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o b) El Estado ha contribuido u que se produzca el estado de necesidad*³⁹⁰.

377. Ninguno de estos dos motivos resulta aplicable a las acciones de Bolivia. Primero, el Tratado no contiene ninguna disposición que pueda interpretarse como una prohibición a invocar el estado de necesidad. Segundo, como ha quedado ampliamente demostrado, fue CMMK (y no Bolivia) el responsable de crear y agravar el conflicto social que originó la Reversión. SAS no ha alegado, ni puede hacerlo, que Bolivia haya sido de alguna forma responsable por las violaciones de derechos humanos e indígenas que CMMK cometió.

³⁸⁹ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República de Argentina*, caso CIADI No. ARB/03/19, decisión sobre responsabilidad del 30 de julio del 2010, párr. 261, CLA-43.

³⁹⁰ Naciones Unidas, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, Resolución aprobada por la Asamblea General No. A/RES/56/83, 28 de enero de 2002, art. 25(2), RLA-126.

378. En consecuencia, las acciones de Bolivia, incluido el Decreto de Reversión, no podrían haber sido ilícitas, incluso si esas acciones fueran contrarias al Tratado (lo cual Bolivia rechaza).

5.2 **La Reversión de las Concesiones Mineras no constituye una expropiación (aún menos una expropiación lícita), alno al ejercicio legítimo de poderes de policía para proteger los derechos humanos e indígenas**

379. SAS insiste en que, de conformidad con el Tratado, el Decreto de Reversión (i) constituyó una expropiación; (ii) no se llevó a cabo para realizar un fin público o un beneficio social; y (iii) no dispuso una adecuada compensación³⁹¹. SAS se equivoca nuevamente. El artículo 5 del Tratado establece las condiciones en las que una expropiación debe realizarse:

Las inversiones de capital de nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes no podrán, en el territorio de la otra Parte Contratante, ser nacionalizadas, expropiadas o sometidas a medidas que en sus efectos equivalgan a nacionalización o expropiación (en lo sucesivo se denomina 'expropiación'), salvo por causas de utilidad pública y por un beneficio social relacionados con las necesidades internas de dicha Parte Contratante y a cambio de una justa compensación efectiva. Dicha compensación deberá responder al valor de mercado de las inversiones de capital inmediatamente antes de la fecha de hacerse efectiva la expropiación o de hacerse pública la inminente expropiación cualquiera que sea la anterior, comprenderá los intereses conforme al tipo normal comercial o legal cualquiera que haya de aplicarse en el territorio de la Parte Contratante que efectuó la expropiación, hasta la fecha en que se efectuara el pago; el pago se efectuará sin demora, será efectivamente realizable y libremente transferible³⁹².

380. En consecuencia, para que se dé una expropiación en los términos del Tratado, la medida debe (i) constituir una verdadera expropiación y no un legítimo ejercicio de los poderes de policía; (ii) no cumplir ni un propósito público ni de beneficio social; y (iii) no prever adecuadas condiciones de compensación. Las acciones de Bolivia, incluido el Decreto de Reversión, no violaron estas condiciones.

381. Es revelador que SAS afirme que no necesita probar que sufrió una expropiación injusta y que la carga de la prueba recae sobre Bolivia, a quien correspondería demostrar que no expropió las Concesiones Mineras³⁹³. Esta afirmación es incorrecta y contraria a derecho. De hecho, los laudos que supuestamente imponen la carga de

³⁹¹ Réplica, secciones V(A) y (B).

³⁹² Tratado, art. 5, C-1.

³⁹³ Réplica, párr. 266.

la prueba sobre Bolivia de refutar las alegaciones sobre expropiación⁵⁹⁴ no hacen sino repetir el principio según el cual “[c]ada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus acciones o defensas”⁵⁹⁵. Los demás laudos citados en materia de expropiación confirman que SAS tiene la carga de la prueba.

382. SAS ha sido incapaz de cumplir con esta carga probatoria. La Demandante no ha demostrado que las acciones de Bolivia, incluido el Decreto de Reversión, (i) constituyen una expropiación (Sección 5.2.1), (ii) carecían de un fin público y un beneficio social (Sección 5.2.2), o (iii) no contemplaban una compensación adecuada (Sección 5.2.3).

5.2.1 La Reversión no constituyó una expropiación sino el ejercicio legítimo de los poderes de policía de Bolivia ante las repetidas y continuas vulneraciones de derechos humanos e indígenas por parte de SAS y el conflicto social que ésta generó

383. SAS insiste en que la Reversión constituyó una expropiación bajo el artículo 5 del Tratado o indica que “[t]here is no issue as to whether an expropriation took place: Bolivia freely concedes that it expropriated South American Silver’s Malku Khoto Mining Concessions”⁵⁹⁶.

384. SAS yerra en esta afirmación porque Bolivia nunca ha reconocido una expropiación, sino que si el Decreto de Reversión hubiera sido una expropiación (*quod non*), ésta habría sido lícita. El Decreto de Reversión no puede ser calificado de expropiación sino de ejercicio legítimo de los poderes de policía en respuesta a la crisis creada y agravada por CMMK.

5.2.1.1 Bolivia tiene el derecho soberano de adoptar medidas reglamentarias y administrativas de conformidad con sus poderes de policía

385. El derecho internacional de las inversiones reconoce que las disposiciones de los tratados sobre compensación por expropiación no resultan aplicables a las medidas adoptadas en el ejercicio soberano por el Estado de sus poderes de policía. Estos

⁵⁹⁴ *Pac Rim Cayman LLC v. República de El Salvador*, caso CIADI No. ARB/09/12, decisión de jurisdicción del 1 de junio de 2012, párr. 2.11, CLA-147; *Salpaem S.p.A v. República Popular de Bangladesh*, caso CIADI No. ARB/05/7, laudo del 30 de junio de 2009, párr. 113, CLA-148.

⁵⁹⁵ Reglamento, art. 24(1).

⁵⁹⁶ Réplica, párr. 262, citando Contestación, párr. 332.

poderes de policía incluyen todas las medidas que (i) son adoptadas para salvaguardar un interés público importante y (ii) son proporcionales al mismo.

386. Como explicó el tribunal *Tza Yap Shun*, una acción del Estado constituye un ejercicio de sus poderes de policía “cuando se advierte que el Estado actúa en aras de un interés público de gran importancia como preservar el orden, la salud o la moral pública [...]”⁵⁹⁷. Así, el tribunal indicó que, por ejemplo, “el decomiso o la incautación de la propiedad por la omisión en el pago de impuestos es una herramienta legítima de las administraciones tributarias [...]”⁵⁹⁸.
387. El tribunal *Firman’s Fund Insurance Company*, presidido por el Prof. Alben Jan van den Berg, añadió que también debe existir “*proportionality between the means employed and the aim sought to be realized* [...]”⁵⁹⁹.
388. Suscribir un tratado internacional no implica que los Estados renuncien a su autoridad y prerrogativa soberana de actuar en defensa del interés público (sin tener que pagar una compensación a los inversionistas extranjeros), especialmente cuando se enfrentan a amenazas al orden público, la salud y la moralidad. Esto es porque, como indicó el tribunal *CME*, “[r]egulatory measures are common in all types of legal and economic systems in order to avoid use of private property contrary to the general welfare of the (host) State”⁶⁰⁰.
389. No existe desacuerdo sustancial sobre el hecho de que los Estados conservan su derecho de ejercer los poderes de policía para regulación y control interno. Es el caso de tribunales como *Suluka*, *Methanex* y *Chemtura*, que cuentan entre sus miembros a James Crawford, Gabrielle Kaufmann-Kohler, L. Yves Fortier, Charles Brower y V.V. Veeder, quienes han reconocido esta prerrogativa soberana⁶⁰¹.

⁵⁹⁷ *Tza Yap Shun v. República del Perú*, caso CIADI No. ARB/07/6, laudo del 7 de julio de 2011, párr. 95, RLA-146.

⁵⁹⁸ *Id.*

⁵⁹⁹ *Firman’s Fund Insurance Company v. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI No. ARB(AF)/02/01, laudo del 17 de julio de 2006, párr. 176, RLA-247.

⁶⁰⁰ *CME Czech Republic B.V. v. República Checa*, caso CNUDMI, laudo parcial del 13 de septiembre de 2001, párr. 603, CLA-50.

⁶⁰¹ *Suluka Investments B.V. v. República Checa*, caso CNUDMI, laudo parcial del 17 de marzo de 2006, párrs. 254-255 (“The Tribunal acknowledges that Article 5 of the Treaty in the present case is drafted very broadly and does not contain any exception for the exercise of regulatory power. However, in using the concept of deprivation, Article 5 imports into the Treaty the customary international law notion that a deprivation can be justified if it results from the exercise of regulatory actions aimed at the maintenance of public order. [...] It is now established in

5.2.1.2 *Las medidas adoptadas por Bolivia en el ejercicio de sus poderes de policía gozan de una presunción de legalidad y no están sujetas a revisión durante el arbitraje*

390. De conformidad con el principio según el cual los Estados tienen la prerrogativa soberana de ejercer poderes de policía, debe otorgárseles deferencia al evaluar si las medidas adoptadas en ejercicio de dichos poderes constituyen un uso legítimo de esa prerrogativa.

391. Las decisiones de los Estados merecen esta deferencia ya que las medidas reglamentarias y administrativas están sujetas a una presunción de legalidad. Esta fue la opinión del tribunal *Tsa Yap Strun*: “el ejercicio del poder regulatorio y administrativo del Estado lleva aparejada una presunción de legitimidad⁶⁰²”.

392. El tribunal *Investment* estableció que no corresponde a tribunales internacionales cuestionar si la actuación de un Estado en defensa del interés público es correcta o no:

A decision to revoke a bank's licence, which takes place within a detailed national legal framework that includes administrative and judicial remedies, is not reviewed at the international law level for its "correctness", but rather for whether it offends the more basic requirements of international law. Numerous tribunals have held that when testing regulatory decisions against international law standards, the regulators' right and duty to regulate must not be subjected to undue second-guessing by international tribunals. Tribunals need not be satisfied that they would

international law that States are not liable to pay compensation to a foreign investor when, in the normal exercise of their regulatory powers, they adopt in a non-discriminatory manner bona fide regulations that are aimed at the general welfare”, CLA-46; Methanex Corporation v. Los Estados Unidos de Norte América, caso NAFTA, laudo del 3 de agosto de 2005, pág. 278, párr. 7 (“In the Tribunal's view, Methanex is correct that an intentionally discriminatory regulation against a foreign investor fulfils a key requirement for establishing expropriation. But as a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation”), RLA-114; Chemtura Corporation v. Gobierno de Canadá, caso NAFTA, laudo del 2 de agosto de 2010, párr. 266 (“Irrespective of the existence of a contractual deprivation, the Tribunal considers in any event that the measures challenged by the Claimant constituted a valid exercise of the Respondent's police powers. As discussed in detail in connection with Article 1105 of NAFTA, the PMRA took measures within its mandate, in a non-discriminatory manner motivated by the increasing awareness of the dangers presented by lindane for human health and the environment. A measure adopted under such circumstances is a valid exercise of the State's police powers and, as a result, does not constitute an expropriation”), RLA-248.

⁶⁰² *Tsa Yap Strun v. República del Perú*, caso CIADI No. ARB/07/6, laudo del 7 de julio de 2011, párr. 95, RLA-246.

*have made precisely the same decision as the regulator in order for them to uphold such decisions*⁶⁰³.

393. Otros tribunales de inversión han rechazado intentos similares de cuestionar una decisión del Estado. El tribunal *Renée Rose Levy de Levy*, por ejemplo, concluyó que “es inadmisibles que un Tribunal Arbitral ‘se ponga en los zapatos del organismo [el que sea] [...] y cuestione a posteriori sus medidas”⁶⁰⁴. Además, explicó que “un Tribunal Arbitral no puede sustituir a un órgano del Estado, ni convertirse en una instancia de apelación para examinar actos o decisiones tomadas por las autoridades correspondientes”⁶⁰⁵.
- 5.2.1.3 *La Reversión se realizó para proteger los derechos de las Comunidades Originarias y evitar que el conflicto social se agravase*
394. Bolivia adoptó el Decreto de Reversión para proteger un interés público fundamental: los derechos humanos e indígenas. Esta medida era, además, plenamente proporcional a ese interés, por lo que el Decreto de Reversión fue un ejercicio legítimo de los poderes de policía y no constituye, bajo ninguna circunstancia, una expropiación.
395. El Decreto de Reversión protegió los derechos humanos e indígenas de las Comunidades Originarias cercanas al área del Proyecto ante las repetidas y continuas violaciones a las que estaban siendo sometidas por CMMK. El respeto de esos derechos es un interés público preponderante, especialmente en vista de la protección que les confiere el derecho internacional como consecuencia de la vulnerabilidad histórica de las Comunidades Originarias. La defensa de estos derechos tiene mucho más peso, por ejemplo, que las preocupaciones de interés público relativas a obligaciones con los depositantes bancarios o el interés en una administración tributaria eficiente que mencionaron los tribunales *Invesmart* y *Tza Yap Shum* respectivamente, y que consideraron suficientes para justificar el ejercicio de los poderes de policía por el Estado⁶⁰⁶.

⁶⁰³ *Invesmart, B.V. v. República Checa*, caso CNUDMI, laudo del 26 de junio de 2009, párr. 501, RLA-249.

⁶⁰⁴ *Renée Rose Levy de Levy v. República del Perú*, caso CIADI No. ARB/10/17, laudo del 26 de febrero de 2014, párr. 161, RLA-250.

⁶⁰⁵ *Id.*

⁶⁰⁶ *Invesmart, B.V. v. República Checa*, caso CNUDMI, laudo del 26 de junio de 2009, párr. 501, RLA-249; *Tza Yap Shum v. República del Perú*, caso CIADI No. ARB/07/6, laudo del 7 de julio de 2011, párr. 95, RLA-246.

396. Por otra parte, la Reversión fue proporcional al interés público en juego. La Reversión extinguió los derechos de una Concesión en etapa de exploración, en la cual la explotación minera no estaba aún autorizada y que, por lo tanto, carecía de un impacto económico sustancial para el concesionario (amén de la incertidumbre sobre las reservas existentes en este yacimiento y su viabilidad económica⁶⁰⁷). Además, en lugar de eliminar por completo los derechos del concesionario, el Decreto de Reversión ofrecía compensación equivalente a la cantidad invertida en las actividades de exploración para mantener una proporcionalidad completa. Este esfuerzo contrasta con las decisiones de los tribunales *Investmart* y *Tsa Yap Shum*, los cuales concluyeron que la privación completa de propiedad sin compensación es proporcional al interés público, incluso en situaciones menos graves que el respeto de los derechos humanos e indígenas⁶⁰⁸.
397. La proporcionalidad de la medida se confirma por el hecho de que Bolivia implementó el Decreto de Reversión sólo después de agotar otras posibilidades.
398. Por una parte, como ya hemos señalado, el Estado promovió activamente espacios de socialización del Proyecto para que CMMK obtuviese el acuerdo de todas las Comunidades Originarias para el Proyecto. El Estado incluso propuso la paralización momentánea de las actividades de exploración⁶⁰⁹. El fracaso de esta medida es atribuible exclusivamente a CMMK.
399. Por otra parte, el Estado desplegó personal policial preventivamente en las zonas aledañas al Proyecto en mayo y junio de 2012 y conformó comisiones institucionales de alto nivel para restablecer el orden público en la zona del Proyecto cuando la infiltración de empleados de CMMK en la zona del conflicto hizo insostenible la situación de violencia⁶¹⁰.
400. Tomando en consideración que el Decreto de Reversión satisfizo completamente los estándares del ejercicio de los poderes de policía y a la luz de la deferencia sustancial

⁶⁰⁷ Ver sección 6.2.1, *infra*.

⁶⁰⁸ *Investmart, B.V. c. República Checa*, caso CNUDMI, laudo del 26 de junio de 2009, párr. 501, RLA-249; *Tsa Yap Shum c. República del Perú*, caso CIADI No. ARB/07/16, laudo del 7 de julio de 2011, párr. 95, RLA-246.

⁶⁰⁹ Ver sección 2.3, *infra*.

⁶¹⁰ Gob. Gonzales I, párr. 71 y sección VII, RWS-1. Ver sección 2.3.2, *supra*.

que se debe a los Estados, el Decreto de Reversión no puede consistir una expropiación.

5.2.2 La Reversión de las Concesiones Mineras tuvo un propósito público y representó un beneficio social puesto que permitió a Bolivia cumplir con su obligación de garantizar los derechos humanos e indígenas en las comunidades donde CMMK cometió repetidas y continuas violaciones de derechos

401. SAS alega que, “*unless an expropriation satisfies both [the public purpose and social benefit] requirements, it will be considered unlawful and in violation of the Treaty*”⁶¹¹ y niega que el Decreto de Reversión se llevam a cabo con un fin público y de beneficio social relacionado con las necesidades internas.

402. En *primer lugar*, la Reversión fue decretada con un fin público y de beneficio social correspondiente a las necesidades internas de Bolivia, y se llevó a cabo para garantizar los derechos humanos de las Comunidades Originarias ante los abusos de CMMK y la violencia que causó, cumpliendo así Bolivia sus deberes en materia de derechos humanos (que incluyen el derecho a la vida e integridad personal).

403. No obstante, SAS alega de forma sorprendente que las medidas que un Estado pueda adoptar para garantizar el respeto de los derechos humanos e indígenas no cumplirían un fin público y de beneficio social⁶¹². Este argumento es inverosímil.

404. Con este argumento, SAS ignora el principio ampliamente aceptado según el cual un Estado es soberano para determinar qué acciones toma con un fin público y de beneficio social. El tribunal *Rurelec*, comentando los requisitos del mismo Tratado, decidió que “*the precise contours of public purpose and social benefit lie with the internal constitutional and legal order of the State in question [...]*”⁶¹³. Otros tribunales, incluido *British Caribbean Bank*, en los que SAS se basa, han destacado de manera similar que el Estado tiene amplia discreción para decidir lo que satisface este requisito⁶¹⁴. El caso *ADC* no afirma lo contrario; sólo indica que el Estado debe

⁶¹¹ Réplica, párr. 268.

⁶¹² Réplica, párrs. 270, 286-288.

⁶¹³ *Guaracachi America, Inc. y Rurelec Plc c. Estado Plurinacional de Bolivia*, caso CPA No. 2011-17, laudo del 31 de enero de 2014, párr. 437, RLA-29.

⁶¹⁴ *Qanborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Ford Kaptin c. Estado Plurinacional de Bolivia*, caso CIADI No. ARB/06/2, laudo del 16 de septiembre de 2015, párr. 245 (“*The Tribunal defers to Bolivia’s sovereign right to determine what is in the national and public interest. It accepts that Bolivia may have had a legitimate interest in protecting the Gran Salar de Uyuni Fiscal Reserve*”), CLA-158; *British Caribbean Bank Limited (Turks & Caicos) c. Bolivia*, caso CPA No. 2010-18,

proporcionar alguna explicación coherente de cómo esa medida responde a un fin público⁶¹⁵.

405. Dentro de la discreción que tiene el Estado para determinar qué cumple con un fin público y un beneficio social, se encuentra el tomar las medidas que considere necesarias para proteger los derechos humanos e indígenas como, por ejemplo, expulsar a CMMK por haber causado un conflicto social violento. De hecho, dado que el principal propósito del Estado es proteger los derechos de los individuos, resulta difícil imaginar que sus acciones cumplan otro propósito que no sea un fin público y de beneficio social.
406. En un último intento de defender su absurda proposición de que los derechos humanos e indígenas no califican como de interés público, SAS insiste en que el fin público y el beneficio social serían requisitos independientes que deben ser satisfechos por separado⁶¹⁶.
407. SAS se equivoca. Todo beneficio social relacionado con las necesidades internas de esa Parte constituirá un fin público en virtud del derecho internacional. SAS no proporciona ningún argumento ni propone cómo el requisito del beneficio social podría diferir del requisito del fin público, dado el hecho evidente de que cualquier acción con interés social tendría un fin público.
408. Por otra parte, la posición de SAS ignora el derecho elemental de Bolivia a determinar qué medidas cumplen un fin público o un beneficio social. Se debe entonces concluir que esos términos se encuentran indudablemente dentro del alcance de la discrecionalidad de Bolivia.
409. En segundo lugar, SAS alega que la preocupación de Bolivia por los derechos humanos e indígenas *"are ex post facto justifications manufactured by Bolivia to defend itself in this arbitration"*⁶¹⁷. No obstante, al menos cinco circunstancias demuestran que la preocupación de Bolivia fue, y sigue siendo, el respeto de los derechos de las Comunidades Originarias. SAS insiste en que el Decreto de Reversión

laudo del 19 de diciembre de 2014, párr. 236 (*"the Tribunal accepts that a State is entitled to broad latitude to devise its public policy as it sees fit"*), RLA-139.

⁶¹⁵ *ADC Affiliate Limited v. ADC & ADMC Management Limited c. República de Hungría*, caso CIADI No. ARB/03/16, laudo del 2 de octubre de 2006, párr. 431, CLA-35.

⁶¹⁶ Réplica, párr. 286.

⁶¹⁷ Réplica, párr. 272.

no hace referencia a los derechos humanos e indígenas, pero sí al conflicto social, la amenaza a la vida y la paz social⁶¹⁸.

410. Primero, como SAS reconoce, el Decreto de Reversión hace referencia, en sus considerandos, a la amenaza a la vida, paz social y al conflicto creado por CMMK entre las Comunidades Originarias⁶¹⁹. Aunque el Decreto de Reversión no utilice expresamente la palabra “derechos humanos”, es claro que el Estado quiso, al referirse a estas circunstancias, dar prevalencia a la protección de la integridad, vida digna y usos y costumbres de los pueblos originarios indígenas, de conformidad con la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos.
411. Segundo, no es serio que SAS señale que los problemas de seguridad “*can abate after a short period*” y que “*are in any case capable of being remedied by the investor*”⁶²⁰.
412. Por una parte, como reconoce [REDACTED] el conflicto con las Comunidades Originarias se remontaba a 2010. Para 2012, ni siquiera luego de haber creado COTQA-6A, CMMK se encontraba cerca de lograr una solución al conflicto que había ocasionado entre las Comunidades Originarias⁶²¹. Los hechos de violencia que se vivieron ese año en el Norte de Potosí demuestran lo contrario⁶²². Además, las comunidades de Mallku Khota y Calachaca ni siquiera querían reunirse con el Gobierno o CMMK para discutir la continuidad del Proyecto y exigían la expulsión de la empresa como única alternativa.
413. Por otra parte, el Estado no podía confiar en que una empresa como CMMK (fuente de los conflictos) pudiera solucionarlos, cuando su presencia y acciones hacían que cada vez estos fueran agravándose⁶²³.

⁶¹⁸ Réplica párr. 272.

⁶¹⁹ *Id.*

⁶²⁰ *Id.*, párr. 273.

⁶²¹ [REDACTED]

⁶²² Ver sección 2.3.1, *supra*.

⁶²³ Navro, párr. 43 (“Como comentaba anteriormente, por la información que conozco, las Comunidades Originarias Navarón a cabo reuniones, ampliadas, que derivaron en enfrentamientos físicos entre ellas. Estos enfrentamientos se produjeron porque unas comunidades eran opositoras a la empresa y otras demandaban el respeto a la misma. Por lo tanto, emociones que había un nivel de enfrentamiento generado por un actor externo que no era básicamente de la comunidad, sino una empresa que tenía como finalidad la explotación y el aprovechamiento de las riquezas de las recursos naturales”), RWS-2.

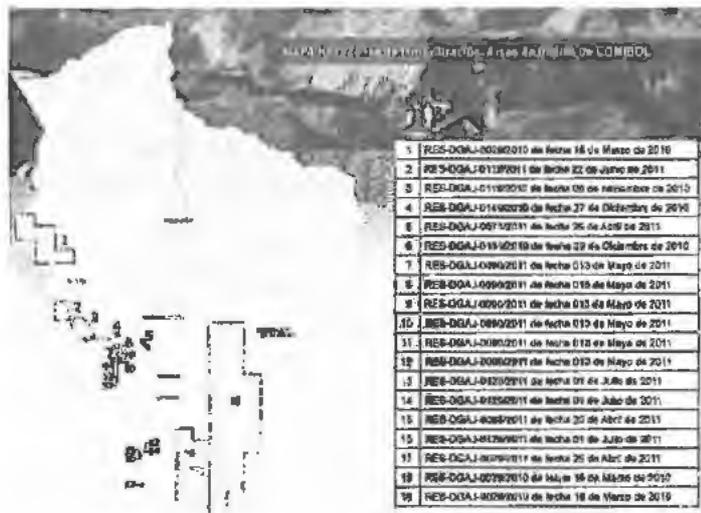
414. Tercero, SAS infiere que los motivos de Bolivia no eran reales y que tenía un supuesto interés económico en el Proyecto. Sin embargo, la realidad actual demuestra que ello no es así. Primero, el Estado no ha concesionado Mallku Khola a ningún inversionista y no ha desarrollado ningún proyecto minero en la zona (distinto a ciertas labores de prospección de COMIBOL y SERGEOMIN que han empleado a comunarios de la zona)⁶²⁴.
415. Si lo que SAS afirma fuese cierto, casi cuatro años después de la Reversión, otros inversionistas ya se habrían instalado en la zona de Mallku Khola. Esto no ha pasado y sólo pasará "si los comunarios de la zona están de acuerdo con la ejecución de un proyecto minero"⁶²⁵.
416. Cuarto, la Zona de Inmovilización no demuestra los supuestos motivos de Bolivia para decretar la Reversión según SAS. Como Bolivia aclaró en su Contestación, la Zona de Inmovilización es una demarcación de un área propiedad de COMIBOL desde 2007⁶²⁶. Además de formular una simple conjetura⁶²⁷, SAS no ha demostrado cómo esto habría afectado a los intereses de CMMX, máxime cuando este tipo de áreas existen alrededor de otros 19 proyectos mineros en Bolivia y fueron todas establecidas en la misma época.

⁶²⁴ Ver Navarro, párrs. 48-51, RWS-2.

⁶²⁵ *Id.*, párr. 50.

⁶²⁶ Contestación, párrs. 443 y 444.

⁶²⁷ Réplica, párr. 275.



Zonas de Inmovilización de COMIBOL⁶²⁸

417. Quinto, si los motivos alegados por Bolivia para decretar la Reversión fuesen falsos, no sería posible explicar por qué el Estado ha respetado el trabajo de inversionistas como la Compañía Minera San Cristóbal. La respuesta es sencilla: a diferencia de CMMK, CMSC contó desde la etapa de *exploración* con un programa de relaciones comunitarias adecuado y ambicioso y respetó los usos, costumbres y derechos de las comunidades indígenas cercanas a su yacimiento⁶²⁹.
418. Adicionalmente, SAS alega que *"the nationalization of the mining concessions was certainly not the only solution to resolve the situation"*⁶³⁰. Sin embargo, SAS simplemente ignora el hecho de que la creación de una comisión especial o nueva infraestructura social – lo que ella propone⁶³¹ – no habría impedido que el conflicto social que CMMK creó y agravó siguiera agravándose.
419. SAS insiste, además, en que una ocupación militar habría resuelto la situación. Esta solución, además de inadecuada a los motivos que hemos explicado⁶³², demuestra la indiferencia de SAS por los derechos de las comunidades locales. La acción militar

⁶²⁸ La vigencia de la legislación neoliberal en minería, Revista Petropress, pág. 24, C-42.

⁶²⁹ Ver Díez de Medina, párr. 40, RWS-5; Manuani, sección III, RWS-6.

⁶³⁰ Réplica, párr. 278. Ver, también, Réplica, párrs. 281-282.

⁶³¹ Réplica, párr. 30.

⁶³² Ver sección 5.1, *supra*.

contra la oposición a un proyecto no es adecuada para proteger los derechos de las comunidades indígenas y, de hecho, es contraria al respeto mismo de los derechos en una sociedad libre y democrática⁶³³.

420. Dejando de lado el hecho de que las propuestas alternativas de SAS no son formas razonables de proteger los derechos de las Comunidades Originarias, SAS no niega que el Tratado no exija que una medida expropiatoria sea la única forma de lograr el fin público identificado. Mientras exista una relación racional – apreciación sujeta a la discrecionalidad del Estado – entre la medida y la finalidad pública, se habrá respetado el Tratado⁶³⁴. La expulsión de CMMK de la zona del Proyecto fue sin duda la forma más razonable de pacificar la zona y proteger los derechos de las Comunidades Originarias, especialmente el derecho a la vida e integridad física.

5.2.3 La Reversión no debía ir acompañada de una compensación justa y efectiva para ser legal pero, en cualquier caso, Bolivia cumplió plenamente con la exigencia de compensación establecida en el Tratado

421. SAS sostiene que *“Bolivia did not provide South American Silver with prompt, adequate and effective compensation amounting to the market value of the expropriated investments, making its expropriation of Claimant’s investments unlawful and in violation of the Treaty”*⁶³⁵.

422. SAS se equivoca. Primera, Bolivia satisfizo plenamente la disposición compensatoria del Tratado – aun cuando no tenía obligación de hacerlo. Fue SAS quien eligió iniciar un arbitraje para determinar la compensación debida, a pesar de que el Decreto de Reversión incluía una oferta de compensación que Bolivia luego ofreció a SAS (Sección 5.2.3.1). En cualquier caso, compensar y satisfacer la disposición compensatoria del Tratado resulta irrelevante a efectos de determinar si una expropiación es lícita o no porque ello depende únicamente de la manera en que la expropiación fue llevada a cabo (Sección 5.2.3.2).

⁶³³ Ver, por ejemplo, *Granier y otras (Radio Caracas Televisión) c. Venezuela*, caso CIDH, sentencia del 22 de junio de 2015, párrs. 164 y 195, RLA-243; *Castañeda Guisán c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIDH, sentencia del 6 de agosto de 2008, párr. 140, RLA-244; *Olmedo Bustos y otras c. Chile*, caso CIDH, sentencia del 5 de febrero de 2001, párrs. 63-68, RLA-245.

⁶³⁴ Ver, por ejemplo, *Achmea B.V. c. República de Eslovaquia*, caso CPA No. 2013-12, laudo de jurisdicción del 20 de mayo de 2014, párr. 251, RLA-251.

⁶³⁵ Réplica, sección V(B)(3).

- 5.2.3.1 *Bolivia ha cumplido con la disposición compensatoria del Tratado al haber ofrecido compensación y participar en el presente arbitraje*
423. SAS sostiene que “*Bolivia’s failure to pay any compensation to South American Silver means that its expropriation of the Malku Khota Mining Concessions was in breach of the Treaty*”⁶³⁶. El único sustento que invoca SAS es la opinión de L.B. Sohn, R.R. Baxter y S. Ripinsky según la cual la compensación debe ser pagada dentro de un periodo razonable de tiempo, como máximo en unos meses.
424. No obstante, lo que realmente sostienen Sohn y Baxter es que el Estado debe indicar al cabo de varios meses si va a pagar una compensación, no exigen que tenga que pagar la compensación dentro ese plazo: “*[w]hile no hard and fast rule may be laid down, the passage of several months after the taking without the furnishing by the State of any real indication that compensation would shortly be forthcoming would raise serious doubt that the State intended to make prompt compensation at all*”⁶³⁷. Ripinsky es aún más claro, al establecer que solamente la falta de pago persistente es contraria a este requisito⁶³⁸.
425. Bolivia satisfizo este requisito ya que el Decreto de Reversión ofreció una compensación y estableció los parámetros de dicha compensación. Sin embargo, SAS eligió el arbitraje para exigir una compensación claramente exagerada.
426. En *primer lugar*, Bolivia ofreció pagar una compensación al momento de dictar el Decreto de Reversión.
427. Primero, el Decreto de Reversión explícitamente declaró que CMMK sería compensada por la pérdida de sus Concesiones de acuerdo con una evaluación independiente⁶³⁹.

⁶³⁶ Réplica, sección V(B)(3)(a).

⁶³⁷ L. B. Sohn y R. R. Baxter, *Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens*, 55 *American Journal of International Law* 545, 1961, pág. 558 (el resultado es nuestro), RLA-104.

⁶³⁸ S. Ripinsky y K. Williams, *Damages in International Investment Law*, British Institute of International and Comparative Law, 2008, pág. 68, RLA-103.

⁶³⁹ Decreto de Reversión, art. 4, (“I. La Corporación Minera de Bolivia - COMIBOL contratará una empresa independiente que realice un proceso de evaluación de las inversiones realizadas por la Compañía Minera Malku Khota S.A y Exploraciones Mineras Santa Cruz Ltda. - EMICRUZ LTDA, en el plazo máximo de ciento veinte (120) días hábiles. II. A partir de los resultados de la valuación, la COMIBOL establecerá el monto y condiciones bajo las cuales el gobierno boliviano reconocerá las inversiones realizadas por la Compañía Minera Malku Khota S.A y Exploración, Mineras Santa Cruz Ltda. - EMICRUZ LTDA. III. El monto señalado en el párrafo anterior, será

428. SAS sostiene, sin embargo, que el Decreto de Reversión no contenía una oferta de compensación⁶⁴⁰. No obstante, el laudo *Venezuela Holdings*, en el que SAS fonda principalmente su posición⁶⁴¹, explica que Venezuela no hizo ninguna oferta de indemnización porque “[n]o hay en el Decreto-Ley N° 5200 disposiciones previendo compensación”⁶⁴². De acuerdo con *Venezuela Holdings*, una oferta de compensación es una disposición que prevea una compensación, como hizo el artículo 4 del Decreto de Reversión. Este artículo preveía el pago de una compensación cuantificada por un valuador independiente. Dado que Bolivia hizo una oferta clara de indemnización, la insistencia de SAS en la decisión *Tidewater* para exigir una oferta de compensación no es pertinente⁶⁴³.
429. La única respuesta de SAS es insistir en que el Decreto de Reversión no ofrecía una compensación suficiente (por lo que admite que sí le ofrecía una compensación)⁶⁴⁴. Pero SAS se confunde respecto de lo que constituye una valuación adecuada de una concesión en una etapa de exploración (y, por ende especulativa), al negar que la compensación equivalente a los costos de la inversión sea suficiente. Como Bolivia desarrollará más adelante, sólo se deben compensar daños que sean razonablemente ciertos. Cuando un proyecto no ha empezado a generar ingresos y es incierto que pueda hacerlo en el futuro, la compensación se limita al monto de la inversión realizada⁶⁴⁵.
430. Segundo, no obstante la pretensión injustificada de SAS, Bolivia buscó de buena fe involucrar a SAS en el proceso de determinación de la compensación. SAS, sin embargo, rechazó esta oportunidad. CMMK no respondió a la solicitud de Bolivia de reunirse para discutir la valuación y, en su lugar, SAS respondió que no participaría, algo que SAS omite en su Réplica⁶⁴⁶. SAS notificó la disputa a Bolivia el 22 de

desembolsado por la COMIBOL, debiendo incorporarlo en su presupuesto con fuente recursos propios”), C-4.

⁶⁴⁰ Réplica, párr. 311.

⁶⁴¹ *Id.*, párr. 302.

⁶⁴² *Venezuela Holdings y otros c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB/07/27, laudo de 9 de octubre de 2014, párr. 301 (el resultado es nuestro), RLA-105.

⁶⁴³ Réplica, párr. 312.

⁶⁴⁴ *Id.*, párr. 311.

⁶⁴⁵ Ver sección 2.1, *infra*.

⁶⁴⁶ Carta del 24 de agosto de 2012 de COMIBOL a SAS, C-20; Carta de SAS a COMIBOL del 4 de septiembre de 2012, C-21.

octubre de 2012⁴⁴⁷, menos de tres meses después de haberse producido la Reversión y antes de los 120 días establecidos por el Decreto de Reversión para la contratación de un experto valuator independiente.

431. Aunque fue la propia SAS quien se negó a participar en el proceso de determinación de la compensación, SAS ahora se queja de que “*Bolivia contends that it was under no obligation to consult with CMMK regarding the procedure to evaluate the compensation owed*”⁴⁴⁸. Bolivia no tenía, en efecto, obligación alguna de consultar a SAS. Ni el Tratado ni ninguna otra fuente citada por SAS establecen dicha supuesta obligación⁴⁴⁹.
432. En *segundo lugar*, dado que SAS prefiere obtener una indemnización a través de este arbitraje, Bolivia satisfizo cabalmente la obligación de compensación al participar en este proceso arbitral. El Tratado establece el arbitraje como vía para determinar la compensación precisamente cuando existe disputa sobre la naturaleza jurídica de cierta medida adoptada por un Estado – si es o no una expropiación conforme al Tratado – o el monto de compensación debido. Ambos elementos se encuentran en disputa entre las Partes en el presente caso.
433. El Tratado establece que el Estado debe proporcionar al inversionista un procedimiento legal para impugnar una supuesta expropiación y determinar la compensación apropiada (de haberla):

*El nacional o sociedad afectado tendrá derecho de establecer puntualmente, por procedimiento jurídico, en el territorio de la Parte Contratante que efectúa la expropiación, la legalidad de la expropiación y el monto de la compensación conforme a los principios establecidos en este párrafo*⁴⁵⁰.

434. Como se desprende de esta disposición, el Tratado reconoce que una decisión judicial puede ser necesaria para fijar la cuantía de la compensación. El inversionista puede elegir el proceso legal para determinar la compensación que se le debe. Debido a que

⁴⁴⁷ Notificación de disputa de SAS a Bolivia del 22 de octubre de 2012, C-12.

⁴⁴⁸ Réplica, párr. 313.

⁴⁴⁹ Analizando el mismo tratado que da origen a la presente controversia, ver, por ejemplo, *Guaracachi America, Inc. y Rurolec Ph. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, caso CPA No. 2011-17, laudo del 31 de enero de 2014, párr. 439 (“el Tribunal considera que el artículo 5(1) del TBI Reino Unido-Bolivia [.] no impone sobre el Estado que expropia la obligación de determinar el valor de la compensación mediante un proceso en el cual el nacional o sociedad expropiado deba necesariamente participar”), RLA-29.

⁴⁵⁰ Tratado, art. 5, C-1.

el Tratado no exige al demandante el agotamiento de los recursos, el inversionista puede optar por el arbitraje internacional para establecer si existe expropiación y, en su caso, fijar el monto debido⁶⁵¹. El mero hecho de que la compensación no haya sido pagada antes del arbitraje no puede constituir una violación del Tratado, pues la compensación debida quedará fijada en el arbitraje.

435. En ese sentido, los Directrices del Banco Mundial reconocen que es aceptable que los Estados ofrezcan, y que los inversionistas acepten, que un arbitraje internacional fije la cuantía de la compensación que corresponda tras una expropiación:

Determination of the 'fair market value' will be acceptable if conducted according to a method agreed by the State and the foreign investor (hereinafter referred to as the parties) or by a tribunal or another body designated by the parties⁶⁵².

436. El tribunal *Tidewater*, adoptando las Directrices del Banco Mundial, sostuvo que, debido a que el arbitraje es la manera en la que se fija la compensación adecuada, la falta de pago de una compensación previa al arbitraje no infringe la disposición de compensación en el Tratado:

It follows that such a tribunal must have an opportunity to make its determination as to compensation. Where such a tribunal has done so (and assuming that the other conditions are met) the expropriation will not be illegal. [...] An expropriation only wanting fair compensation has to be considered as a provisionally lawful expropriation, precisely because the tribunal dealing with the case will determine and award such compensation⁶⁵³.

437. En el presente caso, SAS procedió directamente a un arbitraje internacional. Por lo tanto, la participación de Bolivia en el arbitraje satisface la obligación del Tratado de compensar “sin demora”. El pago será oportuno, siempre y cuando se haga prontamente después de una decisión firme de este Tribunal ordenando un pago (*quod non*) tras haber agotado cualquier recurso.

438. Por último, SAS alega que los tribunales *Funkotter y Vivendi II* sostuvieron que la falta de pago de compensación constituirla una violación del tratado⁶⁵⁴. Sin embargo,

⁶⁵¹ Banco Mundial, *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, 1992, Item IV, párr. 4, RLA-97.

⁶⁵² *Id.*

⁶⁵³ *Tidewater Investment Srl c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB/10/5, laudo del 13 de marzo de 2015, párrs. 140-141, RLA-104.

⁶⁵⁴ Réplica, párr. 293 citando *Bernardus Henricus Funkotter y otros c. República de Zimbabue*, caso CIADI No. ARB/05/6, laudo del 22 de abril de 2009, párr. 107, CLA-34; *Compañía de Aguas del*

el tribunal *Fernestotter* dirimió un arbitraje iniciado en junio de 2003, es decir, varios años después de las medidas supuestamente expropiatorias (del año 2000), durante los cuales no se inició ningún proceso para la fijación de compensación⁶⁴⁵. En *Vivendi II*, se basó en la prolongada negativa de Argentina de ofrecer compensación. Estos tribunales no concluyeron que la disposición sobre compensación en el tratado aplicable hubiese sido violada cuando el Estado ofreció pagar una compensación estando pendiente una decisión sobre el monto exacto.

5.2.3.2 *En cualquier caso, Bolivia no tenía que realizar ningún pago para que la Reversión fuese lícita en derecho internacional*

439. SAS alega que “*Bolivia’s failure to pay any compensation to South American Silver means that its expropriation of the Malku Khota Mining Concessions was unlawful*”⁶⁴⁶.

440. SAS está equivocada. La mera falta de pago de compensación no hace una expropiación ilícita. El argumento de SAS es incompatible con la definición clásica de expropiaciones lícitas, las decisiones de otros tribunales de inversión y el propósito mismo de la distinción entre expropiaciones lícitas e ilícitas.

441. *Chorzow Factory* estableció la distinción clásica entre una expropiación lícita e ilícita, y exceptuó de las expropiaciones ilícitas aquellas en las que tan sólo falta el pago de compensación:

The action of Poland which the Court has judged to be contrary to the Geneva Convention is not an expropriation - to render which lawful only the payment of fair compensation would have been wanting; it is a seizure of property, rights and interests which could not be expropriated even against compensation, save under the exceptional conditions fixed by Article 7 of the said Convention [...] It follows that the compensation due to the German Government is not necessarily limited to the value of the undertaking at the moment of dispossession, plus interest to the day of payment. This limitation would only be admissible if the Polish Government had had the right to expropriate, and if its wrongful act consisted merely in

Aconguja S.A. y Vivendi Universal S.A., caso CIADI No. ARB/97/3, laudo del 20 de Agosto de 2007, párr. 7.5.21, CLA-18.

⁶⁴⁵ *Bernardus Henricus Fernestotter y otros c. República de Zimbabwe*, caso CIADI No. ARB/03/6, laudo del 22 de abril de 2009, párr. 140, CLA-34.

⁶⁴⁶ Réplica, sección V(D)(3)(b).

*not having paid to the two Companies the just price of what was expropriated [...]*⁶⁵⁷.

442. Desde que se concibió la distinción entre expropiaciones lícitas e ilícitas (distinción criticada y criticable por los efectos que se le atribuyen indebidamente), ha sido claro que las expropiaciones que cumplen todas las demás condiciones excepto el pago de compensación son ilícitas, como explicó en *obiter* el Tribunal Irano-Americano en 1987⁶⁵⁸.
443. Una expropiación no puede ser ilícita sólo por falta de pago de una compensación, porque la legalidad se refiere a si el Estado está o no autorizado a expropiar. Una compensación es una obligación distinta, consiguiente a la expropiación. Como útilmente ha explicado Mohebi, *“the non-payment of compensation does not, as such, make a taking ipso facto wrongful, rather it is a violation by the expropriating state of an independent duty which applies evenly to both unlawful and lawful taking [...]*⁶⁵⁹.
444. Comentaristas como Crawford, Brownlie, Salacuse y Sheppard están de acuerdo con Mohebi en que la falta de pago de compensación no puede por sí sola hacer que una expropiación sea ilícita⁶⁶⁰. Como señala Salacuse, cualquier otro resultado *“would not accord with the intention of the contracting parties as evidenced by the treaty text”*⁶⁶¹.
445. Ningún tribunal arbitral ha aceptado lo que pretende SAS en este arbitraje, es decir, que la consecuencia jurídica de la falta de pago sería declarar ilícita una expropiación. De hecho, SAS no ha podido identificar ningún tribunal que haya aceptado su

⁶⁵⁷ *Fábrica de Chorzów*, caso CPJ No. 13, sentencia del 13 de septiembre de 1928, págs. 46 y 47 (el resultado es nuestro), CLA-69.

⁶⁵⁸ *Azoco International Finance Corporation contra la República Islámica de Irán*, Tribunal Irano-Americano No. 56, laudo del 14 de julio de 1987, párrs. 189-206, CLA-29.

⁶⁵⁹ M. Mohebi, *The International Law Character of the Iran-United States Claims Tribunal*, Springer, 1999, pág. 289, RLA-252.

⁶⁶⁰ I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7th ed. 2008, pág. 539, RLA-253. Ver, también, J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8ª edición, Oxford University Press, 2012, pág. 625, RLA-87; A. Sheppard, *The distinction between lawful and unlawful expropriation in Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, JurisNet LLC, 2006, pag. 171, RLA-254; J. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, Oxford International Law Library, 2015, pág. 328, RLA-255.

⁶⁶¹ J. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, Oxford International Law Library, 2015, pág. 328, RLA-255.

posición. Si bien cita *Fuunkotter y Vivendi II*⁶⁶², ninguno de los dos consideró que la legalidad de la expropiación fuese relevante.

446. De hecho, el caso *Venezuela Holdings*, en el que también se basa SAS, rechazó explícitamente que la expropiación fuera ilícita por falta de compensación⁶⁶³. El tribunal consideró que la participación en negociaciones para acordar una compensación era suficiente para constituir una “*offer of compensation*”⁶⁶⁴ y excluir la ilicitud de la expropiación⁶⁶⁵.
447. SAS es consciente de la debilidad de su posición, y por ello sostiene que hay una diferencia crucial entre expropiación directa y expropiación indirecta⁶⁶⁶. No obstante, entre los pocos casos que abordan la expropiación directa – *Venezuela Holding c. Venezuela*⁶⁶⁷, *Santa Elena c. Costa Rica*⁶⁶⁸ y *SPP c. Egipto*, entre otros⁶⁶⁹, ninguno ha concluido que una expropiación es ilícita solamente por falta de compensación. Asimismo, el documento de la UNCTAD que SAS presenta como sustento de su posición no llega a una conclusión clara y no identifica ningún tribunal o comentarista que comparta su posición⁶⁷⁰. No cabe duda de que el arbitraje es un medio apropiado

⁶⁶² *Bernardus Henricus Fuunkotter y otros c. República de Zimbabwe*, caso CIADI No. ARB/05/6, laudo del 22 de abril de 2009, párr. 107 (“As a consequence, the Tribunal concludes that Zimbabwe breached its obligation under Article 6(e) of the BIT to pay just compensation to the Claimants. Accordingly, as stated in paragraph 98 above, the Tribunal does not need to consider whether other provisions of the BIT have been violated”), CLA-34; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. Chile*, caso CIADI No. ARB/97/3, laudo del 20 de Agosto de 2007, párr. 7.5.21 (“If we conclude that the challenged measures are expropriatory, there will be violation of Article 5(2) of the Treaty, even if the measures might be for a public purpose and nondiscriminatory, because no compensation has been paid”), CLA-10.

⁶⁶³ *Venezuela Holdings y otras c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB/07/27, laudo de 9 de octubre de 2014, párr. 306, RLA-105.

⁶⁶⁴ *Venezuela Holdings y otras c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB/07/27, laudo de 9 de octubre de 2014, párr. 301, RLA-105.

⁶⁶⁵ *Venezuela Holdings y otras c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB/07/27, laudo de 9 de octubre de 2014, párr. 305, RLA-105.

⁶⁶⁶ Réplica, párr. 305.

⁶⁶⁷ *Venezuela Holdings y otras c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB/07/27, laudo de 9 de octubre de 2014, párr. 305, RLA-105.

⁶⁶⁸ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. República de Costa Rica*, caso CIADI No. ARB/96/1, laudo del 17 de febrero del 2000, párrs. 71-72, CLA-87.

⁶⁶⁹ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. República Árabe de Egipto*, caso CIADI No. ARB/84/3, laudo del 20 de mayo de 1992, párrs. 158-159, RLA-256.

⁶⁷⁰ UNCTAD, “Expropriation”, *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012*, pág. 44, CLA-151.

para determinar la compensación tanto de una expropiación directa como indirecta dado que las dos generan controversias sobre la cuantía.

448. Por estas razones, el Decreto de Reversión no puede considerarse como una medida de expropiación, y mucho menos una ilícita.

5.3 Bolivia brindó un trato justo y equitativo a las Concesiones Mineras al no fomentar ni permitir la resistencia a las actividades de SAS y al actuar con auténtica preocupación por cumplir con todas sus obligaciones internacionales

449. SAS invoca el artículo 2(1) del Tratado y alega que “*Bolivia failed to treat Clalmont’s investments fairly and equitably*” porque (i) no habría respetado las expectativas legítimas de SAS y (ii) no habría actuado de buena fe y de forma transparente y consistente⁶⁷¹.

450. El Tratado dispone que “[i]nvestments of nationals or Companies of each Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment [...]”⁶⁷².

451. Sin embargo, Bolivia actuó de conformidad con las disposiciones legales aplicables cuando intervino para proteger los derechos humanos e indígenas de las comunidades cercanas a Mallku Khota. Bolivia siempre respetó las expectativas legítimas de SAS (Sección 5.3.1) y actuó conforme a los principios de buena fe, de manera transparente y consistente con sus obligaciones internacionales (Sección 5.3.2).

5.3.1 Las acciones de Bolivia fueron consistentes con las legítimas expectativas de SAS puesto que, en todo momento, el Estado buscó cumplir con sus obligaciones internas e internacionales

452. En su Réplica, SAS alega que Bolivia no habría respetado sus legítimas expectativas, incurriendo así en una violación del estándar de trato justo y equitativo, porque supuestamente (i) propició una oposición a su proyecto minero, (ii) permitió que el conflicto se agravara, (iii) expropió las Concesiones Mineras y (iv) negó una compensación por la misma⁶⁷³.

453. A diferencia de lo que SAS pretende, lo que exige el trato justo y equitativo es el respeto de las expectativas de SAS, siempre y cuando éstas sean razonables y

⁶⁷¹ Réplica, párr. 316.

⁶⁷² Tratado, art. 2(1), C-1.

⁶⁷³ Réplica, párrs. 319-320.

legítimas. Bolivia actuó conforme a este estándar al no alterar arbitrariamente las reglas aplicables a la inversión. Todas las medidas adoptadas por Bolivia para proteger los derechos humanos e indígenas encuentran su fundamento en la legislación interna y el derecho internacional vigente cuando CMMK obtuvo las Concesiones Mineras. Como ya fue explicado, Bolivia no fomentó la oposición al proyecto número ni permitió que el conflicto con las Comunidades Originarias se recrudeciera, al contrario.

454. En primer lugar, SAS alega que el trato justo y equitativo exige el respeto casi absoluto de las expectativas de los inversionistas⁶⁷⁴ cuando, en realidad, este estándar sólo prohíbe los cambios arbitrarios de legislación aplicable a la inversión que resulten en una grave violación de dichas expectativas.
455. Incluso los casos citados por SAS demuestran que sólo son contrarias a las legítimas expectativas aquellas medidas que conllevan un cambio arbitrario del marco jurídico en el que se efectuó la inversión⁶⁷⁵. El tribunal *Spyridon Roussalis*, basándose en *Saluka* y *S.D. Myers*, indicó que las expectativas legítimas deben evaluarse considerando “the host State’s legitimate right subsequently to regulate domestic matters in the public interest [...]”⁶⁷⁶. En consecuencia, como explica el tribunal *Alpha Projektholding*⁶⁷⁷, el único límite a la discrecionalidad del Estado es que no se pueden alterar las reglas del juego arbitrariamente.

⁶⁷⁴ Réplica, párr. 309.

⁶⁷⁵ Ver, también, *PSEG Global Inc. y Konya Igin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi c. Turquía*, caso CIADI No. ARB/02/5, laudo del 19 de enero de 2007, párr. 240 (“Legitimate expectations by definition require a promise of the administration on which the Claimants rely to assert a right that needs to be observed.”), CLA-51; *Eureko B.V. c. Polonia*, caso Ad Hoc, laudo parcial del 19 de agosto de 2005, párr. 234, CLA-48.

⁶⁷⁶ *Spyridon Roussalis c. Rumania*, caso CIADI No. ARB/06/1, laudo del 7 de diciembre del 2011, párr. 317, CLA-156 citando *Saluka Investments BV c. República Checa*, caso CNUDMI, laudo parcial del 17 de marzo de 2006, párr. 305, CLA-46 basándose en *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, caso NAFTA, laudo parcial del 13 de noviembre de 2000, párr. 263, RLA-125.

⁶⁷⁷ *Alpha Projektholding GmbH c. Ucrania*, caso CIADI No. ARB/07/16, laudo del 8 de noviembre de 2010, párr. 420, CLA-157 citando *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina*, caso CIADI No. ARB/01/8, laudo del 12 de mayo de 2005, párr. 271 (“It is not a question of whether the legal framework might need to be frozen as it can always evolve and be adapted to changing circumstances, but neither is it a question of whether the framework can be dispensed with altogether when specific commitments to the contrary have been made. The law of foreign investment and its protection has been developed with the specific objective of avoiding such adverse legal effects”), CLA-5.

456. Las mismas fuentes que trae a colación SAS confirman la conclusión de *Parkerings c. Lithuania* (que SAS no ha negado), a saber:

*It is each State's undeniable right and privilege to exercise its sovereign legislative power. A State has the right to enact, modify or cancel a law at its own discretion. Save for the existence of an agreement, in the form of a stabilisation clause or otherwise, there is nothing objectionable about the amendment brought to the regulatory framework existing at the time an investor made his investment. As a matter of fact, any businessman or investor knows that laws will evolve over time*⁶⁷⁸.

457. Además de ignorar la doctrina que cita y que permite al Estado modificar su marco jurídico en favor del interés público, SAS unite que sólo una violación grave de las expectativas legítimas puede constituir una violación del trato justo y equitativo.
458. El caso *Genin*, por ejemplo, estableció que una violación del trato justo y equitativo consiste en “a wilful neglect of duty, an insufficiency of action falling far below international standards, or even subjective bad faith”⁶⁷⁹. Este caso reciente resume una larga línea jurisprudencial que tiene su origen en el caso *Noer*, de principios del siglo XX, que estableció que una medida estatal es un delito internacional solamente cuando se equipara “to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to a insufficiency of governmental action [...] far short of international standards [...]”⁶⁸⁰. Este requisito fue reiterado recientemente por el tribunal *Glamis Gold*⁶⁸¹.
459. SAS cuestiona la relevancia del caso *Genin* y esta línea jurisprudencial porque supone, erróneamente, que tratan solamente del estándar mínimo de trato en derecho internacional y no del trato justo y equitativo⁶⁸². Irónicamente, SAS sustenta su posición en el caso *Rumeli* que señala que “[i]t shares the view of several ICSID tribunals that the treaty standard of fair and equitable treatment is not materially different from the minimum standard of treatment in customary international law”⁶⁸³.

⁶⁷⁸ *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lithuania*, caso CIADI No. ARB/05/8, laudo del 11 de septiembre de 2007, párr. 332, RLA-113.

⁶⁷⁹ *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoll c. Estonia*, caso CIADI No. ARB/99/2, laudo del 25 de junio de 2001, párr. 367, RLA-117.

⁶⁸⁰ *L. F. H. Noer y Pauline Noer c. Los Estados Unidos Mexicanos*, caso CPIJ, sentencia del 15 de octubre de 1926, párr. 4, RLA-257.

⁶⁸¹ *Glamis Gold Ltd. c. Los Estados Unidos de América*, caso CNUDMI, laudo del 8 de junio de 2009, párr. 616, CLA-141.

⁶⁸² Réplica, párr. 317.

⁶⁸³ *Rumeli Telekom A.S. c. República de Kazajistán*, caso CIADI No. ARB/05/16, laudo del 19 de julio de 2008, párr. 611, CLA-68.

Es decir, aún siguiendo las decisiones citadas por SAS, el caso *Genin* limita el alcance de la protección del trato justo y equitativo al estándar propuesto por Bolivia en este caso.

460. En *segundo lugar*, es evidente que las legítimas expectativas de SAS no pueden haber sido menoscabadas por la simple razón de que Bolivia no realizó ningún cambio normativo que afectase las Concesiones Mineras. Bolivia simplemente aplicó el marco jurídico preexistente, como era su obligación, ante las acciones y violencia causadas por CMMK.
461. SAS alega, sin embargo, que tenía expectativas legítimas conforme al Tratado y la Ley Minera y que las mismas le habrían sido arrebatadas cuando Bolivia supuestamente alentó la oposición al Proyecto minero por las Comunidades, permitió que el conflicto se agravara y emitió el Decreto de Reversión sin compensación⁶⁶⁴.
462. Llama la atención cómo SAS ignora las disposiciones más relevantes que definen sus expectativas legítimas. Como señalaron *Methanex* y *Generation Ukraine*, es un requisito *sine qua non* que el inversionista conozca el marco aplicable a su inversión en el territorio del Estado receptor. SAS no niega este principio⁶⁶⁵. Pero omite en su análisis que ese marco aplicable incluye las normas que guiaron la conducta de Bolivia en este caso.
463. SAS sabía que sus expectativas legítimas estaban condicionadas por, *inter alia*, el PIDCP, el Convenio 169, la DNUDPI, la CADH, la Constitución de Bolivia y las disposiciones del Derecho boliviano. Este marco jurídico estaba vigente *antes* de que CMMK obtuviese las Concesiones Mineras. Además, SAS no niega que este marco jurídico permaneció sustancialmente inalterado⁶⁶⁶.
464. De hecho, SAS menciona fugazmente que "*Bolivia has not established the reason why its obligation to protect the indigenous communities necessarily relieved it of its obligations vis-à-vis South American Silver pursuant to the Treaty*"⁶⁶⁷.

⁶⁶⁴ Réplica, párrs. 319-320.

⁶⁶⁵ *Methanex Corporation c. Los Estados Unidos de Norte América*, caso NAFTA, laudo del 3 de agosto de 2005, párrs. 8-10, RLA-114; *Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania*, caso CIADI No. ARB/00/9, laudo del 16 de septiembre de 2003, párr. 20.37, RLA-115.

⁶⁶⁶ Contestación, párrs. 422-427; Réplica, párrs. 319-322.

⁶⁶⁷ Réplica, párr. 321.

465. SAS tergiversa el argumento de Bolivia. En efecto, es incorrecto afirmar que las obligaciones de Bolivia bajo el Tratado habían sido reemplazadas por su deber de proteger a las Comunidades Originarias. Esto no es lo que alega Bolivia. Las expectativas legítimas incluían necesariamente la obligación de Bolivia de proteger los derechos humanos e indígenas. En este sentido, SAS no ha proporcionado ningún elemento probatorio (tampoco podría hacerlo) para demostrar una expectativa legítima según la cual Bolivia no actuaría en contra de la violencia instigada por CMMK contra las Comunidades Originarias.
466. En tercer lugar, la verdadera cuestión relevante no es el estándar requerido para dar cumplimiento al trato justo y equitativo, ni menos un supuesto cambio del marco jurídico de Bolivia. De hecho, SAS no niega que, tanto las disposiciones de Derecho interno boliviano como el derecho internacional, obligaban a Bolivia a tomar las medidas necesarias para proteger los derechos humanos e indígenas. Por lo tanto, no puede existir violación a las legítimas expectativas de SAS siempre y cuando Bolivia acate dichas disposiciones, como sucedió en este caso⁶⁶⁹.
467. Como ya fue mencionado, la afirmación medular de SAS es que "*Bolivia's invocation of this justification is an ex post facto excuse manufactured for purposes of this arbitration*"⁶⁷⁰. Según SAS, la intención real de Bolivia no sería proteger los legítimos derechos humanos e indígenas, sino hacerse con el control de las Concesiones Mineras⁶⁷¹. SAS se atreve inclusive a alegar que Bolivia promovió el conflicto con el fin de lograr este objetivo⁶⁷¹. Sin embargo, como ya hemos explicado⁶⁷², la especulación de SAS es desmentida por los buenos oficios del Estado para lograr un acuerdo con las Comunidades Originarias que permitiese a CMMK desarrollar el Proyecto, las referencias expresas a la vida y la paz social de las Comunidades Originarias en los considerandos del Decreto de Reversión y el hecho que, hoy en día, después de cuatro años, no existe un nuevo inversionista ni un nuevo proyecto minero en la zona de Mallku Khota. Todo ello demuestra que no existía un interés económico por parte del Estado en adueñarse del Proyecto.

⁶⁶⁹ Contestación, párr. 432; Réplica, párrs. 319-322.

⁶⁷⁰ Réplica, párr. 321.

⁶⁷¹ *Id.*

⁶⁷¹ *Id.*

⁶⁷² Ver sección 5.2.2, *supra*.

468. SAS alega, además, que Bolivia no habría tomado las medidas necesarias al inicio del conflicto, propiciando que se intensificase hasta escapar a su control, violando así sus expectativas legítimas. Todo ello, según SAS, incluso si Bolivia hubiese estado legalmente obligada a emitir el Decreto de Reversión⁶⁹³. Sin embargo, Bolivia ha demostrado que el Estado medió en el conflicto entre las Comunidades Originarias, a finales de 2010 (como, por ejemplo, durante las reuniones de socialización en Toro Toro, proponiendo la suspensión temporal de actividades y enviando efectivos policiales a zonas circundantes al Proyecto⁶⁹⁴). Si la situación de violencia se volvió insostenible para mediados de 2012, fue por las acciones y omisiones de CMMK⁶⁹⁵.
- 5.3.2 Bolivia actuó de buena fe y de manera transparente y consistente al intervenir legítimamente para proteger los derechos humanos e indígenas de conformidad con su mandato legal
469. SAS alega que “*Bolivia failed to act in good faith vis-à-vis South American Silver’s investments*” y que “*Bolivia did not treat South American Silver’s investments in a transparent or consistent manner*” pues habría (*quod non*) (i) violado sus derechos aparentando que proporcionaba protección; (ii) expropiado las Concesiones Mineras sin proporcionar una razón válida; (iii) no habría definido ni aplicado la Constitución boliviana y el Código de Minería de forma transparente y consistente; y (iv) no habría otorgado una debida compensación⁶⁹⁶.
470. Al contrario de lo que pretende SAS, Bolivia actuó en todo momento de buena fe, de forma transparente y consistente ante una violación sistemática por CMMK de los derechos humanos e indígenas de las Comunidades Originarias directamente afectadas por el Proyecto. La única conducta que muestra mala fe es la exhibida por SAS, quien sabe que CMMK provocó un conflicto social entre las Comunidades Originarias y ahora, con descaro, intenta culpar a Bolivia de sus acciones.
471. SAS alega que Bolivia no habría aplicado la Constitución y la legislación minera de forma transparente y consistente pero no aporta ningún sustento ni proporciona mayores detalles al respecto. Por el contrario, Bolivia actuó de manera transparente y consistente en todo momento conforme a las disposiciones legales. El Decreto de

⁶⁹³ Réplica, párr. 322.

⁶⁹⁴ Ver sección 2.2, *supra*.

⁶⁹⁵ Ver secciones 2.3.1, *supra*.

⁶⁹⁶ Réplica, párrs. 323 y 331.

Reversión es la consecuencia directa del marco jurídico vigente que obliga a Bolivia a proteger derechos fundamentales como son los derechos humanos e indígenas de las Comunidades Originarias, incluido el derecho a la vida.

472. Por último, SAS llega a alegar que Bolivia habría impulsado un conflicto que tuvo su origen en la minería ilegal⁶⁹⁷. Al menos tres hechos demuestran que ello no es así:
473. Primero, los consultores de CMMK (en especial MEDMIN) confirmaron que no existía minería ilegal en la zona del Proyecto o ésta no era significativa para el mismo⁶⁹⁸.
474. Segundo, los hechos probados por Bolivia demuestran que fue CMMK quien creó una organización indígena paralela (COTOA-6A) para doblegar la oposición al Proyecto.
475. Tercero, SAS no explica por qué Bolivia habría tenido interés en patrocinar la minería ilegal. Además, SAS incurre en una contradicción obvia: no puede, a la vez, pretender que Bolivia tenía un interés económico⁶⁹⁹ en apropiarse del Proyecto y afirmar que Bolivia quería patrocinar minería ilegal en el Proyecto.
- 5.4 **Bolivia cumplió con su deber de brindar plena protección y seguridad en todo momento porque nunca dejó de tomar las medidas razonables para proteger las Concesiones Mineras**
476. SAS sostiene que "*Bolivia did not provide full protection and security to Claimant's investment*" dado que (i) no habría actuado ante la solicitud de CMMK para proteger el Proyecto frente a la oposición de las Comunidades Originarias; (ii) habría instigado la oposición contra el Proyecto; y (iii) habría brindado inmunidad a los líderes de las Comunidades Originarias⁷⁰⁰

⁶⁹⁷ Réplica, párr. 326.

⁶⁹⁸ Fundación MEDMIN, Segundo Informe de Monitoreo, Plan de Aplicación y Seguimiento Ambiental (PASA), Proyecto Maikú Khota, febrero de 2009, pág. 75 ("*La principal actividad económica en la comunidad de Maikú Khota es la agricultura con bajos rendimientos por las severas condiciones climáticas. Los cultivos de papa, cebada, avena, haba y arveja conforman la base del sustento familiar, sin embargo existen actividades secundarias como ser la ganadería y el comercio, en la actualidad no existe actividad minera*") (el resaltado es nuestro), C-143. Ver, también, sección 2.1.1 *supra*.

⁶⁹⁹ Réplica, párrs. 327-328.

⁷⁰⁰ *Id.*, párr. 336.

477. *In limine*, SAS ya no alega que le fue denegada la seguridad jurídica⁷⁰¹, por lo que dicho reclamo debe considerarse retirado. En lo que respecta a sus argumentos restantes, están plagados de errores de hecho y de derecho.
478. En *primer lugar*, Bolivia intervino de la forma más razonable posible dadas las circunstancias. SAS acepta que la garantía de plena protección y seguridad solamente obliga a Bolivia “*to exercise due diligence and take reasonable measures to protect [...]J*”⁷⁰². Por lo tanto, este estándar no exige (ni puede hacerlo) obtener resultados precisos y, menos aún, proteger a SAS por las propias acciones de CMMK.
479. Primero, Bolivia no tenía otras opciones razonables para hacer frente a un conflicto social creado y agravado por CMMK para doblegar a las Comunidades Originarias contrarias al Proyecto. Las acciones de Bolivia no puede constituir una violación de la garantía de plena protección y seguridad.
480. SAS tiene una visión tanto social como jurídicamente ingenua (por decir lo menos) de lo que era posible lograr en las circunstancias del caso y llega a sostener que Bolivia podría haber creado una “*special commission*” o un “*emergency plan [...] to develop better infrastructure and services in the area*”⁷⁰³ para solucionar el conflicto.
481. Más allá de que no le corresponde a SAS (ni, con el debido respeto, al Tribunal) establecer cómo Bolivia debe relacionarse con las Comunidades Originarias o qué acciones tomar para su desarrollo, es iluso pensar que esas acciones podrían haber sido una solución para el conflicto social suscitado por CMMK. Por otra parte, como ya hemos señalado, las soluciones de SAS son un ejercicio académico que no tiene en cuenta las especiales características socioculturales del Norte de Potosí, en donde este tipo de conflictos solo han podido ser solucionados de manera efectiva en el pasado mediante medidas como la Reversión⁷⁰⁴.
482. Por otra parte, cualquier esfuerzo por propiciar una reconciliación entre CMMK y las Comunidades Originarias afectadas hubiera sido fútil, puesto que era CMMK quien

⁷⁰¹ Réplica, párrs. 335-343.

⁷⁰² *Id.*, párr. 335.

⁷⁰³ *Id.*, párr. 340, citando los párrafos 281 y 282 de la Réplica.

⁷⁰⁴ Navarro párr. 44 (“*nuestra experiencia en el Gobierno nos ha mostrado que la retoma del control por parte del Estado es la medida más efectiva para terminar un conflicto entre Comunidades Originarias derivado de la explotación de un proyecto minero*”), RWS-2. Ver, también, secciones 2.3.2 y 5.1, *supra*.

buscaba la confrontación entre los comunarios y, por ello, éstos se negaban a considerar cualquier opción distinta a la expulsión de CMMK.

483. En defecto de acuerdo exitoso, SAS sugiere que Bolivia debía haber reprimido la oposición, de ser necesario, militarmente⁷⁶³. El sugerir una represión militar como solución confirma la ignorancia de SAS respecto de cómo relacionarse con las Comunidades Originarias del Norte de Potosí⁷⁶⁴.
484. Lo anterior también confirma la indiferencia de SAS por los derechos de las Comunidades Originarias. La obligación de debida diligencia requiere únicamente medidas razonables. La represión militar de la disidencia es inaceptable en una sociedad libre y democrática, y se encuentra prohibida por el derecho internacional por lo que no puede constituir una solución internacionalmente aceptable⁷⁶⁵. Ninguna otra interpretación sería compatible con el debido respeto de una sociedad libre y democrática requerida por el derecho internacional⁷⁶⁶. El hecho de que la legítima oposición de la comunidad sea un inconveniente para un inversor no puede implicar que el inversor pueda exigir que el Estado elimine esa oposición mediante una restricción de los derechos a la libertad de expresión y de reunión debidamente establecidos en la Constitución boliviana.
485. Además, la historia reciente de los conflictos sociales en Bolivia demuestra que una intervención militar agrava los conflictos en lugar de resolverlos⁷⁶⁷ como en efecto ocurrió tras la intervención policial del 5 de julio de 2012 en Mallku Khota.

⁷⁶³ Réplica, párr. 338. Ver, también, Réplica, párr. 281.

⁷⁶⁴ Ver, sección 2.3.1, *supra*. Ver, también, Gob. Gonzales II, párr. 43 (“Al referirse a la militarización ordenada en mayo de 2012, el Sr. Gonzales Yutronic parece reprocharnos no haber tomado este tipo de medidas desde el año 2011. Sin embargo, conociendo los antecedentes de violencia en el Norte de Potosí, siempre me pareció necesario hacer prevalecer el diálogo antes que la acción de la fuerza pública, por importante que fuera el proyecto de CMMK para el futuro de nuestro Departamento y nuestro país. Un ejemplo de ello, del que tengo un claro recuerdo, es el caso de la mina de Amayapampa. Durante la gestión de Gonzalo Sánchez de Lozada en el año 1996, el uso de la fuerza tuvo como consecuencia un rápido y gravísimo enfrentamiento que terminó con el fallecimiento de nueve ciudadanos bolivianos”), RWS-4.

⁷⁶⁵ Ver, por ejemplo, *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) c. Venezuela*, caso CIDH, sentencia del 22 de junio de 2015, párr. 193, RLA-243; *Castañeda Gutman c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIDH, sentencia del 6 de agosto de 2008, párr. 140, RLA-244; *Ósmelo Bustos y otros c. Chile*, caso CIDH, sentencia del 5 de febrero de 2001, párrs. 63-68, RLA-245.

⁷⁶⁶ Ver, por ejemplo, *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) c. Venezuela*, caso CIDH, sentencia del 22 de junio de 2015, párr. 135-136, RLA-243.

⁷⁶⁷ Gob. Gonzales I, párr. 57, RWS-1. Ver, también, Nota de prensa, El Potosí, *Confirman que hay un rebelde en Mallku Khota* del 5 de mayo de 2012 (“Hay más de 150 policías que están en Llapogua” dijo la autoridad al sostener que los efectivos están prestos a rescatar a su camarada, pero no hay

486. Segundo, Bolivia no tenía ninguna obligación internacional de proteger a CMMK ante la legítima oposición de las Comunidades Originarias. Todos los tribunales arbitrales que han analizado la obligación de plena protección y seguridad frente a la interferencia física en contra de una inversión han concluido que el Estado debe tomar las medidas necesarias únicamente cuando se trate de una interferencia ilícita por parte de agentes no estatales⁷¹⁰. En este caso, la interferencia no era ilícita e, incluso si lo fuera, era coordinada y promovida por CMMK y no por el Estado.
487. En segundo lugar, Bolivia no incitó la oposición al Proyecto.
488. Primero, como hemos probado⁷¹¹, la resistencia de los comunarios fue en respuesta a las violaciones por parte de CMMK y sus empleados de los derechos humanos e indígenas de las Comunidades Originarias. Como recuerda el Sr. Chajmi, “[d]ebido a estas acciones de la CMMK, para finales del 2010, muchos miembros de las comunidades cercanas estábamos de acuerdo en que la empresa minera debía abandonar la zona, ya que estaba realizando sus actividades desconociendo los intereses de las comunidades de Mallku Khota”⁷¹².
489. Segundo, SAS cuestiona la seriedad de las denuncias de los comunarios: [REDACTED] señalando la supuesta actitud pasiva del Estado⁷¹³. No obstante, SAS sólo puede llegar a esta conclusión porque ignora dos hechos importantes:
490. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

la orden. González (sic) afirma que no quiere que suceda como ocurrió con los cuatro policías que fueron linchados el 22 de mayo de 2010. No existe orden de intervención ya que los comunarios están solicitando la presencia de autoridades de la Comibol y el ministro de minería, Mario Vireira” (el resaltado es nuestro), R-78.

⁷¹⁰ Ver, por ejemplo, *Wena Hotels c. República Árabe de Egipto*, caso CIADI No. ARB/98/4, laudo del 8 de diciembre de 2000, párr. 88, RLA-145; *Asian Agriculture Products Ltd. (AAPL) c. República de Sri Lanka*, caso CIADI No. ARE/87/1, laudo del 27 de junio de 1990, párr. 87, CLA-8; *American Manufacturing & Trading, Inc. c. República de Zaire*, caso CIADI No. ARB/93/1, laudo del 21 de febrero de 1997, párr. 6.08, RLA-123; *Bernhard Friedrich Arnd Rüdiger Von Pezold y otros c. República de Zimbawe*, caso CIADI No. ARB/10/15, laudo del 28 de julio de 2015, párr. 597, CLA-143.

⁷¹¹ Ver sección 2.1, *supra*.

⁷¹² Chajmi, párr. 17, RWS-3.

⁷¹³ Réplica, párr. 124.

[REDACTED]

491.

[REDACTED]

⁷¹⁴ Informe mensual de relaciones comunitarias de CMMK, marzo de 2008, pág. 3, C-163.

⁷¹⁵ [REDACTED]

⁷¹⁶ [REDACTED]

⁷¹⁷ [REDACTED]

⁷¹⁸ Ver, entre otros, Bolivia, MAJPO, Informe de necesidades especiales de la 'TCO Ayllu Sullk'a Jilatikani, pág. 24 ("[E]l 57.8 por ciento de las mujeres se queda sin recibir educación alguna, encontrándose en desventaja respecto a los hombres, donde solo un 21,6 por ciento es analfabeto"), R-146.

⁷¹⁹ Informe mensual de relaciones comunitarias de CMMK, marzo de 2008, pág. 3, C-163.

⁷²⁰ Chajnai, párr. 15, RWS-3.

protección y seguridad que requiere el Tratado. SAS no alega que el enjuiciamiento constituya una medida necesaria para proteger las Concesiones – algo que sería inconcebible. El enjuiciamiento de los líderes de la comunidad no tendría efecto jurídico alguno en las Concesiones.

5.3 Bolivia no perjudicó las Concesiones Mineras mediante medidas injustificadas o discriminatorias

497. SAS alega que “*Bolivia impaired Claimant’s investments through unreasonable and discriminatory measures*”⁷²⁶.

498. Para sustentar el reclamo de que el Proyecto de CMMK se vio afectado, SAS, sin embargo, se limita a presentar una lista de medidas que considera contrarias al Tratado sin dar ninguna explicación, ni mucho menos una justificación, en cuanto a cómo éstas serían contrarias al Tratado⁷²⁷. Muchas de esas medidas presuntamente violatorias del Tratado, como la creación de la Zona de Inmovilización⁷²⁸, no tuvieron el más mínimo efecto en las Concesiones Mineras, porque sólo fueron aplicadas en áreas fuera de la concesión. Por esa simple razón, no podían constituir una violación del Tratado.

499. Todas las medidas restantes – a excepción de la acusación de patrocinar a la oposición, que Bolivia rechaza categóricamente – fueron razonables porque Bolivia tenía la obligación de proteger a las comunidades directamente afectadas frente a los abusos de CMMK. Ante la vulneración sistemática de los derechos humanos de CMMK y su incitación a la violencia, Bolivia se vio legalmente obligada a retirar su apoyo al Proyecto y disponer el abandono de CMMK de la zona. La única defensa de SAS es repetir una vez más sus reclamos sin fundamento e insistir en que Bolivia no habría actuado en interés de las comunidades indígenas⁷²⁹.

500. Precisamente porque Bolivia adoptó la medida idónea (y única viable) para pacificar la zona del Proyecto y proteger así la vida e integridad física de los comunarios, Bolivia no ha afectado las Concesiones de CMMK mediante medidas irrazonables. Aunque SAS intenta vaciar de contenido el estándar de irracionalidad, el tribunal *National Grid* dejó claro que “*the plain meaning of the terms ‘unreasonable’ and*

⁷²⁶ Réplica, sección V(E).

⁷²⁷ Réplica, párr. 345.

⁷²⁸ Ver sección 5.2.2, *supra*.

⁷²⁹ Réplica, párr. 346.

'arbitrary' is substantially the same in the sense of something done capriciously, without reason"⁷³⁰. *BG Group*, invocado por SAS, no niega que, para ser irrazonable, una acción deba ser caprichosa y llevada a cabo sin motivo alguno⁷³¹.

501. En cualquier caso, SAS no ha presentado ningún argumento para demostrar que las acciones de Bolivia – cuyo objetivo era proteger los derechos humanos e indígenas frente a las acciones de CMMK – no habrían sido razonables de acuerdo con cualquier estándar de irracionalidad. Bolivia ha ampliamente demostrado que sus acciones sí fueron razonables⁷³². Hoy día, como confirman el Ministro Navarro y el comunario Chajmi, la paz volvió a Mallku Khota⁷³³.
502. SAS tampoco demuestra que Bolivia afectó su inversión mediante medidas discriminatorias. SAS ha sido incapaz de señalar un solo caso de una empresa boliviana (o extranjera) que recibiera un mejor trato en circunstancias equivalentes a CMMK. Al contrario, Bolivia ha demostrado que otras empresas mineras bajo control extranjero han podido operar en la zona gracias a buen manejo de las relaciones con las Comunidades locales⁷³⁴.
503. La imposibilidad de identificar y fundamentar un solo caso análogo en el que una empresa haya recibido un mejor trato es fatal para la posición de SAS respecto de una supuesta discriminación, tal y como acepta unánimemente la jurisprudencia internacional. *ECE* sostuvo que “*the Tribunal accepts the test enunciated by the Saluka Tribunal, namely that: ‘State conduct is discriminatory, if (i) similar cases are (ii) treated differently (iii) and without reasonable justification’*”⁷³⁵. Muchos tribunales comparten el mismo criterio⁷³⁶.

⁷³⁰ *National Grid c. República de Argentina*, caso CNUDMI, laudo del 3 de noviembre del 2008, párr. 197, CLA-41.

⁷³¹ *BG Group Plc. c. República de Argentina*, caso CNUDMI, laudo del 24 de diciembre de 2007, párr. 341, CLA-4.

⁷³² Ver sección 5.4, *supra*.

⁷³³ Chajmi, párr. 36, RWS-3. Ver, también, Navarro, párrs. 43 y 48, RWS-2.

⁷³⁴ Ver sección 2.1.3.1, *supra*.

⁷³⁵ *ECE Projektanagement International GmbH y Kommanditgesellschaft Penta Achtundsechzigste Grundstuecksgesellschaft mbH & Co. c. República Checa*, caso CPA No. 2010-5, laudo del 19 de septiembre de 2013, párr. 4.825, RLA-258.

⁷³⁶ Ver, por ejemplo, *Saluka Investments BV c. República Checa*, caso CNUDMI, laudo parcial del 17 de marzo de 2006, párrs. 313, 460, CLA-46; *Nykomb Synergetics Technology Holding AB c. República de Lituania*, caso Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, laudo de 16 de diciembre del 2003, párr. 4.3.2(a), RLA-259; *CMS Gas Transmission Company c. República*

504. Ante su incapacidad de proporcionar un caso análogo, SAS insiste en que no tiene que probar que hubo discriminación para establecer que su inversión se vio afectada por una medida discriminatoria. El único sustento legal de este, por decir lo menos, singular alegato procede del caso *Lemire c. Ucrania*⁷³⁷. Sin embargo, contrariamente a la afirmación de SAS, incluso *Lemire* requiere la prueba de un trato diferente:

*Discrimination, in the words of pertinent precedents, requires more than different treatment. To amount to discrimination, a case must be treated differently from similar cases without justification; a measure must be 'discriminatory and expose[s] the claimant to sectional or racial prejudice'; or a measure must 'target[ed] Claimant's investments specifically as foreign investments'*⁷³⁸.

505. En otras palabras, incluso la propia doctrina citada por SAS insiste en que la discriminación requiere un trato diferente, aun cuando explica que este trato diferente no es suficiente para que exista discriminación. SAS no ha siquiera intentado demostrar dicho trato discriminatorio y no puede evadir su obligación legal de hacerlo.
506. Prueba de que el trato discriminatorio alegado por SAS no tiene sustento es su afirmación según la cual la Reversión sería una medida inspirada, en parte, por el hecho de que CMMK era controlada por una "transnacional"⁷³⁹. No existe en el Decreto de Reversión ninguna prueba de ello. Además, como comenta el Ex Gobernador Gonzales, si en algún momento él hizo referencia a la necesidad de que CMMK cumpliera con la normativa local (lo que el Sr. Gonzales Yutronic interpreta como un "ataque" a CMMK⁷⁴⁰), es porque "[p]ara las Comunidades Originarias, es muy importante tener la certeza de que las empresas extranjeras no desconocerán

de Argentina, caso CIADI No. ARB/01/8, laudo del 12 de mayo de 2005, párr. 293, CLA-6. Ver, también, *Investment, B.V. c. República Checa*, caso CNUDMI, laudo del 26 de junio de 2009, párr. 415, RLA-249; *Bayindir İnşaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. c. República Islámica de Pakistán*, caso CIADI No. ARB/03/29, laudo de 27 de agosto de 2009, párr. 389, RLA-260; *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, laudo del 16 de diciembre de 2002, párr. 170, RLA-150; *Total S.A. c. República de Argentina*, caso CIADI No. ARB/04/1, decisión sobre responsabilidad del 27 de diciembre de 2010, párr. 210, RLA-261; *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI No. ARB(AF)/04/5, laudo del 21 de noviembre de 2007, párr. 202, RLA-151.

⁷³⁷ *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, caso CIADI No. ARB/06/18, decisión de jurisdicción y responsabilidad del 14 de enero de 2010, párr. 261, CLA-49.

⁷³⁸ *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, caso CIADI No. ARB/06/18, decisión de jurisdicción y responsabilidad del 14 de enero de 2010, párr. 261, (el resaltado es nuestro). CLA-49.

⁷³⁹ Demanda, párr. 160; Réplica, párr. 247.

⁷⁴⁰ Gonzales Yutronic II, párr. 28, CWS-8.

sus derechos consagrados en la Constitución y nuestras leyes, así como sus usos y costumbres”⁷⁴¹. Por último, y como comentamos anteriormente, otras empresas transnacionales operan en la zona sin dificultad gracias a su buena gestión de las relaciones comunitarias.

507. Por todo lo anterior, Bolivia no violó su obligación prevista en el artículo 2(1) del Tratado.
- 5.6 Bolivia no otorgó a SAS un trato menos favorable que el otorgado a sus propios nacionales**
508. SAS también alega que “*Bolivia treated Claimant’s investments less favorably than the investments of its own investors*”⁷⁴².
509. SAS no fundamenta su alegación, dedicando tan sólo media página. SAS se limita a afirmar que Bolivia habría aceptado que “*South American Silver ‘must demonstrate that its foreign nationality motivated the Reversion’*” y que Bolivia no habría negado que actuó en contra de SAS porque era una empresa extranjera⁷⁴³.
510. SAS ignora el derecho internacional.
511. Para demostrar que la inversión fue objeto de un trato menos favorable que el recibido por una compañía nacional, SAS debe identificar una empresa nacional en situación similar que haya recibido un trato diferente y más beneficioso que el recibido por SAS. Los tribunales invariablemente exigen al inversionista probar (i) la existencia de una compañía nacional comparable y (ii) que ésta haya recibido un mejor para evaluar si ha existido una violación de la obligación de trato nacional⁷⁴⁴. Este requisito

⁷⁴¹ Gob. Gutzales II, párr. 21, RWS-4.

⁷⁴² Réplica, sección V(F).

⁷⁴³ Réplica, párr. 350.

⁷⁴⁴ *Ranée Rose Levy de Levi c. República del Perú*, caso CIADI No. ARB/10/17, laudo del 26 de febrero de 2014, párr. 396, RLA-250; *Champion Trading Company Ameritrade International, Inc. c. República Árabe de Egipto*, caso CIADI No. ARB/02/9, laudo del 27 de octubre de 2006, párr. 134, RLA-262; *Bayinder Insant Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán*, caso CIADI No. ARB/03/29, laudo del 27 de agosto de 2009, párr. 389, RLA-260; *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, laudo del 16 de diciembre de 2002, párr. 170, RLA-150; *Total S.A. c. República de Argentina*, caso CIADI No. ARB/04/1, decisión sobre responsabilidad del 27 de diciembre de 2010, párr. 210, RLA-261; *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI No. ARB(AF)/04/5, laudo del 21 de noviembre de 2007, párr. 202, RLA-151. Ver, también, *Soluka Investments BV c. República Checa*, caso CNUDMI, laudo parcial del 17 de marzo de 2006, párrs. 313, 460, CLA-46; *Nykomb Synergetics Technology Holding AB c. República de Lituania*, caso Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, laudo de 16 de diciembre del 2003, párr. 4.3.2(a), RLA-259; *CMS Gas Transmission Company c. República*

no sólo es aceptado de forma unánime por los tribunales internacionales, sino que se desprende claramente del Tratado.

512. En este caso, no existe ninguna compañía similar a CMMK que haya recibido un trato diferente y más beneficioso que el acordado a CMMK o SAS.
513. Por otra parte, Bolivia niega categóricamente que haya “nationalized South American Silver’s *Mirka Khosa Mining Concessions, at least in part, because of its status as a foreign company*”⁴⁴⁵. Bolivia dictó el Decreto de Reversión debido a las violaciones sistemáticas por parte de CMMK de los derechos humanos e indígenas de las Comunidades Originarias directamente afectadas por el Proyecto, como Bolivia ha repetido hasta la saciedad en este arbitraje.

* * *

514. Bolivia, por lo tanto, cumplió en todo momento sus obligaciones bajo el Tratado y el derecho internacional con respecto a SAS.
6. **SI EL TRIBUNAL ARBITRAL CONSIDERA (QUOD NON) QUE BOLIVIA HA INCUMPLIDO ALGUNA DE SUS OBLIGACIONES BAJO EL TRATADO, DEBERÁ CONSTATAR QUE SAS NO HA DEMOSTRADO HABER SUFRIDO DAÑO ALGUNO Y QUE, EN CUALQUIER CASO, CUALQUIER COMPENSACIÓN DEBE LIMITARSE AL REEMBOLSO DE SUS COSTOS**
515. La resolución tiene una aplicación muy limitada en derecho internacional y, además, en este caso no se cumplen las exigencias para su otorgamiento, por lo que el Tribunal debe rechazar esta pretensión de plano (Sección 6.1). SAS no ha demostrado haber sufrido ningún daño cierto, sustentando su reclamo compensatorio en meras especulaciones sobre el futuro de un Proyecto que se encontraba en una etapa incipiente (Sección 6.2). Si, a pesar de esto, el Tribunal concluyese que Bolivia debe compensar a SAS, esta compensación deberá limitarse al reembolso de los costos incurridos en el Proyecto (Sección 6.3). Las valuaciones de RPA y FII son arbitrarias y están plagadas de errores, por lo que deben ser descartadas (Sección 6.4). Cualquier compensación deberá calcularse al 9 de julio de 2012 (la “Fecha de Valuación Bolivia”) y sin considerar hechos posteriores (Sección 6.5). Finalmente, SAS no ha

de Argentina, caso CIADI No. ARB/01/8, laudo del 12 de mayo de 2005, párr. 293, CLA-5, ECE Projektmanagement International GmbH y Kommanditgesellschaft Pantu Achimdschagste Grundsticksgesellschaft mbH & Co. c. República Chaca, caso CPA No. 2010-5, laudo del 19 de septiembre de 2013, párr. 4.825, RLA-258; Investmat, B.V. c. República Chaca, caso CNUDMI, laudo del 26 de junio de 2009, párr. 415, RLA-249.

⁴⁴⁵ Réplica, párr. 351.

probado haber sufrido ningún daño por otras supuestas violaciones distintas al artículo 5(1) del Tratado (Sección 6.6).

6.1 **SAS reconoce que la restitución tiene una aplicación muy limitada en derecho internacional y que no se cumplen los requisitos para que pueda otorgarse**

516. Al no haber aportado ninguna decisión donde un tribunal arbitral internacional haya ordenado a un Estado restituir, SAS reconoce que la restitución tiene una aplicación muy limitada en el ámbito internacional (Sección 6.1.1). En cualquier caso, la restitución es imposible porque interferiría con la soberanía de Bolivia (Sección 6.1.2) e impondría una carga totalmente desproporcionada sobre el Estado (Sección 6.1.3), por lo que esta pretensión debe ser rechazada.

6.1.1 **SAS reconoce que la restitución tiene una aplicación muy limitada en derecho internacional**

517. *In limine*, Bolivia ha probado que la Reversión de las Concesiones Mineras fue realizada de conformidad con el Tratado y el derecho internacional⁷⁴⁶. Puesto que, como SAS reconoce, la restitución es un remedio que sólo puede *considerarse* ante la comisión de un acto ilícito⁷⁴⁷, esto es suficiente para que el Tribunal concluya, sin otro análisis, que SAS no tiene derecho a la restitución.

518. Incluso si se asumiese, para efectos del análisis, que la Reversión de las Concesiones Mineras fue contraria al Tratado (*quod non*), SAS sigue sin aportar ninguna decisión donde un tribunal internacional haya concedido la restitución. SAS reconoce, así, que este remedio no se aplica en la práctica. Así lo confirma, por ejemplo, el tribunal del caso *Occidental*:

*[E]l Tribunal no conoce ningún caso en que un tribunal del CIADI haya hecho lugar a un pedido de cumplimiento específico contra un Estado [...]*⁷⁴⁸.

519. Ante este panorama, SAS alega que es irrelevante que la restitución sea "*seldom awarded in practice*" y que, en cualquier caso, cada decisión se asienta sobre premisas

⁷⁴⁶ Contestación, sección 6.

⁷⁴⁷ *Devantha*, párr. 167 ("*It is a well-established principle of customary international law that a claimant whose investment has been subject to an unlawful expropriation is entitled to be compensated by means of, first, restitution in kind [...]*").

⁷⁴⁸ *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, caso CIADI No. ARB/06/11, decisión sobre medidas provisionales del 17 de agosto de 2007, párr. 78, RLA-132.

fácticas distintas⁷⁴⁹. Este argumento demuestra la falta de sustento de lo pretendido por SAS. En cualquier caso, SAS confirma que – con independencia de las distintas circunstancias de cada caso – los tribunales arbitrales internacionales están de acuerdo en que la restitución no tiene mayor aplicación práctica y constituye, por decir lo menos, un remedio de carácter excepcionalísimo.

520. Si bien SAS no lo menciona, el único caso donde se concedió la restitución de un activo es el reciente caso *Bernhard Von Pezold c. Zimbabwe*. Esta decisión, además de ser excepcional, es equivocada por cuanto desconoce el propósito y la importancia de la soberanía. Su escueto razonamiento sobre esta cuestión así lo confirma. En cualquier caso, el caso *Bernhard Von Pezold* es marcadamente distinto del presente por, al menos, cuatro razones:

- Primero, en el caso *Bernhard Von Pezold*, para hacerse efectiva, la restitución sólo requería que se devolviese el título legal sobre las tierras expropiadas, por cuanto la demandante ya estaba en posesión de la gran mayoría de las tierras expropiadas (entre 59% y 84% de las tierras estaban ya en posesión de la demandante⁷⁵⁰). Esto es algo a lo que el Tribunal otorgó mucho valor (“*Especially relevant here is the fact that the Claimants remain in substantial occupation of most of their properties*”⁷⁵¹) y que no ocurre en el caso presente;
- Segundo, en el caso *Bernhard Von Pezold*, la evidencia disponible sugería que la restitución de las pocas tierras que no estaban en posesión de la demandante no generaría conflictos. El Tribunal notó que, hasta la fecha del laudo, Zimbabwe había ya realizado 4 restituciones de tierras sin dificultad (“*chaos does not appear to have ensued on the four occasions where Zimbabwe has provided for restitution in the past*”⁷⁵²). Esta situación es marcadamente diferente en el caso presente, donde existe amplia evidencia de los conflictos sociales causados por SAS en el área del Proyecto⁷⁵³. Es previsible que se producirían nuevos conflictos si SAS regresase a la zona;

⁷⁴⁹ Réplica, párr. 356.

⁷⁵⁰ *Bernhard Von Pezold y otros c. República de Zimbabwe*, caso CIADI No. ARB/10/15, laudo del 28 de julio de 2015, párr. 728, RLA-139.

⁷⁵¹ *Id.*

⁷⁵² *Id.*, párr. 733.

⁷⁵³ Ver sección 2.3, *supra*.

- Tercero, en el caso *Bernhard Von Pezold*, los terceros que ocupaban las tierras no tenían títulos o éstos eran precarios (algunos de ellos eran simples invasores⁷⁵⁴). Por ello, la restitución no afectaría gravemente los derechos de terceros. En este caso, por el contrario, los derechos constitucionales de las Comunidades Originarias a sus tierras, a su integridad física, etc., se verían directamente afectados por una hipotética restitución de las Concesiones Mineras; y
- Cuarto, en el caso *Bernhard Von Pezold*, la identidad de la demandante no representaba ningún problema para la restitución. La demandante no era responsable de abusos, secuestros, etc. En este caso, ha ocurrido lo contrario.

6.1.2 SAS reconoce que la restitución es imposible

521. En su Réplica, SAS no cuestiona ninguna de las decisiones arbitrales que demuestran que – al interferir con la soberanía – es *imposible* obligar a un Estado a restituir⁷⁵⁵. Como señaló el mismo tribunal del caso *Occidental*:

*Es un principio firmemente establecido que cuando un Estado, en ejercicio de sus potestades soberanas, ha puesto fin a un contrato o a una licencia, o a cualquier otro título de un inversionista extranjero, el cumplimiento específico debe considerarse jurídicamente imposible*⁷⁵⁶.

522. Ante esto, SAS alega que Bolivia sólo menciona la *imposibilidad* para rechazar la restitución, cuando – según el artículo 35(a) de los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado – sería necesario demostrar la imposibilidad *material*⁷⁵⁷. Este argumento es sorprendente por dos razones. Primero, pretender introducir matices en el concepto de *imposibilidad* es absurdo. El texto es binario: o es imposible o es posible. No cabe una tercera opción. Segundo, no existe sustento alguno para calificar la *imposibilidad*. En efecto, al rechazar las pretensiones reparatorias, las decisiones citadas por Bolivia (y no rebatidas por SAS) simplemente aluden a la existencia de una imposibilidad o,

⁷⁵⁴ *Bernhard Von Pezold y otros c. República de Zimbabwe*, caso CIADI No. ARB/10/15, laudo del 28 de julio de 2015, párr. 730, RLA-239.

⁷⁵⁵ Contestación, sección 7.1.2.

⁷⁵⁶ *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, caso CIADI No. ARB/06/11, decisión sobre medidas provisionales del 17 de agosto de 2007, párr. 79 (el resultado es nuestro), RLA-132. Ver, también, *BP Exploration Company (Libya) Limited c. República Árabe Libia*, laudo del 1 de agosto de 1974, pág. 354, RLA-129.

⁷⁵⁷ Réplica, párr. 359.

a lo mucho, mencionan la imposibilidad jurídica⁷²⁸. El Prof. Crawford, citado reiteradamente por SAS, sólo menciona la *imposibilidad*, sin calificativo. Tercero, independientemente de la denominación que se utilice, la jurisprudencia internacional es unánime al afirmar que, por interferir con la soberanía, la restitución es imposible.

523. Incluso si se considerase que es *juridicamente* posible ordenar la restitución a un Estado soberano (*quod non*), Bolivia ha probado que – en el presente caso – dicha restitución resultaría *fácticamente* imposible dada la oposición a SAS en la zona del Proyecto. El Tribunal no puede desconocer los graves conflictos sociales que SAS generó mientras estuvo en el área de Mallku Khotu (que, entre otros, motivaron una multitudinaria marcha a La Paz⁷²⁹) y el riesgo de que se produzcan nuevos enfrentamientos si SAS regresase a la zona. Como reconoce la jurisprudencia internacional, este Tribunal no puede ignorar la realidad social del Proyecto⁷³⁰.

6.13 SAS reconoce que la restitución impondría una carga totalmente desproporcionada sobre Bolivia

524. El artículo 35(b) de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado establece como segunda condición (cumulativa) para que proceda la restitución que ésta no imponga una “*carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización*”⁷³¹.

525. De manera preliminar, conviene notar que la referida disposición contiene, a su vez, dos condiciones importantes. La primera: que la restitución sea objetivamente más beneficiosa que la compensación. La segunda: que la carga que supone la restitución

⁷²⁸ Ver, por ejemplo, *Lityan American Oil company (LIAMCO) c. Gobierno de Libia*, laudo del 12 de abril de 1977, 20 I.L.M., 1981, pág. 124, RLA-133; *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, caso CIADI No. ARB/06/11, decisión sobre medidas provisionales del 17 de agosto de 2007, párr. 79, RLA-133.

⁷²⁹ Contestación, secciones 3.5 y 3.6; Demanda, párr. 67.

⁷³⁰ Como se señaló en el caso *CMS c. Argentina* “[i]n a situation such as that characterizing this dispute and the complex issues associated with the crisis in Argentina, it would be utterly unrealistic for the Tribunal to order the Respondent to turn back to the regulatory framework existing before the emergency measures were adopted, nor has this been requested. However, as the Tribunal has repeatedly stated in this Award, the crisis cannot be ignored [...]” (*CMS Gas Transmission Company c. The Argentine Republic*, caso CIADI No. ARB/01/8 laudo del 12 de mayo de 2005, párr. 406 (el resaltado es nuestro), CLA-5).

⁷³¹ Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, con comentarios*, 2001, art. 35(b) (el resaltado es nuestro), RLA-159.

no sea desproporcionada con relación a ese beneficio adicional. Ninguna de estas condiciones se verifica en el presente caso.

526. En primer lugar, la restitución no otorgaría a SAS un beneficio adicional respecto a la compensación. En efecto, la propia SAS afirma que la compensación le permitirá borrar “*todos los efectos de la expropiación*”⁷⁶². SAS admite, por lo tanto, que la restitución no conllevaría ningún beneficio adicional. Esto es suficiente para que el Tribunal rechace esta preterición. Dos razones adicionales confirman lo anterior. Por una parte, el Prof. Dagdelen demuestra (y los expertos de SAS aceptan) que “*very few identified mineralized targets ever advance through the feasibility stage to operations because their technical, economic, environmental and/or social viability cannot be established*”⁷⁶³. El Proyecto se encuentra en etapa de exploración (incompleta y paralizada desde la Reversión) y no existe ninguna seguridad de que pueda retomarse. Por otra parte, como se explica en la sección 6.2.1.3 *infra*, al violar los derechos de las Comunidades Originarias, dañar sus recursos y el medio ambiente, ninguna institución hubiese aceptado financiar el Proyecto.
527. En segundo lugar, SAS no ha rebatido ninguna de las decisiones que demuestran que resultaría desproporcional – además de imposible – interferir con la soberanía de un Estado cuando los perjuicios supuestamente causados pueden ser resarcidos a través de la compensación⁷⁶⁴. SAS no demuestra, pues, que la segunda condición del artículo 35(b) se cumpla en este caso.
528. La carga desproporcionada que generaría la restitución también viene confirmada por el caos social que existió mientras SAS estuvo en la zona del Proyecto. Bolivia y las Comunidades Originarias tendrían que hacer frente a graves riesgos a la seguridad si el Tribunal permitiese que SAS regrese a Malku Khota.
529. Por todo lo anterior, el Tribunal debe rechazar la preterición restitutoria de SAS.
530. Finalmente, la valuación de FTI para el *negativo* escenario de restitución es errada e incompleta. FTI reconoce no haber considerado factores que tienen un impacto directo en la valoración del Proyecto⁷⁶⁵, y admite que “*we have not performed a full*

⁷⁶² Demanda, párr. 183.

⁷⁶³ Dagdelen I, párr. 32, RER-2.

⁷⁶⁴ Contestación, sección 7.1.3.

⁷⁶⁵ FTI II, párr. 8.6 (“*The Brattle Report cites a number of other inputs that may impact the value of the Project such as commodity prices, construction costs, operating costs, fiscal and regulatory regimes, and community relations. While these factors would impact the Project’s FMY and differ*

*valuation as of the date of assumed restitution*⁷⁷⁶. En consecuencia, la valuación de FTI debe ser descartada por el Tribunal.

6.2 Los daños reclamados por SAS son hipotéticos o, incluso si existiesen (*quod non*), Bolivia no fue el causante de los mismos

531. SAS no ha probado que la Reversión de las Concesiones Mineras le haya ocasionado ningún daño cierto. En efecto, aunque su reclamo de daños parte de la premisa de que el Proyecto tenía un futuro prometedor y habría sido viable económicamente, SAS no aporta prueba alguna de ello (Sección 6.2.1).

532. En cualquier caso, Bolivia ha demostrado que SAS, CMMK y su personal violaron los derechos de las Comunidades Originarias de diversas formas, lo que desató un conflicto social grave en el área del Proyecto. Al haber sido la propia conducta negligente de SAS la causa dominante de cualquier alegado daño, SAS no tiene derecho a ser compensada (Sección 6.2.2).

6.2.1 SAS afirma sin probar haber sufrido daños ciertos

533. En la Contestación, Bolivia demostró que, en derecho internacional, (i) un acto ilícito sólo genera la obligación de compensar si la víctima prueba haber sufrido daños ciertos, y (ii) la carga de probar la existencia de dichos daños ciertos recae sobre quien los reclama⁷⁶⁷. SAS no cuestiona ninguno de estos principios en su Réplica pero mantiene su reclamo.

534. Luego de realizar algunos comentarios preliminares, Bolivia demostrará que SAS no ha probado haber sufrido daños ciertos por cuanto (i) la estimación de recursos minerales realizada por RPA es errada y, en cualquier caso, no existen reservas minerales en el Proyecto (Sección 6.2.1.1); (ii) el proceso metalúrgico (el "Proceso Metalúrgico") no es completo ni se ha demostrado que funciona (entre otras cosas, el Proceso Metalúrgico fue diseñado con base en muestras sintéticas de laboratorio y no tiene ningún precedente en el ámbito minero) (Sección 6.2.1.2); (iii) debido a las violaciones de los derechos indígenas y humanos de los miembros de las Comunidades Originarias, el Proyecto nunca hubiese sido financiado

between the 'but for' case and the delay case contemplated in the restitution scenario, incorporating the impact of the changes in these variables would require one to conduct a full valuation as of a current date. This was beyond the scope of valuation we were asked to consider" (el resultado es nuestro), CER-4.

⁷⁶⁶ FTI II, párr. 8.7, CER-4.

⁷⁶⁷ Contestación, secciones 7.2.1 y 7.2.2.

(Sección 6.2.1.3); y (iv) en cualquier caso, el Proyecto no se habría podido desarrollar por la oposición social existente (Sección 6.2.1.4).

535. Bolivia realiza tres comentarios preliminares.
536. En primer lugar, en la Contestación, Bolivia citó publicaciones de SASC reconociendo el carácter especulativo del PEA y que su contenido podría diferir materialmente de la realidad⁷⁶⁸. SAS no ha cuestionado el carácter especulativo del PEA. De hecho, el experto Cooper reconoce que “[e]ven when an initial discovery of interesting mineralization has been made, less than 1 in 10,000 of those deposits makes to the mine status”⁷⁶⁹. SAS ignora el propio testimonio de su experto en su reclamación de daños al ignorar el carácter excesivamente especulativo de su pretensión.
537. En segundo lugar, SAS no ha aportado evidencia alguna de que, a la fecha de la Reversión, “prefeasibility level work was well underway”⁷⁷⁰. Por el contrario, puesto que el PEA 2011 se publicó en mayo del 2011 y el Proyecto estuvo suspendido durante el 2011⁷⁷¹, el inicio de la etapa de pro-factibilidad (que normalmente se inicia luego de la publicación del PEA) no pudo haber sido más que *nominal* hasta la Reversión a mediados de 2012.
538. En tercer lugar, en su primer informe pericial, el Prof. Dagdelen explicó que toma entre 15 y 20 años aproximadamente – desde el descubrimiento de un yacimiento minero – para que un proyecto llegue a la etapa de producción (si alguna vez ocurre)⁷⁷². La operación de Malku Khola, por lo tanto, no es un evento cierto, ni siquiera previsible (es mera especulación).
539. RPA niega lo anterior, señalando que el tiempo promedio desde un *descubrimiento minero* hasta el “start up” de una mina es de 7.7 años⁷⁷³. Esto es falso y, aún si fuera correcto, demuestra lo incierto y especulativo de los daños alegados.

⁷⁶⁸ Contestación, párrs. 553-554.

⁷⁶⁹ Cooper, párr. 36, CER-3.

⁷⁷⁰ Réplica, párr. 25.

⁷⁷¹ Réplica, párr. 89 (“On December 22, 2010, the Company decided to temporarily suspend CMMK’s operations [...]”).

⁷⁷² Dagdelen I, párr. 33, RER-3.

⁷⁷³ RPA II, pág. 5-14, CER-5.

540. En efecto, los cálculos de RPA no parten de la fecha del *descubrimiento minero* sino de etapas posteriores, lo que evidentemente reduce los plazos. Sólo por mencionar algunos ejemplos:

- RPA señala que el descubrimiento del depósito mineral del proyecto Guatamayo se habría producido en 1997⁷⁷⁴. No obstante, conforme indica el reporte técnico actualizado de dicho proyecto “[g]old mineralization at Guatamayo was discovered in 1980 by Mincorp Exploration S.A.”⁷⁷⁵. Transcurrieron 28 años desde el descubrimiento minero (y no 11, como señala RPA) hasta iniciar la producción en 2008.
- RPA señala que el descubrimiento del depósito mineral del proyecto Maricunga se habría producido en 1988⁷⁷⁶. No obstante, el reporte técnico de dicho proyecto señala que “David Thomson and Mario Hernandez discovered gold mineralization at Maricunga in 1984”⁷⁷⁷. Puesto que la entrada en producción de la mina ocurrió en 1996, transcurrieron 12 años desde el descubrimiento minero (y no 8, como señala RPA).

541. RPA también computa incorrectamente los plazos de proyectos mineros bolivianos al considerar fechas posteriores al descubrimiento minero (por ejemplo, fecha de la primera estimación de recursos minerales y del *scoping study*) y anteriores a la entrada en producción⁷⁷⁸. Cuando se calculan los plazos en base a los hitos propuestos por el Prof. Dagdelen, los períodos son considerablemente mayores a los señalados por RPA.

542. La propia experiencia del Proyecto demuestra que lo afirmado por RPA respecto del tiempo que sería necesario para iniciar la producción es falso. En efecto, (i) el testigo Fitch explica que SASC habría descubierto el depósito minero del Proyecto en 2003, año en que se adquirieron varias de las Concesiones Mineras y se constituyó CMMK⁷⁷⁹; y (ii) el PEA 2011 previó que el Proyecto iniciaría producción a fines del

⁷⁷⁴ RPA II, Tabla 5-2, pág. 5-14, CER-5.

⁷⁷⁵ Reporte Técnico Actualizado del proyecto Guatamayo del 27 de febrero de 2009, pág. 16, R-219.

⁷⁷⁶ RPA II, Tabla 5-2, pág. 5-15, CER-5.

⁷⁷⁷ Reporte Técnico del proyecto Maricunga del 31 de diciembre de 2007, pág. 29, R-220.

⁷⁷⁸ RPA II, pág. 5-14, CER-5.

⁷⁷⁹ Fitch, párrs. 12-13, CW6-1.

2015⁷⁰⁰. Tomando estas fechas, el plazo desde el descubrimiento mínimo hasta el inicio de la producción sería de 13 años (sin considerar, claro está, imprevistos).

6.2.1.1 *La estimación de recursos minerales de RPA (basado en el PEA 2011) es errada y, en cualquier caso, SAS admite que no existían reservas minerales en el Proyecto*

543. Antes de analizar las incertidumbres e inexactitudes del PEA 2011 y la estimación de recursos minerales de RPA, Bolivia debe realizar *dos* comentarios preliminares.

544. En *primer lugar*, al evaluar la razonabilidad de la estimación de recursos presentada en el PEA 2011 (tomada como base por RPA), el Tribunal debe considerar que SASC (actualmente, Trimetals) ha sido recientemente sancionada por la *British Columbia Securities Commission* ("BCSC")⁷⁰¹ por haber publicado estimaciones de recursos minerales inexactas y violatorias del National Instrument 43-101 (el "NI 43-101") respecto del proyecto minero Gold Springs. El NI 43-101 establece las reglas que deben cumplir las compañías que cotizan en bolsas de valores en Canadá al informar al mercado acerca de sus proyectos mineros. Desde el 4 de junio de 2014, la BCSC colocó a SASC en la lista de compañías incumplidoras del NI 43-101⁷⁰².

545. En *segundo lugar*, es llamativo que, en su segundo informe pericial (el "Segundo Informe RPA"), RPA ponga en duda la capacidad del Prof. Dagdelen para realizar una estimación de recursos minerales por cuanto habría sido asistido por el señor Thomas Mathews ("Mathews")⁷⁰³. Las credenciales del Prof. Dagdelen, que incluyen contar con más de 30 años de experiencia internacional en la industria minera, haber dirigido el Departamento de Ingeniería Minera de la prestigiosa *Colorado School of Mines*, haber realizado más de 40 publicaciones científicas sobre los temas de su especialidad (incluyendo estimación de recursos y reservas minerales) y ser miembro del Directorio de Randgold Resources (compañía minera de gran prestigio internacional), no dejan dudas de su experiencia en la estimación de recursos y reservas minerales. Sin perjuicio de ello, el Prof. Dagdelen ha explicado que solicitó

⁷⁰⁰ *Preliminary Economic Assessment Update Technical Report for the Malku Khota Project* del 10 de mayo de 2011, pág. 150, C-14.

⁷⁰¹ La BCSC es la entidad encargada de velar por la protección de los inversionistas y la integridad del mercado de capitales canadiense. Como parte de su misión, la BCSC revisa algunos de los reportes técnicos publicados por compañías mineras *junior*, como fue el caso del PEA publicado por SASC en relación con el proyecto Gold Springs.

⁷⁰² *Ver*, por ejemplo, emails intercambiados por SASC y la BCSC del 2 de junio de 2014 al 4 de julio de 2014, R-221.

⁷⁰³ RPA II, pág. 5-3, CER-5.

la asistencia de Mathews porque la computadora ubicada en el *Data Room* no tenía instalado el software *MineSight* (con el cual el Prof. Dagdelen realiza sus estimaciones de recursos minerales) sino sólo el software *GEMCOM™*. En tal sentido, no se trata de un tema de *capacidad* del Prof. Dagdelen sino de los *medios* proporcionados por SAS para que los expertos independientes de Bolivia realicen su estimación de recursos minerales. En cualquier caso, el Prof. Dagdelen tendrá la oportunidad en la audiencia de explicar en detalle, como menciona en su segundo informe, los pasos que ha seguido y la fiabilidad de sus conclusiones.

546. Existen varias pruebas de que la estimación de recursos minerales presentada en el PEA 2011 (y en la cual se basa RPA) es inexacta.

547. Primero, como demuestra el Prof. Dagdelen en su segundo informe pericial, la estimación de recursos minerales en el PEA 2011 (y que RPA toma como base) no es confiable y es exagerada. En efecto, el PEA 2011 sobrestima los recursos *indicados* en [REDACTED] millones de toneladas y subestima los recursos *inferidos* en [REDACTED] millones de toneladas⁷⁸⁴. Esto es relevante por cuanto no existe ninguna certeza de que los recursos *Inferidos* existan y, por ello, no pueden ser considerados en una valuación como equivalentes a los recursos *indicados* o *medidas*. Como explica el Prof. Dagdelen:

The over statement of tons in the Indicated category, and understatement of tones in the Inferred category, are significant and further make it difficult to determine the potential size of the deposit. Although the viability of the Project cannot be analyzed at the level of a PEA, any such analysis would be impacted by these inaccurate estimates™.

548. La estimación de recursos realizada por el Prof. Dagdelen también revela otras exageraciones en el PEA 2011 (por ejemplo, en cuanto al nivel de concentración de metales en los recursos minerales del Proyecto, lo que tiene relación directa con la viabilidad económica de una eventual mina⁷⁸⁵). Por ello, como explica el Prof. Dagdelen:

Thus, it is not accurate to say that my 'Mineral Resource estimate is not materially different to that in the 2011 PEA Update reviewed by RPA and used for RPA's valuation'. The material differences between both resource

⁷⁸⁴ Dagdelen II, párr. 4, RER-4.

⁷⁸⁵ Dagdelen II, párr. 10, RER-4.

⁷⁸⁶ Dagdelen I, párr. 81, RER-2.

⁷⁸⁷ Dagdelen II, párr. 10, RER-4.

*estimates become apparent when the individual categories of resource classification are compared*⁷⁸⁸.

549. Segundo, como Bolivia explicó en la Contestación⁷⁸⁹ y SAS acepta, más del [REDACTED] de todos los recursos minerales del Proyecto son *inferidos*. Este porcentaje se eleva a [REDACTED] luego de reubicar los recursos *indicados* (sobrestimados, conforme a lo arriba señalado) en la categoría de los recursos *inferidos*. Los recursos *inferidos* son “*that part of a Mineral Resource for which quantity and grade or quality can be estimated on the basis of geological evidence and limited sampling and reasonably assumed, but not verified, geological and grade continuity*”⁷⁹⁰. La jurisprudencia arbitral reconoce que dichos recursos *inferidos* “*have the lowest level of geological confidence*”⁷⁹¹ y, por ende, muy probablemente no existen (“*inferred resources simply may not be in the ground*”⁷⁹²). Así lo confirma el PEA 2011⁷⁹³ y las normas canadienses al establecer que cualquier comunicación al mercado de recursos *inferidos* debe incluir “*cautionary language*”⁷⁹⁴. Esto tiene un impacto fundamental en el tamaño del depósito mineral estimado por el PEA 2011 y utilizado con fines de valuación por RPA. Resulta simplemente absurdo postular – como hace RPA – que (i) los recursos *inferidos* deben ser tratados de la misma forma que los recursos minerales *indicados* y *medidos*⁷⁹⁵; o (ii) que la reclasificación de [REDACTED] millones de

⁷⁸⁸ Dagdelen II, párr. 10, RER-4. Por la misma razón, es falso que “*Bolivia’s experts do not disagree that there is a significant mineral resource at Malku Khota*” (Réplica, párr. 387).

⁷⁸⁹ Contestación, párr. 559.

⁷⁹⁰ Dagdelen I, párr. 18 (el resaltado es nuestro), RER-2.

⁷⁹¹ *Gold Reserve Inc. v. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB(AF)/09/01, laudo del 22 de septiembre de 2014, párr. 780, RLA-27.

⁷⁹² Brattle II, párr. 132, RER-5.

⁷⁹³ *Preliminary Economic Assessment Update Technical Report for the Malku Khota Project* del 10 de mayo de 2011, pág. 14 (“*This PEA is preliminary in nature and includes inferred mineral resources that are considered too speculative geologically [...]*”), C-14.

⁷⁹⁴ Contestación, párr. 553.

⁷⁹⁵ Igualmente absurdo resulta postular, como hace RPA, que por no equiparar y valorar de la misma forma los recursos minerales *inferidos*, *indicados* y *medidos*, el Prof. Dagdelen “*has no expertise and experience in the valuation of a property by any other method than the Income Approach using a DCF analysis*” (RPA II, pág. 5-2, CER-5). En realidad, como parte de sus labores en el Directorio de Randgold Resources, el Prof. Dagdelen frecuentemente revisa valuaciones de proyectos mineros (Dagdelen II, párr. 3, RER-4).

toneladas de recursos *indicadas* en la categoría de recursos *inferidos* es irrelevante con fines de valuación⁷⁹⁶.

550. Tercero, como explica el Prof. Dagdelen, RPA aumenta artificialmente la cantidad de recursos minerales del Proyecto al utilizar un *cutoff grade* excesivamente bajo.
551. El *cutoff grade* refleja la concentración mínima de metal que se requiere en una tonelada de material mineralizado para que esa tonelada tenga un valor económico positivo. Si esa tonelada no alcanza el *cutoff grade*, entonces no es un “ore” y debe ser considerado como “waste” (desperdicio). Sólo cuando una tonelada de material mineralizado tiene un nivel de concentración superior al *cutoff grade* puede clasificarse como parte de los recursos minerales. Como explica el Prof. Dagdelen: “It is best practice to use economic cutoff grade for [estimation of] the in-situ resources as well”⁷⁹⁷.
552. RPA estima los recursos minerales del Proyecto utilizando un *cutoff grade* de tan solo 10 gramos por tonelada (“silver equivalent”)⁷⁹⁸, lo que es excesivamente bajo e infla artificialmente la cantidad de recursos minerales del Proyecto. RPA no tiene justificación alguna para utilizar un *cutoff grade* tan bajo. En efecto, ante la Solicitud de Documentos de Bolivia para que SAS comunique “the documents and studies that justify the estimate of the mineral deposit (in-pit resources) using a 10 grams per ton silver equivalent cut-off grade”, SAS respondió que “Claimant is not aware of the existence of any document responsive to Bolivia’s request and RPA did not review or prepare any document responsive to Bolivia’s request”⁷⁹⁹. Como demuestra el Segundo Informe Dagdelen, el *cutoff grade* se determina en base a cálculos que toman como base el valor del material mineralizado, los costos de procesar el “ore” (entre otros costos), los porcentajes de recuperación metalúrgica, etc.⁸⁰⁰. Es, pues, inaudito (y prueba de la arbitrariedad de su estimación de recursos) que RPA no tenga ningún documento que justifique el uso de un *cutoff grade* de 10 gramos por tonelada (“silver equivalent”).

⁷⁹⁶ Dagdelen I, párr. 80, RER-2.

⁷⁹⁷ Dagdelen I, párr. 82, RER-2.

⁷⁹⁸ RPA II, págs. 5-6 y 5-7, CER-5.

⁷⁹⁹ Ver Decisión del Tribunal sobre la solicitud de documentos de Bolivia del 7 de julio de 2015, así como la Orden Procesal No. 7.

⁸⁰⁰ Dagdelen II, sección 4 I.2, RER-4.

553. El Prof. Dagdelen ha calculado el *cutoff grade* mínimo aplicable al Proyecto, que equivale a 20.4 gramos por tonelada (“*silver equivalent*”). Al haber utilizado un *cutoff grade* menor, RPA infló artificialmente los recursos minerales del Proyecto. El contraste en el número de recursos *inferidos*, *indicados* y *medidos* calculados por el Prof. Dagdelen bajo un *cutoff grade* de 10 y 20 gramos por tonelada se aprecia en las Tablas 1 y 2 siguientes³⁰¹:

Tabla 1: Modelo Prof. Dagdelen – *cutoff grade* de 10 gramos por tonelada (*silver equivalent*)

	Copper, Actual						Gold, g/t				Silver			
	Tonnes (1000)	Tonnes (million)	Ag. g/t	PP g/t	Ag. Mt/d	Yr Tonnes	Ct	Pb	Zn	Cu	Ct (Mt)	Pb (Mt)	Zn (Mt)	Cu (Mt)
Limona														
Measured														
Indicated														
Inferred														
Wasa Wiro														
Measured														
Indicated														
Inferred														
Satrs														
Measured														
Indicated														
Inferred														
Combined														
Measured														
Indicated														
Inferred														

³⁰¹ Dagdelen II, Tablas 1 y 2, párr. 76, RER-4.

**Tabla 2: Modelo Prof. Dagdelen – *cutoff grade* de 20 gramos por tonelada
(*silver equivalent*)**

Usos/era	Expert Model						Oxide				Metal			
	Tonnes (t1000)	Tonnes (millions)	Ag (g/t)	Co (g/t)	Ag (oz/t)	in Tonnes	Co	Pb	Zn	Si	Co (t/100t)	Pb (t/100t)	Zn (t/100t)	Si (t/100t)
Measured														
Indicated														
Inferred														
Wara Wara														
Measured														
Indicated														
Inferred														
Socra														
Measured														
Indicated														
Inferred														
Combined														
Measured														
Indicated														
Inferred														

554. Por otro lado, es importante tener presente que el *cutoff grade* (al ser el punto de equilibrio entre ingreso y costos) depende en gran medida de los costos. Al reducir los costos, *ceteris paribus*, el *cutoff grade* se reduce y aquellas toneladas que antes eran “waste” pasan a ser consideradas “ore”. Esto explica la importancia de analizar los centros de costos del Proyecto y el incentivo de SAS para ignorar en su análisis ante este Tribunal los rubros que sugieren costos muy elevados.
555. Por ejemplo, como explican los Profs. Dagdelen y Taylor, asumiendo que funcionase (*quod non*), el Proceso Metalúrgico que propone SAS incrementaría de forma significativa los costos de capital y operación del Proyecto. Esto se explica por cuanto, siendo el Proceso Metalúrgico una tecnología nueva y muy compleja, su implementación haría necesario realizar constantes ajustes al proceso, contratar a personal especialmente calificado, etc.⁸⁰².
556. Los costos del Proyecto también serían superiores (y el *cutoff grade* más alto) al excluir los US\$ 144 millones que el PEA 2011 atribuye a inexistentes créditos de oro. Ante la Solicitud de Documentos de Bolivia para que SAS proporcione “Documentos y estudios relativos a la existencia de los créditos de oro”, SAS no entregó ninguna

⁸⁰² Taylor, párr. 31, RER-6.

información a Bolivia⁸⁰³. RPA reconoce que “the level of basic data is insufficient to estimate gold grade in the Mineral Resource” y, por ende, que los créditos de oro no debieron haber sido considerados en el PEA 2011⁸⁰⁴.

557. Puesto que, conforme a lo anterior, los costos de capital y operación del Proyecto serían previsiblemente mayores a los previstos en el PEA 2011, el Prof. Dagdelen ha estimado que el *cutoff grade* adecuado en este caso podría llegar a ser de 30 gramos por tonelada⁸⁰⁵. Al utilizar un *cutoff grade* menor, el PEA 2011 (y RPA, que tomó como base dicho documento) infló considerablemente los recursos minerales del Proyecto. Basta contrastar los recursos minerales calculados por el Prof. Dagdelen con un *cutoff grade* de 30 gramos por tonelada (ver Tabla 3 abajo⁸⁰⁶) con aquellos derivados de las Tablas 1 y 2 (ver Tabla 4 abajo) para confirmar la gran diferencia en el número de recursos minerales derivada de utilizar diferentes *cutoff grades*:

Tabla 3: Modelo Prof. Dagdelen – *cutoff grade* de 30 gramos por tonelada (silver equivalent)

Combined	Expert Model 30 gpt Agto Cutoff						Copper, Pb				Zinc			
	Tonnes (millions)	Ag gpt	In gpt	Ag Mol	In Tonnes		Cu	Pb	Zn	Sn	Cu (Mlb)	Pb (Mlb)	Zn (Mlb)	Sn (Mlb)
Measured														
Indicated														
Inferred														

Tabla 4: Tabla comparativa de los recursos minerales estimados por el Prof. Dagdelen bajo *cutoff grades* de 10, 20 y 30 gramos por tonelada (silver equivalent)

	10 gpt	20 gpt	30 gpt
	10 gpt	20 gpt	30 gpt
Medidos (MM tons)			

⁸⁰³ Ver Cuadro Redfern con decisiones del Tribunal sobre las Solicitudes de Documentos de Bolivia del 7 de julio de 2015, así como la Orden Procesal No. 7.

⁸⁰⁴ RPA II, pág. 5-9, CER-5.

⁸⁰⁵ Dagdelen II, párr. 75, RER-4.

⁸⁰⁶ Dagdelen II, Tabla 3, párr. 76, RER-4.

Indicados (MM tons)			
Inferidos (MM tons)			
Combinados (MM tons)			

558. Como demuestra la Tabla 4, existen notables diferencias entre los recursos minerales *estimados* bajo diferentes *cutoff grades*:

- Mientras que con un *cutoff grade* de 30 gramos por tonelada el Proyecto tendría [redacted] millones de toneladas de recursos *indicados*, con un *cutoff grade* de 10 gramos por tonelada el Proyecto tendría [redacted] millones de toneladas (es decir, un [redacted] % más);
- Mientras que con un *cutoff grade* de 30 gramos por tonelada el Proyecto tendría [redacted] millones de toneladas de recursos *medidos*, con un *cutoff grade* de 10 gramos por tonelada el Proyecto tendría [redacted] millones de toneladas (es decir, un [redacted] % más); y
- Mientras que con un *cutoff grade* de 30 gramos por tonelada el Proyecto tendría [redacted] millones de toneladas de recursos *inferidos* (que probablemente no existen), con un *cutoff grade* de 10 gramos por tonelada el Proyecto tendría [redacted] millones de toneladas (es decir, un [redacted] % más).

559. Estos cálculos reflejan los recursos minerales *estimados* del Proyecto (*i.e. in-situ resources*). Para determinar cuáles de dichos recursos *estimados* podrían ser económicamente extraíbles es necesario realizar un *pit-limit analysis*. Como explica el Prof. Dagdelen: "*Pit limit analysis intends to replicate the economic analysis of mineability of the resource*"⁶⁰⁷. Dicho análisis, que permite "*determine what proportion of the in-situ mineral resource may be mineable*" es necesario porque "[a]

⁶⁰⁷ Dagdelen I, nota al pie 49, RER-2.

*significant portion of the mineral resources [...] may not be mined due to the fact that they are overlain by significant quantities of waste rock.*⁸⁰⁸

560. Al contrario de RPA, el Prof. Dagdelen sí realizó un *pit-limit analysis* y, con un *cutoff grade* de 20 gramos por tonelada (*silver equivalent*), estimó que los *in-pit resources* del Proyecto serían los siguientes⁸⁰⁹:

Measured, Indicated and Inferred pit shell using PEA PIT Parameters (No Au Grade)

	Tonnes (M)	Ag Grade	IN Grade	Ag Oz (M)	In Tonnes	Cu	Pb	Zn	Ga
Measured									
Indicated									
Inferred									
Combined									

561. La diferencia entre los recursos minerales *estimados (in-situ)* y los *in-pit resources* es notable. Utilizando un mismo *cutoff grade* de 20 gramos por tonelada, los *in-pit resources* (combinados: [redacted] millones de toneladas) representan menos de la mitad de los recursos minerales *estimados* (combinados: [redacted] millones de toneladas⁸¹⁰). La cantidad de *in-pit resources* sería aún menor con un *cutoff grade* de 30 gramos por tonelada. Este *pit-limit analysis*, como hemos indicado, no ha sido realizado por RPA.
562. El Tribunal no debe perder de vista que el que existan *in-pit resources* no garantiza que su extracción sea económicamente viable. Esto dependerá de si los ingresos proyectados (que dependerán del tamaño *real* del depósito mineral, del funcionamiento del Proceso Metalúrgico, de las tasas de extracción de metales y del precio de venta de los metales) permiten cubrir todos los costos de poner en marcha el proyecto minero (costos de estudios económicos, sociales y ambientales, costos de diseñar y construir la planta de tratamiento metalúrgico⁸¹¹, y los costos de operación de la mina⁸¹²).
563. Por *último*, no está en disputa que el Proyecto sólo cuenta con un *scoping study*, el cual no mide con un grado razonable de certeza los ingresos ni los costos previsibles.

⁸⁰⁸ Dagdelen I, párr. 83, RER-2.

⁸⁰⁹ Dagdelen I, Tabla 3, párr. 85, RER-2. RPA no calculó los *in-pit resources* del Proyecto.

⁸¹⁰ Ver Tabla 4, *supra*.

⁸¹¹ Como explica el Prof. Taylor, “[t]he metallurgical processing plant represents the most significant factor in capital and operating costs for almost all mining operations” (Taylor, párr. 28, RER-6).

⁸¹² Dagdelen II, párr. 44, RER-4.

Por esta razón, como Bolivia explicó en la Contestación⁸¹³, el Proyecto no cuenta con reservas minerales, definidas como:

{T}he economically mineable part of a Measured and/or Indicated Mineral Resource as defined by studies at Pre-Feasibility or Feasibility level that include application of Modifying Factors (these include, but are not restricted to, mining, processing, metallurgical, infrastructure, economic, marketing, legal, environmental, social and governmental factors)⁸¹⁴.

564. Por todo lo anterior, no puede quedar duda sobre el nivel de incertidumbre existente en cuanto a la posibilidad de extraer económicamente los recursos minerales del Proyecto. Como Bolivia ha probado, la estimación de recursos minerales realizada por RPA está inflada, se encuentra compuesta en más de 80% por recursos minerales inferidos, tiene mucho menos *in-situ resources* de los que pretende el PEA 2011 y no cuenta con reservas minerales.

6.2.1.2 *El Proceso Metalúrgico no es completo y nunca antes ha sido empleado a escala industrial, por lo que no está demostrado que funcione*

565. El Prof. Patrick Taylor (el "Prof. Taylor") describe el estado real del Proceso Metalúrgico que SAS pretende sería utilizado en el Proyecto. El Prof. Taylor es el *George S. Ansell Distinguished Professor of Chemical Metallurgy* en la prestigiosa *Colorado School of Mines*⁸¹⁵. Es especialista en procesos metalúrgicos extractivos y procesamiento de minerales. Además de su recorrido académico (con más de 140 publicaciones científicas), el Prof. Taylor presta desde 1979 servicios de consultoría a algunas de las empresas mineras más importantes del mundo, incluyendo *Newmont*, *Gold Resources* y *Atlantis Mining*. Hasta la fecha, el Prof. Taylor ha inventado y registrado en los Estados Unidos 9 patentes metalúrgicas y tiene una (adicional) en proceso de evaluación⁸¹⁶.

566. El Prof. Taylor coincide con todos los expertos en que – al contar sólo con un *scoping study* – el Proyecto se encuentra en una etapa incipiente, caracterizada por la especulación y un alto nivel de incertidumbre⁸¹⁷.

⁸¹³ Contestación, párrs. 355-358.

⁸¹⁴ RPA II, pág. 3-2, CER-5.

⁸¹⁵ Taylor, párr. 2, RER-4.

⁸¹⁶ *Id.*, párrs. 1-3.

⁸¹⁷ *Id.*, párr. 16.

567. Como explica el Prof. Taylor, hay múltiples razones por las que no existe ninguna certeza de que el Proceso Metalúrgico pudiese funcionar en el Proyecto. Al contrario, existen numerosas dudas sobre su viabilidad. Esto es relevante sobre todo porque los cálculos de RPA y FTI *“assumed that the acid-chloride heap leach process would work and be commercially viable”*⁸¹⁸. En efecto, RPA y FTI no realizan ningún ajuste en sus valuaciones para reflejar la incertidumbre del Proceso Metalúrgico y los posibles sobrecostos que puede generar.
568. En primer lugar, el Proceso Metalúrgico no tiene ningún precedente en el ámbito minero. Así lo reconoce RPA implícitamente al afirmar que *“[t]he individual components of the metals recovery have all been proven in other operations, however, to the best of RPA’s knowledge, they have not been combined sequentially in a commercial application”*⁸¹⁹. El Prof. Taylor muestra los riesgos de utilizar nuevas tecnologías en la industria minera. De hecho, varios proyectos mineros han fracasado o resultado exponencialmente más costosos al utilizar nuevas tecnologías. Como señala el Prof. Taylor: *“There are many examples in the mining industry where new technology has led to economic underperformance and/or failure”*⁸²⁰. El PEA 2011 reconoce el riesgo de que el Proceso Metalúrgico no funcione⁸²¹, y la propia SASC ha señalado que *“It is conceivable that there may be a mixed process employing both cyanide and the acid chloride leach methods”*⁸²².
569. En segundo lugar, al encontrarse en una etapa incipiente, el Proceso Metalúrgico no ha sido probado en una planta piloto, lo que significa que *“the risks in making the operation work are significant”*⁸²³. Como explica el Prof. Taylor, *“this is very important for new technology as the various unit operations are operated in series and an upset in one part of the process affects everything downstream”*⁸²⁴.

⁸¹⁸ Brattle II, párr. 53, RER-5.

⁸¹⁹ RPA I, pág. 10-5 (el resultado es nuestro), CER-2.

⁸²⁰ Taylor, párr. 40, RER-6.

⁸²¹ Brattle II, párr. 112 (*“the Updated PEA considered two cases in its evaluation of the property, a base-case with recovery of indium and gallium and a fallback case without. In the event that the acid-chloride leach option proves not to be viable”*), RER-5. Ver, también, *Preliminary Economic Assessment Update Technical Report for the Malku Khota Project* del 10 de mayo de 2011, secciones 1.4 y 1.8, C-14.

⁸²² Acta del directorio de SASC del 12 de agosto de 2009, pág. 3, R-203.

⁸²³ Taylor, párr. 44(3), RER-6.

⁸²⁴ Taylor, párr. 44(3), RER-6.

570. En tercer lugar, el Proceso Metalúrgico no ha sido probado en su totalidad en los minerales del Proyecto, sino en muestras *sintéticas* creadas en laboratorio. No existe, pues, certeza de cómo vaya a reaccionar el Proceso Metalúrgico al ser aplicado a muestras *reales* . Como explica el Prof. Taylor, *"this testing based on synthetic solutions' samples could very well lead to incorrect conclusions regarding the behavior of the real solutions during the metal recovery step in operations"*⁶²⁵.
571. En cuarto lugar, el Proceso Metalúrgico es especialmente *complejo* por cuanto sus 9 "pasos secuenciales" (descritos en un *flow sheet*) deben trabajar coordinadamente, alimentándose uno al otro, lo que incrementa significativamente los riesgos de fallas. Como explica el Prof. Taylor, *"[a] flow sheet with so many (nine) separate, co-dependent, unit operations is also unique. Tying all of these separate unit operations into one continuous flow sheet provides an argument for both it being new and unique (thus, the patent) and for adding significant risk to the potential profitability"*⁶²⁶.
572. En quinto lugar, los propios analistas financieros que utiliza FTI reconocen que existen serias dudas sobre la viabilidad del Proceso Metalúrgico. Por ejemplo, las notas de la conversación entre FTI y Tom Pfister, Director de Investigación de Redchip, muestran cómo este último señaló que *"[t]he newness of the processing methodology was what gave him [SASC's CEO] pause"* sobre la viabilidad del Proyecto⁶²⁷.
573. Por todo lo anterior, contrariamente a lo asumido por RPA y FTI, no existe certeza alguna de que el Proceso Metalúrgico pudiese funcionar en el Proyecto. Esta falta de evidencia debe llevar al Tribunal a concluir que SAS no demuestra ningún daño cierto.
574. Incluso asumiendo que el Proceso Metalúrgico funcionase (*quod non*), no existe certeza alguna de que el Proyecto sería rentable por cuanto (i) existe una gran incertidumbre sobre los porcentajes de recuperación de metales que permitiría el Proceso Metalúrgico y (ii) el PEA 2011 omite considerar costos muy importantes del Proyecto:

⁶²⁵ Taylor, párr. 44(1), RER-6.

⁶²⁶ Taylor, párr. 44(2), RER-6.

⁶²⁷ Notas de la conversación entre FTI y Tom Pfister (Redchip) del 20 de octubre de 2015, pág. 14 (transcripción), R-222.

- Primero, las pruebas realizadas por SGS (vinculadas al funcionamiento del Proceso Metalúrgico en las muestras *analíticas* de laboratorio) demuestran que existen serias dudas sobre los porcentajes de recuperación de metales. El porcentaje de recuperación es función, como explica el Prof. Taylor, de dos variables principales: tamaño de fragmentación del “ore” y tiempo de lixiviación (a menor tamaño y mayor tiempo, mejor recuperación, y viceversa). Estas dos variables, a su vez, tienen un gran impacto económico: a menor tamaño, mayor costo de procesamiento y a mayor tiempo, menor productividad de la planta, *ceteris paribus*⁶²⁸. Por citar alguna de las interrogantes que existen:

*Were the leach recoveries obtained from bench scale tests, done on certain fragmentation size and leach durations, representative of the results expected from the crush size assumed in the PEA 2011? The crush sizes assumed in the PEA 2011 appear to be much larger, and the leach durations assumed in the PEA 2011 appear to be much shorter than those considered in the bench scale tests, which might result in significantly lower leach recoveries for silver and indium than those projected in the PEA 2011*⁶²⁹

- Segundo, al contrario de lo que se recomienda en la industria, el PEA 2011 no considera los sobrecostos y retrasos que previsiblemente resultarían de la utilización de *nueva tecnología* cuya *visibilidad* no ha sido probada⁶³⁰, y
- Tercero, el PEA 2011 no considera la necesidad de refinar el indio y, por ende, los costos de transporte y refinado por terceros o el costo de construir una planta de refinería de indio en el área del Proyecto. Dada los altos costos que supondría el refinado del indio (sea por terceros o mediante la construcción de una planta propia) y la baja concentración de indio estimada por SAS en la solución resultante del Proceso Metalúrgico (0,06 In)⁶³¹, la extracción del indio probablemente no resultaría rentable. A pesar de ello, el PEA 2011 asume que “the mine is anticipated to produce approximately 80 tonnes of indium”⁶³² por año a un valor de US\$ 500 por kilogramo⁶³³.

⁶²⁸ Taylor, párrs. 24-26, RER-6.

⁶²⁹ *Id.*, párr. 47(b).

⁶³⁰ *Id.*, párr. 37.

⁶³¹ *Id.*, párr. 44(6).

⁶³² *Preliminary Economic Assessment Update Technical Report for the Malku Khota Project* del 10 de mayo de 2011, pág. 10, C-14.

⁶³³ *Id.*, pág. 11.

575. Ante el alto riesgo de que el Proceso Metalúrgico no funcione o, en todo caso, de que su utilización no sea rentable, no puede considerarse que SAS haya demostrado haber sufrido daños ciertos.
- 6.2.1.3 *Ante las violaciones de los derechos de los miembros de las Comunidades Originarias, el Proyecto nunca habría sido financiado*
576. En su primer informe pericial, el Prof. Dagdelen explicó las diversas etapas de un proyecto minero antes de iniciar la producción (si esto alguna vez ocurre)⁶³⁴. Una de dichas etapas es obtener financiamiento para desarrollar el Proyecto. No está en disputa que, sin financiamiento externo, SAS no podría construir ni mucho menos operar una mina en Mallku Khota. Como reconoce la propia SASC, “[t]he Company is not in commercial production on any of its mineral properties and, accordingly, it does not generate cash from operations. The Company is dependent on raising additional financing”⁶³⁵.
577. Existen dos razones por las que SASC no habría podido obtener financiamiento para desarrollar el Proyecto.
578. En primer lugar, como condición para otorgar financiamiento, las instituciones financieras exigen que los proyectos mineros respeten los derechos de las comunidades indígenas: preserven sus recursos y el medio ambiente⁶³⁶. El principal instrumento internacional en esta materia son los Principios del Ecuador III (los “Principios del Ecuador”)⁶³⁷, los cuales han sido ratificados por 83 instituciones financieras en 36 países. Como señala la *Global Mining Finance Guide*, los Principios del Ecuador:

*Covers over 70% of international project finance debt in emerging markets. Not only must prospective borrowers make a business case to lenders regarding financing a project, these days they will likely also need to demonstrate compliance with the Eps [Ecuador Principles]*⁶³⁸.

⁶³⁴ Dagdelen I, sección 2, RER-2.

⁶³⁵ TriMetals Mining Inc, *Management's Discussion & Analysis*, 6 de noviembre de 2015, pág. 10, R-223.

⁶³⁶ Díez de Medina, párr. 20, RWS-5; Mamani, párr. 13, RWS-6.

⁶³⁷ Los Principios del Ecuador anteriormente vigentes (Principios del Ecuador II) fueron aprobados en el 2006 y rigieron hasta fines del 2013.

⁶³⁸ Mining Journal, *The Global Mining Finance Guide*, enero de 2014, pág. 21 (el resaltado es nuestro), R-224.

579. El PEA 2011 reconoce que, para poder obtener financiamiento, el Proyecto debía cumplir (entre otros) con los Principios del Ecuador:

For projects that will be debt-funded there are effectively two parallel environmental and review processes that need to be merged:

- *One that meets the requirements of the Bolivian government; and*
- *One that meets the standards applied to the banking community. These can be "IFC" or the "Equator Principles" standards, which are generally more stringent than government requirements.*

In order to meet both the Bolivian government and the international banking community requirements [...]»³³⁹.

580. Los Principios del Ecuador disponen que, para poder ser considerado con fines de financiamiento, un proyecto minero debe superar un proceso de evaluación de riesgos sociales y ambientales. Los Principios 2 y 3 señalan, respectivamente, que:

Para todos los proyectos de las categorías A y B, la EPFI [Entidades Financieras de los Principios del Ecuador] exigirá que el cliente lleve a cabo un proceso de Evaluación para abordar, a satisfacción de la EPFI, los riesgos e impactos ambientales y sociales relevantes del Proyecto propuesto.

El Proceso de Evaluación debería, en primer lugar, abordar el cumplimiento de las leyes, los reglamentos y los permisos pertinentes del país anfitrión relativos a los aspectos ambientales y sociales»³⁴⁰.

581. Como explica el señor Díez de Medina, Gerente de Responsabilidad Social de Mínera San Cristóbal, se exigió a su empresa – como condición para obtener financiamiento – cumplir con los Principios del Ecuador³⁴¹.

582. Además de los Principios del Ecuador, las principales instituciones financieras internacionales cuentan con reglamentos que condicionan la financiación de proyectos al respeto de los derechos de las comunidades indígenas, la protección de sus recursos y el medio ambiente. Sólo por citar algunos ejemplos:

³³⁹ *Preliminary Economic Assessment Update Technical Report for the Matku Khato Project* del 10 de mayo de 2011, sección 18.2, pág. 113 (el resaltado es nuestro), C-14.

³⁴⁰ Principios del Ecuador, junio de 2013, págs. 3-6 (el resaltado es nuestro), E-214. De acuerdo con los Principios, son proyectos categoría A aquellos "con potenciales riesgos y/o impactos adversos significativos ambientales y sociales que son, diversos, irreversibles o sin precedentes", y son proyectos categoría B aquellos "con potenciales riesgos y/o impactos adversos limitados ambientales y sociales, que son escasos en número, generalmente localizados en sitios específicos, mayormente reversibles y fácilmente abordables a través de medidas de mitigación".

³⁴¹ Díez de Medina, párr. 20, RWS-5.

- La *Policy on Environmental & Social Sustainability* de la Corporación Financiera Internacional (IFC por sus siglas en inglés) señala:

*IFC recognizes the responsibility of business to respect human rights, independently of the state duties to respect, protect, and fulfill human rights. This responsibility means to avoid infringing on the human rights of others and to address adverse human rights impacts business may cause or contribute to. [...] Consistent with this responsibility, IFC undertakes due diligence of the level and quality of the risks and impacts identification process carried out by its clients against the requirements of the Performance Standards, informed by country, sector, and sponsor knowledge*⁶⁴².

Entre los *Performance Standards* recién indicados (con los que, según el PEA 2011⁶⁴³, el Proyecto debía cumplir) destacan:

- To ensure that the development process fosters full respect for the human rights, dignity, aspirations, culture, and natural resource-based livelihoods of Indigenous Peoples.

*- To ensure the Free, Prior, and Informed Consent (FPIC) of the Affected Communities of Indigenous Peoples when the circumstances described in this Performance Standard are present*⁶⁴⁴.

- Los *Environmental and Social Practices and Standards* del Banco Europeo de Inversiones (conformado por todos los Estados miembro de la Unión Europea) señalan:

17. The promoter will take the necessary measures to appropriately manage the risks and adverse impacts of the EIB (European Investment Bank) operation on vulnerable individuals and groups, including on women and girls, minorities and indigenous peoples. [...]

18. The need for such measures is particularly critical in [...] potential conflict or post-conflict zones. [...]

*24. Indigenous peoples are a specific case in terms of their history, their social and political organization, their land-dependent livelihood strategies, their rights to self-determination and the need to safeguard both their collective and individual human rights. [...] A gender-sensitive approach endeavoring to promote the rights and interests of women and girls in indigenous communities constitutes a further layer of due diligence required*⁶⁴⁵.

⁶⁴² Corporación Financiera Internacional, *Policy on Environmental and Social Sustainability*, de 1 de enero de 2012, párr. 12 (el resaltado es nuestro), R-226.

⁶⁴³ *Preliminary Economic Assessment Update Technical Report for the Molku Khota Project* del 10 de mayo de 2011, sección 18.2, pág. 113, C-14.

⁶⁴⁴ Corporación Financiera Internacional, *Performance Standards on Environmental and Social Sustainability*, de 1 de enero de 2012, pág. 47 (el resaltado es nuestro), R-227.

⁶⁴⁵ Banco Europeo de Inversiones, *Environmental and Social Handbook*, 2013, págs. 65-67 (el resaltado es nuestro), R-228.

583. Concientes de la imperiosa necesidad de adoptar políticas de protección de las Comunidades Originarias (incluido para fines de financiación), las principales compañías mineras del mundo han adoptado políticas similares a las reseñadas anteriormente⁸⁴⁶.
584. Por ejemplo, el *Consejo Internacional de Minería y Metales* (que agrupa a compañías mineras de la talla de Barrick, Bhp Billiton, Glencore, Newmont, Rio Tinto y Anglo American), así como la *Mining Association of Canada* y la *Prospectors and Developers Association of Canada*, han aprobado un *position statement* que requiere:
- *respect the rights, interests, special connections to lands and waters, and perspectives of Indigenous Peoples, where mining projects are to be located on lands traditionally owned by or under customary use of Indigenous Peoples*
 - *adopt and apply engagement and consultation processes that ensure the meaningful participation of indigenous communities in decision making, through a process that is consistent with their traditional decision-making processes and is based on good faith negotiation*⁸⁴⁷.
585. Las principales compañías mineras del mundo también cuentan con programas de Responsabilidad Social Corporativa con énfasis en la protección de los derechos de las comunidades indígenas, sus recursos y el medio ambiente⁸⁴⁸. Otras han desarrollado herramientas específicas para medir el impacto que sus actividades mineras tienen en las comunidades afectadas⁸⁴⁹.
586. Es claro, pues, (i) la importancia que todos los actores relevantes en el ámbito minero otorgan a la protección de los derechos de las comunidades indígenas, sus recursos y

⁸⁴⁶ Los Estados también han adoptado una política destinada a promover el desarrollo sostenible. Por ejemplo, los Gobiernos del Reino Unido y Estados Unidos suscribieron los *Voluntary Principles on Security and Human Rights*, los cuales buscan incentivar el desarrollo de proyectos mineros en un "framework that ensures respect for human rights and fundamental freedoms", *Voluntary Principles on Security and Human Rights*, 2000, pág.1, R-229.

⁸⁴⁷ Consejo Internacional de Minería y Metales, *Position Statement on Indigenous Peoples and Mining*, mayo de 2013, pág. 2 (el resultado es nuestro), R-230.

⁸⁴⁸ En el sitio web de BHP Billiton se señala "We acknowledge our activities have the potential to have an impact on human rights. We seek to respect the rights of our employees, individual contractors and members of our host communities and support fundamental human rights consistent with the articles set out in the United Nations (UN) Universal Declaration of Human Rights and Principles 1 and 2 of the UN Global Compact", Página web de BHP Billiton, "Indigenous communities", pág. 1, R-231. Ver, también, página web de Rio Tinto, "Sustainable Development" en *Rio Tinto 2012 Annual Report*, R-232; Página web de Vale, *2014 Sustainability Report*, R-233.

⁸⁴⁹ Este es el caso de Anglo American, empresa que desarrolló un *Socio-Economic Assessment Toolbox* (SEAT), AngloAmerican, *SEAT Toolbox – Socio-Economic Assessment Toolbox – Version 3*, 2014, R-234.

el medio ambiente y (ii) que cualquier proyecto minero debe respetar dichos derechos y recursos para ser financiado.

587. Dados los graves sucesos en este caso (anteriores a la Reversión de las Concesiones Mincras), el Proyecto no habría podido ser financiado. Existe abundante prueba de que CMMK violó los derechos de las Comunidades Originarias, así como de que el Proyecto ponía en grave riesgo los recursos y el medio ambiente del Área de Mallku Khota. En efecto:

- Bolivia ha probado que SAS y el personal de CMMK violaron los derechos de las Comunidades Originarias y sus miembros⁸⁵⁰.
- Bolivia ha probado que el Proyecto representaba una grave amenaza para las lagunas de Mallku Khota, el abastecimiento de agua y el equilibrio ambiental⁸⁵¹:
 1. Refiriéndose al impacto del Proyecto en los recursos hídricos, el CEDIB señaló en 2012 que:

*Esto consumiría un estimado de 4.800 m3/día (para tener una parámetro esta cantidad abastecería casi 74 mil personas en la ciudad del El Alto) de agua proveniente de fuentes superficiales y subterráneas afectando una de las más importantes cabeceras de cuenca de la macrocuenca amazónica*⁸⁵².

2. El PEA 2011 también reconoce dicho impacto:

*Detailed analyses and studies of current water right status, availability of water, and the potential impacts to Laguna Wara Wara and Laguna Mallku Khota (the high elevation natural lakes) will be required for subsequent planning studies*⁸⁵³.

3. Asimismo, refiriéndose al impacto ambiental del Proyecto, el informe elaborado por *Business for Social Responsibility* (empresa contratada por SASC para evaluar la percepción del Proyecto en el Área de Mallku Khota) señala:

⁸⁵⁰ Ver sección 4.2, *supra* y sección 8, *infra*.

⁸⁵¹ SASC no realizó ningún estudio ambiental en relación con el Proyecto. Como explica el Prof. Dagdelen: "I note that environmental matters, which would be expected to affect permitting and financing for the Mallku Khota Project, have not at all been considered, either in the PEA 2009 or the Updated PEA" (Dagdelen 1, párr. 98, ICEK-2).

⁸⁵² Centro de Documentación e Información Bolivia, "El Agua. Entre los conflictos mineros y las propuestas normativas", *Revista Petropress* No. 29, julio - septiembre de 2012, pág. 11 (el resultado es nuestro), R-31.

⁸⁵³ *Preliminary Economic Assessment Update Technical Report for the Mallku Khota Project* del 10 de mayo de 2011, sección 18.4.4, pág. L20 (el resultado es nuestro), C-14.

*There is also widespread concern about contamination of lagoons, springs, as well as cropland and pasture from misuse of chemicals by the company*⁸⁵⁴.

- Las afectaciones a los cerros y las lagunas aledañas al Proyecto eran especialmente graves por cuanto ambos son considerados sagrados por las Comunidades Originarias⁸⁵⁵.

588. En segundo lugar, SASC es una compañía minera *junior* que participa en un mercado altamente especulativo. Puesto que “[l]as prácticas especulativas de las mineras junior las han hecho protagonistas de grandes fraudes y escándalos financieros mundiales”⁸⁵⁶, estas compañías están sujetas a un mayor nivel de escrutinio y tienen dificultades para obtener financiación. Como reconoce Byron Capital, uno de los analistas financieros considerados por FTI con fines de valuación: “*The biggest issue that holds down the junior mining companies is that perception is that projects will not get themselves financed*”⁸⁵⁷.

589. Desde el 2012, los prospectos de financiamiento para las compañías mineras *junior* son escasos. Como explicaba PricewaterhouseCoopers (“PwC”) en 2002:

*This year's (2012) Top 100 TSXV mining companies saw a 52% decrease in debt and equity financing compared to 2011's Top 100 junior mining companies. Investors are skittish; wary of the volatile market. They aren't looking to add more risk to their portfolios. Instead, they are risk adverse and shying away from investments with a high risk-reward ratio. Unfortunately for juniors, this is their 'sweet spot'*⁸⁵⁸.

⁸⁵⁴ Business for Social Responsibility, *Social Risks and Opportunities for South American Silver Corporation's Malku Khota Project in Potosí*, mayo de 2009, pág. 9, C-154.

⁸⁵⁵ Chajmi, párr. 11, RWS-3.

⁸⁵⁶ Contestación, párr. 30.

⁸⁵⁷ Notas de la conversación entre FTI y Jon Hykawy (Byron Capital) del 6 de octubre de 2015, pág. 11 (transcripción), R-235.

⁸⁵⁸ Pricewaterhousecoopers, *Junior Mine 2012. Must survive before you can thrive*, pág. 4 (el resultado es nuestro), R-236. A la fecha, los prospectos de financiamiento para las mineras *junior* han empeorado: “*Junior miners need to take urgent action [...] The junior mining industry remains caught in the midst of an unparalleled downturn, the likes of which we haven't seen since the 1990's. The recovery simply hasn't materialized*”, Pricewaterhousecoopers, *Junior Mines 2015. Time for change*, pág. 2, R-237.

590. La falta de ganancias históricas de SASC agrava aún más su situación. Como señala una reciente publicación: “banks traditionally adopt very stringent policy towards lending to miners with no historic profit record [...]”⁸⁵⁹.
591. La propia SASC reconoce que: “[t]he Company is not in commercial production on any of its mineral properties and, accordingly, it does not generate cash from operations. The Company is dependent on raising additional financing [...] The Company’s capital resources are largely determined by the strength of the junior resource markets [...]”⁸⁶⁰.
592. Por todo lo anterior, aunque no se hubiesen revertido las Concesiones Mineras, SASC no habría podido conseguir financiamiento para desarrollar el Proyecto. Incluso si dicho financiamiento se hubiese obtenido (*quod non*), como se explica a continuación, el Proyecto no se habría podido desarrollar por la oposición social existente a que SASC continúe en la zona de Malku Khota.
- 6.2.1.4 *En cualquier caso, el Proyecto no se habría podido desarrollar por la gran oposición social*
593. El área del Norte de Potosí es especialmente sensible a la actividad minera extranjera habida cuenta de los abusos que sus habitantes sufrieron en el pasado (desde la colonia). Estos antecedentes generaron la percepción de que la actividad minera por extranjeros conlleva una *explotación sin retribución*. Como explica el economista y sociólogo Iñiguez:

La comprensión de la historia se encuentra anclada en la creencia de que las condiciones de saqueo del que ha sido objeto la región se reproducen ineludible y continuamente, lo que implica la existencia de una valoración negativa frente a ‘lo externo’, ‘lo foráneo’. [...]

El discurso de ‘explotación sin retribución’ es complementario al anterior y utilizado de manera constante y hasta ritualista en la sucesión de los movimientos regionales [...] siendo capaz de definir una identidad colectiva diferenciando el destino de Potosí y de sus habitantes con el destino de las otras regiones y especialmente las del llamado ‘gje’ central.⁸⁶¹

⁸⁵⁹ W. Lonergan y H. Chu, “Practical problems in Mining Valuations”, en *Contemporary Issues in Mining: Leading Practice in Australia*, Ed. Palgrave Macmillan, 2012, pág. 90, R-238.

⁸⁶⁰ TriMetals Mining Inc, *Management’s Discussion & Analysis*, 6 de noviembre de 2015, pág. 10 (el resaltado es nuestro), R-223.

⁸⁶¹ E. Iñiguez Araujo, *Movimientos regionales. Discurso, ideología e Identidad*, Sucre, 2007, págs. 122-124 (el resaltado es nuestro), R-239.

594. Aunque esta *rescribibilidad* existe hasta nuestros días no ha impedido que proyectos mineros respetuosos de la idiosincrasia, costumbres y tradiciones de las Comunidades Originarias se desarrollen en el Norte de Potosí. Un buen ejemplo es el proyecto minero que actualmente desarrolla Minera San Cristóbal, cuyo éxito responde, entre otros, al respeto de los derechos de las comunidades y su relacionamiento transparente con ellas⁶⁵².
595. SAS y CMMK implementaron una política de relacionamiento comunitaria deficiente, muy distinta a la adoptada por Minera San Cristóbal, violando reiteradamente los derechos indígenas y humanos de las Comunidades Originarias y buscando por diversos medios (incluso *illegales*) imponer su posición. Ante el gran rechazo social generado por SAS (respaldado por las dos organizaciones indígenas más importantes del país), es claro que – de no haber el Estado revertido las Concesiones Mineras – SAS nunca hubiese podido desarrollar el Proyecto. Por ejemplo, es obvio que el Proyecto habría sido rechazado durante la consulta previa que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional boliviano⁶⁵³ y la *Policy on Environmental & Social Sustainability* de la IFC⁶⁵⁴, debe realizarse obligatoriamente antes de que un proyecto pueda pasar a la etapa de explotación. Así lo reconoce también SAS al señalar que “*any public consultation would only be required only before starting the exploitation phase*”⁶⁵⁵.

⁶⁵² Díez de Medina, sección IV, RWS-5. Como se indica en una reconocida publicación: “*Sumit Mining International, a Denver, CO-based wholly owned subsidiary of Sumitomo Corp. of Japan has achieved some remarkable success with its Minera San Cristobal silver and zinc mine in the Nor Lipez province of Bolivia*”, *Mining Engineering, Sumit Mining International finds success in Bolivia at Minera San Cristobal*, abril de 2015, pág. 1, R-240.

⁶⁵³ Sentencia 2003/2010-R del Tribunal Constitucional de Bolivia del 25 de octubre del 2010, págs. 20-21 (“*A los dos supuestos anotados, debe añadirse un tercero, que fue establecido jurisprudencialmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam, en el que reconoció el derecho al consentimiento ‘[...] cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también de obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones, [...] Conforme a lo anotado, para implementar los proyectos de los tres supuestos antes señalados, se debe obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, lo que significa que en dichos casos los pueblos tienen la potestad de vetar el proyecto*”) (el resaltado es nuestro), RLA-34.

⁶⁵⁴ Ver sección 6.2.1.3, *supra*.

⁶⁵⁵ Réplica, párr. 253.

596. Por todo lo anterior, el Tribunal debe concluir que SAS no ha probado haber sufrido daños ciertos pues la continuidad del Proyecto hasta la explotación es excesivamente incierta.
- 6.2.2 Incluso si el Tribunal considerase que SAS sufrió daños ciertos, éstos no fueron causados por Bolivia
597. SAS no discute que la carga de probar la relación de causalidad – entre un supuesto acto ilícito y los daños – recae sobre quien reclama dichos daños⁶⁶⁶. No obstante, SAS niega que su propia conducta haya sido la causa *dominante* de sus daños.
598. En *primer lugar*, el Tribunal debe notar que – para negar compensación – la jurisprudencia no exige que la conducta del inversionista haya sido la *única* causa del daño. Como señaló el tribunal del caso *ELSI*, basta con que la conducta del inversionista haya sido “*una de las posibles causas*” de su daño para que toda compensación le sea negada⁶⁶⁷.
599. En *segundo lugar*, SAS alega que la jurisprudencia invocada por Bolivia no probarla su caso (y es distinguible del presente caso) por cuanto en ella “*arbitral tribunals observed that the claimants’ investment had already been bankrupt or near bankruptcy at the time of the investment. This is not the case of CMMK or the Malku Khota Project, which were in sound financial footing*”⁶⁶⁸.
600. La posición de SAS es incorrecta y evidencia su falta de comprensión de los casos *ELSI* y *Biwater*, citados por Bolivia. Esas decisiones confirman que si la conducta del inversionista – anterior al supuesto acto ilícito cuestionado – es la *causa dominante* de sus daños, dicho inversionista no debe ser compensado. Si bien los casos *ELSI* y *Biwater* implicaron compañías con dificultades económicas, el motivo de la decisión no son dichas dificultades en sí sino que éstas fueran *causadas* por las propias compañías afectadas. Esto fue lo determinante en la decisión de dichos tribunales para negar cualquier compensación⁶⁶⁹, y este razonamiento es plenamente aplicable al presente caso.

⁶⁶⁶ Contestación, párr. 367.

⁶⁶⁷ *Electronica Sicula SpA (ELSI) (Estados Unidos de América c. Italia)*, caso CII, sentencia del 20 de julio de 1989, párr. 101, RLA-17.

⁶⁶⁸ Réplica, párr. 375.

⁶⁶⁹ El tribunal del caso *ELSI* señaló: “*If therefore, the management of ELSI, at the material time, had no practical possibility of carrying out successfully a scheme of orderly liquidation under its own*

601. Bolivia ha demostrado que, con anterioridad a la Reversión de las Concesiones Mineras, SAS y los funcionarios de CMMK realizaron una serie de actos que deterioraron marcadamente las relaciones con las Comunidades Originarias (por ejemplo, [REDACTED] violación de los costumbres sociales y la cultura de las Comunidades Originarias, estrategia para que comunidades lejanas al área de influencia del Proyecto diluyeran la oposición de las comunidades más cercanas, etc.⁶⁷⁰).
602. En este contexto, era claro – desde antes de la Reversión – que las Comunidades Originarias no permitirían que SAS continúe con el Proyecto, y que esta situación era imputable a SAS, CMMK y su personal. La Reversión de las Concesiones Mineras fue un acto meramente *formal*. Al haber sido su propia conducta negligente la causa dominante de cualquier daño, SAS no puede reclamar compensación.
- 6.3 Si, *par impossible*, el Tribunal considerase que existe un daño resarcible, cualquier compensación debe limitarse a los costos incurridos por SAS en relación al Proyecto
603. Si, a pesar de que los daños que SAS alega haber sufrido son hipotéticos y especulativos, el Tribunal decidiese compensar a SAS (*quod non*), dicha compensación debe limitarse al reembolso de los costos incurridos por SAS en relación al Proyecto. RPA reconoce que el método de costos es utilizado en la industria minera para valorar *Mineral Resource Properties* como el Proyecto, y la jurisprudencia arbitral internacional así lo confirma (Sección 6.3.1). De la compensación basada en costos deberá deducirse el valor de la información geológica y metalúrgica que SAS tiene en su poder (Sección 6.3.2).
- 6.3.1 SAS reconoce que varios tribunales arbitrales internacionales han compensado al inversionista únicamente los costos incurridos
604. En la Contestación, Bolivia citó varias decisiones en las que – ante la inexistencia de una base sólida para predecir si un activo generaría ganancias futuras – los tribunales

management, and may indeed already have forfeited any right to do so under Italian law, it cannot be said that it was the requisition that deprived it of this faculty of control and management" (*Electronica Sicula SpA (ELSIS) (Estados Unidos de América c. Italia)*, caso CIJ, sentencia del 20 de julio de 1989, párr. 101, RLA-17). Ver, también, *Biwater Guaff (Tanzania) Limited c. Tanzania*, caso CIAD) No. ARB/05/22, laudo del 24 de julio de 2008, párrs. 788-791, RLA-142.

⁶⁷⁰ Contestación, párr. 568.

arbitrales determinaron el valor de mercado de dicho activo en base al método de costos. Por ejemplo, el tribunal del caso *Wena* señaló:

Like the Metalclad and SPP disputes, here, there is insufficiently 'solid base on which to found any profit... or for predicting growth or expansion of the investment made' by Wena. [...] Rather, the Tribunal agrees with the parties that the proper calculation of 'the market value of the investment expropriated immediately before the expropriation' is best arrived at, in this case, by reference to Wena's actual investments in the two hotels⁶⁷¹.

605. Igualmente, en el caso *Mobil v. Venezuela*, puesto que el proyecto petrolero objeto de valuación se encontraba aún en fase de desarrollo⁶⁷², el tribunal determinó que la compensación debía limitarse al reembolso de los costos incurridos en relación a dicho proyecto⁶⁷³. La doctrina es del mismo parecer al afirmar que “[p]rojects that have not been completed and their track record does not amount to several years are as a rule compensated on book value (i.e. expenditures) [...]”⁶⁷⁴.
606. SAS no rebate ninguna de las autoridades legales citadas por Bolivia⁶⁷⁵, reconociendo así que la valuación en base a costos (i) sirve para calcular el valor de mercado de un activo y (ii) es utilizada por tribunales arbitrales cuando no existe una base sólida para predecir si un activo generará ganancias futuras.
607. Puesto que, como Bolivia ha demostrado, el Proyecto se encontraba en una etapa incipiente y cualquier prospecto de desarrollo futuro es meramente especulativo⁶⁷⁶, si el Tribunal decidiese que Bolivia debe compensar a SAS (*quod non*), dicha compensación debe limitarse al reembolso de los costos incurridos por SAS en

⁶⁷¹ *Wena Hotels c. República Árabe de Egipto*, caso CIADI No. ARB/98/4, laudo del 8 de diciembre de 2000, párrs. 124-125 (el resaltado es nuestro), RLA-145.

⁶⁷² *Venezuela Holdings y otros c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB/07/27, laudo del 9 de octubre de 2014, párr. 382 (“No se disputa que, al momento de la expropiación, el Proyecto La Ceiba estaba en etapa de desarrollo, lo que excluye la aplicación del método de flujo de caja descontado con el fin de evaluar el valor de mercado de los intereses de los Demandantes de conformidad con el Artículo 6 del TBI”), RLA-105.

⁶⁷³ *Venezuela Holdings y otros c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB/07/27, laudo del 9 de octubre de 2014, párr. 385 (“[...] the market value of the Claimants’ interests in the La Ceiba Project must be established as the total of their investment in that Project, i.e., US\$ 179.3 million”), RLA-105.

⁶⁷⁴ T. W. Walde y B. Sabahi, *Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law*, *Transnational Dispute Management*, vol. 4, issue 6, 2007, pág. 23, RLA-162.

⁶⁷⁵ Contestación, sección 7.3.1.

⁶⁷⁶ Ver sección 6.2.1, *supra*; Contestación, sección 7.2.3.

relación al Proyecto (previo descuento, como explica Brattle⁶⁷⁷, del valor de la información confidencial que ha conservado SAS),

608. En su Réplica, SAS afirma que una compensación basada en los costos sería contraria a los estándares mineros aplicables al Proyecto, generaría incentivos perversos y no la compensaría adecuadamente⁶⁷⁸. Esto es incorrecto.
609. En primer lugar, la valuación basada en costos es consistente con los estándares internacionales aplicables a *Mineral Resource Properties* como el Proyecto (según admite RPA)⁶⁷⁹. La Tabla 3-2 del segundo informe pericial de RPA así lo confirma, al señalar que el método de costos es aplicable “*in some cases*” a las *Mineral Resource Properties*⁶⁸⁰:

TABLE 3-2 VALUATION APPROACHES FOR DIFFERENT TYPES OF MINERAL PROPERTIES

South American Silver Limited – Malku Khota Project

Valuation Approach	Exploration Properties	Mineral Resource Properties	Development Properties	Production Properties
Income	No	In some cases	Yes	Yes
Market	Yes	Yes	Yes	Yes
Cost	Yes	In some cases	No	No

610. En segundo lugar, no es cierto que limitar la compensación al reembolso de los costos generaría incentivos perversos para que un Estado se apropie de activos más temprano en el tiempo⁶⁸¹. Por un lado, esta afirmación teórica es ajena al presente caso, donde está probado que Bolivia se vio *forzada* a revertir las Concesiones Mineras ante los graves enfrentamientos en el área del Proyecto. Por otro lado, SAS pierde de vista que, mientras más temprano en el tiempo se tome un activo, más riesgos se corre de que el activo no tenga valor. Existe, así, un contrapeso natural al supuesto incentivo perverso al que SAS alude.

⁶⁷⁷ Brattle I, sección VIII D, RER-3; Brattle II, sección IV.E, RER-5.

⁶⁷⁸ Réplica, párrs. 421-423.

⁶⁷⁹ RPA I, pág. 3-1, CER-2.

⁶⁸⁰ RPA II, Tabla 3-2, pág. 3-6, CER-5.

⁶⁸¹ Réplica, párr. 423.

611. En tercer lugar, tampoco es cierto que una valuación basada en los costos no compensaría adecuadamente a SAS⁸⁹². Así lo demuestra el que dicho método haya sido aplicado reiteradamente en la práctica arbitral internacional: “[t]he method of calculating FMV by reference to actual investments has proved quite popular in arbitral practice”⁸⁹³. Por el contrario, en las circunstancias del presente caso, utilizar un método distinto conllevaría que SAS fuese “compensada” por daños hipotéticos y especulativos⁸⁹⁴ (es decir, por daños no probados), lo que sería contrario al Derecho. En efecto, recuérdese que (i) la mayoría de los recursos minerales del Proyecto son recursos *inferidas* cuya existencia es incierta; (ii) respecto de los demás “recursos”, no está en disputa que no constituyen “reservas minerales”, por lo que la viabilidad económica del Proyecto es incierta⁸⁹⁵; (iii) como reconoce RPA⁸⁹⁶ y los analistas financieros consultados por FTI⁸⁹⁷, el proceso hidro-metalúrgico de SASC no ha sido probado, por lo que su posible utilización en el Proyecto también es incierta; y (iv) en cualquier caso, el Proyecto no hubiese obtenido financiamiento⁸⁹⁸ ni habría podido ser desarrollado ante la oposición de las Comunidades Originarias⁸⁹⁹. El Tribunal no puede perder de vista que el *curso ordinario* de un descubrimiento minero no es llegar a producción, sino todo lo contrario. Como reconoce el experto de SAS, el señor Cooper: “[e]ven when an initial discovery of interesting mineralization has been made, less than 1 in 10,000 of those deposits makes to the mine status”⁹⁰⁰

⁸⁹² Réplica, párr. 422.

⁸⁹³ S. Ripinsky y K. Williams, *Damages in International Investment Law*, British Institute of International and Comparative Law, 2008, pág. 227, RLA-103.

⁸⁹⁴ Una deficiencia grave del análisis de FTI es asumir que aquello compensable desde una perspectiva económica debe también serlo desde una perspectiva legal. Esto no es así. Los factores considerados para tomar una decisión de inversión (especulación; riesgo) son muy distintos a aquellos aplicables a la valuación de un activo (*cartera*) (FTI II, párr. 9.16, CER-4).

⁸⁹⁵ Dagdelen I, párr. 122, RER-3. Ver, también, CIM Standing Committee on Reserve Definitions, *CIM Definition Standards - For Mineral Resources and Mineral Reserves*, pág. 6 (“*Mineral Reserves are those parts of Mineral Resources which, after the application of all mining factors, result in an estimated tonnage and grade which, in the opinion of the Qualified Person(s) making the estimates, is the basis of an economically viable project [...]*”), R-125.

⁸⁹⁶ RPA I, pág. 10-5, CER-2.

⁸⁹⁷ Notas de la conversación entre FTI y Tom Plister (Redchip) del 20 de octubre de 2015, pág. 14 (transcripción), R-322.

⁸⁹⁸ Ver sección 6.2.1.3, *supra*.

⁸⁹⁹ Ver sección 6.2.1.4, *supra*.

⁹⁰⁰ Cooper, párr. 36, CER-3.

612. Por último, a pesar de criticar la valuación en base a costos, SAS no propone ninguna alternativa mejor. La valuación de FTI sólo agrava el resarcimiento de daños hipotéticos y especulativos. Entre otros (i) FTI otorga un 50% de valor a la valuación realizada por RPA en base al método de comparables pese a que, como reconocen los propios analistas consultados por FTI⁶⁹¹, el Proyecto no tiene comparables en el mercado y (ii) FTI otorga un 25% de valor al promedio de las valuaciones realizadas por cuatro analistas que valoraron el Proyecto en base al método de flujo de fondos descontados, método que – los expertos de ambas partes están de acuerdo⁶⁹² – resulta inaplicable al presente caso.

613. En consecuencia, si el Tribunal concluyese que Bolivia debe compensar a SAS (*quod non*), dicha compensación debe limitarse al reembolso de los costos incurridos por SAS en relación al Proyecto.

6.3.2 Cálculo del valor de las Concesiones Míneras bajo el método de costos

614. Brattle ha cuantificado los costos incurridos por SAS en relación al Proyecto en US\$ 18.75 millones⁶⁹³.

615. En su cómputo de costos, Brattle no ha considerado las *G&A expenses* por cuanto ni SAS ni FTI han probado que *G&A expenses* fueron incurridos en relación al Proyecto⁶⁹⁴. Considerar este concepto en el cómputo sería arbitrario y especulativo⁶⁹⁵ y, como Bolivia ha explicado, sólo pueden compensarse los daños ciertos⁶⁹⁶.

616. En la Réplica, SAS reconoce (i) contar con información geológica y metalúrgica relacionada al Proyecto (la “Información Técnica”) y (ii) que ésta tiene valor⁶⁹⁷.

⁶⁹¹ Así lo reconocen Tom Pfister (de Redchip), Paolo Lostritto (de NBF) y Byron Capital. Ver sección 6.4.1, *infra*.

⁶⁹² RPA I, pág. 3-1, CER-2; Brattle I, párr. 41, RER-3.

⁶⁹³ Brattle I, párr. 170, RER-3.

⁶⁹⁴ Brattle II, sección IV.D, RER-5. A pesar de que el Tribunal ordenó a SAS entregar a Bolivia documentos que permitan distinguir los *G&A expenses* del Proyecto de aquellos del proyecto Escalones, SAS no entregó ninguna información. Ver, también, Orden Procesal No. 7 y Cronograma *Redfern* del 7 de julio de 2015, categoría 24.

⁶⁹⁵ Brattle II, sección IV.D, RER-5. No es razonable distribuir los *G&A expenses* en proporción a los gastos de exploración incurridos en el Proyecto y en el proyecto Escalones. Los gastos de exploración están relacionados con factores como la expectativa de éxito de un proyecto minero, lo que no guarda relación con los gastos administrativos de cada proyecto.

⁶⁹⁶ Ver sección 6.2.1, *supra*.

⁶⁹⁷ Réplica, párr. 425.

Brattle confirma que la Información Técnica tiene valor económico por cuanto “would be valuable to a company that wanted to continue the development of the Malka Khota project”⁸⁹⁸. [REDACTED]

617. Los costos incurridos para generar la Información Técnica constituyen un indicador de su valor por cuanto “[i]f the Project developer does not purchase it [la Información Técnica] from SAS, it would have to repeat the drilling and metallurgical tests to obtain the data”⁸⁹⁹. Mediante comunicación del 10 de febrero de 2016, Bolivia solicitó a SAS los documentos que detallen todos “los costos incurridos para generar la Información Técnica”⁹⁰⁰. SAS se negó a comunicar dicha información. Mediante Orden Procesal No. 12, el Tribunal indicó que SAS ya debería haber entregado todos los documentos que demuestren los costos del Proyecto (como parte de la Categoría 24 del primer Cuadro *Redfern* de Bolivia) y, por ende, que no correspondía ordenar la producción de documentos adicionales sobre el particular⁹⁰¹.
618. Puesto que SAS no entregó – como parte de la Categoría 24 del primer Cuadro *Redfern* de Bolivia – documentos que permitan identificar los costos incurridos para generar la Información Técnica, Brattle los ha calculado en base a la información disponible en los estados financieros consolidados de SAS. De acuerdo con Brattle, el valor de la Información Técnica oscila entre US\$ 6.2 millones y US\$ 12.3 millones⁹⁰².
619. El valor de la Información Técnica debe ser descontado de cualquier compensación puesto que, de lo contrario, SAS sería sobre-compensada. En efecto, además de ser compensada por la Reversión de las Concesiones Mineras (*quod non*), SAS recibiría ingresos adicionales – también relacionados a las Concesiones Mineras – por la venta de la Información Técnica.

⁸⁹⁸ Brattle I, párr. 175, RER-3.

⁸⁹⁹ [REDACTED]

⁹⁰⁰ Brattle I, párr. 177, RER-3.

⁹⁰¹ Comunicación de Bolivia a SAS del 10 de febrero de 2016.

⁹⁰² Orden Procesal No. 12 del 8 de marzo de 2016, párrs. 9-10.

⁹⁰³ Brattle II, párrs. 257-259, RER-5.

620. Por todo lo anterior, para el caso en que el Tribunal ordene a Bolivia compensar a SAS, dicha compensación debe limitarse al reembolso de costos (menos el valor de la Información Técnica), esto es, entre US\$ 6.45 millones y US\$ 12.55 millones⁹⁰⁴.
- 6.4 **Si el Tribunal considerase que el *market-based approach* es aplicable (*quod non*), deberá descartar las valuaciones de RPA y FTI**
621. FTI sustenta su valuación del Proyecto en un proceso aparentemente complejo. Dicha complejidad, no obstante, no es sinónimo de exactitud ni implica que el método empleado sea científico. Al contrario.
622. La valuación de FTI es el resultado de sumar elementos dispares con ponderaciones arbitrarias:
- FTI pondera con un 50% la valuación de RPA basada en el método de comparables. Esta valuación tiene tres etapas: (i) *primero*, RPA selecciona un grupo de propiedades mineras supuestamente “comparables”; (ii) *segundo*, RPA calcula el *Market Transaction Ratio* (MTR) de cada una de las propiedades seleccionadas, lo que consigue dividiendo (a) el precio pagado por cada propiedad entre (b) el valor *in situ* de los metales de cada propiedad (esto es, la cantidad de metales en el subsuelo por su precio al momento de la compraventa); y (iii) *tercero*, RPA selecciona de forma arbitraria un MTR y lo multiplica por el valor *in situ* de los metales supuestamente existentes en el Proyecto. Como se puede apreciar, el valor final del Proyecto depende sobre todo de la cantidad de recursos estimados, por lo que SAS tiene incentivos para exagerarlos;
 - FTI pondera con un 25% las valuaciones realizadas mediante el cálculo de flujos de fondos descontados por los analistas Byron, Red Chip, Edison y NBF; y
 - FTI pondera con un 25% las colocaciones privadas de acciones de SAS en abril y mayo de 2012.

⁹⁰⁴ Este resultado se obtiene mediante la siguiente operación aritmética: costos incurridos en relación al Proyecto (US\$ 18.75 millones) – valor de la Información Técnica (entre US\$ 6.2 millones y US\$ 12.3 millones) = compensación final (entre US\$ 6.45 millones y US\$ 12.55 millones).

623. Estas tres valoraciones se basan en la estimación de recursos contenida en el PEA 2011. En base a ellas, FTI valúa el Proyecto en US\$ 307.2 millones. Ninguna de las valoraciones en que se basa FTI es, sin embargo, confiable.
624. En primer lugar, la valoración de RPA basada en el método de comparables y el MTR es especulativa y arbitraria porque:
- No hay verdaderos comparables. Así lo reconocen los analistas financieros en que FTI sustenta su valoración: “*You look at comps, but this was a unique project [...] The project was too unique to really look at comps*”⁹⁰⁵. La ausencia de comparables elimina la posibilidad de utilizar este método para valorar el Proyecto;
 - No está en disputa que el Proyecto no cuenta con ninguna reserva mineral. Las partes concuerdan en que “[m]ineral resources that are not mineral reserves do not have economic viability”⁹⁰⁶;
 - El Proyecto sólo cuenta con recursos minerales, que están inflados en varias decenas de millones de toneladas y se componen en más de 60% por recursos minerales inferidos. Las partes concuerdan en que los recursos inferidos “*have the ‘lowest level of geological confidence*”⁹⁰⁷ y, por ende, muy probablemente no existen (“*[i]nferred resources simply may not be in the ground*”⁹⁰⁸);
 - No existe ninguna certeza de que la extracción de los recursos minerales estimados sea económicamente viable. Por ejemplo, existe gran incertidumbre respecto a si el Proceso Metalúrgico habría funcionado. Este proceso, diseñado con base en muestras siméticas de laboratorio, no tiene ningún precedente en el ámbito minero, existiendo “*many examples in the mining industry where new technology has led to economic underperformance and/or failure*”⁹⁰⁹. A pesar de esto, SAS y sus expertos

⁹⁰⁵ Notas de la conversación entre FTI y Paolo Losritto (NBF) del 29 de septiembre de 2015, pág. 9 (transcripción) (el resultado es nuestro), R-244.

⁹⁰⁶ PEA 2011, pág. 14, C-14.

⁹⁰⁷ *Gold Reserve Inc. v. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB(AF)/09/01, laudo del 22 de septiembre de 2014, párr. 780, RLA-27.

⁹⁰⁸ Brattle II, párr. 132, RER-5.

⁹⁰⁹ Taylor, párr. 40, RER-6.

asumen un 100% de probabilidad de que el Proceso Metalúrgico funcionaría;
y

- No hay ninguna garantía de que la explotación del Proyecto sea económicamente viable. No está en disputa que, sin financiamiento externo, SAS no podría construir ni mucho menos operar una mina en Mallku Khota. La financiación del Proyecto hubiese requerido el cumplimiento de los Principios del Ecuador y, por ende, el respeto de los derechos humanos y fundamentales de las Comunidades Originarias, lo que no ocurre en este caso.

625. En *segundo lugar*, la valuación de FTI basada en las valuaciones de los analistas financieros también es arbitraria y especulativa porque:

- Estos analistas valoraron el Proyecto en base al método de flujo de fondos descontados, método que los expertos en este arbitraje concuerdan no puede aplicarse al Proyecto (por la etapa incipiente en que se encuentra y su alto nivel de incertidumbre); y
- Los resultados divergentes de los analistas demuestran su nula confiabilidad. Por ejemplo, mientras que Byron valúa el Proyecto en US \$ 195.9 millones, Edison lo valúa en US \$ 922.2 millones. Este rango demuestra la arbitrariedad de sus valuaciones.

626. En *tercer lugar*, la valuación de FTI basada en las colocaciones privadas de acciones tampoco es confiable porque:

- SAS reconoce la relevancia del valor en bolsa de las acciones de SASC al ponderar con un 25% las colocaciones privadas de acciones de SASC en abril y mayo de 2012. Dichas colocaciones, no obstante, no son un indicador confiable del valor del Proyecto por cuanto ocurrieron varios meses antes de la Reversión y no reflejan la evolución *negativa* de varios indicadores relevantes de mercado; y
- El valor accionario de SASC demuestra que la valuación de FTI es exagerada e irrazonable. FTI pretende que el Proyecto valdría US\$ 307.2 millones, es decir, 530% más que el valor total de SASC calculado en base a su valor accionario. Esto es a todas luces absurdo.

627. Como reza el conocido principio de *garbage in – garbage out*: “*A model is only as good as the assumptions it uses. Faulty assumptions or bad data result in faulty*

output”⁹¹⁰. Al ser los factores en que se basa FTI incorrectos, también lo es su valoración. A lo sumo, su compensación debe limitarse al reembolso de los costos, calculados por Brattle en US \$ 18.75 millones, previo descuento del valor de la Información Técnica (sección 6.3.2 *supra*).

628. El Tribunal debe notar que la ponderación que FTI otorga a cada uno de los métodos antes indicados (50%, 25% y 25%) es totalmente arbitraria. Como explica Brattle, además de que “*FTI has not provided any evidence that a potential buyer or seller of the Project would use these methods*”, tampoco ha probado que ese mismo *potential buyer* “*would weigh them as FTI did [...] FTI did not, and cannot, provide an objective method by which to determine what weights to assign to the multiple indicators on which they rely*”⁹¹¹. FTI simplemente “*applies arbitrary weightings of 50%, 25%, and 25% to its sources of estimates to try and reconcile*” las amplias diferencias entre los valores que cada una de dichas valoraciones arroja⁹¹².
629. A continuación Bolivia explicará detalladamente por qué el cálculo de daños de FTI es altamente especulativo e incorrecto, y debe ser descartado. SAS ha eludido responder a las críticas realizadas por Bolivia y sus expertos independientes a las valoraciones de RPA (Sección 6.4.1) y FTI (Sección 6.4.2). Además, el valor accionario de SASC demuestra que el cálculo de FTI es exagerado y carece de todo fundamento (Sección 6.4.3).
- 6.4.1 SAS elude responder a las críticas a la valoración de RPA basada en supuestos proyectos “comparables”
630. En la Contestación, Bolivia demostró las falencias fundamentales en la valoración en base a comparables de RPA. Por su lado, las condiciones elementales para que pueda utilizarse este método – *property comparability* y *transaction comparability* – no se verifican en este caso. Por otro lado, Bolivia explicó que el MTR (esto es, el parámetro que RPA deriva de sus comparables para valorar el Proyecto) no es un método científico y que su aplicación por RPA en este caso es arbitraria⁹¹³.

⁹¹⁰ M. Maher, C. Stickney y R. Weil, *Managerial Accounting. An Introduction to Concepts, Methods and Uses*, Thomson South-Western, 2008, pág. 184, R-241.

⁹¹¹ Brattle II, párrs. 4 y 9, RER-5.

⁹¹² Brattle II, párr. 211, RER-5.

⁹¹³ Contestación, sección 7.4.1.

631. SAS elude responder a la demostración de Brattle sobre la falta de *transaction comparability*⁹¹⁴. El Tribunal debe considerar este silencio al rechazar este método, que FTI pondera en un 50% en su valoración. Por su parte, RPA insiste en que las propiedades seleccionadas serían comparables al Proyecto y en que el método del MTR – y su aplicación en este caso – serían razonables. A continuación se explica por qué esto es falso⁹¹⁵.

6.4.1.1 *El método de RPA no se basa en verdaderas comparables (falta de property comparability)*

632. En su primer informe pericial, Brattle demostró que existen diferencias sustanciales – en todos los criterios relevantes – entre el Proyecto y las propiedades utilizadas por RPA como supuestas “*comparables*”⁹¹⁶. Las explicaciones de RPA sobre dichas diferencias y su alegada irrelevancia no demuestran que las propiedades sean comparables.

633. *In limine*, los analistas cuyas valoraciones fueron consideradas por FTI reconocen que el Proyecto no tiene comparables en el mercado. Como demuestran las notas tomadas por FTI durante sus conversaciones con dichos analistas:

- Según Tom Pfister, de Redchip: “*This mine was unique relative to most mines [...] The geology is significantly different and the metallurgy*”⁹¹⁷;
- Según Paolo Lostritto, de NBF: “*This is a pretty unique play, hard to make comparables*”⁹¹⁸ y “*You look at comps, but this was a unique project [...] The project was too unique to really look at comps*”⁹¹⁹; y

⁹¹⁴ Brattle II, sección III.B, RER-5.

⁹¹⁵ Bolivia realizará una presentación resumida de algunas de las ideas centrales del segundo informe de Brattle sobre el método de comparables. El Tribunal deberá referirse a la sección III del segundo informe pericial de Brattle para mayores detalles.

⁹¹⁶ Brattle I, sección IV.A, RER-3.

⁹¹⁷ Notas de la conversación entre FTI y Tom Pfister (Redchip) del 18 de septiembre de 2012, pág. 2 (transcripción) (el resaltado es nuestro), R-242.

⁹¹⁸ Notas de la conversación entre FTI y Paolo Lostritto (NBF) del 18 de septiembre de 2012, pág. 3 (transcripción) (el resaltado es nuestro), R-243.

⁹¹⁹ Notas de la conversación entre FTI y Paolo Lostritto (NBF) del 29 de septiembre de 2012, pág. 9 (transcripción) (el resaltado es nuestro), R-244.

- Según un representante (no identificado) de Byron Capital: "*There weren't any available comps on size and metal values*"⁹²⁰.

634. El Proyecto y las propiedades utilizadas por RPA como supuestos "comparables" tienen diferencias en todos los criterios relevantes:

Ubicación geográfica. La ubicación geográfica es relevante por cuanto "[i]t affects costs, climate conditions and operating seasons, infrastructure and workforce availability, tax burden, and social and political risks"⁹²¹. RPA no niega estas diferencias⁹²². Asimismo, en su análisis RPA no considera que, a diferencia del Proyecto, ninguna de las propiedades "comparables" se encuentra ubicada en zonas con oposición indígena, lo que las hace mucho menos riesgosas que el Proyecto⁹²³. En su primer informe, Brattle también demostró que Bolívar está ubicada muy por debajo – en términos de *investment attractiveness* – de todos los países donde se ubican las propiedades consideradas como "comparables" por RPA⁹²⁴.

- *Mineralogía.* En su primer informe, Brattle explicó que (i) el Proyecto tiene rastros de indio y galio, que no se encuentran en ninguna de las propiedades supuestamente "comparables" y (ii) el Proyecto no tiene oro, presente en la mitad de las propiedades "comparables"⁹²⁵. RPA responde que la existencia de oro sería irrelevante por cuanto "[g]old is generally low as a component of the in situ dollar content of the comparable properties, ranging from zero to 31%"⁹²⁶. Sin embargo, un 31% es casi un tercio del valor, algo que no es irrelevante. En cualquier caso, la presencia de oro incrementa considerablemente el valor de un depósito mineral por cuanto (i) el oro vale mucho más que los demás metales (incluida la plata), y (ii) el oro puede extraerse como un derivado de la plata (es decir, sin incurrir en sobrecostos). Como explica Brattle, "*Gold in silver concentrate can be recovered*

⁹²⁰ Notas de la conversación entre FTI y Byron Capital del 24 de septiembre de 2012, pág. 6 (transcripción) (el resaltado es nuestro), R-245.

⁹²¹ Brattle II, párr. 109, RER-5.

⁹²² *Id.*, párr. 111.

⁹²³ *Id.*, párr. 110 ("*None of the properties that RPA used in its analysis had known community opposition to the same extent as Maliku Khota*").

⁹²⁴ Brattle I, párr. 68, RER-3. La única excepción la constituye Guatemala.

⁹²⁵ Brattle I, sección IV.A.2, RER-3.

⁹²⁶ RPA II, pág. 6-13, CER-5.

*with little or no additional processing costs and its value is over 50 times as much as silver [...]*⁹²⁷. En este contexto, el Proyecto (que carece de oro) no resulta *comparable* con propiedades mineras que tienen dicho metal precioso hasta en un 31%.

- **Estado de desarrollo.** En su primer informe, Brattle demostró que el Proyecto y las propiedades "*comparables*" tienen muy distintos niveles de desarrollo⁹²⁸ por cuanto (i) sólo 1 de las propiedades "*comparables*" cuenta con un PEA (todas las demás se encuentran en etapas distintas) y (ii) mientras que los recursos minerales del Proyecto se encuentran clasificados en *inferidos, indicados y medidos*, 6 de las propiedades "*comparables*" sólo cuentan con estimaciones históricas de recursos (que no reflejan dichas categorías)⁹²⁹. En cuanto a lo primero, RPA señala que "*the size of the Mineral Resource is a more important consideration in property acquisition agreements than the stage of exploration or development*"⁹³⁰. Esta respuesta no es válida porque, como explica Brattle "*[m]ineral properties in more advanced development stages have higher perceived odds of becoming producing mines and hence have higher values*"⁹³¹. En cuanto a lo segundo, RPA señala que las estimaciones históricas de recursos fueron revisadas por una *Qualified Person* y, por ende, no podría dudarse de su exactitud⁹³². Esta respuesta tampoco es válida. Las normas CIMVAL sólo permiten utilizar estimaciones históricas de recursos con fines de valuación cuando el valuador clasifique dichos recursos en *inferidos, indicados o medidos*, lo que la *Qualified Person* de RPA no ha hecho⁹³³.
- **Tamaño del depósito mineral.** El Proyecto y las propiedades seleccionadas por RPA tampoco resultan comparables en base al tamaño de sus depósitos minerales. El análisis de RPA a este respecto es arbitrario y no sigue ningún criterio razonable. Por una parte, para determinar el tamaño del depósito mineral del Proyecto, RPA suma y trata por igual – a pesar de su diferente grado de

⁹²⁷ Brattle I, párr. 63, RER-3.

⁹²⁸ Minas Chanca 1 y 2, Rosario 1 y 2, Dios Padre y Chucara.

⁹²⁹ Brattle I, párr. 73, RER-3.

⁹³⁰ RPA II, pág. 6-15, CER-5.

⁹³¹ Brattle I, párr. 68, RER-3.

⁹³² RPA II, pág. 6-16, CER-5.

⁹³³ Brattle II, párrs. 125-127, RER-5.

cartografía geológica – los recursos minerales *inferidos, indicados y medidos* reportados en el PEA 2011. Por otra parte, para las propiedades “*comparables*”, RPA considera depósitos minerales conformados *exclusivamente* por recursos históricos⁹³⁴. Este proceder es incorrecto. Los recursos minerales *inferidos* no deben considerarse por cuanto su nivel de certeza geológica es muy bajo. Hacerlo supone inflar el tamaño de un depósito mineral artificialmente. Como explica Brattle, la práctica es considerar únicamente los recursos indicados y medidos con fines de comparación⁹³⁵. Tampoco pueden considerarse depósitos minerales constituidos *exclusivamente* por recursos históricos, por cuanto su existencia también es incierta. Al ignorar estas reglas, RPA está comparando depósitos minerales cuyo tamaño es probablemente muy distinto al estimado (y, por ende, que no son *realmente* comparables).

- *Proceso Metalúrgico*. Como explicamos en la sección 6.2.1.2 precedente, el Proceso Metalúrgico no tiene precedentes en la industria minera y su operatividad es extremadamente compleja. Esto tiene un impacto fundamental en cualquier pretendido valor del Proyecto, por cuanto puede conllevar su fracaso o, en todo caso, altos sobrecostos que lo hagan inviable⁹³⁶. RPA no considera de modo alguno este factor en su análisis de comparabilidad, siendo razonable pensar – puesto que es la regla general – que las propiedades “*comparables*” se basan en procesos metalúrgicos *convencionales*. SAS no alega lo contrario. Esta es una razón adicional para considerar que el Proyecto y las propiedades seleccionadas por RPA no son comparables⁹³⁷.

635. La dificultad de encontrar comparables *reales* (confirmada por ambas Partes en el presente caso) explica por qué los tribunales arbitrales suelen rechazar utilizar el método de comparables. Como señala el reciente laudo del caso *Khan c. Mongolia*:

Overall, the Tribunal agrees with the Respondents' observations that the comparables chosen represent 'companies whose sites are based in different countries, under varying climatic, geographical and regulatory conditions to those experienced by Khan.' This is one of the key reasons why arbitral

⁹³⁴ *Id.*, párrs. 123-125.

⁹³⁵ Brattle I, párr. 77, RER-3.

⁹³⁶ Taylor, sección 4, RER-6.

⁹³⁷ Como explica el Prof. Taylor, el proceso metalúrgico tiene un impacto fundamental en la rentabilidad de cualquier proyecto minero (Taylor, sección 3.2, RER-6).

*tribunals are often reluctant to rely on a comparables analysis as the sole or primary method of valuation*⁹³⁸.

6.4.1.2 *El método del MTR no es un método científico, produce resultados contradictorios y su aplicación en este caso es arbitraria*

636. Brattle ya ha demostrado ampliamente que el MTR (el parámetro fundamental que utiliza RPA para llegar a un “valor comparable”) es un método científico y que su aplicación es arbitraria en el presente caso. Las “explicaciones” de RPA en su segundo informe pericial no responden a las críticas de Brattle. Por ello, nos remitimos a los comentarios de Brattle sobre el particular⁹³⁹.

637. Aquí nos limitaremos a demostrar, a través de dos ejemplos, las contradicciones inherentes al método del MTR. Como Bolivia explicó en la Contestación, RPA calcula el MTR de una propiedad minera dividiendo (i) el precio pagado por la propiedad minera entre (ii) el valor *in situ* de los metales que contiene la propiedad minera (esto es, la cantidad de metales en el subsuelo por su precio al momento de la compraventa)⁹⁴⁰.

638. Entre las propiedades “comparables” utilizadas por RPA se encuentran (i) el proyecto Minas Chanca en Perú (propiedades idénticas) y (ii) la mina Rosario en México. Cada una de estas minas fue objeto de dos transacciones que RPA analiza como “comparables” independientes en sus cálculos (Minas Chanca 1 y 2, y Rosario 1 y 2). Pues bien, si el MTR fuese un método razonable, el MTR de la primera venta (Minas Chanca 1 y de Rosario 1) debería predecir el precio de la segunda venta (Minas Chanca 2 y Rosario 2). Para ello, sólo deberían realizarse ajustes por el cambio en el precio de los metales entre la fecha de cada transacción. Puesto que estas ventas ocurrieron en la realidad, los datos son reales y permitan comprobar la falta de fiabilidad del MTR. En efecto, los resultados son muy distintos a los esperados por RPA (y demuestran la insuficiencia del MTR)⁹⁴¹:

- El MTR de Minas Chanca 1 es de 1.53%. Minas Chanca 2 transó dos años después. Tomando como base el MTR de Minas Chanca 1, realizados los ajustes

⁹³⁸ *Khan Resources Inc, Khan Resources B.V., CAUC Holding Company Ltd., c. El Gobierno de Mongolia, MonAtom LLC*, caso CPA No. 2011-09, laudo del 2 de marzo de 2015, párr. 399 (el resaltado es nuestro), RLA-193.

⁹³⁹ Brattle II, secciones III.C y III.D, RER-5.

⁹⁴⁰ Contestación, párr. 596.

⁹⁴¹ Brattle II, párr. 161, RER-5.

correspondientes por el cambio en el precio de los metales, el precio de Minas Chanca 2 debería haber sido de US\$ 3,9 millones según el MTR. No obstante, el valor de transacción real fue casi tres veces superior (US\$ 10.2 millones); y

El MTR de Rosario 1 es 1,27%. Rosario 2 transó dos años después. Luego de realizar los ajustes correspondientes, el MTR de Rosario 1 predice un valor de transacción 25% superior al valor real de transacción de Rosario 2.

639. Como se puede apreciar, el método MTR no es fiable (ni siquiera para estimar el precio de un proyecto que ya fue vendido una vez) y lleva a sobrevalorar o infravalorar los supuestos “comparables”. Además, este método no se utiliza en la práctica. Como señala Brattle: *“The MTR method has not been peer reviewed in a refereed publication and has never been tested for accuracy. It is not taught as a valuation tool at the Colorado School of Mines or any other institution that we are aware of, and is not mentioned by CIMVal as a valid valuation method”*⁹⁴². El Prof. Dugdalen lo confirma: *“I have not seen the MTR approach proposed by RPA used in practice”*⁹⁴³.

640. Por la inexistencia de verdaderos comparables y la imposibilidad de confiar en los resultados del método MTR, el Tribunal debe rechazar la valuación en base a comparables de RPA.

6.4.2 SAS elude las deficiencias de la valuación de FTI

641. Además del método de comparables (que FTI pondera en un 50%), FTI utiliza las valuaciones de los analistas financieros Edison, Byron, Redchip y NBF (que pondera en un 25%) y las colocaciones privadas de acciones de SASC de abril y mayo de 2012 (que también pondera en un 25%) en su valuación del Proyecto.

642. *In limine*, al otorgar un 50% de valor a la valuación de RPA en base a “comparables”, FTI cae en una latente contradicción con la posición que ha adoptado en otro arbitraje internacional (en curso) en el que también actúa como experto de la parte demandante. Como indica Brattle, a cuya explicación detallada nos remitimos: *“In its valuation analysis in that [other] matter, FTI stated that it attempted to use the comparable transactions approach but could not because it could not identify any suitable transaction that met FTI’s selection criteria. Had FTI applied the same selection*

⁹⁴² Brattle I, párr. 97, RER-3.

⁹⁴³ Dugdalen II, párr. 81, RER-4.

*criteria in this case, it would have excluded all fourteen transactions on which RPA relied*⁹⁴⁴.

643. Las valuaciones de los analistas no son confiables por cuanto éstos no son independientes, sus valuaciones emplean métodos que no son aplicables en este caso y, en cualquier caso, se encuentran plagadas de errores (Sección 6.4.2.1). La valuación sustentada en las dos colocaciones privadas de acciones de SASC tampoco puede ser utilizada por cuanto no es una valuación a la fecha del hecho supuestamente ilícito y desconoce la evolución de indicadores de mercado relevantes (Sección 6.4.2.2).
- 6.4.2.1 *Como reconoce FTI, los analistas emplean métodos que no son aplicables en este caso, no son independientes y se encuentran plagadas de errores*
644. FTI reconoce expresamente que el método de flujo de fondos descontados (“FFD”) no puede utilizarse para valorar el Proyecto⁹⁴⁵. Sin embargo, FTI otorga un 25% de valor a la valuación realizada por cuatro analistas financieros en base al método de FFD⁹⁴⁶.
645. Para justificar el uso de los informes de analistas, FTI señala que (i) dichos informes tendrían un alto valor informativo en el mercado y (ii) los analistas estarían legitimados para utilizar el método de FFD por cuanto su rol *“is very different from our role as experts in arbitration proceedings as we are tasked with assisting the Tribunal in its deliberations regarding the quantum of damages”*⁹⁴⁷.
646. Incluso asumiendo que los informes de los analistas tengan un rol informativo, la respuesta de FTI hace evidente que aquellos no pueden considerarse con fines de valuación. Como señala Brattle: *“FTI’s statements are an acknowledgement that analysts’ valuations do not meet the standards required by international arbitration*

⁹⁴⁴ Brattle II, párr. 196, RER-5.

⁹⁴⁵ FTI II, párr. 6.38 (*“we had determined that an income approach would generally not be applicable as a primary valuation approach for the purposes of determining the Claimant’s damages”*), CER-4.

⁹⁴⁶ FTI II, párr. 6.23, CER-4.

⁹⁴⁷ *Id.*, párr. 6.40.

*tribunals for damages expert testimony. If that is what FTI believes, then FTI should have placed no weight on them*⁹⁴⁸. Lo mismo debería hacer este Tribunal.

647. Más allá de esta fundamental contradicción en que incurre FTI, existen al menos cuatro razones por las que las valuaciones de los analistas no deben ser consideradas en este caso⁹⁴⁹.

648. En primer lugar, porque el propio mercado no las consideró fiables. Así lo demuestra la gran diferencia entre el valor que los analistas atribuyen a las acciones de SASC y el valor al que dichas acciones transaban en la bolsa. El valor de las acciones estimado por los analistas es, en promedio, 621% superior al valor en bolsa de las acciones de SASC. Como explica Brattle:

*During the approximately six months period between the first analyst report date and FTI's Valuation Date, analysts put forward target prices between C\$2.75 and C\$9.41 based on DCF models, while investors bought and sold the same asset in the stock market at substantially lower prices, ranging between C\$0.99 and C\$1.92 per share. The discrepancy between analysts and the market reveals that the analysts' models overstate the market value of SASC's shares*⁹⁵⁰.

649. FTI sugiere que dicha discrepancia se explicaría porque 45% de los accionistas de SASC son inversionistas no especializados (*retail investors*) que actuarían de forma poco racional en el mercado bursátil. La evidencia desmiente esta especulación. Como explica Brattle: *"evidence suggests that the lack of a price alignment to analysts' views of SASC's share value is due to the informed trading of institutional investors, rather than the potentially unsophisticated trading of retail investors"*⁹⁵¹. Por lo demás, incluso si lo señalado por FTI fuese cierto, FTI no explica por qué las colocaciones privadas de acciones de SASC (realizadas en abril y mayo de 2012 por inversionistas institucionales⁹⁵²) se hicieron con un descuento de 72% en relación al valor estimado por los analistas.

650. En segundo lugar, los analistas financieros no eran *independientes* de SASC. Por ejemplo, SASC era cliente de Edison al tiempo de emitir su reporte de valuación.

⁹⁴⁸ Brattle II, párr. 207, RER-5.

⁹⁴⁹ El Tribunal debe remitirse a la sección IV.B del segundo informe de Brattle para mayores detalles.

⁹⁵⁰ Brattle II, párr. 201 (el resaltado es nuestro), RER-5.

⁹⁵¹ *Id.*, párr. 203.

⁹⁵² FTI I, párr. 9.44, CER-1.

Redchip prestó a SASC servicios de relacionamiento con inversionistas en el 2010 y 2011, y también fue titular de *warrants* (activos cuyo valor sube con el valor de las acciones de SASC⁶⁵³). FTI lo reconoce⁶⁵⁴. Estos conflictos de interés afectan el trabajo imparcial de los analistas financieros. Como explica Brattle: “*there is evidence that analysts who are subject to conflicts of interest of the kind present here are associated, on average, with biased recommendations*”⁶⁵⁵.

651. En tercer lugar, pese a saber que los analistas no eran independientes, FTI no validó sus modelos económicos. FTI sostiene que no debía hacerlo por cuanto (i) los analistas tendrían incentivos para ser imparciales; (ii) tienen el deber ético de serlo; y, en cualquier caso (iii) existirían mecanismos internos en la industria para limitar el impacto de los conflictos de interés⁶⁵⁶. Sin embargo, esta explicación teórica no se ajusta a la realidad. Comentando un reciente estudio sobre cómo afectan los conflictos de intereses las recomendaciones de los analistas, Brattle explica que:

*The analysts whose price targets were reflected in this study operated in the kind of environment described by FTI and the Cooper Report: subject to ethical codes, restrictions on compensation and improper communications, conflict disclosure rules, and reputation concerns. Yet, their valuations were more optimistic in the presence of conflicts of interest. This is why it is reasonable to apply heightened scrutiny to valuations prepared by analysts who are not independent from the company they value*⁶⁵⁷.

652. Por lo demás, si, como sugiere FTI, el 45% de los accionistas de SASC son *retail investors* que actúan de forma irracional, eso no explica por qué el otro 55% (inversionistas *especializados*), con pleno conocimiento de los informes de analistas, no confió en dichos informes (de haber confiado en ellos, habría comprado acciones y elevado el precio en bolsa).
653. En cuarto lugar, además de los errores identificados por Brattle⁶⁵⁸, los analistas evaluaron incorrectamente y/u omitieron considerar diversos riesgos importantes:

⁶⁵³ Brattle I, párrs. 134-135, RER-3.

⁶⁵⁴ FTI II, párr. 6.27, CER-4.

⁶⁵⁵ Brattle II, párr. 218, RER-5.

⁶⁵⁶ *Id.*, párr. 217.

⁶⁵⁷ *Id.*, párr. 220.

⁶⁵⁸ *Id.*, sección IV.B.4.

- Los analistas evaluaron incorrectamente el riesgo país de Bolivia. Como señalan las notas tomadas por FTI en su reunión con Tom Pfister, de Redchip: “(l)ooking back he didn’t evaluate the political environment correctly”⁹⁵⁹ y “[a]nalysts can typically be overly optimistic”⁹⁶⁰;
- Los analistas dieron por sentado que el Proceso Metalúrgico funcionaría. No obstante, como explica el Prof. Taylor, no existe ninguna garantía de ello (y, más bien, la experiencia sugiere lo contrario); y
- Los analistas tampoco consideraron el riesgo derivado de la existencia de Comunidades Originarias en el área del Proyecto y, por ende, de que éste no obtuviese la necesaria *licencia social para operar*.

654. Por todo lo anterior, el Tribunal no debe otorgar ningún valor a las valuaciones realizadas por los analistas financieros que utiliza FTI.

6.4.2.2 *La valuación basada en las colocaciones privadas de acciones en abril y mayo de 2012 desconoce la evolución posterior de indicadores de mercado relevantes*

655. Valuar el Proyecto en base a las colocaciones privadas de acciones de SASC en abril y mayo de 2012, sin ningún ajuste, tampoco resulta adecuado. Ello se explica por cuanto diversos indicadores de mercado evolucionaron *negativamente* entre la fecha de dichas colocaciones y la Fecha de Valuación en julio de 2012. Como explica Bratle:

*The silver spot price fell by 13%, the TSX market index fell by 5%, and an index of the publicly traded companies that FTI deemed comparable to SASC fell by 23%. SASC’s stock price fell by 39%*⁹⁶¹.

656. Producto de la caída de dichos indicadores de mercado, el valor accionario de SASC a la Fecha de Valuación es necesariamente inferior, algo que FTI ha decidido ignorar⁹⁶². En consecuencia, utilizar los valores derivados de las colocaciones privadas de acciones en abril y mayo de 2012 sobrevalúa el Proyecto.

⁹⁵⁹ Notas de la conversación entre FTI y Tom Pfister (Redchip) del 20 de octubre de 2015, pág. 2 (transcripción), R-222.

⁹⁶⁰ *Id.*, pág. 15.

⁹⁶¹ Bratle I, párr. 151, RER-3.

⁹⁶² Bratle II, párr. 237, RER-5.

657. Por lo anterior, el Tribunal debe descartar la valuación del Proyecto basada en las colocaciones privadas de acciones de SASC.
- 6.4.3 El valor accionario de SASC demuestra que los cálculos de FTI son exagerados y carecen de todo fundamento
658. Además de no ser confiable por las razones ya expresadas, el carácter infundado de la valuación de FTI es evidente al comparar el valor que FTI asigna al Proyecto (US\$ 307.2 millones) con el valor que el mercado asigna —a través de la cotización en bolsa de las acciones de SASC— al Proyecto. En efecto, de acuerdo con la valuación de FTI, el Proyecto valdría 530% más que SASC entera (que, además del Proyecto, contaba con otro activo en Chile). Esto es absurdo.
659. El valor en bolsa de las acciones de SASC permite calcular el valor total de dicha empresa y, por consiguiente, de sus activos, incluido el Proyecto (Sección 6.4.3.1). Estas cifras hacen evidente que la valuación de FTI es exagerada e irrazonable (Sección 6.4.3.2).
- 6.4.3.1 El valor en bolsa de las acciones de SASC permite calcular el valor total de dicha empresa y, por consiguiente, de sus activos, incluido el Proyecto
660. Son principios básicos de Economía que (i) el valor de una empresa (*enterprise value*) (“EV”) es igual al valor de sus activos productivos y (ii) el EV se obtiene descontando del valor del capital (*equity*) las deudas y efectivo disponible⁹⁶³. Puesto que SASC no tenía ninguna deuda a la Fecha de Valuación, su *EV = capital -- efectivo disponible*.
661. Toda vez que SASC cotiza en la bolsa de valores de Toronto (TSX), el valor de mercado de su capital se refleja en el valor de mercado de sus acciones, como se explica en mayor detalle en la sección siguiente. Si el valor del 1% de las acciones de SASC equivale a US\$ 1, bastaría multiplicar US\$ 1 x 100 para obtener el valor del 100% de las acciones de SASC. Descontado el efectivo disponible de ese valor de capital, se obtendría el EV de SASC (que, como señalamos antes, equivale al valor de sus activos productivos).
662. Puesto que los únicos activos de SASC son dos proyectos mineros, para obtener el valor del Proyecto bastaría descontar del EV de SASC el valor de su otro proyecto en Chile, Escanones. Este último valor puede calcularse a partir del EV de SASC

⁹⁶³ *Id.*, párrs. 20-21.

remanente después de la Reversión de las Concesiones Mineras⁹⁶⁴. Puesto que el EV de SASC al 1 de agosto de 2012 equivalía a US\$ 13.5 millones, el valor del proyecto Escalones oscilaría entre US\$ 0, como mínimo, y US\$ 13.5 millones, como máximo⁹⁶⁵.

6.4.3.2 *El valor del Proyecto, calculado en base al valor accionario de SASC, demuestra que la valuación de FTI es exagerada e irrazonable*

663. El valor accionario de SASC refleja toda la información pública disponible (que incluye los informes de analistas financieros, los valores de transacción de propiedades mineras comparables, etc.) y refleja todos los riesgos relevantes de sus activos. Como explica Bratle:

The buyers and sellers of SASC's shares had reasonable information available through the public disclosures made by the Company pursuant to Canadian securities regulations, as well as through analyses published by research analysts. SASC's shareholders included large investors with experience in the mining industry and the resources to analyse the available information effectively. As a result, share prices reflect all relevant publicly available information, including Project-specific technical data, local community developments, and transactions in other silver mining properties⁹⁶⁶.

664. SAS reconoce que el valor accionario de una empresa que cotiza en la bolsa de valores es indicativo de su valor de mercado⁹⁶⁷, y la doctrina y jurisprudencia internacionales así lo confirman⁹⁶⁸.

⁹⁶⁴ En este momento, el EV de SASC se obtiene de sumar (i) el valor del proyecto Escalones y (ii) el valor de cualquier potencial reclamo de SASC contra Bolivia por la Reversión de las Concesiones Mineras.

⁹⁶⁵ Bratle II, párr. 31, RER-5.

⁹⁶⁶ *Id.*, párr. 25.

⁹⁶⁷ FTI otorga un 25% de valor a las colocaciones privadas de acciones de SASC ocurridas en abril y mayo de 2012. *Ver* Bratle II, párrs. 34-35, RER-5.

⁹⁶⁸ En cuanto a la doctrina, puede consultarse N. Blackaby, C. Partasides y otros, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, "Chapter 8. Arbitration under Investment Treaties", Oxford University Press, Sexta Edición, 2015, págs. 441-500, párr. 8.151, RLA-232 y B. Sabahi, *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration, Principles and Practice*, Oxford University Press, 2011, pág. 112, RLA-269. En cuanto a la jurisprudencia, puede consultarse *Khan Resources Inc. v. Khan Resources B.V., CAUC Holding Company Ltd. v. El Gobierno de Mongolia, MonAtom LLC*, caso CPA No. 2011-09, leído sobre méritos del 2 de marzo de 2015, párrs. 400-401, RLA-193 y *CMS Gas Transmission Co v. República de Argentina*, caso CIADI No. ARB/01/8, leído del 12 de mayo de 2005, párr. 403, CLA-5.

665. A la Fecha de Valuación Bolivia, el valor del Proyecto y de SASC – calculado en base al valor accionario de esta última – se muestra en el cuadro siguiente⁷⁶⁹:

		High End	Low End	Based on FTI Escalones Estimate
Assumed Value of Escalones	[1]	0.0	13.5	7.3
SASC Enterprise Value as of July 9, 2012	[2]	48.7	48.7	48.7
Malku Khota FMV as of July 9, 2012	[3]	48.7	35.2	41.4

Sources and Notes:

[1]: Table 1 and CER-1: First FTI Report, p. 62.

[2]: Table 1.

[3]: [2] - [1].

666. Como se aprecia, a la Fecha de Valuación Bolivia (i) el valor de SASC en la bolsa de valores era US\$ 48.7 millones y (ii) el valor del Proyecto oscilaría entre US\$ 35.2 y US\$ 48.7 millones (dependiendo del valor que se le asigne al proyecto Escalones). Si se considera el valor que FTI atribuye a Escalones, entonces el Proyecto tendría un valor máximo de US\$ 41.4 millones. Como explica Brattle, no existe razón para pensar que el valor accionario de SASC no refleja adecuadamente su EV y, por ende, el valor de sus activos⁷⁷⁰.
667. No obstante lo anterior, FTI pretende que el Proyecto valdría US\$ 307.2 millones. Así, según FTI, el Proyecto valdría 530% más que el valor total de SASC calculado – a la Fecha de Valuación Bolivia – en base a su valor accionario. La valuación de FTI es, a todas luces, exagerada y debe ser descartada.
- 6.5 **La valuación del Proyecto debe realizarse en la Fecha de Valuación Bolivia y sin considerar hechos posteriores**
668. Si el Tribunal decidiese que Bolivia debe compensar a SAS (*quod non*), deberá utilizar como fecha de valuación el 9 de julio de 2012 (Fecha de Valuación Bolivia). Esta fecha es consistente con las comunicaciones públicas de SAS así como con el dicho de los propios funcionarios de SAS (Sección 6.5.1). En cualquier caso, SAS ha renunciado a reclamar por cualquier mayor valor del Proyecto luego de la Fecha de Valuación Bolivia (Sección 6.5.2).

⁷⁶⁹ Brattle II, Tabla 2, RER-3.

⁷⁷⁰ *Id.*, sección IID.

6.5.1 El Proyecto debe valuarse a la Fecha de Valuación Bolivia

669. Bolivia ya demostró que la fecha de valuación que debe utilizarse es, como muy pronto, el 9 de julio de 2012 (Fecha de Valuación Bolivia), por cuanto fue recién el día siguiente – como reconoce SAS – que se publicó el anuncio de reversión de las Concesiones Mineras, la que sería efectiva el 1 de agosto de 2012 mediante el Decreto de Reversión⁹⁷¹.

670. En su Réplica, a pesar de no responder a ninguno de los argumentos de Bolivia sobre por qué debe utilizarse la Fecha de Valuación Bolivia, SAS insiste en que debe realizarse la valuación al 6 de julio de 2012 (la “Fecha de Valuación FTI”) por ser “the business day immediately preceding signature of the Memorandum of Agreement”⁹⁷² de fecha 7 de julio de 2012. Según SAS, el Acta de Entendimiento habría marcado “the beginning of the expropriation process”⁹⁷³.

671. SAS convenientemente “olvida” mencionar que, en una comunicación al mercado del 9 de julio de 2012, explicó que el Acta de Entendimiento *no impactó de modo alguno* el Proyecto y que SASC seguía trabajando con el Gobierno boliviano y las Comunidades Originarias para desarrollar el Proyecto. Concretamente, el 9 de julio de 2012, SAS publicó que:

*At this time there has been no change in the status of the project concession. The Company is continuing to work with the government at all levels and with the local communities to agree on an approach to development that is inclusive of all communities in the project area and allows development of the Maikú Khota project to its fullest potential*⁹⁷⁴.

672. [REDACTED]

⁹⁷¹ Contestación, párr. 639.

⁹⁷² Réplica, párr. 385.

⁹⁷³ *Id.*

⁹⁷⁴ Comunicado de prensa de SASC, *Two employees freed, South American Silver in discussion with Bolivian government and indigenous authorities* del 9 de julio de 2012, R-128.

⁹⁷⁵ [REDACTED]

673. En este contexto, es evidente que el Acta de Entendimiento no puede haber marcado “the beginning of the expropriation process” y que una valuación con fecha 6 de julio de 2012 no es aceptable. Amparar la posición de SAS supondría aceptar que la expropiación se produjo con el Acta de Entendimiento y, por lo tanto, que la comunicación de SASC del 9 de julio de 2012 violó el artículo 126.2 (1) de la *Ontario Securities Act*, según el cual:

A person or Company shall not make a statement that the person or company knows or reasonably ought to know,

(a) in a material respect and at the time and in the light of the circumstances under which it is made, is misleading or untrue [...] and

(b) would reasonably be expected to have a significant effect on the market price or value of a security⁹⁷⁶.

674. En atención a lo anterior, y puesto que SAS no niega que recién el 10 de julio de 2012 se hizo público el anuncio de nacionalización, conforme al artículo 5(1) del Tratado, el día anterior (9 de julio) debe utilizarse como fecha de valuación del Proyecto⁹⁷⁷.

6.5.2 SAS ha renunciado a reclamar por cualquier mayor valor que el Proyecto pudiese tener con posterioridad a la Fecha de Valuación Bolivia

675. SAS señaló en su Demanda que “[n]otwithstanding its selection of a valuation date as of the date of expropriation, Claimant reserves the right to claim for any increase in the loss in fair market value of the investment resulting from subsequent events⁹⁷⁸. FTI hizo una anotación similar en su primer informe⁹⁷⁹.

⁹⁷⁶ *Ontario Securities Act*, art. 126.2(1) (el resaltado es nuestro), RLA-370.

⁹⁷⁷ SAS cuestiona el que Brattle “does not provide its own view of the appropriate valuation date to apply in this case” (Réplica, nota al pie 800). Hay aquí una nueva contradicción de SAS con sus propios actos. En efecto, más allá del carácter infundado de la crítica (la fecha de valuación es una cuestión de carácter eminentemente legal), SAS instruyó a su experto económico FTI a utilizar el 6 de julio de 2012 como fecha de valuación (FTI I, párr. 8.41, CER-1).

⁹⁷⁸ Demanda, nota al pie 392.

⁹⁷⁹ FTI I, párr. 8.42, CER-1.

676. En la Contestación, Bolivia explicó por qué la valuación del Proyecto no puede considerar hechos posteriores a la Fecha de Valuación Bolivia⁶⁸⁰. Si bien Bolivia se refirió a una valuación cercana a la fecha del laudo, los mismos argumentos demuestran que no se pueden considerar *fechas y/o hechos posteriores* a la Fecha de Valuación Bolivia.
677. En su Réplica, SAS califica de *inútil* la explicación de Bolivia, señalando que *"Bolivia deserves five additional pages of its Counter Memorial to arguing against using the date of the award as the valuation date in this case. Bolivia's exposé serves no purpose other than to portray the approximations and inconsistencies underlying Bolivia's submission"*⁶⁸¹. Por lo tanto, SAS admite que no es necesario debatir en este caso sobre una valuación con fecha posterior a la supuesta expropiación.
678. Ante este cambio de posición, el Tribunal deberá considerar que SAS ha renunciado a reclamar por el mayor valor que el Proyecto pudiese tener (lo que no ha sido alegado ni demostrado) entre la Fecha de Valuación Bolivia y el laudo.
679. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal debe notar que SAS no ha respondido a ninguno de los argumentos de Bolivia sobre por qué la valuación del Proyecto no debe considerar *fechas y/o hechos posteriores* a la Fecha de Valuación Bolivia⁶⁸².
- 6.6 El Tribunal debe rechazar cualquier compensación por otras supuestas violaciones del Tratado**
680. SAS no ha probado por qué, en casos distintos a la expropiación, la compensación debería calcularse en base al estándar del Valor Justo de Mercado ("VJM") (Sección 6.6.1). En cualquier caso, SAS no ha probado haber sufrido daños por las demás alegadas violaciones del Tratado (Sección 6.6.2).
- 6.6.1 SAS sigue sin probar por qué debería utilizarse el estándar del Valor Justo de Mercado en supuestos distintos al artículo 5(1) del Tratado**
681. Como Bolivia explicó en la Contestación⁶⁸³ y SAS reconoció en su Réplica⁶⁸⁴, el artículo 5(1) del Tratado establece que – en casos de expropiación – la compensación

⁶⁸⁰ Contestación, sección 7.5.3.

⁶⁸¹ Réplica, párr. 386.

⁶⁸² Contestación, sección 7.5.3.

⁶⁸³ *Id.*, sección 7.6.1.

⁶⁸⁴ Réplica, párr. 366.

debe calcularse en base al Valor Justo de Mercado ("VJM") del activo expropiado⁹⁸⁵. El Tratado no dispone la aplicación del VJM para otros casos. Por ello, y toda vez que los reclamos aquí analizados atañen que no se ha configurado una expropiación⁹⁸⁶, no corresponde utilizar el estándar del VJM.

682. Para intentar superar esta barrera legal, SAS afirma que algunos tribunales han compensado en base al VJM cuando las medidas no expropiatorias cuestionadas conllevaron la *pérdida de la inversión*⁹⁸⁷. Este argumento no es conveniente. Por una parte, si las partes del Tratado hubiesen querido que el VJM se aplicase a situaciones donde no existe expropiación, así lo habrían acordado. No lo hicieron. Aplicar dicho estándar a casos distintos de la expropiación conllevaría, por consiguiente, ignorar la voluntad de las partes. Por otra parte, la jurisprudencia que invoca SAS no respalda su posición. Por ejemplo, en el caso *Gold Reserve*, si bien el tribunal aplicó el VJM a la violación del estándar de Trato Justo y Equitativo, no lo hizo por la *pérdida de la inversión* sino porque las partes así lo acordaron. De hecho, demostrando su incomodidad con el acuerdo de las partes, el tribunal hizo la salvedad de que "*other solutions could have been adopted*"⁹⁸⁸.
683. SAS pretende *distinguir* la jurisprudencia que invoca Bolivia (donde no se compensó en base al VJM) alegando que, en dichos casos, las medidas no expropiatorias cuestionadas no conllevaron la *pérdida de la inversión*⁹⁸⁹. Nuevamente, esto no es exacto. Por ejemplo, en el caso *Feldman*, a pesar de concluir que la no devolución de los impuestos que gravan la exportación de cigarrillos hacia el negocio insostenible económicamente, el tribunal no aplicó el estándar de VJM⁹⁹⁰.

⁹⁸⁵ Tratado, art. 5(1), C-1.

⁹⁸⁶ Demanda, párr. 194 ("*In the unlikely event the Tribunal should determine that Bolivia did not expropriate South American Silver's investments, either lawfully or unlawfully [...]*").

⁹⁸⁷ Réplica, párr. 372.

⁹⁸⁸ *Gold Reserve Inc. v. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB(AF)/09/01, laudo del 22 de septiembre de 2014, párr. 674, RLA-27.

⁹⁸⁹ Réplica, párr. 373.

⁹⁹⁰ *Martin Roy Feldman Karpa v. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, laudo del 16 de diciembre de 2002, párr. 188 ("*Para llegar a la conclusión de que el Demandado ha violado sus obligaciones respecto del Demandante de conformidad con el Artículo 1102, la mayoría observa que la exportación de cigarrillos del Demandante, y de otros revendedores en situación similar, puede ser económicamente insostenible, si las devoluciones del IEPS no están disponibles*") (el resaltado es nuestro), RLA-150. Ver, también, párr. 194.

684. Por lo anterior, el Tribunal debe concluir que, en casos distintos a los contemplados en el artículo 3(1) del Tratado, la compensación no puede calcularse en base al VJM.
- 6.6.2 SAS sigue sin probar haber sufrido daños producto de las otras medidas cuestionadas
685. En la Contestación, Bolivia demostró que SAS no “*identifica cuáles serían los daños derivador de cada una de las violaciones del Tratado que alega*”⁹⁹¹. Esta situación persiste hasta la fecha. En efecto, SAS no ha probado cuáles serían los daños derivados de:
- La supuesta decisión del Ministro de Minería de no militarizar la zona alrededor del Proyecto (que, según SAS, constituiría una violación del estándar de plena protección y seguridad)⁹⁹²;
 - La decisión de delimitar como área de inmovilización los alrededores del Proyecto (que, según SAS, constituiría una medida irrazonable y/o discriminatoria)⁹⁹³; y
 - La supuesta solicitud de Bolivia para tener una participación en el Proyecto (que, según SAS, constituiría una medida irrazonable y/o discriminatoria)⁹⁹⁴.
686. Ante la falta de pruebas, SAS se limita a equiparar los efectos de las medidas cuestionadas (que califica como *no expropiatorias*) con aquellos de la Reversión de las Concesiones Mineras (que califica como una medida *expropiatoria*)⁹⁹⁵. FTI sigue esta línea al presentar una única valoración del Proyecto⁹⁹⁶. Esto es incorrecto. Si, como señala la propia SAS, ella recibió “*lost its investment at the time when Bolivia*

⁹⁹¹ Contestación, párr. 684.

⁹⁹² Réplica, párrs. 338-339.

⁹⁹³ *Id.*, párr. 345.

⁹⁹⁴ *Id.*, párr. 344.

⁹⁹⁵ *Id.*, párr. 370.

⁹⁹⁶ FTI I, sección 2, CER-1; FTI II, sección 3, CER-4.

*nationalized the Malku Khota Concessions*⁹⁹⁷, los daños supuestamente sufridos en un escenario no expropiatorio no pueden ser los mismos⁹⁹⁸.

687. No habiendo SAS probado los daños supuestamente sufridos por los otros incumplimientos del Tratado alegados, el Tribunal debe negarle cualquier compensación por violaciones distintas del artículo 5(1) del Tratado. Como señaló el tribunal del caso *Feldman*, sólo se pueden compensar “*las pérdidas o los daños en los que realmente se ha incurrido*”⁹⁹⁹.

7. INTERESES

688. SAS no otorga ninguna justificación para aplicar una tasa de interés *legal*, debiendo aplicarse una tasa de interés *comercial* (Sección 7.1). Los criterios utilizados por SAS para calcular la tasa de interés comercial son errados (Sección 7.2), debiendo ésta calcularse en base a la emisión de bonos soberanos de Bolivia realizada en octubre de 2012 (Sección 7.3). Puesto que la legislación boliviana prohíbe la capitalización de intereses, el interés debe ser simple (Sección 7.4).

7.1 La tasa de interés comercial debe preferirse respecto de la tasa de interés legal

689. El Artículo 5(1) del Tratado dispone que cualquier compensación bajo este artículo “*shall include interest at a normal commercial or legal rate, whichever is applicable in the territory of the expropriating Contracting Party*”¹⁰⁰⁰. En la Contestación, Bolivia explicó que debe preferirse una tasa de interés comercial porque (i) la tasa de interés legal tiene carácter *supletorio*, y en cualquier financiamiento al que hubiesen recurrido SAS y/o Bolivia se habría fijado una tasa de interés específica para este caso, y (ii) la tasa de interés legal es una tasa máxima, por lo que aplicaría en este caso sobre-compensarla a SAS¹⁰⁰¹.
690. SAS no ha respondido a ninguno de los argumentos de Bolivia y FTI se limita a señalar que “*we have been instructed that an interest rate [interés legal] of 6.0% per*

⁹⁹⁷ Réplica, párr. 376.

⁹⁹⁸ Demanda, párrs. 194-195.

⁹⁹⁹ *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, laudo del 16 de diciembre de 2002, párr. 194, RLA-150.

¹⁰⁰⁰ Tratado, art. 5(1), C-1.

¹⁰⁰¹ Contestación, sección 8.1.

*annum is the minimum rate that the Claimant is entitled to*¹⁰⁰². Ante la evidente falta de argumentos de SAS y FTI para aplicar una tasa legal, el Tribunal debe aplicar una tasa de interés comercial.

7.2 Los criterios utilizados por FTI para calcular la tasa de interés comercial son erróneos

691. En su primer informe, FTI calculó la tasa de interés comercial utilizando una tasa libre de riesgo ("risk free rate") y agregándole un margen ("risk premium")¹⁰⁰³. Puesto que sus cálculos arrojaron tasas inferiores al 6%¹⁰⁰⁴, FTI fue instruida a utilizar una tasa superior: la tasa de interés legal (equivalente al 6%).

692. En su segundo informe, tomando como base las tasas para préstamos comerciales publicadas por el Banco Central de Bolivia¹⁰⁰⁵, FTI calcula una tasa *alternativa* de interés comercial que oscilaría entre 6.5% y 7%¹⁰⁰⁶.

693. El análisis de FTI carece de toda credibilidad por cuanto refleja un cambio radical de la forma como FTI *realmente* cree que debe calcularse la tasa de interés comercial (reflejada en su primer informe pericial y consistente con el esquema propuesto por Brattle). Si FTI considerase que las tasas publicadas por el Banco Central de Bolivia realmente reflejan tasas de interés *comercial*, sin duda las habría considerado en su primer informe. No lo hizo. FTI realiza este cálculo *alternativo* por instrucción legal y para hacer *creer* que la tasa de interés legal del 6% sería razonable.

694. En cualquier caso, como explica Brattle:

*We note that interest rates fixed by central banks are not necessarily commercial rates (meaning they are not determined by market transactions in financial instruments) and can reflect objectives on monetary policy unrelated to this case*¹⁰⁰⁷.

695. El Tribunal debe tomar en cuenta que ni FTI ni SAS han respondido a ninguna de las críticas realizadas por Bolivia y Brattle al cálculo *original* de FTI de la tasa de interés

¹⁰⁰² FTI II, párr. 10.15, CER-4. FTI hizo lo mismo en su primer informe pericial, FTI I, párr. 12.8, CER-1.

¹⁰⁰³ FTI I, párr. 12.7, CER-1.

¹⁰⁰⁴ *Id.*, párrs. 12.7-12.8.

¹⁰⁰⁵ FTI II, párrs. 10.5-10.6, CER-4.

¹⁰⁰⁶ *Id.*, párr. 10.7.

¹⁰⁰⁷ Brattle II, párr. 262, RER-5.

comercial¹⁰⁰⁸. Ante esta ausencia de respuesta, el Tribunal debe descartar todas las tasas de interés comercial calculadas por SAS.

7.3 La tasa comercial debe calcularse tomando como referencia la emisión de bonos soberanos efectuada por Bolivia en octubre de 2012

696. FTI no explica por qué la tasa de interés *comercial* no debe calcularse tomando como referencia la emisión de bonos soberanos de Bolivia en octubre del 2012. De hecho, FTI parece considerar que la referencia a los bonos es adecuada pero no puede considerarlos al haber sido *“instructed that an interest rate of 6.0% per annum is the minimum rate that the Claimant is entitled to”*¹⁰⁰⁹.

697. SAS tampoco rebate la jurisprudencia aportada por Bolivia, la cual prueba (i) que varios tribunales arbitrales han calculado la tasa de interés comercial en base a emisiones de bonos soberanos y (ii) que la tasa así obtenida es incluso superior a aquellas comúnmente aplicadas por los tribunales arbitrales (en base a la tasa LIBOR)¹⁰¹⁰. Así lo confirma la muy reciente decisión del tribunal *Tenaris*, que fija la tasa de interés en base al *borrowing rate* de Venezuela¹⁰¹¹.

698. Por lo anterior, el Tribunal debe calcular la tasa de interés comercial en base a la emisión de bonos soberanos a 10 años realizada por Bolivia en octubre de 2012¹⁰¹². Al 11 de marzo de 2016, Brattle calcula dicha tasa de interés comercial en 10.5%¹⁰¹³.

7.4 La tasa de interés debe ser simple

699. SAS no cuestiona las autoridades legales que demuestran que diversos tribunales arbitrales han aplicado un interés simple cuando la legislación doméstica (del país receptor de la inversión) prohíbe la capitalización de intereses, como sucede en Bolivia¹⁰¹⁴. Por su parte, FTI se limita a señalar que *“[w]e have been instructed that*

¹⁰⁰⁸ Brattle I, sección IX C, RER-3. La única excepción es lo señalado por FTI respecto de la utilización de la tasa *annual* del tesoro americano como tasa libre de riesgo.

¹⁰⁰⁹ FTI II, párr. 10.15, CER-4.

¹⁰¹⁰ Contestación, sección 8.3.

¹⁰¹¹ *Tenaris S.A. y Taita-Trading E Marketing Sociedade Unipessoal LDA c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB/11/26, laudo del 29 de enero de 2016, párr. 587, RLA-271.

¹⁰¹² Contestación, párr. 710.

¹⁰¹³ Brattle II, párr. 261, RER-5.

¹⁰¹⁴ Contestación, párrs. 720-721.

*the Bolivian Civil Code's prohibition against compounding interest does not apply to these proceedings*¹⁰¹⁵.

700. SAS sustenta la aplicación de intereses compuestos en la decisión *Rurelec*¹⁰¹⁶. Si bien dicho Tribunal dejó de lado la prohibición del Código Civil boliviano de la capitalización de intereses, dicha decisión – además de no ser vinculante para este Tribunal – es claramente errada. En efecto, la referencia en el Tratado al interés “*applicable in the territory of the expropriating Contracting Party*”¹⁰¹⁷ supone que debe aplicarse el interés vigente en Bolivia así como las reglas que regulan dicho interés (entre las que se encuentra la prohibición de capitalizar intereses, recogida en el artículo 412 del Código Civil boliviano). La tasa de interés se fija y aplica en un contexto normativo que no puede ser dejado de lado. De lo contrario, se corre el riesgo de desintegrar un sistema ordenado y coherente, y producir efectos indeseados.
701. En cualquier caso, y sin perjuicio de la prohibición expresa que existe en Bolivia para la capitalización de intereses, laudos recientes reconocen que “*the general view in international law is in favour of simple and not compound interest*”¹⁰¹⁸. Así lo confirma que un tribunal presidido por el Prof. William Park haya muy recientemente otorgado intereses simples¹⁰¹⁹. Esto es también consistente con los Artículos sobre Responsabilidad del Estado, según los cuales “[t]he general view of courts and tribunals has been against the award of compound interest [...]”¹⁰²⁰.
702. Por todo lo anterior, el Tribunal debe aplicar una tasa de interés simple

¹⁰¹⁵ FTJ II, párr. 10, 10, CER-4.

¹⁰¹⁶ *Guoracachi America, Inc., y Rurelec PLC c. El Estado Plurinacional de Bolivia*, caso CNUDMI No. 2011-17, laudo del 31 de enero de 2014, CLA-I.

¹⁰¹⁷ Tratado, art. 5(1), C-1.

¹⁰¹⁸ *Mr. Frank Charles Arif c. República de Moldova*, caso CIADI No. ARB/11/23, laudo del 6 de abril de 2013, párr. 617, RLA-272.

¹⁰¹⁹ *Antoine Abon Lihoud y otros c. República Democrática del Congo*, caso CIADI No. ARB/10/4, laudo del 7 de febrero de 2014, párr. 633, RLA-273.

¹⁰²⁰ Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, con comentarios*, 2001, pág. 108, RLA-159.

8. CUALQUIER COMPENSACIÓN DEBE SER REDUCIDA SIGNIFICATIVAMENTE PARA REFLEJAR LA CONTRIBUCIÓN DE SAS A SUS PROPIOS DAÑOS

703. En la Contestación, Bolivia mencionó varias decisiones arbitrales que redujeron la compensación por la culpa compartida de la víctima¹⁰²¹. SAS no ha cuestionado ninguna de dichas decisiones, reconociendo así el poder del Tribunal para reducir cualquier compensación a SAS (*quod non*) en razón de su culpa.
704. Ahora bien, SAS rechaza haber contribuido a la generación de su daño. SAS invoca el caso *Abeugon c. México*, señalando que – al igual que en dicha disputa – en la presente (i) ninguna norma impone sobre SAS la obligación de implementar un plan de relaciones comunitarias y, en cualquier caso, (ii) Bolivia nunca se quejó del plan de relaciones comunitarias de SAS¹⁰²². Por ello, según SAS, no puede afirmarse que haya tenido culpa en los hechos que llevaron a la Reversión.
705. *In limine*, es inaudito que – a estas alturas y luego de todo lo sucedido – SAS alegue que no tenía el deber de implementar un programa de relaciones comunitarias. Esto demuestra la poca importancia que para SAS tuvieron y tienen las relaciones comunitarias (al igual que los enfrentamientos, secuestros y la vida sacrificada en el Área de Malku Khota). Así lo confirma el que SAS sólo haya invertido US\$ 770,000 en relaciones comunitarias, que equivale al 4.11% de los gastos totales del Proyecto¹⁰²³. Esto contrasta con la diligencia de otras empresas mineras, como es el caso de la CMSC, que consideraba “*los temas sociales igual de importantes que los resultados de las exploraciones*”¹⁰²⁴ e invirtió hasta US\$ 2 millones hasta lograr la aprobación de la comunidad más cercana¹⁰²⁵.
706. Sin perjuicio de lo anterior, la posición de SAS es incorrecta por, al menos, tres razones.

¹⁰²¹ Contestación, párrs. 734-735.

¹⁰²² Réplica, párrs. 379-380.

¹⁰²³ Los montos totales invertidos en el Proyecto ascienden a US\$ 18.7 millones (Brante I, págs. 75-77, RER-3). Si se tomasen como base de cálculo los US\$ 31.6 millones que SAS alega haber invertido en el Proyecto (FTI II, párr. 94, CER-4), el porcentaje de inversiones en relaciones comunitarias sería de 2.43%.

¹⁰²⁴ Mamani, párr. 7, RWS-6.

¹⁰²⁵ Mamani, párr. 24, RWS-6.

707. En primer lugar, SAS intenta confundir al Tribunal sobre qué es relevante para efectos de la culpa compartida en este caso. Esta no gira *solamente* en torno al deber de implementar un adecuado plan de relaciones comunitarias sino también (y especialmente) al deber de respetar los derechos humanos y fundamentales de los miembros de las Comunidades Originarias. No está en duda que SAS tenía dicho deber¹⁰²⁶, que lo incumplió y que su accionar obligó al Estado a revertir las Concesiones Mineras para pacificar la zona.

708. En efecto, como Bolivia ha probado, SAS y el personal de CMMK:

- [REDACTED]
- Violaron los derechos a la autodeterminación y al autogobierno de las Comunidades Originarias, creando una organización falsa (el COTOA-6A) que contrató y a cuyos miembros dio empleo y pagos, así como proveyó asistencia legal para denunciar penalmente a los comunarios que se oponían al Proyecto¹⁰²⁷;
- Asistieron a la ceremonia *Tantaohawi* – cuyo acceso es prohibido a los extranjeros – portando indumentaria sagrada, lo que viola los derechos de las Comunidades Originarias¹⁰²⁸;

¹⁰²⁶ Ver sección 2, *supra*.

¹⁰²⁷ Chajmi, párr. 18, RWS-3; Voto resolutorio de la Comunidad de Maliku Khota del 26 de febrero de 2016, R-158.

¹⁰²⁸ Contestación, párrs. 312 y siguientes; [REDACTED]

¹⁰²⁹ Contestación, párrs. 318 y siguientes; [REDACTED]

¹⁰³⁰ [REDACTED]

¹⁰³¹ [REDACTED]

[REDACTED]

- Provocaron enfrentamientos entre las Comunidades Originarias¹⁰³³.

709. En *segundo lugar*, los hechos del caso *Abengoa* que invoca SAS son muy distintos de los hechos del presente caso. En *Abengoa*, la discusión se centró sobre “*las obligaciones de los inversionistas respecto de la comunicación social*”¹⁰³⁴ y el Tribunal basó su decisión (de no reducir la compensación por culpa compartida) en que “[e]xistía por tanto un cierto nivel de incertidumbre en cuanto a las modalidades de cumplimiento” de dichas obligaciones¹⁰³⁵.

710. En el presente caso, el tema en discusión es fundamentalmente distinto. Por un lado, Bolivia no imputa a SAS el incumplimiento de un deber de comunicación social sino la violación de los derechos humanos y fundamentales de los miembros de las Comunidades Originarias así como la creación de conflictos entre Comunidades Originarias para doblegar a los opositores del Proyecto. Por otro lado, porque no existe duda de que SAS y el personal de CMMK violaron dichos derechos y provocaron y fomentaron conflictos¹⁰³⁶.

711. Otro de los elementos que justificó la decisión del tribunal *Abengoa* fue la pasividad del Estado demandado¹⁰³⁷. En el presente caso, por el contrario, Bolivia tuvo siempre una actitud activa y trató de mediar con (y entre) las Comunidades Originarias. Bolivia intentó mediar para solucionar los conflictos¹⁰³⁸, al punto que el Gobernador Gonzales puso su propia vida en riesgo¹⁰³⁹.

¹⁰³³ [REDACTED]

¹⁰³⁴ [REDACTED]

¹⁰³⁵ *Abengoa S.A. y Cofides S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI ARB(AF)/09/2, laudo del 18 de abril de 2013, párr. 663, CLA-162.

¹⁰³⁶ *Id.*

¹⁰³⁷ Ver sección 2, *supra*; Contestación, sección 3 [REDACTED]

¹⁰³⁸ *Abengoa S.A. y Cofides S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI ARB(AF)/09/2, laudo del 18 de abril de 2013, párrs. 667-668, CLA-162.

¹⁰³⁹ Contestación, sección 3.4.

¹⁰⁴⁰ Nota de prensa, *Polemia por Mallka Khota deja 10 heridos y 12 desaparecidos*, del 19 de mayo de 2012, R-80; Contestación, párr. 157.

712. En tercer lugar, SAS también violó otras normas bolivianas que justifican la reducción de la compensación. Por ejemplo (i) SAS excedió el ámbito de las actividades permitidas por su licencia minera, lo que conllevó que ésta fuese revocada¹⁰⁴⁰ y (ii) [REDACTED]
- [REDACTED] Además de contrarias al ordenamiento jurídico boliviano, estas acciones agravaron las tensiones en el área del Proyecto e hicieron necesaria la Reversión para proteger el derecho a la vida e integridad física de los comunarios.
713. Por estas razones, cualquier daño sufrido por SAS responde a su culpa exclusiva y, por ende, no existe nexo causal que requiera que Bolivia pague compensación alguna a SAS. *Ex abundante cautela*, si el Tribunal ordenase a Bolivia compensar a SAS en razón de la Reversión (*quod non*), dicha compensación deberá ser reducida en, al menos, un 75%.

¹⁰⁴⁰ Memorandum de Teresa B. Paredes a Wilfredo B. Alfaro, Informe Licencia Ambiental 'Proyecto de Exploración Malku Khota' del 7 de mayo de 2012, pág. 2 ("A consecuencia de la modificación o ampliación de la actividad inicial del proyecto de EXPLORACIÓN MINERA MALKU KHOTA, la licencia (DRNMA-CD-3506), otorgada en fecha de 3 de septiembre del 2006, queda sin efecto de acuerdo al artículo 64 del Reglamento General de Gestión Ambiental, por lo que actualmente la actividad de exploración se encuentra sin licencia ambiental") (resaltado del texto original), C-53.

¹⁰⁴¹ [REDACTED]

9. PETITORIO

714. Por todo lo anterior, y reservándose el derecho a desarrollar y expandir su presentación más adelante en vista de las ulteriores presentaciones orales de SAS en la audiencia, Bolivia solicita respetuosamente al Tribunal que:

9.1 En cuanto a la jurisdicción y admisibilidad

715. Declare:

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

716. Ordene:

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

9.2 En cuanto a fondo

717. Si, *por imposible*, el Tribunal Arbitral decide que tiene jurisdicción y los reclamos son admisibles, declare:

- a. que Bolivia ha actuado de conformidad con el Tratado y el derecho internacional al declarar la Reversión;
- b. que Bolivia ha actuado de conformidad con su obligación de otorgar un trato justo y equitativo a la inversión;
- c. que Bolivia ha actuado de conformidad con su obligación de no adoptar medidas arbitrarias y discriminatorias que obstaculicen el uso y disfrute de la inversión;

- d. que Bolivia ha actuado de conformidad con su obligación de no proveer un trato menos favorable a las inversiones de SAS que a las de sus propios inversionistas; y
- e. que, en cualquier caso, SAS ha contribuido a la producción del daño que reclama y fije dicha contribución en, al menos, un 75%, reduciéndose en esa medida la compensación que eventualmente pueda fijar el Tribunal Arbitral; y

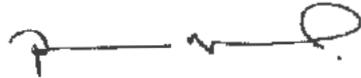
718. Ordene:

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

Presentado respetuosamente en nombre del Estado Plurinacional de Bolivia



Dra. Carmela Llorens Barrientos
Subprocuradora de Defensa y Representación Legal del Estado
PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA



Dra. Angélica Rocha Forero
Directora General de Defensa
PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA



DECHERT (PARIS) LLP

