

CASO CPA N° 2013-15

**EN EL ASUNTO DE
UN ARBITRAJE EN VIRTUD DEL REGLAMENTO DE
LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL**

**SOUTH AMERICAN SILVER LIMITED
DEMANDANTE**

C.

**EL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA
DEMANDADO**

**MEMORIAL DE DÚPLICA DEL DEMANDANTE A LAS OBJECIONES A LA JURISDICCIÓN Y ADMISIBILIDAD DEL
DEMANDADO**

2 de mayo de 2016

KING & SPALDING LLP

Henry G. Burnett

Roberto J. Aguirre-Luzi

Cedric Soule

Fernando Rodríguez-Cortina

Eldy Roché

En representación del Demandante South American Silver Limited

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	1
II.	ANTECEDENTES DE HECHO	4
A.	BOLIVIA INTENTA SUSTENTAR LAS ALEGACIONES DE ACTUAR ILÍCITO DE CMMK CON EL TESTIMONIO IMPROCEDENTE DEL [REDACTED] [REDACTED]	4
1.	[REDACTED]	4
B.	CMMK NO INTENTÓ DIVIDIR A LAS COMUNIDADES. CMMK BUSCABA EL CONSENSO POR LO QUE DIVIDIR A LAS COMUNIDADES NO TENDRÍA SENTIDO.....	10
C.	LA ESTRATEGIA SOBRE RELACIONES COMUNITARIAS DE SOUTH AMERICAN SILVER ERA LEGÍTIMA	15
1.	El objetivo de expandir el Área de Influencia era unir las comunidades..	15
2.	La COTOA-6A se formó por las comunidades que apoyaban a la Compañía y fue reconocida por el Gobierno boliviano	16
3.	CMMK contrató a un experto en relaciones con los medios, no “pagó” a periodistas	21
D.	LAS ALEGACIONES DE BOLIVIA EN CUANTO A QUE CMMK HABRÍA ACTUADO ILÍCITAMENTE NO TIENEN FUNDAMENTO.....	24
E.	CMMK NO PROMOVIO LA VIOLENCIA ENTRE LAS COMUNIDADES ORIGINARIAS	25
1.	No existe evidencia de que el secuestro de Saúl Seque haya sido auto-inducido.....	25
2.	La violencia en Acasio fue el resultado de la falta de control por parte del Gobierno sobre los mineros ilegales y los opositores al Proyecto violentos	27
3.	El secuestro de los señores Cárdenas and Fernández ocurrió debido a la incapacidad de Bolivia de proteger el Proyecto y a sus ciudadanos.....	34
4.	La Compañía no tenía un “Plan A” y un “Plan B.” El plan real era “agregar [] valor accionario en Malku Khota mediante un proceso de ingeniería de refinación” y la expansión del Proyecto.....	35
III.	EL TRIBUNAL TIENE JURISDICCIÓN SOBRE LOS RECLAMOS DEL DEMANDANTE	38
A.	EL TRATADO PROTEGE A LOS DUEÑOS DIRECTOS E INDIRECTOS DE LAS INVERSIONES QUE CALIFICAN	39
1.	El significado ordinario de los términos “inversión de la primera” y el contexto, objeto y propósito del Tratado indican que el Artículo 8(1) se aplica igualmente a los dueños directos e indirectos de las inversiones que califican.....	39

2.	No hay necesidad de recurrir a medios de interpretación complementarios, pero aun si la hubiera, las “circunstancias” invocadas por Bolivia están fuera de lugar	42
B.	EL TRIBUNAL DEBE DESESTIMAR LOS REQUISITOS JURISDICCIONALES EN LOS QUE BOLIVIA SE BASA, PERO QUE NO ESTÁN INCLUIDOS EN EL TRATADO.....	44
1.	El Tratado sólo exige que un demandante sea propietario, directo o indirecto, de la inversión que es el objeto de la controversia	45
2.	La petición por parte de Bolivia de que el Tribunal levante el velo corporativo es infructuosa.....	51
IV.	LOS RECLAMOS DE BOLIVIA RESPECTO A ‘ <i>UNCLEAN HANDS</i> ’ E ILEGALIDAD SON JURÍDICAMENTE DEFECTUOSOS Y FÁCTICAMENTE INCORRECTOS....	54
A.	EL DERECHO INTERNACIONAL NO RECONOCE LA DOCTRINA DE “ <i>CLEAN HANDS</i> ” Y LOS ESFUERZOS DE BOLIVIA DE DEMOSTRAR LO CONTRARIO SON INEFECTIVOS.....	55
1.	Aun asumiendo que la doctrina de <i>clean hands</i> existe en el derecho internacional, Bolivia no satisface los criterios para la aplicación de la misma.....	68
B.	LA INVOCACIÓN POR PARTE DE BOLIVIA DE LA DOCTRINA DE LEGALIDAD ES INFRUCTUOSA DEBIDO A QUE NINGUNA DE LAS SUPUESTAS CONDUCTAS ILEGALES GUARDA RELACIÓN CON LA ADMISIÓN DE LA INVERSIÓN DE SOUTH AMERICAN SILVER Y NO SE PRODUJERON DURANTE LA REALIZACIÓN DE LA INVERSIÓN	71
C.	LAS ALEGACIONES DE HECHO DE BOLIVIA RESPECTO A LAS SUPUESTAS ‘MANOS SUCIAS’ DE SOUTH AMERICAN SILVER SON ERRÓNEAS	77
V.	PETITUM	85

El Demandante, South American Silver Limited (“South American Silver” o, junto con su predecesor, empresas matrices y filial, la “Compañía”) por el presente acto presenta su Dúplica sobre Jurisdicción en el presente arbitraje en contra del Estado Plurinacional de Bolivia (el “Demandado”, “Bolivia”, el “Gobierno” o el “Estado”) conforme al Artículo 8 del Convenio entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República de Bolivia sobre el fomento y la protección de inversiones de capital, extendido a Bermudas el 9 de diciembre de 1992 (el “TBI Reino Unido-Bolivia” o el “Tratado”).

I. INTRODUCCIÓN

1. Las objeciones jurisdiccionales y de admisibilidad de Bolivia continúan sin tener fundamento, tanto ahora como antes del último escrito de Bolivia. Por ello las mismas deben ser desestimadas ya que el Tribunal claramente tiene jurisdicción sobre los reclamos de South American Silver.

2. En un esfuerzo por trastocar el Tratado y encontrar en el mismo requisitos que simplemente no existen, Bolivia ignora la definición amplia de “inversión” que comprende “toda clase de bienes capaces de producir rentas” sin mayor calificación respecto a la identidad del “inversionista”. Así, el Tratado claramente cubre tanto a los inversionistas directos como a los indirectos. El Demandado procede a reiterar argumentos pasados, incluso a la luz de la abundante jurisprudencia en su contra, incluyendo *Rurelec v. Bolivia*, para argumentar que la sección relativa a la resolución de controversias del Tratado, Artículo 8(1), cubre sólo las inversiones directas al establecer que “[l]as diferencias entre un nacional o una sociedad de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante concernientes a una obligación de la última conforme a este Convenio y en relación con una *inversión de la primera*,” pueden ser sometidas a arbitraje internacional. Pero *Rurelec* es claro en sostener que el Artículo 8(1) no restringe las protecciones del Tratado sólo a las inversiones directas. De por sí, el Tratado claramente protege la propiedad indirecta de South American Silver sobre CMMK y el Proyecto Malku Khota, Ya que South American Silver cumple con la definición del Tratado de “nacional” o “sociedad”, también cumple con la definición de “inversión” de conformidad con el Artículo 1(a).

3. Frente al hecho de que el Tratado se aplica tanto a inversiones directas como indirectas y que South American Silver es una sociedad protegida que es dueña de inversiones que califican como tales, Bolivia argumenta que aun así la jurisdicción debería ser denegada

porque South American Silver no “participaba activamente” en la realización de la inversión en CMMK, e insta por el levantamiento del velo societario para demostrar que el Demandante no es la verdadera parte interesada. El intento de Bolivia de imponer a South American Silver requisitos jurisdiccionales adicionales no contemplados en el Tratado busca dar la vuelta a jurisprudencia consistente que se extiende por más de una década, y debe ser rechazado. El Tratado no contiene requerimiento alguno en cuanto a que, para que se considere que un inversionista tiene una inversión protegida, un propietario indirecto de la misma debe haber participado activamente en la realización de la inversión. Más aún, según se señala más adelante, los casos en los cuales Bolivia se basa son inapropiados e irrelevantes para este caso, y su referencia a la prueba *Salini* (“*Salini test*”) como aplicable a este caso, que no es un caso CIADI, es inapropiada. Al afirmar que el Tribunal debería levantar el velo societario porque la matriz de South American Silver, South American Silver Corp., es la verdadera parte interesada, Bolivia busca insertar en el Tratado un requerimiento de control inmediato y activo. Simplemente no existe un requisito que establezca que el Tribunal deba considerar la nacionalidad del dueño final del Demandante al decidir sobre las objeciones a la jurisdicción, y no existe fundamento alguno en los hechos de este caso para levantar el velo societario.

4. Al no poder progresar con sus argumentos de inversión directa – versus – indirecta y sobre la verdadera parte interesada, Bolivia recurre a los argumentos de “*unclean hands*” e ilegalidad, que son igualmente erróneos. Bolivia busca introducir evidencia adicional en respaldo de su argumento de que la doctrina de “*clean hands*” se aplicaría para privar a este Tribunal de jurisdicción sobre los reclamos de South American Silver. Según se describe más en detalle a continuación, la doctrina de “*unclean hands*” no existe en derecho internacional y Bolivia no ha logrado demostrar lo contrario. Pero incluso si esta doctrina existiera (que no es el caso), Bolivia falla estrepitosamente en su intento de demostrar que los criterios para su aplicación establecidos en *Niko Resources v. Bangladesh* se han cumplido. Bolivia solicita al Tribunal que no considere dichos criterios por una buena razón, y es que no puede cumplirlos. Por ejemplo, Bolivia no puede demostrar que en este caso existe una relación de reciprocidad entre las obligaciones consideradas, relación que requiere que las partes tengan una “obligación idéntica o recíproca.”

5. En un esfuerzo por difamar aún más al Demandante frente al Tribunal, [REDACTED]

[REDACTED]

Asimismo, incluso antes de revelar la identidad del (o la) Testigo X al Demandante, y sin que este último haya visto siquiera una versión editada de la declaración testimonial, Bolivia solicitó al Tribunal que obligara al Demandante a renunciar a toda acción legal en contra del (o la) Testigo X. El Tribunal denegó la solicitud. En cualquier caso, los testigos de South American Silver confirman que el testimonio del (o la) Testigo X no debe ser creído ya que el mismo tergiversa la realidad por completo y carece de pruebas fehaciente que lo respalde. Los documentos que el(la) Testigo X cita no respaldan las declaraciones contenidas en su declaración testimonial. South American Silver, [REDACTED]

[REDACTED]

6. En cualquier caso, [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] Esta última es una aseveración particularmente absurda, especialmente a la luz de evidencia real de que la Compañía estaba haciendo todo lo posible para resolver los problemas y continuar con el Proyecto Malku Khota, el que sería altamente rentable basado principalmente en una inmensa cantidad de plata e indio que sería explotado en el mismo.

7. Bolivia también introduce por primera vez el testimonio del señor Andrés Chajmi, el cabecilla de una pequeña minoría de comunarios que se oponían al Proyecto Malku Khota, y que reclutaban personas de lugares lejanos al área del proyecto para oponerse al mismo. Sin embargo, el testimonio del señor Chajmi no debe ser considerado ya que su oposición al Proyecto Malku Khota estaba basada en motivaciones económicas personales, las que el gobierno de Potosí apoyaba, y en el deseo de continuar con sus actividades mineras en el área del proyecto hasta ser capaz de formar una cooperativa minera para explotar el inmenso yacimiento de Malku Khota. El testimonio del señor Chajmi no es sólo demostrablemente falso y desprovisto de sustento probatorio alguno, sino también el mismo se contradice con pruebas documentales contemporáneas [REDACTED]

[REDACTED] Así, la declaración testimonial del señor Chajmi no ayuda al intento de Bolivia de promover la inexistente doctrina de “*clean hands*”.

8. Por ello, según se señala en esta presentación, las objeciones a la jurisdicción de Bolivia deben ser desestimadas por el Tribunal.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

A. BOLIVIA INTENTA SUSTENTAR LAS ALEGACIONES DE ACTUAR ILÍCITO DE CMMK CON EL TESTIMONIO IMPROCEDENTE [REDACTED]

1. [REDACTED]

9. Bolivia presentó un nuevo testigo en su dúplica, el(la) Testigo X. Sin embargo, antes de revelar su identidad y el contexto de su testimonio, Bolivia presentó una solicitud al Tribunal para que dictara una orden que requiriera a South American Silver y sus testigos *renunciar* a todo derecho a entablar cualquier demanda que pudieran tener en contra de este aún no identificado nuevo testigo.¹ El Tribunal, correctamente, rechazó la solicitud de Bolivia.²

¹ Carta del Demandado al Tribunal de 16 de marzo de 2016 (solicitando una orden de protección exigiendo que “SAS, sus abogados, testigos y expertos independientes se comprometan a no tomar ninguna represalia contra el Testigo Protegido”).

[REDACTED]

10. Adicionalmente, Bolivia tiene la audacia de acusar a South American Silver de “esconder” documentos y correspondencia enviada o recibida por el(la) Testigo X y no presentarlos durante la fase de presentación de documentos de este arbitraje.³ Pero no existió comportamiento incorrecto por parte de South American Silver ya que [REDACTED]

[REDACTED]

11. [REDACTED]

² Orden Procesal No. 14, 1° de abril de 2016.

³ Dúplica del Demandado, 21 de marzo de 2016, en ¶¶ 18, 24, 31 (“Dúplica del Demandado”).

⁴ Ver CWS-11, Tercera Declaración Testimonial de W.J. Mallory, 29 de abril de 2016, en ¶¶ 2-7 (“Tercera Declaración Testimonial de Mallory”); CWS-12, Declaración Testimonial Complementaria de Xavier Gonzales, 27 de abril de 2016, en ¶¶ 3, 4 (“Declaración Testimonial Complementaria de Gonzales”); [REDACTED]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

5 [Redacted text block]

6 [Redacted text block]

[Redacted]

12.

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

7 [Redacted]

8 [Redacted]

9 [Redacted]

10 [Redacted]

[REDACTED]

13. [REDACTED]

[REDACTED]

14. [REDACTED]

[REDACTED]

¹¹ [REDACTED]

¹² [REDACTED]

¹³ [REDACTED]

¹⁴ Ver CWS-11, Tercera Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 3.

¹⁵ Ídem en ¶¶ 2, 3, 4.

[REDACTED]

15. [REDACTED]

[REDACTED] El cabildo propuesto ocurriría en noviembre 17 de 2011. En el mismo, las comunidades que apoyaban el Proyecto expresarían públicamente su aprobación frente al Ministro de Minería y Metalurgia.¹⁹ CMMK vio esto como una oportunidad para obtener el apoyo comunitario total para el Proyecto Malku Khota. De hecho, existía un apoyo abismal de parte de las comunidades que circundaban el Proyecto pero su voz había sido silenciada por líderes opositores e individuos lejanos al área del Proyecto (excepto por Malku Khota y Calachaca) que querían explotar ilegalmente el Proyecto ellos mismos. [REDACTED]

[REDACTED]

¹⁶ [REDACTED]

¹⁷ CWS-13, Declaración Testimonial Complementaria de Ralph G. Fitch, 29 de abril de 2016 en ¶ 5 (“Declaración Testimonial Complementaria de Fitch”)

¹⁸ Ver CWS-11, Tercera Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 4.

¹⁹ *Ídem* [REDACTED]

[REDACTED]

16. Debe tenerse presente que, [REDACTED]

[REDACTED]

B. CMMK NO INTENTÓ DIVIDIR A LAS COMUNIDADES. CMMK BUSCABA EL CONSENSO POR LO QUE DIVIDIR A LAS COMUNIDADES NO TENDRÍA SENTIDO

17. Bolivia no discute el hecho que todas las comunidades que se veían directa o indirectamente afectadas por el Proyecto, salvo dos, lo apoyaban.²³ El(la) Testigo X²⁴ y el Ministerio de Minería y Metalurgia también confirmaron este hecho cuando los eventos

²⁰ [REDACTED]

²¹ [REDACTED]

²² [REDACTED]

²³ *Ver, gen.* Dúplica del Demandado (que no contradice esta afirmación y se refiere a “las comunidades más radicales en contra del Proyecto: Malku Khota y Calachaca)

²⁴ [REDACTED]

comenzaron a desarrollarse.²⁵

[REDACTED]

Para ser claros: South American Silver no está minimizando la importancia de la oposición de la mayoría de los comunarios de Malku Khota y Calachaca, pero su carencia de respaldo no muestra que haya existido un intento por parte de la Compañía de dividir a las comunidades ubicadas dentro del Área de Influencia.

18. Aun así, Bolivia insiste en que CMMK promovió y provocó la división dentro de las comunidades.³⁰ Pero South American Silver ha presentado pruebas suficientes para demostrar

²⁵ **Prueba C-314**, Acta de Reunión entre Funcionarios del Ministerio de Minería y Metalurgia, Oscar Iturri y Emil Balcázar, con los ayllus de la Provincia de Alonso de Ibáñez, 18 de abril de 2012 en la cual el Gobierno reconoce la existencia de “consenso absolutamente mayoritario de aprobación del proyecto, exceptuando las dos comunidades [Calachaca y Malku Khota]”.

²⁶ [REDACTED]

²⁷ [REDACTED]

²⁸ [REDACTED]

²⁹ [REDACTED]

³⁰ Dúplica del Demandado en ¶ 352 a.

que los esfuerzos por dividir a las comunidades venían de: (i) FAOI-NP y CONAMAQ dirigidos por los señores Feliciano Gabriel y Andrés Chajmi, respectivamente, quienes no representaban el verdadero interés de las comunidades en el Área de Influencia;³¹ mineros ilegales, según lo reconoció expresamente el Ministro de Minería y Metalurgia;³² (iii) la incapacidad del Gobierno de proteger y apoyar el Proyecto;³³ y (iv) la instigación activa del Gobierno a la oposición³⁴ para promover intereses políticos y económicos.³⁵

Como lo informó el señor Jim Mallory, “no tiene ningún sentido ni cumple ningún propósito desde el punto de vista de las relaciones comunitarias dividir a las comunidades cuando lo que se persigue es una aceptación general.”³⁸

³¹ Réplica del Demandante al Memorial de Contestación del Demandado y Respuesta a las Objeciones a la Jurisdicción y Admisibilidad del Demandado, 30 de noviembre de 2015 en ¶ 139 (“Réplica del Demandante”).

³² Réplica del Demandante en ¶ 81; **Prueba C-149**, *Policía evitará explotación ilegal en Mallku Khota*, LA PATRIA, 19 de octubre de 2012: El Ministro de Minería, Mario Virreira, quien fue gobernador de Potosí entre 2006-2010 y obviamente se encontraba familiarizado con los hechos y circunstancias de las que hablaba, explicó que “ha existido en el sector una especie de explotación ilegal de minerales del yacimiento”, actividad clandestina que ha sido ‘un tanto pactada con algunos dirigentes’.”

³³ Réplica del Demandante en ¶¶ 90, 91, 93.

³⁴ Réplica del Demandante en ¶ 100 *et seq.* Bolivia trata de negar su constante instigación a la oposición mediante, por ejemplo, el argumento de que el ex Gobernador de Potosí, Felix Gonzales, no firmó una resolución en contra de CMMK como muestra de apoyo a los opositores de CMMK. Dúplica del Demandado en ¶ 119. Tanto Bolivia como el señor Felix Gonzales alegan que su firma es meramente una “confirmación de recepción” de dicho documento. Pero numerosos documentos en el expediente demuestran que la “confirmación de recepción” usado por la oficina del ex Gobernador durante su gestión es un sello totalmente diferente y usualmente firmado por la secretaria de dicha oficina. Cuesta entender por qué el ex Gobernador se alejaría de las prácticas habituales de su oficina sino para aparecer apoyando la oposición de CMMK hacia dicho grupo. Esta conducta es sin duda instigación activa a la oposición. *Ver, por ejemplo*, **Prueba R-055**, Carta de Xavier Gonzales Yutronic al Gobernador de Potosí, 21 de diciembre de 2010; **Prueba R-068**, Carta del Vice Ministro de Coordinación con Movimientos Sociales al Gobernador de Potosí, 28 de noviembre de 2011; **Prueba R-136**, Carta de Cancio Rojas al Gobernador de Potosí, 16 de abril de 2012; **Prueba C-71**, Carta de Xavier Gonzales Yutronic al Gobernador de Potosí, 4 de junio de 2012.

³⁵ Réplica del Demandante en ¶ 98 *et seq.*

³⁶

³⁷

³⁸ **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de W. J. Mallory, 14 de noviembre de 2015 en ¶ 13 (“Segunda Declaración Testimonial de Mallory”).

19. Bolivia, [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] Es un hecho que mineros ilegales—y la tolerancia del Gobierno hacia ellos—fomentaron la división entre las comunidades.⁴¹ [REDACTED]

[REDACTED] Antes de que este arbitraje comenzara, el Ministerio de Minería y Metalurgia, Mario Virreira, y los mismos testigos de Bolivia, el señor Andrés Chajmi [REDACTED] expresamente la existencia de actividad minera ilegal en el área del Proyecto:

- El Ministro de Minería y Metalurgia, Mario Virreira, admitió expresamente en diversas ocasiones que quienes se oponían al Proyecto y, por lo tanto, fomentaban cualquier división “en realidad [lo que] están haciendo es explotar ilegalmente el oro en esa región.”⁴²
- El señor Andrés Chajmi señala en su declaración testimonial que “como miembro de la población indígena originaria campesino, no tenemos conocimientos técnicos para explotar la mina por cuenta propia, y mucho menos para manejar una cooperativa minera. Nos dedicamos principalmente a ser agricultores o a trabajar para empresas mineras. No entiendo cómo habríamos podido organizar una cooperativa minera, como dice Angulo, idea que nunca tuve.” Sin embargo, en mayo de 2012, el Sr. Chajmi confirmó a los medios que los 80 miembros de la cooperativa que él planeaba formar estaban “explotando [en su propia mina de Malku Khota] según lo que tenemos, con picotas o barrenas.”⁴³

- [REDACTED]

³⁹ Dúplica del Demandado en ¶¶ 98, 128.

⁴⁰ *Ídem*.

⁴¹ Réplica del Demandante en ¶¶ 81, 82.

⁴² **Prueba C-223**, *Explotación ilegal de oro es el origen del conflicto en Malku Khota*, LA PAZ, 21 de mayo de 2012.

⁴³ **Prueba C-328**, *Los comunarios apuestan por explotación de indio*, MINERÍA DE BOLIVIA, 2 de mayo de 2012.

[Redacted]

[Redacted]

20.

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

Bolivia no puede

44

[Redacted]

45

[Redacted]

46

[Redacted]

47

[Redacted]

48

[Redacted]

49

[Redacted]

50

[Redacted]

válidamente negar que: (i) escogió tolerar la minería ilegal dentro del área del proyecto; (ii) propuso la idea de formar una cooperativa para explotar el Proyecto (incluso siendo ello legalmente imposible), en lugar de (iii) proteger las concesiones de CMMK y su derecho a desarrollar el Proyecto.⁵²

C. LA ESTRATEGIA SOBRE RELACIONES COMUNITARIAS DE SOUTH AMERICAN SILVER ERA LEGÍTIMA

1. El objetivo de expandir el Área de Influencia era unir las comunidades

21. Bolivia insiste en que la expansión del Área de Influencia formaba parte de la estrategia de South American Silver de dividir a los ayllus o silenciar a la oposición. Sin embargo, Bolivia no presenta prueba alguna para apoyar dicha tesis. Según explicó South American Silver en su Réplica, tenía razones legítimas para expandir el área de influencia.⁵³ Una de ellas era involucrar, en la medida de lo posible, a todas las comunidades de los 6 ayllus susceptibles a ser afectados por el Proyecto. Las comunidades en los ayllus operan como una unidad, con un liderazgo común.⁵⁴ De allí la importancia de involucrar a las comunidades de los 6 ayllus que circundaban el área del Proyecto. Hacerlo evitaba dividir a los ayllus y/o interferir con sus tradiciones.⁵⁵ Particularmente, la comunidad más lejana dentro de la nueva Área de Influencia sólo se encontraba a 15 kilómetros del Proyecto. Otros factores que CMMK consideró al expandir el área de influencia fueron: (i) la ubicación de los trabajos de exploración;⁵⁶ (ii) la ubicación de las oficinas de exploración e instalaciones de CMMK;⁵⁷ (iii) delimitaciones geográficas tales como ríos y valles;⁵⁸ y, (iv) potenciales necesidades de empleo.

⁵¹ Dúplica del Demandado en ¶ 128.

⁵² Réplica del Demandante en ¶¶ 98, 108, 110, 111, 130.

⁵³ Ver Réplica del Demandante en ¶¶ 69-72 y CWS-10, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶¶ 9-13.

⁵⁴ RER-1, Informe de Perito de Liborio Uño Acebo, 26 de marzo de 2015 en ¶ 58.

⁵⁵ Réplica del Demandante en ¶ 71.

⁵⁶ Réplica del Demandante en ¶ 70.

⁵⁷ *Ídem.*

⁵⁸ *Ídem.*

2. La COTOA-6A se formó por las comunidades que apoyaban a la Compañía y fue reconocida por el Gobierno boliviano

22. Bolivia continúa tratando de caracterizar a la COTOA-6A y al apoyo de la Compañía hacia esa organización como ilegales. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] Registros de la época muestran que las comunidades querían incorporarse a un comité ya en el año 2009.⁶² Las comunidades luego adoptaron medidas concretas para formar una organización en abril de 2011.⁶³ La COTOA-6A fue finalmente formada a principios de octubre de 2011.⁶⁴ Estos registros por sí mismos muestran la propia iniciativa de las comunidades para formar la COTOA-6A. Específicamente:

- Santiago Angulo reportó en su informe de mayo de 2009 que los miembros de la comunidad habían propuesto la formación de una

⁵⁹ Réplica del Demandante en ¶ 94, CWS-10, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 38. [REDACTED]

⁶⁰ [REDACTED]

⁶¹ CWS-12, Declaración Testimonial Complementaria de Xavier Gonzales, 27 de abril de 2016 en ¶ 5 (“Declaración Testimonial Complementaria de Gonzales”).

⁶² Prueba C-155, Memorándum de Santiago Angulo a Felipe Malbrán, *Informe Mensual Proyecto Malku Khota*, mayo de 2009.

⁶³ CWS-10, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 15, CWS-11, Tercera Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 10; Prueba C-309, *Acta de Conformidad del Comité Consultivo de Organizaciones Originarias de los Seis Ayllus (COTOA-6A)*, 2 de mayo de 2011.

⁶⁴ Prueba C-233, Carta de la COTOA-6 al Presidente Evo Morales, 10 de octubre de 2011; Prueba C-234, Carta de la COTOA-6A al Ministro de Minería, 10 de octubre de 2011.

comisión regional para representar a los diferentes ayllus dentro del área de influencia como un bloque unido para comunicarse con CMMK.⁶⁵

- En abril de 2011, las autoridades del Ayllu Urinsaya, Ayllu Tacahuani, Ayllu Qullana, Ayllu Jatun Urinsaya y Ayllu Samca discutieron la posibilidad de crear una comunidad de comunicaciones *ad-hoc*⁶⁶ y, el 2 de mayo de 2011, los líderes de los ayllus decidieron crear expresamente un “Comité de Sociabilización Ad Hoc, para impulsar la continuidad de las actividades de exploración del Proyecto” y programaron reunirse nuevamente el 30 de mayo de 2011 para crear definitivamente el “Comité Consultivo de Organizaciones Originarias de los 6 ayllus.”⁶⁷
- Más aún, en octubre de 2011, [REDACTED] informaron al Presidente Evo Morales y al entonces Ministro de Minería y Metalurgia de Bolivia, José Pimentel, de la formación de la COTOA-6A y de su absoluto apoyo al Proyecto.⁶⁸

Finalmente, testigos en este arbitraje han confirmado que la COTOA-6A no fue idea de CMMK.⁶⁹ [REDACTED]

[REDACTED] El señor Jim Mallory también confirma que “la COTOA-6A fue creada por los líderes de los ayllus Sulka, Jilatikani, Tacahuani, Samca, Jatun Urinsaya y Qullana, quienes sintieron que su voz no estaba siendo escuchada por el Gobierno, CONAMQ y FAOI-NP y que querían que sus comunidades recibieran los beneficios que un proyecto como Malku Khota les brindaría.”⁷¹ De acuerdo al señor Mallory, ya en “Abril de 2011 había consenso entre las comunidades respecto a planear la formación de un comité de

⁶⁵ Réplica del Demandante en ¶ 33; **Prueba C-155**, Memorandum de Santiago Angulo a Felipe Malbrán, *Informe Mensual Proyecto Malku Khota*, mayo de 2009.

⁶⁶ **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 15, **CWS-11**, Tercera Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 10.

⁶⁷ **Prueba C-309**, *Acta de Conformidad del Comité Consultivo de Organizaciones Originarias de los Seis Ayllus (COTOA-6A)*, 2 de mayo de 2011.

⁶⁸ **Prueba C-233**, Carta de la COTOA-6 al Presidente Evo Morales, 10 de octubre de 2011; **Prueba C-234**, Carta de la COTOA-6A al Ministro de Minería, 10 de octubre de 2011.

⁶⁹ **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 38, **CWS-11**, Tercera Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 10.

⁷⁰ [REDACTED]

⁷¹ **CWS-11**, Tercera Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 8.

comunicaciones *ad-hoc* para comunicarse de manera más eficiente con la Compañía y para comunicar al Gobierno su apoyo al Proyecto.”⁷² [REDACTED]

[REDACTED] Luego, “después del 25 de septiembre de 2011, parecía haber un impulso para que los ayllus que apoyaban el Proyecto unieran fuerzas nuevamente.” Este impulso culminó mediante “la comunicación por parte de los líderes de los ayllus que circundaban al proyecto al Presidente Evo Morales y al Ministro de Minería, José Pimentel, en octubre de 2011, que se habían juntado y formado la COTOA-6A.”⁷⁴

23. [REDACTED]

[REDACTED]. Como South American Silver señaló en su Réplica, CMMK sí trabajó de cerca con los representantes de la COTOA-6A en un esfuerzo por mejorar la aceptación general del Proyecto.⁷⁵ Esto, sin embargo, dista mucho de lo que Bolivia intenta presentar como una suerte de acción ilegal por parte de CMMK [REDACTED]

24. Si bien la COTOA-6A era una iniciativa de los líderes de los 6 ayllus, [REDACTED]

⁷² CWS-11, Tercera Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 10 (citando la Prueba C-309, *Acta de Conformidad del Comité Consultivo de Organizaciones Originarias de los Seis Ayllus (COTOA-6A)*, 2 de mayo de 2011).

⁷³ [REDACTED]

⁷⁴ CWS-11, Tercera Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 10 (citando la Prueba C-232, *Acta de la Reunión entre Comunarios del Norte de Potosí y la Dirección General de Medio Ambiente del Ministerio de Minería y Metalurgia*, 13 de octubre de 2011; Prueba C-233, *Carta de la COTOA-6 al Presidente Evo Morales*, 10 de octubre de 2011; Prueba C-234, *Carta de la COTOA-6A al Ministro de Minería*, 10 de octubre de 2011; CWS-10, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 15).

⁷⁵ Réplica del Demandante en ¶ 94.

⁷⁶ Ver CWS-11, Tercera Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 11; [REDACTED]

⁷⁷ CWS-11, Tercera Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 11. [REDACTED]

[REDACTED]

25. Sin perjuicio de la ayuda de CMMK a la COTOA-6A eran en definitiva los propios líderes de la COTOA-6A quienes adoptaban las decisiones e implementaban las mismas, actuando en su propio beneficio.⁷⁹

[REDACTED]

De hecho, “los líderes de la COTOA-6A hacían a CMMK responsable por los compromisos adquiridos en las RCAs entre la Compañía y los ayllus. Durante el período de tiempo en que CMMK interactuó con la COTOA-6A, eran sus líderes quienes actuaban, adoptaban e implementaban sus decisiones en beneficio de las propias comunidades.”⁸¹

[REDACTED]

[REDACTED]

78 [REDACTED]

79 CWS-11, Tercera Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 12.

80 [REDACTED]

81 CWS-11, Tercera Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 12.

[REDACTED] No puede haber duda de que “la Compañía no controlaba a la COTOA-6A. La Compañía nunca insistió en que la COTOA-6A hiciera nada que fuera en contra de los deseos de las comunidades y ayllus que formaban parte de la organización.”⁸³ [REDACTED]

26. [REDACTED]

[REDACTED]

⁸² [REDACTED]

⁸³ CWS-11, Tercera Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 12. [REDACTED]

⁸⁴ [REDACTED]

⁸⁵ CWS-11, Tercera Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 13.

⁸⁶ CWS-12, Declaración Testimonial Complementaria de Gonzales en ¶ 6 (en el que declara que [REDACTED])

⁸⁷ CWS-11, Tercera Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 13.

[REDACTED]

3. [REDACTED]

27. [REDACTED]

[REDACTED] Así, el señor Gonzalo Gutiérrez estaba a cargo de la cobertura en los medios de CMMK: preparar informes sobre medios, organizar conferencias de prensa, coordinar el transporte de periodistas a Acasio, informar a los periodistas acerca de la Compañía y el Proyecto, y entregarles toda la documentación que los mismos solicitaran.⁹² No es ilegal, inapropiado o anormal que las empresas, especialmente empresas más pequeñas como compañías mineras *junior*, tengan un coordinador con los medios externo y pagar por esos servicios. De hecho, “la industria minera y otras asociaciones de la industria frecuentemente contratan coordinadores con los medios y [el

⁸⁸ CWS-11, Tercera Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 13; CWS-12, Declaración Testimonial Complementaria de Gonzales en ¶ 6.

⁸⁹ CWS-11, Tercera Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 13.

⁹⁰ CWS-12, Declaración Testimonial Complementaria de Gonzales en ¶ 6 (en el que declara que [REDACTED]

⁹¹ CWS-11, Tercera Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 16 (en el que declara que “bajo la recomendación de la Testigo X CMMK contrató al señor Gonzalo Gutiérrez de Ekos Comunicación [REDACTED]). *Ver también*, CWS-12, Declaración Testimonial Complementaria de Gonzales en ¶ 17 (donde explica que CMMK [REDACTED]

⁹² CWS-12, Declaración Testimonial Complementaria de Gonzales en ¶ 17. [REDACTED]

[REDACTED] CWS-11, Tercera Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 16.

señor Mallory] actualmente trabaja con una agencia de medios para un proyecto minero en el que está trabajando en México.”⁹³ Obviamente, ellos no trabajan gratis.

28. [REDACTED]

[REDACTED] Pero estas alegaciones son falsas y constituyen no más que un nuevo intento de Bolivia de contaminar la percepción del Tribunal sobre la Compañía. El intento de Bolivia no resiste ningún análisis. Como soporte de su alegación, Bolivia presenta un documento incompleto, aparentemente sacando el primer correo electrónico de la cadena de correos electrónicos que cita. [REDACTED]

29. [REDACTED]

[REDACTED]. En otras palabras, se trataba de CMMK comunicando su posición al público. [REDACTED]

⁹³ CWS-11, Tercera Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 16.

⁹⁴ Dúplica del Demandado en ¶ 169.

⁹⁵ Ver CWS-12, Declaración Testimonial Complementaria de Gonzales en ¶ 17. [REDACTED]

⁹⁶ Dúplica del Demandado en ¶ 169.

⁹⁷ [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

30. Como se aprecia, Bolivia altera la evidencia para favorecer su historia; un intento que debe ser rechazado por este Tribunal.

⁹⁸

[REDACTED]

D. LAS ALEGACIONES DE BOLIVIA EN CUANTO A QUE CMMK HABRÍA ACTUADO ILÍCITAMENTE NO TIENEN FUNDAMENTO

31. Como South American Silver demostró en la sección II.D de su memorial de Réplica, las alegaciones de Bolivia en cuanto a que CMMK habría actuado en forma ilícita se basan sólo en resoluciones “adoptadas” por opositores al Proyecto. Particularmente, el Gobierno encontró que estas resoluciones no tenían fundamento o decidió de otra manera ignorarlas. Bolivia ahora alega que South American Silver caracterizó erróneamente prueba documental que demostraba que el Gobierno consideró que las alegaciones de FAOI-NP y CONAMQ, en cuanto a la supuesto conducta ilícita de CMMK, carecían de fundamento.⁹⁹ Ello es simplemente falso. La múltiple evidencia presentada por South American Silver¹⁰⁰ respalda el hecho que: (i) las resoluciones de FOAI-NP y CONAMQ “no tendría fundamentación real alguna;”¹⁰¹ (ii) si las alegaciones de actividad criminal eran ciertas, ellas “deberían ser denunciadas ante las autoridades llamadas por ley”¹⁰² (no lo fueron); y (iii) “comunarios de zonas mineras se oponen a esas actividades extractivas al denunciar contaminación del medio ambiente y del agua sólo con el objetivo de explotar ilegalmente yacimientos mineros.”¹⁰³ Similarmente, la resolución de febrero de 2016 presentada por Bolivia y supuestamente firmada por miembros del Ayllu Sullka Jilatikani no tiene fundamentos y está hecha a la medida en respuesta a este arbitraje.¹⁰⁴ Como asunto preliminar, South American Silver hace notar que Bolivia no ofreció a ninguno de los

⁹⁹ Dúplica del Demandado en ¶¶ 57-68.

¹⁰⁰ **Prueba C-230**, Comunicación Oficial del Vice Ministro de Coordinación con Movimientos Sociales y Sociedad Civil del Ministerio de la Presidencia a CMMK de fecha 10 de febrero de 2011 y Criterio Jurídico emitido el 3 de febrero de 2011 por el Jefe de Alianza Estratégica del Vice Ministerio, señor Alberto García Sandoval; **Prueba C-231**, Comunicación Oficial de la oficina del Ministerio de Minería y Metalurgia a CMMK de fecha 16 de marzo de 2011 e Informe emitido por el señor Oscar Iturri, Responsable de la Unidad de Consulta Pública y Participación Ciudadana; **Prueba C-223**, *Explotación ilegal de oro es el origen del conflict en Mallku Khota*, LA PAZ, 21 de mayo de 2012; **Prueba C-149**, *Policía evitará explotación Ilegal en Mallku Khota*, LA PAZ, 19 de octubre de 2012; **Prueba C-222**, *Denuncian contaminación ambiental en Mallku Khota*, LA RAZÓN, 26 de mayo de 2012; **Prueba C-224**, *Comunarios frenan operaciones mineras para iniciar trabajo ilegal*, PÁGINA SIETE, 1 de abril de 2014.

¹⁰¹ **Prueba C-230**, Comunicación Oficial del Vice Ministro de Coordinación con Movimientos Sociales y Sociedad Civil del Ministerio de la Presidencia a CMMK de fecha 10 de febrero de 2011 y Criterio Jurídico emitido el 3 de febrero de 2011 por el Jefe de Alianza Estratégica del Vice Ministerio, señor Alberto García Sandoval.

¹⁰² **Prueba C-230**, Comunicación Oficial del Vice Ministro de Coordinación con Movimientos Sociales y Sociedad Civil del Ministerio de la Presidencia a CMMK de fecha 10 de febrero de 2011 y Criterio Jurídico emitido el 3 de febrero de 2011 por el Jefe de Alianza Estratégica del Vice Ministerio, señor Alberto García Sandoval.

¹⁰³ **Prueba C-224**, *Comunarios frenan operaciones mineras para iniciar trabajo ilegal*, PÁGINA SIETE, 1 de abril de 2014.

¹⁰⁴ **Prueba R-158**, Voto Resolutivo de la Comunidad de Malku Khota del 26 de febrero de 2016.

firmantes de dicha resolución como testigos en este arbitraje. Sin embargo, presenta una resolución como confirmación de acusaciones de conducta ilícita. La conducta de Bolivia priva al Demandante de la posibilidad de verificar la autenticidad y credibilidad de los firmantes de dicha resolución. En cualquier caso, la resolución meramente recita las declaraciones contenidas en las resoluciones del 2011. Nuevamente, el documento ni siquiera menciona el elemento básico de “quien” o “cuando” respecto a la supuesta conducta ilícita. Simplemente no existe evidencia para probar las acusaciones contenidas en esta resolución.

32. En todo caso, es un hecho indiscutido que el Gobierno boliviano eligió ignorar las acusaciones contenidas en las resoluciones. Esta falta de acción actúa como una decisiva señal de que el Gobierno boliviano consideró que estas alegaciones carecían de fundamento (y probablemente aún considera que carecen de fundamento). A esta fecha, Bolivia sólo ha presentado acusaciones de conducta ilícita en un intento de desacreditar a South American Silver en este arbitraje.

E. CMMK NO PROMOVIO LA VIOLENCIA ENTRE LAS COMUNIDADES ORIGINARIAS

33. Bolivia sostiene que South American Silver provocó los conflictos que ocurrieron a principios de 2012. [REDACTED]

[REDACTED]

1. [REDACTED]

34. [REDACTED]

105 [REDACTED]

106 Dúplica del Demandado en ¶ 231; [REDACTED]

107 [REDACTED]

[REDACTED]

35. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] El señor Mallory “en ningún momento tuvo conocimiento de algún intento por parte del señor Reque de ‘provocar’ su propia captura. La Compañía nunca habría puesto a su gente en peligro.”¹⁰⁸ De hecho, la Compañía trabajó arduamente para asegurar la liberación del señor Reque.”¹¹¹ Esta temeraria afirmación no tiene ningún sentido y este hecho afectó profundamente al señor Reque tanto física como emocionalmente.¹¹² El señor Gonzales recuerda que “[i]nclusive, la Compañía en algún punto consideró brindarle apoyo psicológico.”¹¹³ [REDACTED]

[REDACTED]

¹⁰⁸ CWS-11, Tercera Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 15; CWS-12, Declaración Testimonial Complementaria de Gonzales en ¶16.

¹⁰⁹ CWS-11, Tercera Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 15; CWS-12, Declaración Testimonial Complementaria de Gonzales en ¶ 15.

¹¹⁰ CWS-11, Tercera Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 15.

¹¹¹ CWS-11, Tercera Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 15; CWS-10, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 43.

¹¹² CWS-12, Declaración Testimonial Complementaria de Gonzales en ¶ 16.

¹¹³ CWS-12, Declaración Testimonial Complementaria de Gonzales en ¶ 16 (“*Inclusive, la Compañía en algún punto considero brindarle apoyo psicológico*”).

[REDACTED]

[REDACTED]

2. La violencia en Acasio fue el resultado de la falta de control por parte del Gobierno sobre los mineros ilegales y los opositores al Proyecto violentos

36. Bolivia argumenta que CMMK provocó la violencia en Acasio el 18 de mayo de 2012.¹¹⁵ Nuevamente Bolivia malinterpreta los hechos para confundir al Tribunal. CMMK no planeó, provocó ni aprobó la violencia que ocurrió en Acasio.

37. *Primero*, la reunión del 18 de mayo de 2012 en Acasio fue sugerida por el Gobierno durante una reunión del 18 de abril de 2012 entre miembros de la COTOA-6A y el Ministro de Minería y Metalurgia (específicamente con el jefe de la unidad de consulta pública y participación ciudadana, el señor Óscar Iturri).¹¹⁶ Particularmente, durante esta reunión del 18 de abril de 2012, el Gobierno reconoció la existencia de un “consenso absolutamente mayoritario” en favor del proyecto minero de CMMK, con excepción de dos comunidades (Malku Khota y Calachaca).¹¹⁷ La reunión se iba a celebrar el 8 de mayo de 2012.¹¹⁸ [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] Esta tensión se refería al secuestro de dos policías ocurrido el día 5 de mayo de 2012. Este episodio fue “liderado por Cancio Rojas” e involucró a “miembros de la comunidad de Malku Khota” quienes “agredieron

¹¹⁴ **CWS-12**, Declaración Testimonial Complementaria de Gonzales en ¶ 16; **Prueba R-75**, *Resolución de archivo de la denuncia de Xavier Gonzales Yutronic contra miembros de las Comunidades Originarias del 28 de febrero de 2014*.

¹¹⁵ Dúplica del Demandado en ¶ 162.

¹¹⁶ **Prueba C-314**, Acta de Reunión entre Funcionarios del Ministerio de Minería, Óscar Iturri y Emil Balcázar, con los ayllus de la Provincia de Alonso de Ibáñez, 18 de abril de 2012.

¹¹⁷ **Prueba C-314**, Acta de Reunión entre Funcionarios del Ministerio de Minería, Óscar Iturri y Emil Balcázar, con los ayllus de la Provincia de Alonso de Ibáñez, 18 de abril de 2012.

¹¹⁸ **Prueba C-314**, Acta de Reunión entre Funcionarios del Ministerio de Minería, Óscar Iturri y Emil Balcázar, con los ayllus de la Provincia de Alonso de Ibáñez, 18 de abril de 2012.

¹¹⁹ [REDACTED]

¹²⁰ [REDACTED]

y secuestraron a policías, en circunstancias en las que la Fiscal de Sacaca pretendía aprehender a imputados por delitos de robo.”¹²¹ El testigo de Bolivia, señor Andrés Chajmi, no niega estos incidentes. Más bien, se distancia de los mismos señalando que él y otros “rechazaron la llegada de la policía” y que la presencia policial “terminó en un incidente de violencia en Mallku Khota.”¹²² La declaración del señor Chajmi es menos que cándida. [REDACTED]

38. *Segundo*, es un hecho no discutido que algunos de los comunarios de Malku Khota secuestraron a dos policías.¹²⁴ [REDACTED]

¹²¹ CWS-12, Declaración Testimonial Complementaria de Gonzales en ¶¶ 10, 13: (“miembros de la comunidad de Malku Khota, liderado por Cancio Rojas, agredieron y secuestraron a policías, en circunstancias en las que la Fiscal de Sacaca pretendía aprehender a imputados por delitos de robo”); [REDACTED]

¹²² RWS-3, Declaración Testimonial de Andrés Chajmi, 24 de febrero de 2016 en ¶ 31 (“Declaración Testimonial de Chajmi”) (“lo que terminó en un incidente de violencia en Mallku Khota en mayo de 2012 cuando nos enviaron a la policía para arrestarnos. Nosotros ... rechazamos la llegada de la policía”).

¹²³ [REDACTED]

¹²⁴ Ver Dúplica del Demandado en ¶ 157 (señala que existía un “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”); RWS-3, Declaración Testimonial de Chajmi en ¶ 31.

¹²⁵ [REDACTED]

[REDACTED]

39.

[REDACTED]

¹²⁶ CWS-12, Declaración Testimonial Complementaria de Gonzales en ¶ 11

[REDACTED]

¹²⁷ CWS-12, Declaración Testimonial Complementaria de Gonzales en ¶ 11.

¹²⁸ [REDACTED] CWS-12, Declaración Testimonial Complementaria de Gonzales en ¶ 11.

¹²⁹ Ver CWS-12, Declaración Testimonial Complementaria de Gonzales en ¶ 11.

¹³⁰ CWS-12, Declaración Testimonial Complementaria de Gonzales en ¶ 11

[REDACTED]

¹³¹ [REDACTED]

¹³² Dúplica del Demandado en ¶ 160.

¹³³ Prueba R-172, *Se mantiene la tensión en la zona de Mallku Khota*, EL POTOSI, 9 de mayo de 2012.

[REDACTED]

40. Finalmente, fue el Ministro de Minería y Metalurgia quien, el 9 de mayo de 2012, citó a la reunión de Acasio el 18 de mayo del mismo año.¹³⁷ [REDACTED]

[REDACTED] Pero la ayuda de CMMK consistió en “capacitar a la COTOA-6A respecto a cómo comunicar efectivamente su mensaje a las autoridades y a la comunidad de Malku Khota, y en facilitar su transporte hacia Acasio.”¹³⁹ No debe sorprender que CMMK haya hecho esto, la Compañía quería que las comunidades llegaran a un acuerdo ya que ello beneficiaría al Proyecto. CMMK no ayudó a la COTOA-6A a generar violencia según lo afirma Bolivia.

41. [REDACTED]

¹³⁴ Prueba R-172, Se mantiene la tensión en la zona de Mallku Khota, 9 de mayo de 2012. (“Sin embargo, la autoridad lamentó que el policía retenido tenga hematomas en el cuerpo y, es más, perdió una pieza dental en los sucesos violentos que se produjeron el pasado fin de semana.”)

¹³⁵ [REDACTED]

¹³⁶ Prueba C-313, Correo electrónico de F. Cáceres a varios ejecutivos de South American Silver y a el(la) Testigo X, 11 de mayo de 2012.

¹³⁷ Prueba C-51, Acta de la Reunión entre el Gobierno de Potosí y Comunarios, 9 de mayo de 2012.

¹³⁸ [REDACTED]

¹³⁹ CWS-11, Tercera Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 14.

¹⁴⁰ [REDACTED]

[REDACTED]

42.

[REDACTED]

43. La descripción de Bolivia del señor Cancio Rojas y los demás opositores al proyecto, incluyendo a su testigo el señor Andrés Chajmi, como líderes de comunidades en lugar de individuos violentos, no es una sorpresa. Sin embargo, es un hecho no discutido que el señor

141

[REDACTED]

142

[REDACTED]

143

[REDACTED]

144

[REDACTED]

145

[REDACTED]

146

[REDACTED]

Cancio Rojas fue uno de los principales actores que instigó la violencia en Acasio el 18 de mayo de 2012.¹⁴⁷ El Fiscal Público de Potosí concluyó que:

“A la fecha habiéndose procedido a desarrollar actos investigativos en su periodo de la etapa preliminar de investigación, se pudo recolectar suficientes elementos de convicción que se detalla a continuación.

[...]

[...] una gran mayoría de hombres quienes se encontraban portando objetos contundentes consistentes en chicotes, piedras, palos, hondas, dinamitas completamente furiosos y agresivo sin que medie provocación alguna este numeroso contingente de personas liderizados, dirigidos y conducidos por el imputado CANCIO ROJAS COLQUE de manera sigilosa premeditada y aprovechando su número llegaron a emboscarlos logrando abalanzarse hacia las víctimas querellantes y a la agente (comunarios y autoridades comunales) que se encontraba junto a ellos los cuales fueron objeto de agresiones físicas y como también las mujeres vejadas sexualmente profiriéndoles golpes con los objetos contundentes

[...]

[...]

Que impartida directrices a los Investigadores Asignados al caso para que efectúen las diligencias necesarias y tendientes a arribar a la veracidad de los hechos citados en fecha 18 de Mayo de 2012 años en el Municipio de Acasio los asignados al caso se constituyeron en fecha 15 de Junio de la presente gestión a las localidades de Acasio, Sakani y otros lugares [...] donde se recogió testimonios de las víctimas, testigos presenciales de los hechos quienes manifestaron en sus partes más relevantes y principales los señores [...] manifiestan los siguientes aspectos: Que refieren conocer al Sr. Cancio Rojas Calque quien en esa oportunidad se encontraba junto a los Señores Feliciano Gabriel, Marcial Condori, Andrés Chajme, Rene Chajme, Damian Calque, Paulina Choque Calque, Félix Calque, Alberto Choque Mamani, fue así que en fecha 18 de Mayo de 2012 [...] cuando embarcados en un camión llegaron a la tranca de Acasio se reunieron junto a otras Autoridades Comunales acordaron dirigirse por la avenida a establecer el dialogo previsto para ese entonces donde sorpresivamente se percataron la presencia del imputado y los que en esa ocasión le acompañaban en un numero de 800.00 (Ochocientos) personas de distinto sexo armados con objetos contundentes consistentes en (piedras palos dinamitas) de manera imprevista reaccionaron violentamente agrediéndoles físicamente con golpes de puño y puntapiés y

¹⁴⁷ Ver Réplica del Demandante en ¶ 136; CWS-8, Declaración Testimonial Suplementaria de Xavier Gonzales, 13 de Noviembre de 2015 en ¶¶ 48-49 (“Declaración Testimonial Suplementaria de Gonzáles”).

*arrojándoles piedras y dinamitas en su humanidad oponiendo defensa en un principio lo cual desato en un enfrentamiento dirigidos por Cancio Rojas Colque [...].*¹⁴⁸

[REDACTED]

44. Estos hechos, sin duda, constituían razón suficiente para que los comunarios que fueron víctimas de la violencia en Acasio presentaran denuncias criminales en contra del señor Cancio Rojas. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED], el arresto de Cancio Rojas el 21 de mayo de 2012 tuvo lugar en el contexto de las violentas acciones que él lideró en Malku Khota el 5 de mayo de 2012 y en Acasio el 18 de mayo del mismo año y, según Bolivia lo admite, en virtud de una orden de arresto emitida por el Fiscal en contra de Cancio Rojas el 18 de mayo de 2012.¹⁵³

¹⁴⁸ **Prueba R-84**, Requerimiento de Sobreseimiento de la denuncia presentada contra Cancio Rojas de fecha 13 de junio de 2014. Si bien el Fiscal en definitiva concluyó que no existían pruebas suficientes más allá de la duda razonable para continuar con la acusación en contra del señor Cancio Rojas por el delito de “instigación a la violencia”, sí se refirió a diversas pruebas que confirmaban las acciones violentas del señor Rojas.

¹⁴⁹ [REDACTED]

¹⁵⁰ *Ídem.*

¹⁵¹ [REDACTED]

¹⁵² **CWS-12**, Declaración Testimonial Complementaria de Gonzales en ¶ 20 [REDACTED]

¹⁵³ Memorial de Objeciones a la Jurisdicción, Admisibilidad de los Reclamos y Contestación a la Demanda del Demandado, 31 de marzo de 2015 en ¶ 158 (“Memorial de Contestación del Demandado”).

3. El secuestro de los señores Cárdenas and Fernández ocurrió debido a la incapacidad de Bolivia de proteger el Proyecto y a sus ciudadanos

45. Bolivia insiste en el hecho que los señores Agustín Cárdenas y Fernando Fernández supuestamente se infiltraron en las comunidades, implicando que tal “infiltración” era una suerte de plan de la Compañía para dañar a otras comunidades, interferir con sus usos y costumbres, o instigar la violencia. Si bien, como South American Silver lo reconoce en su Réplica, los señores Cárdenas y Fernández sí viajaron a las cercanías de la comunidad de Malku Khota, ello fue con el solo propósito de recolectar información y tomar fotografías de la contaminación ambiental provocada por las actividades de minería ilegal que se estaban desarrollando en el área del Proyecto.¹⁵⁴ Ni CMMK ni los señores Cárdenas o Fernández tuvieron intención alguna de causar ningún daño o de “infiltrarse” en la comunidad. Como los señores Cárdenas y Fernández lo describieron en el informe que prepararon dando cuenta de las circunstancias de su secuestro, ellos se mantuvieron alejados de las comunidades y sólo observaron a la distancia a través de binoculares y grabaron con cámaras las actividades mineras ilegales que ocurrían en las concesiones de CMMK. Esto es ciertamente muy distinto a “infiltrarse” en la comunidad o “infiltrarse” en un cabildo que habría ocurrido según lo señala Bolivia.

46. El señor Andrés Chajmi alega que él no estaba en Malkhu Khota cuando los señores Cárdenas y Fernández fueron capturados y que sólo otros comunarios le informaron que ellos estaban detenidos por supuestamente haberse infiltrado en el cabildo de Malku Khota. Pero el testimonio del señor Chajmi contradice evidencia contemporánea. De hecho, el informe preparado por Cárdenas y Fernández unos pocos días después de su liberación en junio de 2012, no sólo confirma que ellos no se infiltraron en la comunidad de Malku Khota, sino también que fue el señor Andrés Chajmi y otros quienes los capturaron y los atacaron con dureza.¹⁵⁵

47. [REDACTED]

¹⁵⁴ Réplica del Demandante en ¶ 140; **Prueba C-241**, Memorándum de Agustín Cárdenas y Fernando Fernandez a Fernando Cáceres, *Informe Incidente del 28 de junio 2012*, 25 de julio de 2012.

¹⁵⁵ **Prueba C-241**, Memorándum de Agustín Cárdenas y Fernando Fernandez a Fernando Cáceres, *Informe Incidente del 28 de junio 2012*, 25 de julio de 2012.

[REDACTED]

4. [REDACTED] El plan real era “agregar [] valor accionario en Malku Khota mediante un proceso de ingeniería de refinación” y la expansión del Proyecto

48. [REDACTED]

49. El testimonio del señor Ralph Fitch, Presidente y Director de South American Silver, así como documentos corporativos y notas de prensa presentados en la misma época, [REDACTED] Como explica el señor Fitch, el mejor relato de los planes de la Compañía se contiene en su Informe Corporativo de 2011, el que fue publicado el 2 de mayo de 2012. [REDACTED]

[REDACTED] El informe corporativo contiene la perspectiva real de la Compañía para el Proyecto, la que incluía planes para su expansión:

156 [REDACTED]

157 [REDACTED]

158 [REDACTED]

159 CWS-13, Declaración Testimonial Complementaria de Fitch en ¶ 8 (énfasis en el original).

In particular, the management team at South American Silver is focused on adding shareholder value at Malku Khota through a process of refining engineering with the move to feasibility in the second half of 2012, understanding the resource expansion potential and moving forward with the permitting process while working closely with the local communities to facilitate local economic and business development.

* * *

The year ahead will see expanded activities at both Malku Khota and Escalones including a total of 27,000 meters of drilling along with engineering projects planned on both projects over the course of the year. At Malku Khota pre-feasibility level studies are underway and a major Economic Assessment update is due out Q-2-2012 and with the project moving into feasibility in the second half of the year.¹⁶⁰

Consecuentemente con ello, la Compañía anticipó que el Proyecto “[will] become an important new, long life, low cost, Western source of these strategic metals ... With Malku Khota targeted to produced 10% or more of the global indium and gallium supply, the Company may review possible indium/gallium off-take or streaming-type opportunities as a source of project financing during the Feasibility process.”¹⁶¹ Los planes para la expansión ya se estaban materializando “entre marzo y mayo de 2012, [la Compañía se encontraba] en discusiones con los dueños de Cerusita Andina para adquirir concesiones de su propiedad.”¹⁶² La Compañía también estaba

¹⁶⁰ **Prueba C-300**, South American Silver Corp., *Corporate Report 2011*, 2 de mayo de 2012 en 2-3. Ver también ídem en 4 (describe los logros en Malku Khota de 2011); (describe el desarrollo del Proyecto en Malku Khota, esto es, “[C]urrent economic modeling demonstrates a robust project with strong operating cash flow, high rates of returns and modest capital and operating costs, particularly on a cost per ounce basis”) en 5; (describe las Relaciones Comunitarias y los programas de Responsabilidad Social Empresarial, esto es, “[A]dditionally, we have recruited a team of representatives from the local Ayllus with the purpose of improving our communication with local leaders and supporting the local implementation teams responsible for each of the Impact and Benefit Agreements in place. Together with community representatives, we are also developing processes for constructing resolution of any community concerns and will be establishing a multi-stakeholder Advisory Committee with other commissions to address labor and environmental management”) en 7; (entrega una Visión General del Proyecto de Malku Khota) en 8; (entrega una descripción detallada del proyecto) en 10-11; (establece los recursos estimados para Malku Khota) en 14; **Prueba C-301**, South American Silver Corp., *First Quarter Ended March 31, 2012 – Management’s Discussion & Analysis (“MD&A”)*, 11 de mayo de 2012 en 4, (“Due to the bulk mineable and heap leachable nature of the deposit, there remains excellent potential to continue to expand production levels beyond the 13.2 million ounces of silver per year level in the 2011 Economic Assessment study through further optimization of the resource and increases in overall mine throughput. Current optimization studies are targeting expansion of annual silver production toward 18 – 20 million ounces per year as part of the updated Economic Assessment and would make Malku Khota one of the largest producing silver mines in the world”).

¹⁶¹ **Prueba C-302**, Nota de Prensa de South American Silver Corp., “South American Silver Corp. Announces Final Closing of \$16 Million Financing with Asian based High Technology Groups,” 7 de mayo de 2012.

¹⁶² **CWS-13**, Declaración Testimonial Complementaria de Fitch en ¶ 10.

buscando otros arriendos de terrenos y contratos de opción.¹⁶³ [REDACTED]

50. De hecho, sí se celebró una reunión de planificación en La Paz a principios de enero de 2012. Los gerentes *senior* de la Compañía asistieron a esta reunión, incluyendo a Jim Mallory. El señor Mallory relata en su declaración testimonial que “él invitó a los señores Xavier Gonzáles y Fernando Cáceres” a asistir a esta reunión, así como a “varios consultores ambientales para asistir en la planificación.”¹⁶⁵ [REDACTED]

51. Por ejemplo, el “primer día de las reuniones incluyeron discusiones en torno a las actividades de exploración, de relaciones comunitarias, requerimientos de ingeniería y otros requerimientos administrativos.”¹⁶⁶ El “segundo día de reuniones se desarrolló para discutir específicamente el cronograma de los estudios ambientales de referencia requeridos para el Proyecto.”¹⁶⁷ Los consultores ambientales de la Compañía participaron activamente de estas discusiones.¹⁶⁸ El lugar de la reunión luego se cambió y “todo el equipo viajó a Sakani, para ver los preparativos para retomar las actividades de exploración en el ayllu Samca, discutir sobre ubicaciones temporales y permanentes para los campamentos que fueran aceptables para el ayllu Sulka Jilacitani, e investigar opciones para un pozo para el suministro de agua para las instalaciones del campamento.”¹⁶⁹ [REDACTED]

¹⁶³ *Ídem.*

¹⁶⁴ **CWS-13**, Declaración Testimonial Complementaria de Fitch en ¶ 7.

¹⁶⁵ **CWS-11**, Tercera Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 17.

¹⁶⁶ *Ídem*, en ¶ 18.

¹⁶⁷ *Ídem.*

¹⁶⁸ **CWS-11**, Tercera Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 18.

¹⁶⁹ **CWS-11**, Tercera Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 18.

¹⁷⁰ **CWS-11**, Tercera Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 18, **CWS-12**, Declaración Testimonial Complementaria de Gonzales en ¶ 22.

52. [REDACTED]

53. En consecuencia, basado en lo anterior, está claro que las alegaciones de Bolivia de actuar ilícito de CMMK son el resultado de distorsiones o abiertas falsedades que no están respaldadas por evidencias creíbles o competentes. Sin embargo, como se señala más adelante, incluso si fueran ciertas (aunque no lo son), dichos actos en ningún caso privan a este Tribunal de jurisdicción sobre los reclamos de South American Silver en virtud del Tratado.

III. EL TRIBUNAL TIENE JURISDICCIÓN SOBRE LOS RECLAMOS DEL DEMANDANTE

54. La debilidad de las objeciones de Bolivia respecto de la jurisdicción del Tribunal en este arbitraje se ilustra no sólo por el hecho de que ya ha admitido que South American Silver

¹⁷¹ CWS-13, Declaración Testimonial Complementaria de Fitch en ¶ 12.

¹⁷² [REDACTED]

¹⁷³ CWS-5, Declaración Testimonial de Santiago Angulo, 18 de julio de 2014 en ¶ 19.

¹⁷⁴ *Ídem.*

¹⁷⁵ [REDACTED]

es una sociedad protegida bajo el Tratado y que es dueña de inversiones calificadas en Bolivia.¹⁷⁶ También se encuentra probado por la falta de respuesta por parte de Bolivia a los planteamientos de South American Silver expuestos en su Memorial de Réplica. En su Memorial de Dúplica, Bolivia ha mantenido, intactas, algunas de las alegaciones originales que hizo en su Memorial de Contestación, mientras que ha abandonado otras. También ha presentado objeciones jurisdiccionales totalmente nuevas. Como resultado de lo anterior, es obvio que Bolivia se encuentra aferrándose a lo que sea, y que el Tribunal tiene jurisdicción sobre la controversia.

55. Según se discute en las secciones siguientes, el Tratado protege tanto a los dueños directos y a los indirectos de inversiones que califican, contrario a las alegaciones de Bolivia (A). Más aún, los intentos de Bolivia de imponer al Demandante y al Tribunal requerimientos jurisdiccionales que no se encuentran en el Tratado no deben prosperar (B). Por estas razones, el Tribunal debe rechazar las objeciones de Bolivia y declarar que tiene jurisdicción sobre las reclamaciones de South American Silver.

A. EL TRATADO PROTEGE A LOS DUEÑOS DIRECTOS E INDIRECTOS DE LAS INVERSIONES QUE CALIFICAN

56. Notablemente, Bolivia ignora casi por completo los argumentos jurisdiccionales planteados por South American Silver en su Memorial de Réplica y procede en su Memorial de Dúplica a hacer las mismas alegaciones no procedentes que formuló en su Memorial de Contestación. Bolivia alega que el Artículo 8(1) del Tratado no se refiere a las inversiones indirectas,¹⁷⁷ y que la referencia de la disposición a la “inversión de la primera” excluye a las inversiones indirectas del consentimiento de las partes a someterse a arbitraje,¹⁷⁸ y que las circunstancias en que el Tratado fue celebrado confirman su posición.¹⁷⁹ Sin embargo, como South American Silver lo explica en su Memorial de Réplica, y lo explica nuevamente a continuación, éstas son alegaciones erróneas que el Tribunal debe rechazar completamente.

1. El significado ordinario de los términos “inversión de la primera” y el contexto, objeto y propósito del Tratado indican que el Artículo 8(1)

¹⁷⁶ Memorial de Objeciones a la Jurisdicción, Admisibilidad de los Reclamos y Contestación a la Demanda del Demandado, 31 de marzo de 2015 en ¶ 224 (“Memorial de Contestación del Demandado”).

¹⁷⁷ Dúplica del Demandado en ¶ 250.

¹⁷⁸ Dúplica del Demandado en ¶¶ 252 *et seq.*

¹⁷⁹ Dúplica del Demandado en ¶¶ 258 *et seq.*

se aplica igualmente a los dueños directos e indirectos de las inversiones que califican

57. El significado ordinario de los términos “inversión de la primera,” contenidos en el Artículo 8(1) del Tratado se refiere tanto a las inversiones directas como a las indirectas.¹⁸⁰ Bolivia no discute que el término “de” (“of”) puede tener diferentes significados, dependiendo del contexto.¹⁸¹ De hecho, el Oxford English Dictionary, en el cual Bolivia se basa, lo indica.¹⁸² Tampoco refuta Bolivia lo sostenido por el tribunal de *Rurelec v. Bolivia*, en cuanto a que el Artículo 8(1) de este Tratado se aplica a las inversiones directas e indirectas,¹⁸³ o el razonamiento del tribunal de *CEMEX v. Venezuela*, en el cual dicha postura se basó en parte,¹⁸⁴ en cuanto a que el uso de la preposición “of” (en inglés) no implica que las inversiones necesiten ser de propiedad directa de los inversionistas.¹⁸⁵

58. Asimismo, Bolivia ignora y no responde el argumento de South American Silver consistente en que, debido a que la noción de “inversión” según el Tratado es amplia e incluye a las inversiones indirectas como las que South American Silver realizó en Bolivia,¹⁸⁶ el Artículo 8(1) necesariamente se refiere tanto a inversiones directas como a inversiones indirectas.¹⁸⁷ Tampoco discute Bolivia la existencia de jurisprudencia consistente en esta materia.¹⁸⁸ Bolivia

¹⁸⁰ Réplica del Demandante en ¶¶ 157 *et seq.*

¹⁸¹ Réplica del Demandante en ¶ 157; **RLA-60**, *Standard Chartered v. United Republic of Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/10/12, Laudo, 2 de noviembre de 2012 en ¶ 216.

¹⁸² **RLA-48**, Oxford English Dictionary. De acuerdo al Diccionario, la preposición “of” (“de”) podría indicar “*an association between two entities, typically one of belonging.*” En otras palabras, contraria a la postura de Bolivia, la preposición no supone una conexión directa (*Ver* Dúplica del Demandado Memorial en ¶ 252).

¹⁸³ Réplica del Demandante en ¶ 161; **CLA-1**, *Guaracachi America, Inc. et al. v. The Plurinational State of Bolivia*, Caso PCA No. 2011-17, CNUDMI, Laudo, 31 de enero de 2014 en ¶ 365.

¹⁸⁴ Réplica del Demandante en ¶ 161; **CLA-1**, *Guaracachi America, Inc. et al. v. The Plurinational State of Bolivia*, Caso PCA No. 2011-17, CNUDMI, Laudo, 31 de enero de 2014 en ¶ 356.

¹⁸⁵ Réplica del Demandante en ¶¶ 159-160; **CLA-100**, *CEMEX Caracas Investments B.V. et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/08/15, Decisión sobre Jurisdicción, 30 de diciembre de 2010 en ¶ 144.

¹⁸⁶ Réplica del Demandante en ¶ 164.

¹⁸⁷ Réplica del Demandante en ¶ 167.

¹⁸⁸ Réplica del Demandante en ¶¶ 165-166; **CLA-1**, *Guaracachi America, Inc. et al. v. The Plurinational State of Bolivia*, Caso CPA No. 2011-17, CNUDMI, Laudo, 31 de enero de 2014 en ¶¶ 352-353; **RLA-55**, *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2004 en ¶ 137; **RLA-54**, *Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia*, Caso CIADI No. ARB/05/18, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de julio de 2007 en ¶¶ 123-124; **CLA-104**, *Tza Yap Shum v. The Republic of Peru*, Caso CIADI No. ARB/07/6, Decisión sobre Jurisdicción, 19 de junio de 2009 en ¶¶ 105-111; **CLA-105**, *Venezuela Holdings B.V. et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/27, Decisión sobre

también pasa por alto el hecho de que el objeto y propósito del Tratado respaldan la posición de que el Artículo 8(1) se aplica igualmente a los dueños directos y a los indirectos de las inversiones que califican.¹⁸⁹

59. Bolivia discute el hecho de que *South American Silver* se base en el caso *ELSI* para su proposición de que, en ausencia de lenguaje claro y específico que excluya a las inversiones indirectas de la protección del Tratado, el Artículo 8(1) debe interpretarse como si se refiriera a dichas inversiones indirectas.¹⁹⁰ Sin embargo, ése es precisamente el razonamiento que la Corte Internacional de Justicia adoptó cuando sostuvo que era “*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.*”¹⁹¹ Además, Bolivia ignora el hecho de que tribunales de tratados de inversión han rehusado excluir a las inversiones indirectas de la protección de los tratados porque no había un lenguaje expreso al efecto.¹⁹²

60. En su lugar, Bolivia se apoya torpemente en la decisión *ELSI* para argumentar que el principio de que los tribunales tienen jurisdicción sobre las controversias respecto de las cuales existe consentimiento expreso no deberían ser consideradas tácitamente dejadas de lado, y por lo tanto no debe considerarse que el Artículo 8(1) del Tratado incluye las inversiones indirectas.¹⁹³ La alegación de Bolivia es débil. De hecho, el Demandante no está sugiriendo que el Tribunal deje de lado este principio.¹⁹⁴ Más bien, *South American Silver* propone que las partes del

Jurisdicción, 10 de junio de 2010 en ¶¶ 162-166; **CLA-100**, *CEMEX Caracas Investments B.V. et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/08/15, Decisión sobre Jurisdicción, 30 de diciembre de 2010 en ¶¶ 150-156; **CLA-106**, *National Grid plc v. The Argentine Republic*, CNUDMI, Decisión sobre Jurisdicción, 20 de junio de 2006 en ¶¶ 37 y 63; y **CLA-4**, *BG Group Plc v. The Argentine Republic*, CNUDMI, Laudo Final, 24 de diciembre de 2007 en ¶¶ 112 y 467.

¹⁸⁹ Réplica del Demandante en ¶ 175.

¹⁹⁰ Dúplica del Demandado en ¶¶ 256-257; Réplica del Demandante en ¶¶ 168, 171.

¹⁹¹ **CLA-107**, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Fallo, ICJ Reports 1989 en 15, ¶ 50.

¹⁹² Réplica del Demandante en ¶¶ 169-170; **CLA-1**, *Guaracachi America, Inc. et al. v. The Plurinational State of Bolivia*, Caso CPA No. 2011-17, CNUDMI, Laudo, 31 de enero de 2014 en ¶ 353; **CLA-104**, *Tza Yap Shum v. The Republic of Peru*, Caso CIADI No. ARB/07/6, Decisión sobre Jurisdicción, 19 de junio de 2009 en ¶¶ 106-107.

¹⁹³ Dúplica del Demandado en ¶ 257.

¹⁹⁴ En cualquier caso, *South American Silver* destaca que la doctrina y la jurisprudencia que Bolivia cita en respaldo de su alegación se refiere a cláusulas de nación más favorecida y por lo mismo son irrelevantes (Ver Dúplica del Demandado en ¶ 257, nota 419).

Tratado han consentido expresamente al arbitraje respecto de las inversiones indirectas *porque* el Artículo 8(1) se refiere a dichas inversiones.

61. Así, la posición de South American Silver respecto del ámbito del Artículo 8(1) del Tratado se mantiene, con creces, indiscutida.¹⁹⁵ El no enfrentamiento por parte de Bolivia de los argumentos del Demandante debería llevar al Tribunal a concluir que el mismo tiene jurisdicción apropiada sobre los reclamos de South American Silver en este arbitraje.

2. No hay necesidad de recurrir a medios de interpretación complementarios, pero aun si la hubiera, las “circunstancias” invocadas por Bolivia están fuera de lugar

62. South American Silver señaló en su Memorial de Réplica que no existía razón para recurrir a los medios de interpretación complementarios previstos en el Artículo 32 de la Convención de Viena con respecto al Artículo 8(1) del Tratado, ya que la aplicación adecuada de la regla general de interpretación de la Convención (consagrada en el Artículo 31) da pie a una lectura de la misma—que se aplica a los dueños directos y a los indirectos de las inversiones que califican—de que no era “ambigua u oscura” ni “manifiestamente absurda o irrazonable.”¹⁹⁶ Bolivia tergiversa la posición de South American Silver, alegando que el Demandante “insiste en que el texto del Tratado sería ambiguo y que el Tribunal debería asumir jurisdicción teniendo en cuenta esta circunstancia” y luego se basa en esa tergiversación para invocar el Artículo 32.¹⁹⁷

63. Bolivia no discute el hecho que el Artículo 32 de la Convención de Viena sólo se debe referir a si la aplicación correcta del Artículo 31 produce un resultado ambiguo.¹⁹⁸ Sin embargo, South American Silver nunca sugirió que el Artículo 8(1) fuera ambiguo. Por el contrario, ha señalado repetidamente que el significado ordinario de los términos “inversión de la primera” y tanto el contexto como el objeto y propósito del Tratado indican que el Artículo 8(1) es aplicable igualmente a los dueños directos y a los dueños indirectos de las inversiones que

¹⁹⁵ Bolivia no ha rebatido las críticas de South American Silver respecto de la opinión disidente del Juez Read en *Anglo Iranian Oil* y de la decisión de *Brown v. Stott* (Ver Réplica del Demandante en ¶¶ 172-173), en los que Bolivia se basa en su Memorial de Contestación para respaldar sus objeciones a la jurisdicción. Si bien Bolivia ya no se apoya en la opinión disidente del Juez Read en su Memorial de Dúplica, sí cita nuevamente a *Brown v. Stott* como si no hubiera nada incorrecto (Ver Dúplica del Demandado Memorial en ¶ 251, n. 406).

¹⁹⁶ Réplica del Demandante en ¶ 180.

¹⁹⁷ Dúplica del Demandado en ¶ 262.

¹⁹⁸ Dúplica del Demandado en ¶ 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”).

califican. Así, las partes están de acuerdo que no hay necesidad de recurrir al Artículo 32 en el presente caso.¹⁹⁹

64. Pero incluso si el Tribunal decidiera basarse en medios de interpretación complementarios, lo que incluiría “los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración,”²⁰⁰ para interpretar el Artículo 8(1) del Tratado, los tratados invocados por Bolivia no son parte de dichas “circunstancias.”²⁰¹ De hecho, la frase “circunstancias de [la] celebración [de un tratado]” se refiere a “*the contemporary circumstances and the historical context in which the treaty was concluded.*”²⁰² Ya que el Tratado se firmó el 24 de mayo de 1988, las circunstancias de su conclusión lógicamente no pueden cubrir tratados firmados *después* de esa fecha, como los tratados Bolivia-Francia, Bolivia-BLEU, Bolivia-Suecia y Bolivia-Italia, en los cuales Bolivia intenta basarse.²⁰³ Tampoco ha establecido Bolivia que los tratados Bolivia-Suiza y Bolivia-Alemania, en los cuales también se apoya (y que fueron firmados antes que el Tratado), forman parte de las circunstancias contemporáneas y del contexto histórico en los cuales el Tratado concluyó específicamente. Bolivia no ha demostrado que las partes discutieron estos dos tratados al negociar el Tratado o que el Reino Unido incluso tenía conocimiento (o debió tener conocimiento) de que Bolivia había concluido dos tratados con Suiza y con Alemania en 1987. Reveladoramente, Bolivia nuevamente no ha presentado los trabajos preparatorios del Tratado, pese al hecho que South American Silver ya había hecho presente su ausencia en el expediente en su Memorial de Réplica.²⁰⁴

65. Además, los tribunales de inversión se han rehusado frecuentemente a basarse en otros tratados al interpretar las disposiciones de un tratado específico.²⁰⁵ La sola respuesta de

¹⁹⁹ Dúplica del Demandado en ¶ 262 (“Bolivia considera que una lectura sistemática del texto del Tratado es suficiente para concluir que éste no protege inversiones indirectas”); Réplica del Demandante en ¶ 180.

²⁰⁰ **CLA-11**, Convención de Viena, Artículo 32.

²⁰¹ Dúplica del Demandado en ¶ 258.

²⁰² **CLA-179**, Sir Humphrey Waldock, Relator Especial, “Third Report on the law of treaties,” en el Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1964), vol. II en página 59, ¶ 22.

²⁰³ Dúplica del Demandado en ¶ 258, n. 421-422.

²⁰⁴ Réplica del Demandante en ¶ 181.

²⁰⁵ Réplica del Demandante en ¶ 182; **CLA-112**, *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, Caso CIADI No. ARB/06/3, Decisión sobre las Objeciones Preliminares a la Jurisdicción y Admisibilidad del Demandado, 18 de abril de 2008 en ¶ 108; **CLA-104**, *Tza Yap Shum v. The Republic of Peru*, Caso CIADI No. ARB/07/6, Decisión sobre Jurisdicción, 19 de junio de 2009 en ¶ 109; **CLA-99**, *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/02/3, Decisión sobre las Objeciones a la Jurisdicción del Demandado, 21 de

Bolivia a esta consistente línea jurisprudencial consiste en minimizar el análisis realizado por estos tribunales,²⁰⁶ una táctica inapropiada, por decir lo menos. En consecuencia, el Artículo 32 de la Convención de Viena no presta apoyo alguno a la errónea interpretación del Demandado del Artículo 8(1) del Tratado.

B. EL TRIBUNAL DEBE DESESTIMAR LOS REQUISITOS JURISDICCIONALES EN LOS QUE BOLIVIA SE BASA, PERO QUE NO ESTÁN INCLUIDOS EN EL TRATADO

66. El Tratado dispone que un tribunal tiene jurisdicción sobre “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.”²⁰⁷ Así, siempre y cuando un demandante pueda demostrar que cumple con la definición del Tratado de “nacional” o “sociedad”, conforme a los Artículos 1(c) o 1(d), que su inversión cumple los requisitos establecidos en el Artículo 1(a), y que es el propietario, directo o indirecto, de aquella inversión, entonces un tribunal tiene necesariamente competencia sobre los reclamos de dicho demandante. No existe ningún otro requisito conforme al Tratado que deba ser satisfecho para aceptar la jurisdicción sobre las pretensiones de un demandante y Bolivia ya admitió que South American Silver es una sociedad protegida bajo el Tratado y que es propietaria de inversiones que califican en Bolivia.²⁰⁸

67. En su última presentación, Bolivia sostiene que el Tribunal debería declararse incompetente en esta controversia porque South American Silver no “participó activamente” en la realización de la inversión controvertida en el presente arbitraje;²⁰⁹ y porque levantar el velo corporativo demostraría que el Demandante no es la verdadera parte interesada.²¹⁰ Sin embargo, estos requisitos no están contemplados en el Tratado y deben ignorarse. Asimismo, los tribunales de tratados de inversión han rechazado de forma consistente las iniciativas de las

octubre de 2005 en ¶ 314; **CLA-1**, *Guaracachi America, Inc. et al. v. The Plurinational State of Bolivia*, Caso CPA No. 2011-17, CNUDMI, Laudo, 31 de enero de 2014 en ¶ 354.

²⁰⁶ Dúplica del Demandado en ¶ 261.

²⁰⁷ **Prueba C-1**, Tratado, Artículo 8(1).

²⁰⁸ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 224.

²⁰⁹ Dúplica del Demandado en ¶¶ 264 *et seq.*

²¹⁰ Dúplica del Demandado en ¶¶ 276 *et seq.*

partes tendientes a imponer requisitos jurisdiccionales adicionales más allá de aquéllos ya establecidos en el tratado subyacente.²¹¹

68. El intento por parte de Bolivia de distinguir estos casos nace de una equivocación.²¹² Los laudos son relevantes según ellos apoyan la simple premisa de que los tribunales deben interpretar los tratados tal como fueron redactados, respetando los términos bajo los cuales las partes acordaron establecer la jurisdicción. Efectivamente, Bolivia no ha disputado que sería improcedente para un Tribunal imponer requisitos jurisdiccionales a los demandantes que las partes del Tratado podrían haber añadido pero que no hicieron. De esta manera, el Tribunal debe desestimar las objeciones jurisdiccionales de Bolivia y disponer que el Tratado sólo exige que un demandante sea propietario, directo o indirecto, de la inversión (1); y que el Tratado no provee una base para levantar el velo corporativo en este caso (2).

1. El Tratado sólo exige que un demandante sea propietario, directo o indirecto, de la inversión que es el objeto de la controversia

69. En su Memorial de Contestación, Bolivia sostuvo que aun si el Artículo 8(1) del Tratado aplicara por igual a las inversiones directas e indirectas (según se estableció anteriormente), solamente el dueño único y final de dichas inversiones puede beneficiarse de las protecciones otorgadas por el Tratado.²¹³ South American Silver indicó en su Réplica que el

²¹¹ Réplica del Demandante en ¶ 187; **CLA-46**, *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 en ¶ 241; **RLA-27**, *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1, Laudo, 22 de septiembre de 2014 en ¶ 255; **CLA-113**, *Yukos Universal Limited v. The Russian Federation*, Caso CPA No. AA 227, CNUDMI, Laudo Provisional sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 30 de noviembre de 2009 en ¶¶ 432-435; **CLA-112**, *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, Caso CIADI No. ARB/06/3, Decisión sobre las Objeciones Preliminares a la Jurisdicción y Admisibilidad del Demandado, 18 de abril de 2008 en ¶ 110; **CLA-114**, *Siag et al. v. The Arab Republic of Egypt*, Caso CIADI No. ARB/05/15, Decisión sobre Jurisdicción, 11 de abril de 2007 en ¶¶ 208-210; **CLA-35**, *ADC Affiliate Limited et al. v. The Republic of Hungary*, Caso CIADI No. ARB/03/16, Laudo del Tribunal, 2 de octubre de 2006 en ¶¶ 357, 359; **CLA-115**, *Tokios Tokelos v. Ukraine*, Caso CIADI No. ARB/02/18, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de abril de 2004 en ¶ 77.

²¹² Dúplica del Demandado en ¶ 290. Bolivia sostiene que “[s]i 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.” Sin embargo, ello es precisamente la objeción que el demandado en el caso *Saluka* planteó y la que procedió a rechazar el tribunal de *Saluka* (Ver también **CLA-46**, *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 en ¶¶ 239-242).

²¹³ Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 245 *et seq.*

Tratado no contenía aquel requisito;²¹⁴ y que Bolivia malinterpretó las decisiones en las que se basaba para apoyar dicho alegato.²¹⁵

70. Bolivia pareciera haber abandonado aquella pretensión en vista de que no ha podido responder los planteamientos de South American Silver en este respecto. En cambio, presenta un nuevo alegato en su Memorial de Dúplica: que el Tribunal carece de competencia en esta controversia porque South American Silver presuntamente no “realizó” ninguna inversión en Bolivia. De acuerdo al Demandado, los términos “inversión de la primera,” en el Artículo 8(1) del Tratado significan que debe existir un “vínculo objetivo” entre la sociedad y la inversión, es decir, que la sociedad “debe haber participado activamente en la realización de la inversión en el Estado receptor.”²¹⁶

71. La afirmación de Bolivia, sin embargo, es defectuosa. En lo que se refiere a la competencia de un tribunal, el Artículo 8(1) del Tratado sólo exige que la inversión *pertenezca* al demandante, tal como lo constatan las propias pruebas de Bolivia²¹⁷ (y como se señaló anteriormente, el demandante puede ser dueño de dicha inversión de forma directa o indirecta).²¹⁸ El Tratado no exige que el Demandante haya “participado activamente” en la realización de la inversión. El intento de Bolivia de interpretar un requisito tan subjetivo es un intento manifiesto de inducir al Tribunal a error para que éste aplique un estándar distinto al criterio de propiedad objetiva acordado por las Partes Contratantes y, consiguientemente, debe ser rechazado.

72. El preámbulo del Tratado tampoco contiene dicho requisito, contrario a la posición de Bolivia.²¹⁹ En ese sentido, la dependencia de Bolivia en los casos *Caratube* y *Standard Chartered* es inadecuada. Si bien sostiene que “los tratados analizados por estos tribunales son suficientemente similares,”²²⁰ ése no es el caso.

²¹⁴ Réplica del Demandante en ¶¶ 185-188.

²¹⁵ Réplica del Demandante en ¶¶ 189-194.

²¹⁶ Dúplica del Demandado en ¶¶ 264-265.

²¹⁷ **RLA-48**, Oxford English Dictionary (la preposición “of” (“de”) podría indicar “an association between two entities, typically one of belonging”).

²¹⁸ Ver también *supra* ¶¶ 56 et seq.

²¹⁹ Dúplica del Demandado en ¶¶ 268-270.

²²⁰ Dúplica del Demandado en ¶ 270.

73. En relación a *Caratube*, Bolivia cita similitudes percibidas entre los preámbulos del TBI de EE.UU.-Kazajstán y el Tratado como una garantía para importar un “[requisito] que la jurisdicción de los tribunales esté limitada a aquellas inversiones en las que se verifique la existencia de una relación económica...” ya que supuestamente la jurisdicción “sólo puede existir respecto de aquellos activos que hayan contribuido a la estimulación del flujo de capitales entre ciertos Estados.”²²¹ Dejando de lado la premisa un tanto dudosa de que las inversiones indirectas necesariamente diluyen o niegan los beneficios económicos a Bolivia de una inversión como la del Proyecto de Malku Khota, se debe destacar que el caso *Caratube* tuvo un patrón de hechos peculiar que condujo a conclusiones jurídicas que son completamente ajenas a este caso. *Caratube* sólo llegó a su conclusión porque el demandante de dicho arbitraje era una entidad kazaja que demandaba al Estado de su constitución, Kazajstán, conforme al TBI de EE.UU.-Kazajstán, una situación habitualmente prohibida en el derecho de inversión. Sin embargo, el TBI de EE.UU.-Kazajstán expresamente permitía esto mediante referencia al Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI, el cual permite a los nacionales demandar sus propios Estados de constitución cuando, “por estar sometidas a *control extranjero*”, dicha compañía sería considerada un nacional de la persona o entidad que la controla. El tribunal de *Caratube* enfatizó que, además de tener la propiedad de la inversión, *también* se requería el control de la misma, no por el TBI de EE.UU.-Kazajstán (que cubría inversiones “*owned or controlled*” como inversiones que califican – lenguaje que ni siquiera existe en el TBI del Reino Unido-Bolivia), sino porque el “control extranjero” era un requisito establecido en el Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI.²²² *Caratube*, por ende, no se parece en nada a este caso, el que es un arbitraje conforme al Reglamento de la CNUDMI en el que el Demandante no es, indiscutiblemente, una entidad constituida en Bolivia que tendría que satisfacer la prueba de “control extranjero” del Convenio del CIADI para poder acceder a las protecciones otorgadas por el Tratado.

²²¹ Dúplica del Demandado en ¶ 268-69.

²²² *Caratube*, en el párrafo 380 (“As found above, in order to find that this Tribunal has jurisdiction, the Claimant must prove that it satisfies the requirements both of Article 25(2)(b) of the ICSID Convention, and of Article VI(8) of the BIT. Regarding the term ‘investment’ in Article VI(8), the BIT’s definition in Article I(1)(a) uses the phrase ‘owned or controlled’ not merely ‘control’ as does Article 25(2)(b). The two words are connected by an ‘or’. While, thus, this wording of the BIT seems to imply that it is sufficient to prove either ownership or control to satisfy this requirement, as seen above, the definition in the BIT cannot go beyond the limits established by Art. 25(2)(b) of the ICSID Convention which makes no reference to ownership, but expressly requires control.”).

74. De igual modo, el tribunal de *Standard Chartered* fundamentó su análisis en los hechos únicos de dicho caso y la redacción específica del Artículo 1(a) del TBI del Reino Unido-Tanzania, que dispone que una inversión debe “realizarse” (“*made*”) en el territorio de la Parte Contratante.²²³ Sin embargo, el Artículo 1(a) del Tratado no contiene dicho lenguaje—meramente define el término “inversión” como “*every kind of asset which is capable of producing returns.*”²²⁴ A mayor abundamiento, aún si este Tribunal adoptara la interpretación en *Standard Chartered* de la frase “*investment of latter in the territory of the former*” (la que el Demandante rechaza), el Tribunal aún retendría jurisdicción en este arbitraje. El tribunal de *Standard Chartered* concluyó que, “*to constitute Claimant’s status as treaty investor, so that the Loans may be considered investments ‘of’ Claimant, implicates Claimant doing something as part of the investing process, either directly or indirectly through an agent or entity under the investor’s direction. No such actions were performed.*”²²⁵

75. Aquí, no existe controversia alguna respecto a que South American Silver Ltd. “hizo algo como parte del proceso de inversión,”²²⁶ esto es:

- Adquirió el 100% de las acciones de sus filiales bahameñas de su propiedad absoluta (Malku Khota Ltd., Productora Ltd. y G.M. Campana Ltd.) en 1994 y 2003;
- A su vez, Malku Khota Ltd., Productora Ltd. y G.M. Campana Ltd adquirieron el 100% de las acciones en CMMK (constituida el 7 de noviembre de 2003)²²⁷ en 2003 y 2007. CMMK es la entidad boliviana propietaria de las diez concesiones mineras que constituyen el Proyecto Malku Khota.

²²³ **RLA-60**, *Standard Chartered Bank v. Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/10/12, Laudo, 2 de noviembre de 2012 en ¶¶ 204 (“Article 1(a) of the BIT provides that: (a) “investment” means every kind of asset admitted in accordance with the legislation and regulations in force in the territory of the Contracting Party in which the investment is made...”), 222 (“Article 1(a) of the BIT defines the term “investment” for purposes of the treaty. In its first paragraph, it refers to the “territory of the Contracting State in which the investment is *made*”) (énfasis en el original).

²²⁴ **Prueba C-1**, Tratado, Artículo 1(a).

²²⁵ *Standard Chartered* ¶ 198.

²²⁶ *Ver también* Demanda Arbitral del Demandante en ¶ 33 (Fig. 1).

²²⁷ **Prueba C-11**, Constitución de la Compañía Malku Khota (CMMK), Escritura Pública N° 204/2003 y Escritura Pública N° 288/2003.

De este modo, a diferencia de *Standard Chartered* – en el cual el Demandante del Reino Unido tenía una muy atenuada conexión a la inversión (compra de préstamos), realizada exclusivamente por su filial de Hong Kong – aquí, toda la razón de ser de la estructura en vigor era realizar la inversión en el Proyecto de Malku Khota en Bolivia, una actividad en la que South American Silver, mediante la adquisición de acciones, participaba directamente, con la expectativa de que las ganancias obtenidas del proyecto llegarían necesariamente a South American Silver.

76. En vista de que los tratados subyacentes en los casos *Caratube* y *Standard Chartered* son sustancialmente distintas al Tratado, las decisiones de ambos tribunales no son relevantes en el presente caso.

77. Dado que el Tratado no da fundamentos a su posición, Bolivia recurre al *Salini test*, sosteniendo que, sin aportar prueba persuasiva alguna, sus requisitos son “una exposición reconocida y autorizada del concepto de inversión bajo el derecho internacional de las inversiones.”²²⁸ El Demandando se equivoca. El *Salini test*, según Bolivia misma reconoce,²²⁹ se desarrolló, ciertamente, para determinar si una operación económica dada constituía una inversión dentro del significado del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI, puesto que ni el convenio ni sus trabajos preparatorios definen qué es una inversión.²³⁰ La prueba ni siquiera es autoridad relevante dentro del marco de los arbitrajes del CIADI, dado que los propios tribunales no siempre la adoptan.²³¹ Asimismo, ni siquiera es verdad que “la doctrina ... ha avalado la naturaleza objetiva de la inversión teniendo en cuenta [el *Salini test*].”²³² Por ejemplo, el Profesor Douglas, en quien Bolivia presuntamente se basa,²³³ criticó el *Salini test*, notando que

²²⁸ Dúplica del Demandado en ¶ 266.

²²⁹ Dúplica del Demandado en ¶ 266.

²³⁰ Ver también **CLA-180**, Rudolf Dolzer y Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2ª ed. (Oxford University Press, 2012) 65-66; **CLA-181**, *White Industries Australia Limited v. The Republic of India*, CNDUMI, Laudo Final, 30 de noviembre de 2011 en ¶ 7.4.8.

²³¹ Ver también, por ejemplo, **CLA-182**, *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*, Caso CIADI No. ARB/07/16, Laudo, 8 de noviembre de 2010 en ¶ 311; **CLA-183**, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/07/29, Decisión sobre Jurisdicción, 12 de febrero de 2010 en ¶¶ 97, 108; **CLA-184**, *Philip Morris Brands S.à.r.l. et al. v. Oriental Republic of Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de julio de 2013 en ¶¶ 204-206; **CLA-185**, *Inmaris v. Ukraine*, Caso CIADI No. ARB/08/8, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de marzo de 2010 en ¶ 129.

²³² Dúplica del Demandado en ¶ 266.

²³³ Dúplica del Demandado en ¶ 266.

contenía criterios “*unworkable*” que generan “*too much subjectivity*,” lo cual lo hace “*unfit for the purpose*” de definir una inversión.²³⁴

78. En todo caso, no debería sorprender que todos los laudos en los que Bolivia se apoya para alegar que “otros tribunales de inversión bajo otros tratados y reglamentos han considerado [al *Salini test*] relevante y aplicable a la definición misma de ‘inversión’” fueron dictados dentro del contexto de casos del CIADI (excepto dos, explicados más adelante).²³⁵ Por ende, el hecho de que el tribunal del CIADI en *Quiborax c. Bolivia* presuntamente decidió, de acuerdo al Demandado,²³⁶ que la inversión en cuestión tenía que satisfacer tanto los criterios *Salini* como cumplir con las disposiciones del tratado bilateral de inversión subyacente, no sirve particularmente a Bolivia en su intento por imponer el *Salini test* a este Tribunal, el cual no fue constituido bajo el CIADI.

79. Lo cierto es que en arbitrajes que no sean bajo el CIADI, tal como en el presente caso, el *Salini test* simplemente no es aplicable.²³⁷ El Profesor Schreuer concuerda con esta posición,²³⁸ a pesar de la aseveración contraria de Bolivia.²³⁹ A mayor abundancia, de los dos casos no constituidos bajo el CIADI que cita el Demandado como casos que se basaron en el

²³⁴ **RLA-53**, Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge University Press, 2009) en páginas 191 (¶ 402), 198 (¶ 407), 202 (¶ 408).

²³⁵ Dúplica del Demandado en ¶ 266, nota 435.

²³⁶ Dúplica del Demandado en ¶ 267. En realidad, el tribunal de *Quiborax* rechazó el requisito de que una inversión tenía que contribuir al desarrollo del Estado receptor (*Ver también RLA-56, Quiborax S.A. et al. v. Plurinational State of Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Decisión sobre Jurisdicción, 27 de septiembre de 2012 en ¶¶ 219-220, 235).

²³⁷ *Ver también*, por ejemplo, **CLA-1**, *Guaracachi America, Inc. et al. v. The Plurinational State of Bolivia*, Caso CPA No. 2011-17, CNUDMI, Laudo, 31 de enero de 2014 en ¶ 364; **CLA-181**, *White Industries Australia Limited v. The Republic of India*, CNUDMI, Laudo Final, 30 de noviembre de 2011 en ¶ 7.4.9; **CLA-186**, *Mytilineos Holdings SA v. The State Union of Serbia & Montenegro and Republic of Serbia*, CNUDMI, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 8 de septiembre de 2006 en ¶¶ 117-118.

²³⁸ **CLA-180**, Rudolf Dolzer y Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2ª ed. (Oxford University Press, 2012) 65 (“The current wide-ranging debate on ‘investment’ does not arise out of the definitions in investment treaties, but out of the search for the proper understanding of the non-defined term found in the ICSID Convention”).

²³⁹ Dúplica del Demandado en ¶ 266, nota 435. El pasaje citado por Bolivia del comentario del Profesor Schreuer al Convenio del CIADI no avala en modo alguno “*the objective nature of the investment.*”

Salini test,²⁴⁰ uno de hecho ni siquiera lo menciona (*Chevron*), mientras que el segundo fue criticado por sí haberlo hecho (*Romak*).²⁴¹

80. En síntesis, no existe razón alguna para que el Tribunal aplique el *Salini test* en este caso. En vista de que el Tratado contempla una definición de “inversión” en el Artículo 1(a), el Tribunal únicamente necesita cerciorarse, para poder determinar su competencia sobre las reclamaciones de South American Silver, de que las inversiones que esta última posee satisfagan aquella definición. Esto es lo que ocurre en el presente caso, puesto que el Demandante es propietario de inversiones en Bolivia que califican, debido a su participación accionaria del 100 por ciento en CMMK y las diez Concesiones Mineras. El Tribunal, consiguientemente, debe desestimar el intento de Bolivia de basarse en un requisito jurisdiccional que el Tratado siquiera contiene.

2. La petición por parte de Bolivia de que el Tribunal levante el velo corporativo es infructuosa

81. Bolivia alega que la controversia en este caso no es entre el Demandante, South American Silver, y Bolivia, sino entre el propietario final de South American Silver, TriMetals Mining Inc. (anteriormente South American Silver Corp.) y Bolivia.²⁴² Dado que el Tribunal no tiene jurisdicción sobre TriMetals Mining Inc., la cual es una sociedad canadiense, Bolivia argumenta que éste debería declararse incompetente sobre esta controversia.²⁴³ Aunque Bolivia niega hacerlo,²⁴⁴ efectivamente está pidiendo a este Tribunal ver e interpretar un requisito jurisdiccional adicional en el Tratado al levantar el velo corporativo, y negar su jurisdicción sobre las pretensiones de South American Silver en este arbitraje simplemente porque una sociedad canadiense es su propietaria. Esto es totalmente absurdo.

82. Ni el Artículo 8(1) ni el preámbulo del Tratado exigen a este Tribunal considerar la nacionalidad del propietario final de South American Silver para poder decidir sobre la

²⁴⁰ Dúplica del Demandado en ¶ 266, n. 434.

²⁴¹ Comentando sobre el uso del *Salini test* por parte del tribunal de *Romak*, el tribunal de *Rurelec* destacó que su aplicación fue “*exceptional*” y “*fact-specific*” (Ver también **CLA-1**, *Guaracachi America, Inc. et al. v. The Plurinational State of Bolivia*, Caso CPA No. 2011-17, CNUDMI, Laudo, 31 de enero de 2014 en ¶ 364).

²⁴² Dúplica del Demandado en ¶¶ 278, 281, 284, 292.

²⁴³ Dúplica del Demandado en ¶¶ 276, 278.

²⁴⁴ Dúplica del Demandado en ¶ 281.

jurisdicción del mismo, contrario a lo alegado por argumentos de Bolivia.²⁴⁵ Asimismo, los tribunales han sostenido unánimemente que, al considerar la nacionalidad del demandante para fines jurisdiccionales, el velo corporativo no debería levantarse salvo en circunstancias excepcionales, como en casos de fraude.²⁴⁶ No existe tal circunstancia (ni se ha alegado la misma) en el presente caso. Además, los tres laudos en los que se apoya Bolivia en respaldo a su petición de que el Tribunal levante el velo corporativo son irrelevantes, porque se basan en un conjunto de elementos jurídicos ausentes en este arbitraje.²⁴⁷

83. En *TSA Spectrum c. Argentina y Venoklim Holding c. Venezuela*, la decisión adoptada por los tribunales de levantar el velo corporativo fue justificada por los términos expresos del tratado subyacente. El demandante en *TSA Spectrum* era una sociedad argentina que intentó obtener jurisdicción del CIADI al argumentar que la misma era controlada por una compañía holandesa.²⁴⁸ El tribunal sostuvo que cuando un demandante intenta obtener jurisdicción del CIADI en base a la segunda rama del Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI (la llamada disposición de “control extranjero”), procede levantar el velo corporativo para poder constatar objetivamente “la existencia y materialidad de dicho control extranjero.”²⁴⁹ El tribunal sostuvo que carecía de jurisdicción para poder examinar las reclamaciones del demandante porque el propietario final de este último era un ciudadano argentino.²⁵⁰ En otras palabras, la

²⁴⁵ Dúplica del Demandado en ¶¶ 279, 282-283.

²⁴⁶ Ver también, por ejemplo, **CLA-187**, *Longreef A.V.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/11/5, Decisión sobre Jurisdicción, 12 de febrero de 2014 en ¶¶ 199, 202-206, 229; **CLA-188**, *KT Asia Investment Group B.V. v. Republic of Kazakhstan*, Caso CIADI No. ARB/09/8, Laudo, 17 de octubre de 2013 en ¶¶ 110-116, 139; **CLA-189**, *Swisslion DOO Skopje v. FYR Macedonia*, Caso CIADI No. ARB/09/16, Laudo, 6 de julio de 2012 en ¶¶ 127, 132; **CLA-68**, *Rumeli Telekom A.S. et al. v. Republic of Kazakhstan*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo, 29 de julio de 2008 en ¶¶ 324, 326, 328, 331; **CLA-112**, *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, Caso CIADI No. ARB/06/3, Decisión sobre las Objeciones Preliminares a la Jurisdicción y Admisibilidad del Demandado, 18 de abril de 2008 en ¶¶ 78-83, 93, 110; **CLA-149**, *ADC Affiliate Limited et al. v. The Republic of Hungary*, Caso CIADI No. ARB/03/16, Laudo del Tribunal, 2 de octubre de 2006 en ¶¶ 334-335, 354, 357-358, 364; **CLA-99**, *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/02/3, Decisión sobre las Objeciones a la Jurisdicción del Demandado, 21 de octubre de 2005 en ¶¶ 207, 245, 323; **CLA-115**, *Tokios Tokeles v. Ukraine*, Caso CIADI No. ARB/02/18, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de abril de 2004 en ¶¶ 21, 24-26, 28, 38, 71.

²⁴⁷ Dúplica del Demandado en ¶¶ 285 *et seq.*

²⁴⁸ **RLA-226**, *TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic*, Caso CIADI No. ARB/05/5, Laudo, 19 de diciembre de 2008 en ¶¶ 1, 21.

²⁴⁹ **RLA-226**, *TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic*, Caso CIADI No. ARB/05/5, Laudo, 19 de diciembre de 2008 en ¶ 147.

²⁵⁰ *Ídem* en ¶ 162.

decisión del tribunal de levantar el velo corporativo se basó en el lenguaje específico de la segunda parte del Artículo 25(2)(b) (y no en el Artículo 25(1), según alega Bolivia).²⁵¹ Debido a que el Convenio del CIADI no es sustancial a este arbitraje, la resolución del tribunal en *TSA Spectrum* no es aplicable.

84. El demandante en *Venoklim Holding* era una compañía holandesa que inició el procedimiento de arbitraje conforme a la Ley de Promoción y Protección de Inversiones venezolana.²⁵² El tribunal luego procedió a levantar el velo corporativo porque el término “inversor” según aquella ley exigía un control efectivo sobre la inversión.²⁵³ Concluyó que el demandante no era un “inversor” porque no controlaba efectivamente la inversión.²⁵⁴ De este modo, la decisión del tribunal en *Venoklim Holding* de levantar el velo corporativo es irrelevante en el presente caso porque se basó en la definición de la ley venezolana de “inversor”, lo cual aquí no procede.

85. El tribunal en el caso *Loewen* decidió levantar el velo corporativo en base a la norma de nacionalidad continua porque, como bien señala Bolivia, TLGI, uno de los dos demandantes, cambió de nacionalidad durante el arbitraje.²⁵⁵ Sin embargo, la decisión del tribunal de declinar su competencia sobre TLGI no es relevante para los fines del presente caso, porque la norma de nacionalidad continua no ha sido invocada. Asimismo, la decisión del tribunal *Loewen* de negar jurisdicción fue criticada por destacados comentaristas.²⁵⁶

²⁵¹ Dúplica del Demandado en ¶ 288.

²⁵² **RLA-224**, *Venoklim Holding B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/12/22, Laudo, 3 de abril de 2015 en ¶ 7-8, 44.

²⁵³ *Ídem*, en ¶ 141.

²⁵⁴ **RLA-224**, *Venoklim Holding B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/12/22, Laudo, 3 de abril de 2015 en ¶ 148.

²⁵⁵ Dúplica del Demandado en ¶ 286; **RLA-223**, *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo, 26 de junio de 2003 en ¶ 225 (“In international law parlance, there must be continuous national identity from the date of the events giving rise to the claim, which date is known as the *dies a quo*, through the date of the resolution of the claim, which date is known as the *dies ad quem*”).

²⁵⁶ *Ver también*, por ejemplo, **CLA-190**, Maurice Mendelson, “Runaway Train: The ‘Continuous Nationality’ Rule from the *Panavezys-Saldutiskis Railway* case to *Loewen*,” en Todd Weiler (ed.), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (Cameron May, 2005) en 51 (“Be that as it may, the decision upholding this objection to jurisdiction was dispositive of the case, and it was therefore inconsistent with the principle of judicial economy for the Tribunal to have gone on to consider other objections based on the continuous nationality rule. And having entered into

86. En definitiva, el Tribunal debe rechazar la petición infundada de Bolivia de levantar el velo corporativo, puesto que ni el Tratado ni la jurisprudencia relativa a tratados de inversión lo justifican. A su vez, el Tribunal debe declarar que sí tiene competencia conforme al Tratado sobre los reclamos de South American Silver en este arbitraje.

IV. LOS RECLAMOS DE BOLIVIA RESPECTO A ‘UNCLEAN HANDS’ E ILEGALIDAD SON JURÍDICAMENTE DEFECTUOSOS Y FÁCTICAMENTE INCORRECTOS

87. Bolivia mantiene su solicitud en cuanto a que se apliquen las doctrinas de “*clean hands*” (manos limpias) y de “Legalidad” como una defensa integral que la absolvería totalmente de su expropiación flagrante, descarada y no compensada de la inversión del Demandante. Señala un cúmulo de presuntas conductas ilícitas supuestamente infligidas sobre los comunarios que habitan el área del Proyecto de Malku Khota como fundamento de su alegato. Mas estas afirmaciones de un actuar ilícito simplemente faltan a la verdad y, en todo caso, no pueden privar a este Tribunal de su competencia para conocer los reclamos de South American Silver. Los reclamos de Bolivia deben ser de todas maneras considerados por el Tribunal, pero dicho análisis debiera efectuarse durante la etapa de examen del fondo, junto con los reclamos de South American Silver – no se le puede permitir evitar una consideración sobre el fondo del caso.

88. Como ya se explicó anteriormente en el Memorial de Réplica de South American Silver,²⁵⁷ y según se indicará más adelante, la invocación por parte de Bolivia de “*unclean hands*” y de la ilegalidad no puede vencer la jurisdicción de este Tribunal porque:

(A) la doctrina de “*clean hands*”—esto es, una regla que vuelve la *totalidad del caso* del Demandante como *inadmisibile* debido a perjuicios cometidos por el mismo—no es reconocida en el derecho internacional;

(B) la “Doctrina de Legalidad”²⁵⁸ no puede aplicarse al actuar ilícito supuestamente cometido años después de que fue realizada la inversión y que, en todo caso, no guarda relación con la inversión en sí; y

this domain, it has to be said, with respect, that the panel did not make a particularly impressive job of it. No authority was cited, and unsupported assertions were made”).

²⁵⁷ Réplica del Demandante en ¶¶ 196 *et seq.*

²⁵⁸ Principalmente, el requisito de que los inversionistas deben cumplir la ley del Estado receptor al realizar una inversión. Memorial de Réplica del Demandante en ¶¶ 219 *et seq.*

(C) Los alegatos de hecho de Bolivia simplemente no son ciertos.

No existe, por ende, razón acuciante alguna para negar totalmente el derecho del Demandante de invocar el TBI y que la jurisdicción del Tribunal está bien establecida.

A. EL DERECHO INTERNACIONAL NO RECONOCE LA DOCTRINA DE “CLEAN HANDS” Y LOS ESFUERZOS DE BOLIVIA DE DEMOSTRAR LO CONTRARIO SON INEFECTIVOS

89. El derecho internacional no reconoce la doctrina de “*clean hands*” y el intento por parte de Bolivia de establecer la misma no puede prevalecer. Por rigurosa que sea su retórica, la última presentación de Bolivia simplemente no ha logrado mostrar que la doctrina de “*clean hands*” en sí misma haya sido aceptada y aplicada por la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”) en ni un solo caso; tampoco ésta ha sido acogida favorablemente en el arbitraje internacional. De igual importancia, aun suponiendo que ciertos aspectos de la doctrina hayan existido en el derecho internacional, Bolivia ha fracasado rotundamente en especificar el contenido preciso de esta doctrina, ni mucho menos ha articulado un conjunto de criterios que deben satisfacerse para que ésta aplicara. Bolivia intenta ocultar este defecto crucial al efectivamente proponer una nueva definición de la doctrina de “*clean hands*” que aniquila el requisito de que la ilegalidad denunciada por el demandado debe estar directamente vinculada a la causa de acción del demandante.²⁵⁹

90. Además, la afirmación de Bolivia de que la doctrina de “*clean hands*” es un “*general principle of law that should be appli[ed] in all cases*” se basa en comentarios académicos que abogan para que ésta sea así *de lege ferenda*—no en jurisprudencia internacional real que reconoce la doctrina.²⁶⁰ En efecto, los mismos artículos citados por Bolivia reconocen abiertamente que la doctrina aún no ha adquirido consenso y aceptación internacional:

²⁵⁹ Dúplica del Demandado en ¶ 302 (señalando que 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” sin citar una sola fuente en apoyo a esta definición).

²⁶⁰ *Ver también* por ejemplo, Dúplica del Demandado en ¶¶ 301-302 (citando **RLA-66**, R. Kreindler, “Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine”, en *Between East and West: Essays in Honour of Ulf Frank, K. Hobér and others* (eds.), Juris Publishing, 2010; **RLA-88**, P. Dumberry, G. Dumas-Aubin, “The Doctrine of ‘Clean Hands’ and the Inadmissibility of Claims by Investors Breaching International Human Rights Law”, 10 *Transnational Dispute Management*, edición 1, 2013).

- “*The application of the ‘clean hands’ doctrine in international law is still controversial;*”²⁶¹
- “*International tribunals have so far been reluctant to recognize its existence;*”²⁶²
- “*Inconsistency [of the clean hands doctrine] has indeed been underlined in the recent PCA arbitration between Guyana and Suriname;*”²⁶³
- La doctrina de “*clean hands*” “*has been rarely applied;*”²⁶⁴
- La doctrina de “*clean hands*” “*is still considered as a controversial principle;*”²⁶⁵
- La “*ICJ has not explicitly upheld the Unclean Hands Doctrine by any majority opinion;*”²⁶⁶

Quizás al entender que la doctrina de “*clean hands*” no tiene fundamento en el derecho internacional, Bolivia luego pretende equiparar *clean hands* con el principio general de la buena fe en su *Dúplica*. Lo mismo se puede decir de las máximas jurídicas latinas *ex turpi causa non oritur action* descritas por Bolivia en su *Dúplica*.²⁶⁷ Una referencia amplia y no especificada a varias máximas jurídicas para ver si alguna sirve como base propósito es necesaria para Bolivia precisamente porque “[*t*he question whether the principle [of clean hands] forms part of international law remains controversial and its precise content is ill defined.”²⁶⁸

91. Pero, a riesgo de decir lo evidente, la buena fe es difícilmente lo mismo que las manos limpias. Si bien el derecho internacional—por cierto todo derecho—valora el principio de buena fe, éste no es un principio que regula la *jurisdicción* de un tribunal arbitral de inversión

²⁶¹ **RLA-88**, P. Dumberry, G. Dumas-Aubin, “The Doctrine of ‘Clean Hands’ and the Inadmissibility of Claims by Investors Breaching International Human Rights Law”, 10 *Transnational Dispute Management*, edición 1, 2013), en 1.

²⁶² *Ídem*.

²⁶³ *Ídem*.

²⁶⁴ *Ídem* en 2.

²⁶⁵ *Ídem* en 10.

²⁶⁶ **RLA-66**, R. Kreindler, “Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine”, en *Between East and West: Essays in Honour of Ulf Frank, K. Hobér and others* (eds.), Juris Publishing, 2010 en 318.

²⁶⁷ *Dúplica del Demandado* en ¶ 302-06.

²⁶⁸ **CLA-124**, *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh & Ors* (Caso CIADI No. ARB/10/11 y ARB/10/18), Decisión sobre Jurisdicción, 19 de agosto de 2013 en ¶ 477.

o la *admisibilidad* de los reclamos de un Demandante, como pretende hacerlo el principio de *clean hands*—el principio nada dice sobre *cómo*, mediante *qué normas*, y *bajo cuáles condiciones* operaría realmente una supuesta ausencia de buena fe como regla jurisdiccional.²⁶⁹ Así, el intento de Bolivia de reclamar la doctrina de *clean hands* bajo la tutela de la buena fe debe fracasar.

92. Sigue sin responderse la interrogante esencial: ¿es la doctrina de “*clean hands*” un principio de derecho internacional reconocido y oponible? La respuesta es negativa.²⁷⁰ El siguiente intento por parte de Bolivia de establecer el estatus internacional del principio es hacer referencia, de forma fragmentada y descontextualizada, al derecho alemán, francés, británico y estadounidense.²⁷¹ Aquello no es un serio esfuerzo por establecer que el “reconocimiento y consenso existe entre Estados”²⁷² en cuanto a la existencia de la doctrina de una forma que le permitiría ser considerada como una norma de derecho internacional consuetudinario o un principio general de derecho dentro del significado del Artículo 38(1)(b) y (c) del Estatuto de la CIJ. *South American Silver* no cuestiona que existen reiteraciones de la doctrina de *clean hands* en ciertas jurisdicciones nacionales. Sin embargo, estas reglas, al estar basadas en la equidad, no son reglas automáticas y binarias que exijan a los tribunales declarar la inadmisibilidad sin determinar culpa y proporcionalidad relativas.²⁷³

²⁶⁹ El comité *ad hoc* en *Klöckner v. Cameroon* ilustra los límites—o la vaguedad—de depender únicamente de la existencia de los principios de buena fe para evaluar la conducta de una parte mientras se analiza el deber de lealtad entre las partes contractuales: “[i]t is true that the principle of good faith is ‘at the basis’ of French civil law, as of other legal systems, but this elementary proposition does not by itself answer the question. In Cameroonian or Franco-Cameroonian law does the ‘principle’ affirmed or postulated by the Award, the ‘duty of full disclosure’, exist? If it does, no doubt flowing from the general principle of good faith, from the obligation of frankness and loyalty, then how, by what rules and under what conditions is it implemented and within what limits?.” **CLA-191**, *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais* (Caso CIADI No. ARB/81/2), Decisión del Comité *ad hoc*, 3 de mayo de 1985. Si Bolivia insiste en que este Tribunal debe usar la buena fe como fundamento para regular su jurisdicción, tendrá que identificar la fuente en el derecho internacional para ello, las normas y las condiciones para la implementación de este principio, como también sus límites. *South American Silver* sostiene que el Tribunal no encontrará base en el derecho internacional para esta labor, incluso en una referencia a una doctrina de *unclean hands* no oponible.

²⁷⁰ **RLA-88**, P. Dumberry, G. Dumas-Aubin, “The Doctrine of ‘Clean Hands’ and the Inadmissibility of Claims by Investors Breaching International Human Rights Law”, 10 *Transnational Dispute Management*, edición 1, 2013), en 1, 10.

²⁷¹ Dúplica del Demandado en ¶ 303-306.

²⁷² Dúplica del Demandado en ¶ 321.

²⁷³ Ver también **CLA-193**, Ori Herstein, *A Normative Theory of the Clean Hands Defense*, *Legal Theory*, Vol. 17 (2011), página 3 (explicando que “[a]ny willfull conduct that is iniquitous, unfair, dishonest, fraudulent,

93. Adicionalmente, la dilatada crítica por parte de Bolivia del Laudo Final de *Yukos* fracasa. Bolivia ya admitió que no existe “reconocimiento y consenso ... entre las cortes y los tribunales internacionales” respecto a la aplicabilidad de la doctrina de *clean hands* en el derecho internacional.²⁷⁴ Pese a ello, de alguna forma, Bolivia encuentra defectos cuando la misma evaluación básica es efectuada por el tribunal de *Yukos*. Específicamente, Bolivia mantiene que el tribunal de *Yukos* “reconoció que los ‘*principles associated with the clean hands doctrine have been endorsed by the PCIJ and the ICJ.*’”²⁷⁵ Por esa razón, argumenta Bolivia, la “aplicación del principio ‘*clean hands*’” es apoyada “como parte del derecho internacional.”²⁷⁶ Pero esto confunde el punto esencial planteado por el tribunal de *Yukos*, el cual estipula que la doctrina de *clean hands* “*does not exist as a general principle of international law which would bar a claim by an investor.*”²⁷⁷ Sin embargo, Bolivia intenta reafirmar la doctrina o basarse en principios afines. El tribunal de *Yukos* claramente consideró y rechazó la propuesta de que existe un principio general de derecho internacional que impediría la interposición de reclamos efectuada por un inversionista basada en ilícitos directamente vinculados a la causa de acción propia del demandante (ésta es, al fin y al cabo, la esencia de lo denominado como “*unclean hands*”).

94. Asimismo, también es falaz culpar al tribunal de *Yukos* de basarse excesivamente en casos y no referirse a la práctica del Estado al efectuar su análisis.²⁷⁸ En su intento por establecer la doctrina de *clean hands*, la propia Bolivia no logra realizar un examen exhaustivo del estado de la doctrina entre Estados que habría querido que el tribunal de *Yukos* hiciera. Más

unconscionable, or performed in bad faith may constitute ‘unclean hands’.” La conducta ilícita “*must somehow connect or relate to the conduct, interaction, or transaction underlying the plaintiff’s cause of action ... where a plaintiff’s wrongdoing is collateral to the subject matter of her suit, her wrongful conduct is not sufficiently connected or related to the litigation so as to give rise to a defense of unclean hands.*” But, “*even when all the elements of the [clean hands doctrine]—plaintiff wrongdoing that is connected to the underlying transaction—are satisfied, courts maintain discretion as to whether to apply the defense where the injustice to the plaintiff significantly outweighs the severity of her own wrongdoing or where there are overriding public-policy reasons.*”)

²⁷⁴ Dúplica del Demandado en ¶ 321.

²⁷⁵ Dúplica del Demandado en ¶ 320, citando, **CLA-121**, *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. Russian Federation*, Caso CPA No. AA 226, Laudo Final, 18 de julio de 2014, ¶ 1360 (citando las máximas *exceptio non adimpleti contractus* y *ex iniuria ius non oritur*).

²⁷⁶ Dúplica del Demandado en ¶ 320.

²⁷⁷ Ver, por ejemplo, **CLA-121**, *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. Russian Federation*, Caso CPA No. AA 226, Laudo Final, 18 de julio de 2014, ¶ 1363.

²⁷⁸ Dúplica del Demandado en ¶¶ 321, 331.

importante aún, Bolivia misma se apoya en la jurisprudencia a lo largo de su memorial— incluyendo *Yukos*—para poder profundizar sus argumentos de derecho internacional.²⁷⁹

95. Bolivia luego, nuevamente, mezcla conceptos al pretender equiparar la doctrina de *clean hands* con la Doctrina de Legalidad.²⁸⁰ Bolivia cita la decisión de *Fraport* para afirmar que “una inversión ilegal no puede ser protegida por un tratado de inversión.”²⁸¹ Pero la decisión de *Fraport* no aplicó la doctrina de *clean hands*, sino más bien se basó en los términos del tratado de inversión y determinó que, para quedar comprendida dentro del alcance del TBI, una inversión necesita ser “*lawful under (i.e. ‘in accordance with’) the host State’s laws and regulation at the time the investments were made.*”²⁸² Así, el momento del incumplimiento del derecho del Estado receptor es una de las características destacadas necesarias para la aplicación de la Doctrina de Legalidad—en ausencia de lenguaje específico en el tratado aplicable, el momento determinante será cuando se realizó por primera vez la inversión.²⁸³ Ello contrasta con la doctrina de *clean hands*, la cual no tiene el mismo requisito temporal. Por ende, el caso *Fraport* no es pertinente a la discusión respecto a la aplicabilidad de la doctrina de *clean hands* en derecho internacional.²⁸⁴

96. La doctrina de *clean hands* no es parte del orden público internacional. El solo hecho de citar la definición de orden público, como lo hace Bolivia,²⁸⁵ no constata que la doctrina de *clean hands* forme parte del orden público internacional. Cuestiones comprendidas dentro del ámbito del orden público internacional (o, con mayor precisión, ‘verdaderamente internacionales’ o ‘transnacionales’) son “*norms of conduct*”²⁸⁶ tan aborrecibles universalmente

²⁷⁹ Ver también, en general, Dúplica del Demandado.

²⁸⁰ Dúplica del Demandado en ¶ 309.

²⁸¹ Dúplica del Demandado en ¶ 309.

²⁸² **RLA-71**, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines [III]*, Caso CIADI No. ARB/11/12, laudo de fecha 10 de diciembre de 2014, ¶ 331 (énfasis en el original).

²⁸³ Ver también, por ejemplo, *ídem*; **RLA-65**, *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador* (Caso CIADI No. ARB/03/26), Laudo, 2 de agosto de 2006 en ¶ 242

²⁸⁴ En todo caso, la conducta ilícita de la cual Bolivia acusa a la Compañía no pudo haber ocurrido durante la realización de la inversión, de acuerdo a la explicación adicional más adelante. El caso *Fraport* ciertamente apoya la postura de South American Silver respecto a los límites de la doctrina de Legalidad.

²⁸⁵ Dúplica del Demandado en ¶ 310.

²⁸⁶ **RLA-68**, *World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya*, Caso CIADI No. ARB/00/7, laudo de fecha 4 de octubre de 2006, ¶ 139.

que vulneran las reglas fundamentales de derecho natural e infracciones *jus cogens* en derecho internacional público, tales como prohibiciones contra la corrupción, el uso de la fuerza y la esclavitud.²⁸⁷ *Clean hands* es un principio legal y una (presunta) regla de admisibilidad y no puede ser considerada como parte de esta estrechísima categoría de normas. La pretensión de Bolivia de que la doctrina de *clean hands* es parte del orden público internacional debería, por consiguiente, ser desestimada sumariamente.

97. Asumiendo, en aras del argumento, que la doctrina de *clean hands* podría, en principio, formar parte del “orden público internacional,” Bolivia aún no demuestra por qué la doctrina califica como tal. Bolivia se apoya en dos casos como respaldo de su argumento: 1) *World Duty Free v. Kenya*²⁸⁸ y 2) la opinión disidente del Profesor Cremades en *Fraport v. The Philippines*.²⁸⁹ Sin embargo, el tribunal de *World Duty Free* avaló el punto de vista de que “[t]ribunals must be very cautious in this respect and must carefully check the objective existence of a particular transnational public policy rule in identifying it through international conventions, comparative law and arbitral awards.”²⁹⁰ El tribunal luego realizó un examen minucioso de muchas fuentes y sostuvo que: (i) la corrupción—un tipo de conducta—era criminalizada “*in most, if not all, countries,*” incluyendo la del estado del demandado (en aquel caso, Kenia);²⁹¹ (ii) un “*number of international conventions*” fueron suscritos “*to render more effective this general condemnation*” de la corrupción;²⁹² (iii) la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó una declaración condenando la corrupción; (iv) un grupo de trabajo de las Naciones Unidas redactó un convenio que posteriormente fue “*signed by 140 States*” y en

²⁸⁷ Ver también **CLA-194**, Nigel Blackaby, Constantine Partasides, *et al.*, Redfern and Hunter on International Arbitration ¶ 10.87 (6^a ed. 2015) (citando International Law Association’s *Interim Report on Public Policy as a Bar to enforcement of International Arbitral Awards*, que identificaba una categoría de orden público “*truly international*” o “*transnational*” “comprising fundamental rules of natural law, principles of universal justice, *jus cogens* in public international law, and the general principles of morality accepted by what are referred to as ‘civilized nations’”). Ver adicionalmente **CLA-195**, P. Lalive, *Transnation (or Truly International) Public Policy and International Arbitration*, 3 ICCA CONGRESS SERIES 258-318 (1987).

²⁸⁸ Dúplica del Demandado en ¶ 310.

²⁸⁹ Dúplica del Demandado en ¶ 310.

²⁹⁰ **RLA-68**, *World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya*, Caso CIADI No. ARB/00/7, laudo de fecha 4 de octubre de 2006, ¶ 141 (citando a Emmanuel Gaillard – Trente ans de Lex Mercatoria – Pour une application sélective de la méthode des principes généraux de droit –Journal du droit international 1995 página 5) (énfasis agregado).

²⁹¹ *Ídem* en ¶ 142.

²⁹² *Ídem* en ¶¶ 143-144.

aquel momento “*ratified by 46 States (including Kenya)*”;²⁹³ (v) tribunales de arbitraje nacionales e internacionales sancionaron acciones de corrupción.²⁹⁴ Sólo después de este extenso análisis el tribunal de *World Duty Free* estuvo “*convinced that bribery is contrary to the international public policy of most, if not all, States.*”²⁹⁵ Aquí, Bolivia no señala, ni puede señalar, una definición “universal” o “estándar” de la doctrina de *clean hands*; ni indicar los acuerdos o convenios internacionales entre los estados que aceptan la doctrina de *clean hands*; ni cualquier otra declaración de las Naciones Unidas sobre el alcance, contenido o implementación de la doctrina de *clean hands*. La decisión del Tribunal de *World Duty Free* de aplicar el principio de *ex turpi causa non oritur action* no se basó en el orden público internacional según lo afirma Bolivia.²⁹⁶ Tampoco se basó en el derecho internacional, el cual no formaba parte del derecho aplicable en aquel arbitraje basado en un contrato (no un tratado). Más bien, el Tribunal fundamentó su decisión en el derecho inglés y keniano aplicable (de acuerdo al acuerdo de arbitraje).²⁹⁷ Obviamente, ni el derecho inglés ni el keniano forman parte del derecho aplicable del presente arbitraje.

98. En relación a la aseveración de Bolivia de que “el orden público internacional puede impedir reclamos indebidos” citando la opinión disidente en *Fraport*,²⁹⁸ basta con citar las palabras cautelosas del Profesor Cremades respecto a “*the practice of the casual use of citations from other awards without regard to their original contexts.*”²⁹⁹ El Profesor Cremades discrepaba particularmente con el hecho de citar “*Awards ... as if they were authorities or precedents on, for example, the significance of illegal conduct by the investor that bear no*

²⁹³ **RLA-68**, *World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya*, Caso CIADI No. ARB/00/7, Laudo, 4 de octubre de 2006 en ¶¶ 145-146.

²⁹⁴ *Ídem* en ¶¶ 147-149.

²⁹⁵ *Ídem* en ¶¶ 157.

²⁹⁶ Dúplica del Demandado en ¶ 311.

²⁹⁷ **RLA-68**, *World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya*, Caso CIADI No. ARB/00/7, Laudo, 4 de octubre de 2006 en ¶ 179 (pronunciando, *inter alia*, que “*as regards public policy both under English law and Kenyan law (being materially identical) and on the specific facts of this case, the Tribunal concludes that the Claimant is not legally entitled to maintain any of its pleaded claims in these proceedings on the ground of ex turpi causa non oritur action*”).

²⁹⁸ Dúplica del Demandado en ¶ 310.

²⁹⁹ **RLA-237**, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, Caso CIADI No. ARB/03/25, Opinión disidente de Bernardo M. Cremades de fecha 19 de julio de 2007, ¶ 40.

similarity to the case at issue.”³⁰⁰ Esto es precisamente lo que hace Bolivia en su Dúplica: Bolivia se apoya en la opinión disidente del Profesor Cremades en *Fraport*, el cual, a su vez, se refiere a la decisión dictada en *World Duty Free v. Kenya*³⁰¹—un caso con un patrón de hechos completamente distinto que implicaba cohecho, el cual (a diferencia de la doctrina de *unclean hands*) forma parte del orden público transnacional. El propio caso *Fraport* involucraba a un inversionista que suscribió pactos de accionistas secretos violando el derecho filipino aplicable (el “*Anti-Dummy Law*”) respecto a la forma en la que los inversionistas extranjeros pueden hacer negocios en sectores regulados de la economía del Estado receptor. Virtualmente no existe nada en dichos casos que tenga similitud con los argumentos de Bolivia en el presente. Asimismo, la decisión de *Fraport* versaba sobre la ilegalidad en el momento de realizar la inversión, rechazando expresamente el argumento de que un requisito de legalidad era aplicable más allá de esa fecha.³⁰² Ni *Fraport* ni *World Duty Free* pueden apoyar un pronunciamiento de que la doctrina de *clean hands* forma parte del orden público internacional según lo aboga Bolivia.

99. Curiosamente, la *Dúplica* de Bolivia vuelve a reexaminar dilatadamente la jurisprudencia de la CIJ sobre la doctrina de *unclean hands* como si ese cuerpo de jurisprudencia le fuese beneficioso. No existe grado de ofuscación alguno, sin embargo, que pueda ocultar el hecho de que “*ICJ has not explicitly upheld the Unclean Hands Doctrine by any majority opinion.*”³⁰³ Asimismo, la discusión por parte de Bolivia de casos decididos por la Corte Internacional de Justicia es intrínsecamente contradictoria. Por una parte, Bolivia desea que este Tribunal desestime los casos de *La Grand* y *Avena* como “irrelevantes” porque “ninguno de estos casos versó sobre el principio de ‘*clean hands*’” y porque “el principio no es ni siquiera mencionado en ninguno de estos casos.”³⁰⁴ Pero por la otra, Bolivia quiere que este Tribunal declare que “la doctrina de *clean hands* es reconocida en el derecho internacional” al invocar

³⁰⁰ **RLA-237**, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, Caso CIADI No.ARB/03/25, Opinión disidente de Bernardo M. Cremades de fecha 19 de julio de 2007, ¶ 40.

³⁰¹ Dúplica del Demandado en ¶ 310 (señalando que “[e]l orden público internacional puede impedir reclamos indebidos,” citando, **RLA-237**, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, Caso CIADI No.ARB/03/25, Opinión disidente de Bernardo M. Cremades de fecha 19 de julio de 2007, ¶ 40).

³⁰² **RLA-237**, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, Caso CIADI No.ARB/03/25, de fecha 19 de julio de 2007, ¶ 345.

³⁰³ Ver también **RLA-66**, R. Kreindler, “Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine”, en *Between East and West: Essays in Honour of Ulf Frank, K. Hobér and others* (eds.), Juris Publishing, 2010, página 318.

³⁰⁴ Dúplica del Demandado en ¶ 315.

máximas jurídicas y casos donde el principio de *clean hands* “ni siquiera es mencionado”.³⁰⁵ En todo caso, aun cuando no se mencione la doctrina de *clean hands* por su nombre, no existe lugar a dudas de que Estados Unidos pretendió obtener la desestimación de los casos en base a dicha doctrina. Tampoco existe duda alguna de que la CIJ rechazó dictar una decisión basándose en ese fundamento.³⁰⁶ Tanto *La Grand* como *Avena* han sido, en efecto, analizados por distinguidos profesores y académicos de derecho internacional durante el proceso de evaluación de la doctrina de *clean hands* y su aplicabilidad en el derecho internacional.³⁰⁷ Bolivia también se equivoca cuando asevera que los casos *Oil Platforms* y *Legality of Use of Force* no sustentan la posición de South American Silver en cuanto a que la CIJ se ha negado de forma consistente a aplicar la doctrina de *clean hands*. El lenguaje usado por la Corte en el caso *Oil Platforms* habla por sí mismo: “*the Court does not need to deal with the request of the United States to dismiss Iran’s claim and refuse the relief that it seeks on the basis of the conduct attributed to Iran,*”³⁰⁸ es decir, sobre la base de la aplicación de la doctrina de *clean hands*. El hecho de que la parte que solicitó la aplicación de la doctrina de *clean hands* eventualmente prevaleció en relación al fondo del caso no tiene pertinencia alguna a efectos de la pregunta de si la doctrina de *clean hands* existe como una cuestión de derecho internacional, especialmente dada la declaración explícita de la Corte rechazando pronunciarse en base a dicha doctrina.

100. Posteriormente, Bolivia subrepticamente hace referencia a un *caso de arbitraje de inversión basado en un contrato* para reforzar su posición de que “las opiniones [individuales] ya citadas por Bolivia de los jueces de la CIJ que han invocado y se han basado en el principio de

³⁰⁵ Ver también *e.g.* Dúplica del Demandado en ¶¶ 302, 304, 306; Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 273-74, donde, además de *Al-Warraq* y los casos *Fraport II*, Bolivia señala que, “[o]tros tribunales, sin mencionar expresamente la doctrina de ‘*clean hands*’, han llegado a la misma conclusión.”

³⁰⁶ **RLA-66**, R. Kreindler, “Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine”, en *Between East and West: Essays in Honour of Ulf Frank, K. Hobér and others* (eds.), Juris Publishing, 2010 en 318.

³⁰⁷ Ver, por ejemplo, **CLA-119**, John Dugard, Sixth Report on Diplomatic Protection (57th Session of the UN International Law Commission, 2005), A/CN.4/546, ¶¶ 5(c), 5(d), 9.

³⁰⁸ **CLA-116**, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v United States of America)*, I.C.J., Reports 2003, ¶ 29, Opinión separada del Juez Higgins, 6 de noviembre de 2003. En aquel caso, Estados Unidos argumentó que “*Iran’s conduct is such that it ‘precludes it from any right to the relief it seeks from this Court’, or that it ‘should not be permitted to recover on its claim’.*” Y, tal como aquí argumenta Bolivia, “*invite[d] the Court to make a finding ‘that the [Respondent] measures ... were the consequence of [the Claimant’s] own unlawful uses of force’ and submit[ted] that the ‘appropriate legal consequences should be attached to that finding’.*” *Ídem* en ¶ 29. Del mismo modo, la Corte, en casos de *Legality of Use of Force* (Legalidad del Uso de Fuerza), “*did not find it necessary to address the argument about Yugoslavia’s lack of clean hands.*” **RLA-89**, Stephen Schwebel, *Clean Hands in the Court*, 31 *STUD. TRANSNAT’L LEGAL POL’Y*, 74 (1999).

of ‘*clean hands*’ confirman que la CIJ mantiene una actitud favorable respecto de esta manifestación del principio de buena fe.”³⁰⁹ Puntualmente, Bolivia señala que “al menos unos de los casos citados por SAS [*Niko Resources v. Bangladesh*] admite que el principio de ‘*clean hands*’ es un principio general reconocido por las naciones civilizadas.”³¹⁰ Existen al menos tres problemas con la aseveración de Bolivia: (i) Bolivia sobrevalora considerablemente su posición, puesto que los párrafos que cita en realidad dicen que “*others are of the view that*” la doctrina de *clean hands* “*must be qualified as a general principle of law.*”³¹¹ Particularmente, “*others*” no se refiere a las opiniones mayoritarias dictadas por tribunales internacionales, más bien, se refiere a dos comentarios y dos opiniones judiciales individuales, todos los cuales ya fueron citados por Bolivia (y, ciertamente, también fueron planteados por el Estado receptor, considerados y rechazados como base para establecer la doctrina como derecho internacional en *Yukos*).³¹² (ii) Lo que decidió en realidad el tribunal en *Niko Resources v. Bangladesh* en relación a la doctrina de *clean hands* no es, enfáticamente, lo que Bolivia quiere hacerle creer a este Tribunal. En vez de “admitir” que el principio de *clean hands* es un principio general de derecho, el Tribunal inequívocamente señaló que “[*the*] *question whether the principle forms part of international law remains controversial.*”³¹³ (iii) El tribunal de *Niko Resources* únicamente analizó la doctrina de *clean hands* y los criterios necesarios para su aplicación en derecho internacional sólo para “efectos de la discusión” (“*assuming arguendo*”)—en definitiva rechazó la aplicación de la doctrina a dicho caso.³¹⁴

³⁰⁹ Dúplica del Demandado en ¶ 316 (citando **CLA-124**, *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh and other*, Caso CIADI No. ARB/10/11 y ARB/10/18, Decisión sobre Jurisdicción, 19 de agosto de 2013).

³¹⁰ Dúplica del Demandado en ¶ 316 (citando **CLA-124**, *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh and other*, Caso CIADI No. ARB/10/11 y ARB/10/18, Decisión sobre Jurisdicción, 19 de agosto de 2013).

³¹¹ **CLA-124**, *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh and other*, Caso CIADI No. ARB/10/11 y ARB/10/18, Decisión sobre Jurisdicción, 19 de agosto de 2013 en ¶ 478.

³¹² **CLA-124**, *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh and other*, Caso CIADI No. ARB/10/11 y ARB/10/18, Decisión sobre Jurisdicción, 19 de agosto de 2013 en ¶ 478 (citando **RLA-88**, P. Dumberry, G. Dumas-Aubin, “The Doctrine of ‘Clean Hands’ and the Inadmissibility of Claims by Investors Breaching International Human Rights Law”, 10 *Transnational Dispute Management*, edición 1, 2013; **RLA-66**, R. Kreindler, “Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine”, *Essays in honour of Ulf Franke*, 2010, página 317, y las opiniones de los Jueces Schwebel y Anzilotti en casos de la CIJ y la CPJI, respectivamente).

³¹³ **CLA-124**, *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh and other*, Caso CIADI No. ARB/10/11 y ARB/10/18, Decisión sobre Jurisdicción, 19 de agosto de 2013 en ¶ 477.

³¹⁴ **CLA-124**, *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh and other*, Caso CIADI No. ARB/10/11 y ARB/10/18, Decisión sobre Jurisdicción, 19 de agosto de 2013 en ¶¶ 483-485.

101. Finalmente, la desestimación sumaria por parte de Bolivia de los reportes emitidos por los Relatores Especiales Dugard y Crawford es—en las propias palabras de Bolivia—“basada en un entendimiento incorrecto y reducido” del derecho internacional. Increíblemente, Bolivia desea que este Tribunal desestime las opiniones ponderadas de destacados publicistas del derecho internacional sobre si la doctrina de *clean hands* existe como un principio de derecho internacional al señalar “hechos” completamente irrelevantes. Se ha encomendado a la Comisión de Derecho Internacional “*the progressive development of international law and its codification.*”³¹⁵ La asignación de trabajo de la Comisión se divide en temáticas puntuales de derecho internacional.³¹⁶ Por ejemplo, la responsabilidad estatal, la aplicación provisional de tratados, crímenes contra la humanidad, etc. La asignación del trabajo, sin embargo, no reduce la importancia de sus estudios sobre el alcance y contenido del derecho internacional general y sus determinaciones sobre si conceptos específicos justifican el reconocimiento y codificación dentro del derecho internacional.

102. No cabe duda de que el reporte del Relator Especial Dugard examinó las raíces y aplicación de la doctrina de *clean hands* en el derecho internacional para analizar si existe consenso internacional en cuanto a su aplicabilidad dentro de la protección diplomática. Dugard concluyó que “*uncertainty relating to the very existence of the doctrine*” además de “*uncertainty relating to its applicability to diplomatic protection.*”³¹⁷ Igualmente, el Relator Especial Crawford analizó la aplicación de la doctrina de *clean hands* dentro del derecho internacional y sostuvo que “*[I]t is not possible to consider the ‘clean hands’ theory as an institution of general customary law.*”³¹⁸ Las conclusiones del Profesor Crawford no son menos ciertos o relevantes

³¹⁵ **CLA-196**, Artículo 13 (1) (a) de la Carta de las Naciones Unidas. Conforme al Artículo 15 del Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional, el desarrollo progresivo se refiere a “*the preparation of draft conventions on subjects which have not yet been regulated by international law or in regard to which the law has not yet been sufficiently developed in the practice of States.*” Se define la codificación como “*the more precise formulation and systematization of rules of international law in fields where there already has been extensive State practice, precedent and doctrine.*” **CLA-197**, Artículo 15 del Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional.

³¹⁶ Ver la descripción del Trabajo de la Comisión, disponible en <http://legal.un.org/ilc/work.shtml>.

³¹⁷ **CLA-119**, John Dugard, Sixth Report on Diplomatic Protection (57th Session of the UN International Law Commission, 2005), A/CN.4/546, ¶ 18.

³¹⁸ **CLA-120**, ILC Second Report on State Responsibility por James Crawford, Relator Especial (3 de mayo – 23 de julio de 1999), UN Doc A/CN.4/498/Add.2, en II YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION) 83, ¶ 336 (1999), A/CN.4/SER.A/1999/Add.1 (citando a Rousseau, Charles, Droit international public, Vol. I, página 177, párrafo 170).

debido a que el capítulo particular en el que se incluye el análisis no trata “cuestiones procesales.” Ciertamente Bolivia no admitirá que la doctrina de *clean hands* es una mera cuestión procesal.

103. En medio de este escrutinio crucial del caso jurisdiccional de Bolivia, vale la pena reiterar un punto importante: es la propia Bolivia quien tiene la carga de probar la existencia y aplicabilidad de la doctrina de *clean hands* como una defensa afirmativa. No existe nada presentado por Bolivia en dos rondas de alegatos que le haya permitido demostrar que el derecho internacional reconoce la doctrina de *clean hands*. De hecho, el Demandante sostiene que claramente ha demostrado lo contrario, mediante un examen exhaustivo de fundamentos jurídicos y jurisprudencia, a diferencia de las presentaciones episódicas, altamente selectivas y descontextualizadas de Bolivia.³¹⁹ A lo sumo, “*there is a significant amount of controversy as to*

³¹⁹ Existe un ejemplo adicional de ello en la dependencia por parte de Bolivia en el arbitraje de *Al-Warraq v. Indonesia*. Todos los pronunciamientos del caso *Al-Warraq* respecto a la doctrina de *clean hands* estipulan lo siguiente (en para. 646):

“In this regard, the Tribunal is of the view that the doctrine of ‘clean hands’ renders the Claimant’s claim inadmissible. As Professor James Crawford observes, the ‘*clean hands*’ principle has been invoked in the context of the admissibility of claims before international courts and tribunals. Also the Tribunal refers to the decision of *Lord Mansfield in Holman v Johnson* (1775) which states: ‘No court will lend its aid to a man who founds his cause of action upon an immoral or illegal act. If, from /he plaintiff’s own stating or otherwise, the cause of action appears to arise *ex turpi causa*, or the transgression of a positive law of this country, there the court says he has no right to be assisted.’”

Sumado al análisis previo de este caso por parte del Demandante (*Ver* Memorial de Réplica del Demandante en ¶¶ 207-210), se debe añadir que, desafortunadamente, el tribunal no capta con exactitud los verdaderos puntos de vista del Profesor Crawford. Si bien el Profesor Crawford puede haber observado que la doctrina de *clean hands* fue invocada por los demandados ante las cortes y tribunales internacionales, claramente no opinó que la doctrina de *clean hands* era un principio de derecho internacional—en efecto, como se discutió *supra*, su verdadera opinión es exactamente lo opuesto (Réplica sobre Jurisdicción del Demandante en ¶ 100). El segundo fundamento jurídico de *Al Warraq*—Lord Mansfield en *Holman v Johnson*—fue invocado también en *World Duty Free*, y con buena razón—aquél caso aplicaba el derecho inglés. Simplemente no existe razón alguna—ni se ofreció ninguna en *Al Warraq*—del por qué esta sentencia de 1775 debería servir como base de una regla de derecho internacional oponible.

El Demandante, así, sigue sosteniendo que ese párrafo único, que se basa en dos fundamentos jurídicos de forma inapropiada por los motivos anteriormente señalados, no puede operar y así repentinamente crear, de forma engañosa y falsa, un nuevo principio de *clean hands* bajo el derecho internacional. Se requiere mucho más para que se establezca una regla de derecho internacional, dentro del significado del Artículo 38(1)(b) o (c) del Estatuto de la CIJ.

También se debe enfatizar que los árbitros no fueron unánimes respecto a la aplicación de la doctrina de *clean hands* como una regla de admisibilidad—significativamente, el laudo señala: “[t]he minority [of the tribunal] does not agree that the doctrine of ‘*clean hands*’ applies to render the Claimant’s claims inadmissible by virtue of his illegality unless that illegality relates to the acquisition of his investment, which is not the present case.” (*Dispositif*, párrafo 683, nota 217). Esto es una importante salvedad del caso *Al Warraq*. Allí, como en el presente caso, los reclamos de Bolivia de ilegalidad no guardan relación con la adquisición de la inversión.

*the existence of an ‘unclean hands’ principle in international law.’*³²⁰ Por consiguiente, este Tribunal, no debería ser “*persuaded that there exists a ‘general principle of law recognized by civilized nations’ within the meaning of Article 38(1)(c) of the ICJ Statute that would bar an investor from making a claim before an arbitral tribunal under an investment treaty because it has so-called ‘unclean hands.’*”³²¹

104. Para concluir, mientras Bolivia aboga por la aplicación de la doctrina de *clean hands* y solicita a este Tribunal declararse incompetente, se olvida que “*allowing a legally recognized injustice or wrong to go unchallenged and not remedied also cuts against the grain of the court’s nature as a court of justice. This is especially true where but for her unclean hands the claimant would have been, for all practical matters, entitled to a remedy.*”³²² Tal petición unilateral de equidad es precisamente la situación que aquí apreciamos: el Demandante, South American Silver, tiene derecho como una cuestión de derecho internacional a una subsanación debido a los incumplimientos por parte de Bolivia del TBI. Pese a ello, en base al supuesto de *unclean hands*, el Demandante está siendo llevado a un resultado injusto e inequitativo—la desestimación de todos sus reclamos por motivos de presunta ilegalidad. Al respecto, debe recordarse la opinión disidente del Profesor Cremades en *Fraport*:

“If the legality of the Claimant’s conduct is a Jurisdictional issue, and the legality of the Respondent’s conduct a merits issue, then the Respondent Host State is placed in a powerful position. In the Biblical phrase, the Tribunal must first examine the speck in the eye of the investor and defer,

³²⁰ **CLA-121**, *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. Russian Federation*, Caso CPA No. AA 226, Laudo Final, 18 de julio de 2014 en ¶ 1359; **CLA-124**, *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh and other*, Caso CIADI No. ARB/10/11 y ARB/10/18, Decisión sobre Jurisdicción, 19 de agosto de 2013 en ¶ 477; **RLA-88**, P. Dumberry, G. Dumas-Aubin, “The Doctrine of ‘Clean Hands’ and the Inadmissibility of Claims by Investors Breaching International Human Rights Law”, 10 *Transnational Dispute Management*, edición 1, 2013), páginas 1-2, 10; **CLA-119**, John Dugard, Sixth Report on Diplomatic Protection (57th Session of the UN International Law Commission, 2005), A/CN.4/546, ¶ 18; **CLA-120**, ILC Second Report on State Responsibility por James Crawford, Relator Especial (3 de mayo – 23 de julio de 1999), UN Doc A/CN.4/498/Add.2, en II *YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION*) 83, ¶ 336 (1999), A/CN.4/SER.A/1999/Add.1 (citando a Rousseau, Charles, *Droit international public*, Vol. I, página 177, párrafo 170).

³²¹ **CLA-121**, *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. Russian Federation*, Caso CPA No. AA 226, Laudo Final, 18 de julio de 2014; **CLA-122**, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, Caso CPA No. AA 227, Laudo Final, 18 de julio de 2014; **CLA-123**, *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, Caso CPA No. AA 226-228, Laudo Final, 18 de julio de 2014 en ¶ 1358; **CLA-124**, *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh and other*, Caso CIADI No. ARB/10/11 y ARB/10/18, Decisión sobre Jurisdicción, 19 de agosto de 2013 en ¶ 477.

³²² **CLA-193**, Ori Herstein, *A Normative Theory of the Clean Hands Defense*, *Legal Theory*, Vol. 17 (2011), página 8.

and maybe never address, a beam in the eye of the Host State. Such an approach does not respect fundamental principles of procedure.”³²³

Mediante el artificio de una doctrina de *clean hands* inflexible, Bolivia pretende que el Tribunal desestime completamente el caso y, al hacerlo, pudiendo Bolivia captar la totalidad del beneficio de la inversión del Demandante sin consecuencia alguna. El derecho aborrece tal injusticia.

1. Aun asumiendo que la doctrina de *clean hands* existe en el derecho internacional, Bolivia no satisface los criterios para la aplicación de la misma

105. Si bien South American Silver sostiene que la doctrina de *clean hands* no existe como cuestión de derecho internacional,³²⁴ sí ha explicado, procurando abordar todos los argumentos de Bolivia, los criterios necesarios para su aplicación potencial si este Tribunal decidiera reconocer y aplicar la doctrina, en base a *Niko Resources v. Bangladesh*.³²⁵ Desafortunadamente, Bolivia optó por criticar la prueba (“test”) de tres partes establecida por el tribunal de *Niko Resources* para la aplicación de la doctrina de *clean hands*, sin identificar algún conjunto de criterios alternativo que necesitaría satisfacer.³²⁶ Desde el punto de vista de Bolivia, los criterios de *Niko Resources*, que se basaron en el laudo de *Guyana v. Suriname*, “no corresponden a los criterios subyacentes al principio de ‘*clean hands*’ bajo ninguno de los sistemas jurídicos considerados anteriormente” por Bolivia en su escrito.³²⁷ Aun asumiendo que esto es cierto, la presentación de Bolivia únicamente sirve para demostrar cómo el “*precise content*” del principio de *clean hands* “*is ill defined*,”³²⁸ y cómo su aplicación en los foros internacionales ha sido “*sparse*” e “*inconsistent*.”³²⁹

106. Debe quedar claro que Bolivia pide a este Tribunal desestimar los criterios de *Niko Resources* con el pleno entendimiento de que no podrá cumplir dichos requisitos. *Primero*, la conducta del demandante que presuntamente origina las ‘*unclean hands*’ debe equivaler a una

³²³ **RLA-237**, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, Caso CIADI No. ARB/03/25, Opinión disidente de Bernardo M. Cremades de fecha 19 de julio de 2007, ¶ 37.

³²⁴ Réplica del Demandante en ¶¶ 201 *et seq.*; Réplica del Demandante en 87-102 *supra*.

³²⁵ Réplica del Demandante en ¶¶ 212 *et seq.* 212.

³²⁶ Dúplica del Demandado en ¶¶ 324-330.

³²⁷ Dúplica del Demandado en ¶¶ 327.

³²⁸ **CLA-124**, *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh and other*, Caso CIADI No. ARB/10/11 y ARB/10/18, Decisión sobre Jurisdicción, 19 de agosto de 2013 en ¶ 477.

³²⁹ **RLA-86**, *Guyana v. Suriname*, Caso CPA, laudo de fecha 17 de septiembre de 2007 en ¶ 418.

infracción continua.³³⁰ Este criterio remonta a “*the doctrine’s origins in the laws of equity and its limited application to situations where equitable remedies, such as specific performance, are sought.*”³³¹ Esto es importante porque la aplicación de la doctrina sólo es adecuada “*where a claimant is seeking ... protection against a continuance of that violation in the future, in other words a ‘kind of specific performance of a reciprocal obligation which the demandant itself is not performing.’*”³³² El tribunal de *Guyana v Suriname* sacó dicho criterio directamente de la opinión individual del juez Hudson, la que la propia Bolivia cita como sustento de su reclamo en cuanto a que la doctrina de *clean hands* es un principio de derecho internacional.³³³ Sin perjuicio de esta abismal inconsistencia, Bolivia censura este criterio porque supuestamente “contradice el criterio de reciprocidad.” Bolivia se equivoca respecto a la cuestión reconocida por los casos y opiniones: la reciprocidad, en realidad, forma la base para el requisito de continuidad—ambas están estrechamente ligadas y deben estar presentes para que la doctrina sea aplicable.

107. *Segundo*, la subsanación que pretende el demandante en el procedimiento debe ser la “*protection against continuance of that violation in the future,*” no la indemnización de daños y perjuicios por infracciones pasadas.³³⁴ Este criterio también proviene de “*the doctrine’s origins in the laws of equity*”³³⁵ y se funda en el “*principle of international law that any breach leads to an obligation to make reparation.*”³³⁶ Los principios de equidad deben también aplicarse con moderación.³³⁷ Consiguientemente, la doctrina de *clean hands* solamente aplicará “*where a claimant is seeking not reparation for a past violation, but protection against a*

³³⁰ **CLA-124**, *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh and other*, Caso CIADI No. ARB/10/11 y ARB/10/18, Decisión sobre Jurisdicción, 19 de agosto de 2013 en ¶¶ 420-421, 477.

³³¹ **RLA-86**, *Guyana v. Suriname*, Caso CPA, laudo de fecha 17 de septiembre de 2007 en ¶ 420 (énfasis agregado).

³³² **RLA-86**, *Guyana v. Suriname*, Caso CPA, laudo de fecha 17 de septiembre de 2007 en ¶ 420 (citando **RLA-75**, la opinión individual del Juez Hudson en *Diversion of Water from the Meuse*, también citada por Bolivia en su Contestación).

³³³ Dúplica del Demandado en ¶ 320, nota 533.

³³⁴ **CLA-124**, *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh and other*, Caso CIADI No. ARB/10/11 y ARB/10/18, Decisión sobre Jurisdicción, 19 de agosto de 2013 en ¶¶ 420-421; 477.

³³⁵ **RLA-86**, *Guyana v. Suriname*, Caso CPA, laudo de fecha 17 de septiembre de 2007 en ¶ 420.

³³⁶ *Ídem* (citando **RLA-75**, la opinión individual del Juez Hudson en *Diversion of Water from the Meuse*, también citada por Bolivia en su Contestación).

³³⁷ *Ídem*.

continuance of that violation in the future.”³³⁸ Aquí, South American Silver busca obtener el pago por una infracción pasada no continua en el futuro: la violación pasada por parte de Bolivia del TBI, incluyendo la expropiación ilegal de la inversión de South American Silver. Así, la subsanación que busca South American Silver “[is] not ... a remedy of the type to which the clean hands doctrine would apply, even if it were recognised as a rule of international law.”³³⁹ De forma separada, no existe “contradicción entre las conclusiones de los tribunales *Guyana* y *Niko Resources*” según alega Bolivia.³⁴⁰ El error de Bolivia es producto de una lectura aislada de una oración.³⁴¹

108. Finalmente, debe existir una relación de reciprocidad entre las obligaciones consideradas.³⁴² Esta relación de reciprocidad está presente cuando dos partes tienen “*identical or reciprocal obligation*” y una parte “*is engaged in a continuing non-performance of that obligation*” mientras intenta “[to] take advantage of a similar non-performance of that obligation by the other party.”³⁴³ No habrá reciprocidad cuando el reclamo del demandante se basa en una “obligación distinta” (“*different obligation*”) a aquélla por la cual reclama el

³³⁸ **RLA-86**, *Guyana v. Suriname*, Caso CPA, laudo de fecha 17 de septiembre de 2007 en ¶ 420 (énfasis agregado).

³³⁹ **RLA-86**, *Guyana v. Suriname*, Caso CPA, laudo de fecha 17 de septiembre de 2007 en ¶ 421.

³⁴⁰ Dúplica del Demandado en ¶ 329.

³⁴¹ Puntualmente, Bolivia argumenta que “[m]ientras que el tribunal *Guyana* sostuvo que la reparación por una supuesta violación anterior es un recurso al que no se aplica el principio de ‘*clean hands*’, 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.” Dúplica del Demandado en ¶ 329. Sin embargo, lo que en realidad sostuvo el tribunal de *Niko Resources* mientras aplicaba la prueba de 3 partes era que: (i) La conducta del demandante reclamada por el demandado “no era continua”; sino, “[it] consisted in two acts that have been completed long ago.” **CLA-124**, *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh and other*, Caso CIADI No. ARB/10/11 y ARB/10/18, Decisión sobre Jurisdicción, 19 de agosto de 2013 en ¶ 483. (ii) La “remedy which the Claimant seeks,” es decir, el pago por la entrega de gas ejecutada conforme a un acuerdo de joint venture (en las palabras del tribunal de Guyana “*reparations for an alleged past violation*”) “does not concern protection against this past violation” de que continúe o que se repita “*in the future*” según lo exige el segundo punto de la prueba enumerado en los párrafos anteriores en el análisis del tribunal. Ídem en ¶¶ 481-483; **RLA-86**, *Guyana v. Suriname*, Caso CPA, laudo de fecha 17 de septiembre de 2007 en ¶ 421. (iii) Por último, había “no relation of reciprocity between the relief which the Claimant now seeks in this arbitration and the acts in the past which the Respondents characterise as involving unclean hands.” **CLA-124**, *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh and other*, Caso CIADI No. ARB/10/11 y ARB/10/18, Decisión sobre Jurisdicción, 19 de agosto de 2013 en ¶ 483.

³⁴² **CLA-124**, *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh and other*, Caso CIADI No. ARB/10/11 y ARB/10/18, Decisión sobre Jurisdicción, 19 de agosto de 2013 en ¶¶ 420-421; 477.

³⁴³ **RLA-86**, *Guyana v. Suriname*, Caso CPA, laudo de fecha 17 de septiembre de 2007 en ¶ 419.

demandado.³⁴⁴ En otras palabras, no aplicará cuando la conducta reclamada por el demandando es ajena judicialmente a la causa de acción del demandante.³⁴⁵

109. Aquí, tal como lo explicó anteriormente el Demandante,³⁴⁶ ninguna de las acciones que son el objeto de los reclamos de Bolivia en su Contestación guardan relación recíproca alguna con la causa de acción de South American Silver. De hecho, es probable que por esta misma razón Bolivia se haya esmerado en encontrar nuevos testigos y presentar éstos en su última Dúplica. Pese a ello, ninguno de los alegatos de hecho efectuados por Bolivia guardan relación con la causa de acción de South American Silver: el incumplimiento por parte de Bolivia de las garantías de protección al inversionista incorporadas en el TBI.

110. Para concluir, ninguno de los criterios necesarios para la aplicación de la doctrina de *clean hands* está presente en este caso puntual. El Tribunal también deberá notar que en el caso de iteraciones nacionales de la doctrina de *clean hands*, no se les exige a los demandantes haber llevado una vida intachable para poder acceder a la justicia: “*equity does not demand that its suitor shall have led blameless lives ... it does require that they shall have acted fairly and without fraud or deceit as to the controversy in issue.*”³⁴⁷ South American Silver es una sociedad protegida conforme al Tratado, que es propietaria de inversiones calificadas en Bolivia³⁴⁸ y los defectos planteados por Bolivia, ninguno de los cuales guarda relación con la realización de su inversión, no debieran distraer a este Tribunal de otorgar una audiencia justa a los reclamos de fondo del Demandante bajo el Tratado.

B. LA INVOCACIÓN POR PARTE DE BOLIVIA DE LA DOCTRINA DE LEGALIDAD ES INFRUCTUOSA DEBIDO A QUE NINGUNA DE LAS SUPUESTAS CONDUCTAS ILEGALES GUARDA RELACIÓN CON LA ADMISIÓN DE LA INVERSIÓN DE SOUTH AMERICAN SILVER Y NO SE PRODUJERON DURANTE LA REALIZACIÓN DE LA INVERSIÓN

111. Bolivia sostiene que la doctrina de legalidad debería aplicarse por este Tribunal independiente del hecho que, en una infracción directa de los requisitos de dicha doctrina: (i) los

³⁴⁴ **RLA-86**, *Guyana v. Suriname*, Caso CPA, laudo de fecha 17 de septiembre de 2007 en ¶ 421.

³⁴⁵ Ver Réplica del Demandante en ¶¶ 216-222.

³⁴⁶ Ver Réplica del Demandante en ¶¶ 216-222.

³⁴⁷ **CLA-193**, Ori Herstein, A Normative Theory of the Clean Hands Defense, *Legal Theory*, Vol. 17 (2011), página 3.

³⁴⁸ Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 224.

presuntos actos ilícitos no guardan relación con la naturaleza de la inversión misma; y (ii) temporalmente, dichos hechos no se produjeron durante la realización de la inversión.³⁴⁹ Según Bolivia, estos criterios son innecesarios porque una limitación a la aplicación de la doctrina de legalidad a la ilegalidad en el momento de realizar la inversión resultaría “contraria al espíritu del derecho en el que se acordó constituir este Tribunal.”³⁵⁰ Esencialmente, Bolivia intenta redefinir el alcance de la Doctrina de Legalidad y escapar de sus confines mediante una apelación unilateral al *ethos*.

112. Conforme a lo señalado anteriormente por el Demandante, para que pueda aplicarse la doctrina de legalidad, la jurisprudencia de arbitraje de inversiones ha exigido de forma consistente que la violación del derecho del Estado receptor se haya producido en la fecha de admisión o de establecimiento de una inversión.³⁵¹ Ello, debido a que el requisito de legalidad opera como un límite sobre el consentimiento del Estado receptor de participar en el arbitraje del TBI.³⁵² Si el inversionista realiza,³⁵³ efectúa,³⁵⁴ o adquiere³⁵⁵ la inversión inicial de forma ilícita, entonces éste se remueve del marco de protecciones de la TBI.³⁵⁶ Pero si el estado demandado reclama infracciones de las leyes del estado receptor durante el curso de la inversión, como aquí lo hace Bolivia, y luego impone sanciones sobre el inversionista que violarían el TBI,

³⁴⁹ Ver Réplica del Demandante en ¶¶ 219 *et seq.*

³⁵⁰ Dúplica del Demandado en ¶¶ 338-341.

³⁵¹ Memorial de Réplica del Demandante en ¶ 223 *et seq.*; **RLA-65**, *Inceysa Vallisoletana S.L. v. El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, laudo de fecha 2 de agosto de 2006; **RLA-56**, *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosc Kaplún v. Plurinational State of Bolivia* (Caso CIADI No. ARB/06/2), Decisión sobre Jurisdicción, 27 de septiembre de 2012 ¶ 266; **RLA-31**, *Gustaf F. W. Hamester GmbH amp; Co KG v. Republic of Ghana* (Caso CIADI No. ARB/07/24), Laudo, 18 de junio de 2010 ¶ 127; **CLA-192**, Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims* 53-54, ¶¶ 106-108 (2009).

³⁵² **RLA-31**, *Gustaf F. W. Hamester GmbH amp; Co KG v. Republic of Ghana* (Caso CIADI No. ARB/07/24), Laudo, 18 de junio de 2010 ¶ 125.

³⁵³ **RLA-56**, *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosc Kaplún v. Plurinational State of Bolivia* (Caso CIADI No. ARB/06/2), Decisión sobre Jurisdicción, 27 de septiembre de 2012 ¶ 266.

³⁵⁴ **CLA-126**, *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic* (Caso CIADI No. ARB/09/1), Decisión sobre Jurisdicción, 21 de diciembre de 2012 ¶ 318.

³⁵⁵ **RLA-237**, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philipines*, Caso CIADI No. ARB/03/25.

³⁵⁶ **RLA-31**, *Gustaf F. W. Hamester GmbH amp; Co KG v. Republic of Ghana* (Caso CIADI No. ARB/07/24), Laudo, 18 de junio de 2010 ¶ 127; **RLA-56**, *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosc Kaplún v. Plurinational State of Bolivia* (Caso CIADI No. ARB/06/2), Decisión sobre Jurisdicción, 27 de septiembre de 2012 ¶ 266; **CLA-126**, *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic* (Caso CIADI No. ARB/09/1), Decisión sobre Jurisdicción, 21 de diciembre de 2012 ¶ 318.

el inversionista “*must have the possibility of challenging their validity in accordance with the applicable investment treaty.*”³⁵⁷ El Tribunal debe, por ende, tomar en cuenta el *ethos* mutuo del sistema del TBI. De lo contrario “[i]t would undermine the purpose and object of the [BIT] to deny the investor the right to make its case before an arbitral tribunal based on the same alleged violations the existence of which the investor seeks to dispute on the merits.”³⁵⁸

113. La ilegalidad del inversionista que se produce durante la ejecución, implementación o incluso la expansión de una inversión no se ignora, como Bolivia intenta hacerle creer engañosamente al Tribunal. Simplemente deja de ser una “carta de triunfo” jurisdiccional que absuelve al Estado receptor de sus propias violaciones del derecho internacional, transformándose en cambio en una cuestión de fondo que deberá ser ponderada—de ser el caso—junto con las propias violaciones del Estado receptor del TBI.³⁵⁹ Sería “*mistaken to adopt an interpretation of a standard phrase in investment instruments in a manner capable of leaving an investor without a remedy, and a Host State secure and immune in a gross violation of a Bilateral Investment Treaty.*”³⁶⁰ Por consiguiente, de acuerdo a lo sostenido por el tribunal *Quiborax*, “*to the extent that the Respondent’s allegations refer to the operation or performance of the investment (Bolivia’s allegations of ‘ongoing illegality’), they are not relevant to the availability of the BIT’s substantive protections. Instead, they are matters for the merits which the Tribunal will address when determining whether the respondent breached*” el TBI.³⁶¹

114. En otras palabras, el Demandante no solicita al Tribunal ignorar los alegatos de Bolivia—simplemente le pide que la doctrina de legalidad se aplicada en la forma en que debe

³⁵⁷ **CLA-121**, *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. Russian Federation*, Caso CPA No. AA 226, Laudo Final, 18 de julio de 2014; **CLA-122**, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, Caso CPA No. AA 227, Laudo Final, 18 de julio de 2014; **CLA-123**, *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, Caso CPA No. AA 226-228, Laudo Final, 18 de julio de 2014 en ¶ 1355.

³⁵⁸ **CLA-121**, *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. Russian Federation*, Caso CPA No. AA 226, Laudo Final, 18 de julio de 2014; **CLA-122**, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, Caso CPA No. AA 227, Laudo Final, 18 de julio de 2014; **CLA-123**, *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, Caso CPA No. AA 226-228, Laudo Final, 18 de julio de 2014 en ¶ 1355.

³⁵⁹ Una violación del derecho del Estado receptor puede ser examinada sólo en relación a la concepción de una inversión, pero “*not with regard to the subsequent conduct of the claimant in the host state, even in relation to the expansion or development of the original investment.*” **CLA-192**, *Zachary Douglas*, *The International Law of Investment Claims* 53-54, ¶¶ 106-108 (2009).

³⁶⁰ **RLA-237**, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, Caso CIADI No. ARB/03/25, Opinión disidente de Bernardo M. Cremades de fecha 19 de julio de 2007, ¶ 39.

³⁶¹ **CLA-158**, *Quiborax S.A. et al. v. Plurinational State of Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Laudo, 16 de septiembre de 2015 en ¶ 129.

aplicarse: como una regla que prohíbe a los tribunales adquirir jurisdicción sólo en el caso excepcional cuando se descubre la conducta ilegal grave del inversionista en el momento de la inceptión misma de la inversión, enturbiándola en su totalidad. Ello simplemente no es lo que ocurre en este caso, donde las presuntas ilegalidades habrían sucedido años después, durante la fase de ejecución de la inversión. Bolivia tendrá toda oportunidad de exponer su defensa de ilegalidad—pero se les otorgará a aquellos alegatos el peso adecuado y éstos serán evaluados junto con otras cuestiones sobre el fondo, y no como una carta de triunfo que ignora toda otra cuestión.

115. Bolivia es incapaz de dar a este Tribunal una razón convincente de por qué debería apartarse de la práctica arbitral establecida. En efecto, la crítica por parte de Bolivia de la jurisprudencia referenciada por *South American Silver* relativa a los límites de la doctrina de legalidad, es penosamente superficial. Por ejemplo, Bolivia busca aminorar las conclusiones del Tribunal *Saba Fakes*.³⁶² Pese a ello, este “*obiter dictum*”—según lo caracteriza Bolivia—fue endosado por dos tribunales posteriores: *Quiborax v. Bolivia* y *Metal-Tech v. Uzbekistan*.³⁶³

116. Quizás al reconocer las imperfecciones de su lógica, Bolivia ahora asevera que la presunta falta sí ocurrió durante la realización de la inversión de *South American Silver*—un claro intento por colocar sus alegaciones dentro de los límites temporales de la Doctrina de Legalidad. Aparentemente, Bolivia interpretó la declaración de *South American Silver* de que no existe cantidad de “ingenio suficiente con respecto al uso de la Doctrina de Legalidad que pueda salvar este vasto abismo temporal” entre la presunta falta y el momento en que se realizó por primera vez la inversión, como una invitación a reinterpretar los antecedentes de hecho del presente caso. Es un acto audaz, pero no existe grado de ingenio alguno que pueda cambiar la cronología de los hechos.

117. La inversión de *South American Silver* se realizó mucho antes de que se produjeran supuestamente los presuntos ilícitos que motivaron el Decreto de Reversión. Está bien establecido que “[w]here investments are made without a contract with the host State,”

³⁶² Memorial de Dúplica del Demandado en ¶ 334 (señalando que “la afirmación (en un párrafo) de ese tribunal sobre la categoría de leyes que constituyen el requisito de legalidad era un *obiter dictum*”).

³⁶³ **RLA-56**, *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia* (Caso CIADI No. ARB/06/2), Decisión sobre Jurisdicción, 27 de septiembre de 2012, ¶ 266; **CLA-127**, *Metal-Tech Ltd v. The Republic of Uzbekistan* (Caso CIADI No. ARB/10/3), Laudo, 4 de octubre de 2013, ¶ 165.

como en el presente caso, “*the decisive stage*” (la etapa decisiva) para determinar el momento de realización de la inversión “*will usually be the making of definite commitments with partners, suppliers, subcontractors, or similar legally binding steps.*”³⁶⁴ En este caso puntual, aquellos “*definite commitments*” (compromisos definitivos) fueron la adquisición por parte de South American Silver de diez concesiones mineras que cubrían la totalidad del área del Proyecto Malku Khota y la constitución de CMMK. Este proceso fue finalizado *años* antes de la expedición del Decreto de Reversión. La teoría planteada por Bolivia de que la inversión continuó realizándose mientras se emitía el decreto de reversión³⁶⁵ requeriría a este tribunal extender la etapa de realización de la inversión inicial indefinidamente. Ello sería absurdo.

118. Por último, y más increíble aún, Bolivia argumenta que el análisis de la legalidad no debería limitarse al momento en que se realizó la inversión porque el TBI carecía de una cláusula de legalidad.³⁶⁶ Según Bolivia, este Tribunal debería imponer una cláusula de legalidad que exija a South American Silver cumplir con el derecho del estado receptor, como un obstáculo jurisdiccional en la ausencia de lenguaje expreso en el TBI a esos efectos. Éste es un argumento asombroso, y no en un sentido positivo. Efectivamente, Bolivia pide al Tribunal no tan sólo interpretar un requisito de legalidad en el tratado cuando no existe uno; luego, va más allá de la misma Doctrina de Legalidad al usar esa misma ausencia de un requisito de legalidad como permiso para *extender* la doctrina a *todo el ciclo de vida de una inversión*. En otras palabras, Bolivia desea que este Tribunal reescriba el lenguaje de *virtualmente todos los tratados de inversión* que contienen el lenguaje “conforme al derecho” en el cual se basa la Doctrina de Legalidad, eliminando por completo el requisito de “*realizado conforme al derecho*”. Ningún tribunal de inversión ha hecho esto antes, y este Tribunal no debiera ser el primero en hacerlo.

119. Existen dos casos particularmente ilustrativos en este sentido. Primero, en *Metal-Tech*, el tribunal inequívocamente determinó que la cláusula del TBI aplicable “*simply does not address whether or not the investment must be operated lawfully after it is in place.*”³⁶⁷ Por consiguiente, el Tribunal *no* incorporó tal requisito en el TBI, exactamente lo opuesto a lo que

³⁶⁴ **CLA-129**, Christoph H. Schreuer et al., *The ICSID Convention – A Commentary* 135 (Cambridge, 2ª ed. 2009).

³⁶⁵ Dúplica del Demandado en ¶¶ 339-340.

³⁶⁶ Dúplica del Demandado en ¶ 344.

³⁶⁷ **CLA-127**, *Metal-Tech Ltd. v. Uzbekistan*, Caso CIADI No. ARB/10/3, laudo de fecha 4 de octubre de 2013 ¶ 193.

ahora promueve Bolivia. De la misma manera, cuando analizaba la definición de “inversión” conforme al Convenio del CIADI, el tribunal de *Saba Fakes* determinó que el mismo no podía incorporar los “*principles of good faith and legality [] into the definition of Article 25(1) of the ICSID Convention without doing violence to the language of the ICSID Convention.*”³⁶⁸ El tribunal explicó que la inversión tan sólo necesitaba ser calificada como tal de acuerdo al derecho local, pero que el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI no incluía palabras calificadoras o requisitos adicionales, tales como inversiones realizadas “*in ‘good faith.’*” Así, el tribunal no podía incorporar estos principios en el lenguaje del Convenio porque mientras que “*an investment might be ‘legal’ or ‘illegal,’ made in ‘good faith’ or not, it nonetheless remains an investment. The expressions ‘legal investment’ or ‘investment made in good faith’ are not pleonasms, and the expressions ‘illegal investment’ or ‘investment made in bad faith’ are not oxymorons.*” Aquí no existe cláusula de legalidad expresa en el TBI que exija a South American Silver mantener, operar o expandir su inversión conforme al derecho nacional o de buena fe. En consecuencia, este Tribunal no puede incorporar tal requisito a la ejecución o expansión de la inversión sin violentar (“*without doing violence*”) tanto el lenguaje como el espíritu del TBI.

120. Finalmente, Bolivia intenta inducir erróneamente al Tribunal a aplicar la Doctrina de Legalidad, desestimando así todos los Reclamos de South American Silver por la violación de Bolivia del TBI, apelando a un sentido de *ethos* unilateral. South American Silver, sin embargo, no le pide al Tribunal impunidad por supuestas conductas ilícitas (si es que éstas realmente existieron), el Demandante únicamente quiere compensación justa y adecuada por su inversión de acuerdo a las protecciones sustanciales otorgadas por el TBI. Según lo explicado por el Profesor Cremades, la pregunta relevante para el tribunal es si un arbitraje provee el momento, contexto y foro correctos para resolver las imputaciones de conducta ilícita:

“It is important to emphasise that there is no question of an Arbitral Tribunal passing over or treating lightly any illegal conduct by the investor. The question is the proper time and context to consider and evaluate the proof and consequences of illegality. In many cases, legal action will also be possible in competent domestic tribunals. There is no question of impunity for the foreign investor. The foreign investor that

³⁶⁸ **RLA-61**, *Saba Fakes v. Turkey*, Caso CIADI No. ARB/07/20, laudo de fecha 14 de julio de 2010 ¶ 112 (énfasis agregado).

commits a crime should go to jail or suffer the other penalties prescribed by law.”³⁶⁹

La posición del Demandante en este punto ha sido clara: de ser verdad, el recurso adecuado que Bolivia debe seguir en contra de los tipos de violaciones que alega sería investigar y perseguir los perpetradores de esos crímenes, siguiendo los procedimientos apropiados y el debido proceso.³⁷⁰ Pero el intento por parte de Bolivia de usar alegatos infundados como un medio para evitar sus obligaciones legítimas conforme al Tratado debe ser rechazado.

C. LAS ALEGACIONES DE HECHO DE BOLIVIA RESPECTO A LAS SUPUESTAS ‘MANOS SUCIAS’ DE SOUTH AMERICAN SILVER SON ERRÓNEAS

121. De forma preliminar, ambas partes acuerdan que, de acuerdo con el Reglamento de la CNUDMI, “[c]ada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus acciones o defensas.”³⁷¹ Bolivia, sin embargo, aboga por trasladar la carga de la prueba en base a sus argumentos de *clean hands*.³⁷² Simplemente no existe cuestionamiento de que el principio rector respecto a la carga de la prueba en el arbitraje internacional de inversiones es que cada parte deberá probar los hechos sobre los que depende conforme a la máxima *onus probandi incumbit actori*.³⁷³ Por consiguiente, la carga de la prueba por los hechos y defensas argumentados por Bolivia no se traslada a South American Silver.

122. En relación a la carga de la prueba, el consenso entre aquellos casos donde se han formulado alegatos de un actuar ilícito grave sigue siendo el mismo: el estándar aplicable a la prueba es elevado.³⁷⁴ Aun cuando los tribunales de *Rompetro* y *Libananco* no se refirieron al

³⁶⁹ **RLA-237**, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philipines*, Caso CIADI No. ARB/03/25, Opinión disidente de Bernardo M. Cremades de fecha 19 de julio de 2007, ¶ 39.

³⁷⁰ Réplica del Demandante en ¶ 222.

³⁷¹ **CLA-130**, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2010, Artículo 27(1); Réplica del Demandante en ¶ 229; Dúplica del Demandado en ¶ 247.

³⁷² Dúplica del Demandado en ¶ 348.

³⁷³ **CLA-194**, Nigel Blackaby, Constantine Partasides, et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration* ¶ 6.84 (6ª ed. 2015) (“The generally accepted answer is that the ‘burden of proof’ of any particular factual allegation is upon that party which makes the allegation.”). Ver también, **CLA-127**, *Metal-Tech Ltd. v. Uzbekistan*, Caso CIADI No. ARB/10/3, laudo de fecha 4 de octubre de 2013 en ¶ 237 (“The principle that each party has the burden of proving the facts on which it relies is widely recognised and applied by international courts and tribunals.”).

³⁷⁴ Réplica del Demandante en ¶ 229 *et seq.*

estándar de prueba como “*clear and convincing*” según lo afirmado por Bolivia,³⁷⁵ de todas maneras aplicaron un estándar elevado. Como lo expuso el tribunal de *Rompetrol*:

“given the nature of an allegation of wrongful (in the widest sense) conduct, and in the light of the position of the person concerned, an adjudicator would be reluctant to find the allegation proved in the absence of a sufficient weight of positive evidence – as opposed to pure probabilities or circumstantial inferences.”³⁷⁶

[REDACTED]

[REDACTED] *En el mejor de los casos*, Bolivia sólo ofrece—haciendo eco del tribunal de *Rompetrol*—“*pure probabilities or circumstantial inferences*”, ninguna de las cuales es suficiente para probar los hechos ilícitos de los que acusa al Demandante. Finalmente, independientemente de si el estándar que este Tribunal opta por aplicar se refiere o no como “*clear and convincing*”, como mínimo el Tribunal deberá exigir “*more confidence [from] the evidence relied on.*”³⁷⁷ [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] La respuesta a ambas preguntas es inequívocamente no.

123. South American Silver ya mostró por qué la multitud de acusaciones de hecho formuladas por Bolivia simplemente se deshacen al analizarlas.³⁷⁸ Si bien South American Silver no tiene la carga de probar ninguna de las aseveraciones de hecho de Bolivia, no obstante ha presentado elementos probatorios que demuestran que las imputaciones de Bolivia son o bien

³⁷⁵ Dúplica del Demandado en ¶ 350.

³⁷⁶ **CLA-132**, *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, Caso CIADI No. ARB/06/3, Laudo, 6 de mayo de 2013 en ¶ 182. Ver también, **CLA-133**, *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, Caso CIADI No. ARB/06/8, Laudo, 2 de septiembre de 2011 en ¶117.

³⁷⁷ **CLA-116**, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v United States of America)*, Sentencia, I.C.J., Reports 2003, página 161, Opinión Separada del Juez Higgins, 6 de noviembre de 2003 en 234 §33, 42 ILM 1334, 1384-86 (2003).

³⁷⁸ La Sección II de la presente Dúplica, como también la Sección II de la Réplica del Demandante.

incorrectas, sacadas fuera de contexto o simplemente insuficientes para dar lugar a la aplicación de las doctrinas de Legalidad o de *clean hands*. Las alegaciones de hecho por parte de Bolivia de que hubo ilícitos se examinan con mayor detalle en la Sección II de esta presentación.³⁷⁹ No obstante, el Demandante abordará cuatro de las amplias categorías de conductas ilícitas imputadas por Bolivia para demostrar que carecen de todo fundamento:

124. *Primero*, las imputaciones de Bolivia respecto a que CMMK provocó una división entre las comunidades indígenas son falsas. South American Silver ha demostrado que CMMK contaba con el apoyo de la mayoría de los ayllus y comunidades de los alrededores del Proyecto—salvo por dos comunidad más pequeñas (no ayllus): Malku Khota y Calachaca.³⁸⁰ Todas las declaraciones contemporáneas realizadas por las autoridades bolivianas, el(la) Testigo X y los comunarios lo confirman.³⁸¹

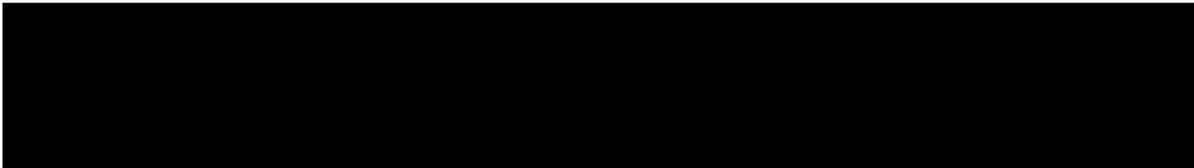


125. South American Silver también ha demostrado que su decisión de expandir el Área de Influencia del Proyecto fue ejercida precisamente para evitar dividir a los ayllus.³⁸³

³⁷⁹ Ver también Réplica del Demandante, § II.

³⁸⁰  **Prueba C-314**, Acta de Reunión entre Funcionarios del Ministerio de Minería, Oscar Iturri y Emil Balcázar, con los ayllus de la Provincia de Alonso de Ibáñez, 18 de abril de 2012 (en la cual el Gobierno reconoce la existencia de un “consenso absolutamente mayoritario de aprobación del proyecto, exceptuando las 2 comunidades [Calachaca y Mallku Khota]”); **Prueba C-227**, Declaración emitida por las autoridades del ayllu Jatun Urinsaya el 27 de diciembre de 2010, rechazando las resoluciones de CONAMAQ y FAOI de fecha 11 y 19 de diciembre de 2010; **Prueba R-63**, Informe de la segunda reunión de socialización del Proyecto Malku Khota, 6 de septiembre de 2011 en 2-3; **Prueba C-232**, Acta de la Reunión entre Comunarios del Norte de Potosí y la Dirección General de Medio Ambiente del Ministerio de Minería y Metalurgia, 13 de octubre de 2011; **Prueba C-170**, Malku Khota Project Community Relations Update, 25 de mayo de 2011; **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶¶ 23-27.

³⁸¹ *Ídem*.

³⁸² 

³⁸³ Ya que cada ayllu está conformado por grupos de familia y comunidades separados ubicados en toda el área. **CWS-3**, Declaración Testimonial de W.J. Mallory, 12 de septiembre de 2014 en ¶ 6. La expansión permitió la

Adicionalmente, la Compañía contaba con otros motivos legítimos para expandir el Área de Influencia del Proyecto, incluyendo la ubicación de los trabajos de exploración, los límites geográficos y potenciales necesidades de empleo.³⁸⁴ En realidad, los intentos por dividir la comunidad provinieron de la FAOI-NP y CONAMAQ;³⁸⁵ mineros ilegales;³⁸⁶ y el propio gobierno.³⁸⁷ Desde el principio, la Compañía procuró obtener la aceptación general del Proyecto. Por ende, “no tiene ningún sentido y no cumple ningún propósito desde el punto de vista de las relaciones comunitarias dividir a las comunidades cuando lo que se persigue es una aceptación general.”³⁸⁸

126. South American Silver también demostró que la COTOA-6A fue una iniciativa tomada por los líderes de los seis *ayllus* que circundaban el Proyecto, quienes mostraban preocupación de que la CONAMAQ o FAOI-NP no representaba adecuadamente sus intereses.³⁸⁹

inclusión de la población susceptible a estar afectada por el Proyecto y, en lo posible, todas las comunidades de los *ayllus* circundantes al área de influencia, de acuerdo a lo recomendado por los consultores de CMMK. **Prueba C-215**, Correo electrónico de A. Cárdenas a F. Cáceres et. al, 11 de junio de 2012; **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶¶ 10-11; **CWS-9**, Declaración Complementaria de Felipe Malbrán, 12 de noviembre de 2015 en ¶ 14. *Ver también* Réplica del Demandante en ¶¶ 69-72.

³⁸⁴ *Ver* Réplica del Demandante en ¶¶ 70-71.

³⁸⁵ **Prueba C-169**, Correo electrónico de S. Angulo a F. Malbrán, 11 de diciembre de 2007; **Prueba C-216**, Correo electrónico de S. Angulo a X. Gonzales, 16 de marzo de 2012; **CWS-7**, Segunda Declaración Testimonial de Santiago Angulo, 14 de noviembre de 2015 en ¶¶ 14, 41; **CWS-8**, Declaración Testimonial Complementaria de Gonzales en ¶¶ 20, 31. *Ver también* Réplica del Demandante en § II.C.

³⁸⁶ **Prueba C-223**, *Explotación ilegal de oro es el origen del conflicto en Mallku Khota*, LA PAZ, 21 de mayo de 2012 (citando al Ministro de Minería y Metalurgia, Mario Virreira, quien señala “[n]o es evidente que interés sea defender los recursos del Estado, porque estos señores que se oponen a la presencia de la compañía minera Malku Khota, en realidad [lo que] están haciendo es explotar ilegalmente el oro en esa región”); **Prueba C-149**, *Policia evitará explotación ilegal en Mallku Khota*, LA PATRIA, 19 de octubre de 2012 (citando al Ministro de Minería y Metalurgia, quien señala que “[h]a existido en el sector una especie de explotación ilegal de minerales del yacimiento, actividad clandestina que ha sido ‘un tanto pactada con algunos dirigentes.’”); **Prueba C-225**, *Avasalladores explotan oro en Mallku Khota*, LOS TIEMPOS, 1º de agosto de 2012; **Prueba C-222**, *Denuncian contaminación ambiental en Mallku Khota*, LA RAZÓN, 26 de mayo de 2012.

³⁸⁷ Por ejemplo, al no proteger el Proyecto para poder proseguir los intereses económicos y políticos del Gobierno. *Ver*, por ejemplo, **Prueba R-119**, Resolución DAJ-0073/2011 dictada por COMIBOL, 26 de abril de 2011; Memorial de Contestación del Demandado en ¶¶ 443-445; **CWS-8**, Declaración Testimonial Suplementaria de Gonzales en ¶ 27. *Ver también* Réplica del Demandante en § II.C.3.

³⁸⁸ **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory.

³⁸⁹ **CWS-11**, Tercera Declaración Testimonial de Mallory en ¶¶ 8-15; **Prueba C-155**, Memorándum de Santiago Angulo a Felipe Malbrán, *Informe Mensual Proyecto Malku Khota*, mayo de 2009; **Prueba C-309**, *Acta de Conformidad del Comité Consultivo de Organizaciones Originarias de los Seis Ayllus (COTOA-6A)*, 2 de mayo

Las pruebas presentadas por Bolivia en ese sentido fueron creadas para propósitos del presente arbitraje y no pueden contradecir la evidencia contemporánea que consta en el expediente del caso.³⁹⁰ Puntualmente, documentos contemporáneos demuestran que ya a partir del año 2009 las comunidades deseaban involucrarse en un comité.³⁹¹ Esta iniciativa se materializó con la formación de la COTOA-6A en octubre de 2011.³⁹² [REDACTED] Fueron los propios líderes de la COTOA-6A quienes tomaban e implementaban las decisiones, actuando para su exclusivo beneficio.³⁹³

127. *Segundo*, [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

de 2011; **Prueba C-233**, Carta de COTOA-6A al Presidente Evo Morales, 10 de octubre de 2011; **Prueba C-234**, Carta de COTOA-6A al Ministerio de Minería, 10 de octubre de 2011; **Prueba C-232**, Acta de la Reunión entre Comunarios del Norte de Potosí y la Dirección General de Medio Ambiente del Ministerio de Minería y Metalurgia, 13 de octubre de 2011.

³⁹⁰ Dúplica del Demandado en ¶¶ 352(a), 352(b), 352(c) (dependiendo principalmente del testimonio del [REDACTED] el Sr. Andrés Chajmi y otros testimonios eliminados del expediente).

³⁹¹ **Prueba C-155**, Memorándum de Santiago Angulo a Felipe Malbrán, *Informe Mensual Proyecto Malku Khota*, mayo de 2009.

³⁹² **Prueba C-233**, Carta de COTOA-6 al Presidente Evo Morales, 10 de octubre de 2011; **Prueba C-234**, Carta de COTOA-6A al Ministerio de Minería, 10 de octubre de 2011. Las comunidades ya comenzaron a adoptar medidas concretas para formar COTOA-6A en abril de 2011. Ver, **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 15; **Prueba C-309**, *Acta de Conformidad del Comité Consultivo de Organizaciones Originarias de los Seis Ayllus (COTOA-6A)*, 2 de mayo de 2011.

³⁹³ Ver **CWS-11**, Tercera Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 12.

³⁹⁴ Réplica del Demandante en § II.D.2.

³⁹⁵ Ver Memorial de Contestación del Demandado en ¶ 106 (citando **Prueba R-46**, Voto resolutivo de los Ayllus Sullka Jilatikani, Takahuani, Urinsaya y Samka de fecha 11 de diciembre de 2019; **Prueba R-49**, Resolución del Cabildo de los Ayllus Sullka Jilatikani, Tacahuani, Urinsaya y Samka de fecha 19 de diciembre de 2010; **Prueba R-50**, Resolución de la FAOI-NP de fecha 11 de enero de 2011; **R-51**, Resolución del Ayllu Sullka Jilatikani de fecha 15 de febrero de 2011, **Prueba R-52**, Resolución de la FAOI-NP de fecha 28 de febrero de 2011).

[REDACTED]

128. *Tercero*, las imputaciones de Bolivia de que CMMK instigó la violencia entre las comunidades son erróneas. La Compañía se opone enérgicamente a cualquier sugerencia de que ésta provocó, indujo o promovió violencia entre las comunidades.³⁹⁷ La tolerancia o promoción de violencia en el área no beneficiaría de forma alguna a la Compañía.³⁹⁸ Nuevamente, Bolivia formula acusaciones completamente infundadas y temerarias (señalando, como modo de ejemplo, que la Compañía entregó armas a las comunidades) sin prueba alguna.³⁹⁹ CMMK siempre instruyó a las personas que la apoyaban que actuaran pacíficamente y rechazó cualquier petición de armas efectuada por las comunidades.⁴⁰⁰ Una de las políticas laborales de CMMK era trabajar “con [el] principio de responsabilidad” al “[respetar] y [valorar] las creencias, los

³⁹⁶ Dúplica del Demandado en ¶ 352(e). La otra pieza de “evidencia” citada por Bolivia es una orden que cierra la investigación originalmente iniciada por el empleado de CMMK, el Sr. Xavier Gonzales, tras el secuestro de otro empleado de CMMK, el Sr. Saúl Reque, por comunarios de Malkhu Khota. *Ídem*. Este documento no sirve de sustento para las afirmaciones expresadas por Bolivia. En cambio, muestra que el Sr. Saúl Reque ejerció legítimamente sus derechos como ciudadano para perseguir a sus agresores. El hecho de que la Fiscalía haya cerrado la investigación porque no pudo confirmar la identidad de los agresores no puede inclinarse a favor de Bolivia.

³⁹⁷ Réplica del Demandante en la Sección II.E.

³⁹⁸ Ver **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 13 (señalando que “no tiene ningún sentido y no cumple ningún propósito desde el punto de vista de las relaciones comunitarias dividir a las comunidades cuando lo que se persigue es una aceptación general.”).

³⁹⁹ Dúplica del Demandado en ¶¶ 38, 352 (f). [REDACTED]

⁴⁰⁰ Ver **CWS-10**, Segunda Declaración Testimonial de Mallory en ¶ 40; **Prueba C-293**, Correo electrónico de F. Cáceres a A. Cárdenas y F. Ali, 25 de junio de 2012 y **Prueba-294**, Correo electrónico de A. Cárdenas, F. Cáceres y F. Ali, sin fecha. Ver también **Prueba R-255**, Correo electrónico de G. Funes al Sr. Fernando Cáceres *et. al.*, del 26 de mayo de 2012 en el cual el Sr. Guillermo Funes instruye al Sr. Fernando Cáceres lo siguiente: “Fernando, como sabemos, el criterio máximo a seguir será actuar con la máxima prudencia posible en todo momento, y siendo siempre primero la protección de las personas y luego del mismo Proyecto.”

usos y costumbres” de las comunidades indígenas.⁴⁰¹ CMMK recalca ante todos sus empleados que “el cumplimiento de las normas es ‘obligatorio’ para el personal, empresas contratistas y otros actores que se encuentran involucrados en las operaciones.”⁴⁰² Asimismo, CMMK pidió a sus empleados “respetar a las autoridades del lugar y acatar sus normativas.”⁴⁰³

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] Para finalizar, la Compañía nunca promovió violencia en el área; haberlo hecho iría en contra de las políticas y principios operativos de CMMK.

129. *Cuarto*, las imputaciones de Bolivia de que CMMK pagó a periodistas y agentes policiales “exagerando la situación de violencia en Malku Khota y Acasio” son falsas y tomadas fuera de contexto. El Demandante ha acompañado pruebas demostrando que los pagos efectuados al periodista Gonzalo Gutiérrez se relacionaban puntualmente a sus servicios otorgados como el coordinador de medios de la Compañía.⁴⁰⁵ El esfuerzo por parte de Bolivia de difamar las interacciones de la Compañía con el Sr. Gutiérrez se deshace al examinar la mismísima comunicación que Bolivia presentó como “prueba.”⁴⁰⁶ Así, el Tribunal debe rechazar estas imputaciones. Asimismo, South American Silver ha presentado pruebas demostrando que las declaraciones públicas hechas por los agentes policiales secuestrados por la comunidad de Malku Khota fueron realizadas por la propia iniciativa de los efectivos policiales.⁴⁰⁷ [REDACTED]

⁴⁰¹ **Prueba C-199**, Compañía Minera Malku Khota S.A., Curso de Inducción, septiembre de 2010, diapositiva 9 (énfasis en el original); **Prueba C-200**, Compañía Minera Malku Khota S.A., Plan de Trabajo.

⁴⁰² **Prueba C-199**, Compañía Minera Malku Khota S.A., Curso de Inducción, septiembre de 2010, diapositiva 11 (énfasis en el original); **Prueba C-200**, Compañía Minera Malku Khota S.A., Plan de Trabajo.

⁴⁰³ **Prueba C-199**, Compañía Minera Malku Khota S.A., Curso de Inducción, septiembre de 2010, diapositiva 12 (énfasis en el original); **Prueba C-200**, Compañía Minera Malku Khota S.A., Plan de Trabajo.

⁴⁰⁴

⁴⁰⁵ *Ver CWS-12*, Declaración Testimonial Complementaria de Gonzales en ¶ 17; [REDACTED]

⁴⁰⁶ *Ver Supra* en II.C.3.

⁴⁰⁷

[REDACTED]

130. Finalmente, no se controvierte que el 18 de mayo 2012 la Procuraduría boliviana emitió una orden de detención en contra del Sr. Rojas.⁴¹⁰ La orden fue emitida como respuesta a la participación del Sr. Rojas en hechos violentos. Su aprehensión posteriormente tuvo lugar el 21 de mayo de 2012, luego de que las víctimas de Cancio Rojas iniciaran una riña callejera con él.⁴¹¹ [REDACTED]

[REDACTED]

⁴⁰⁸ RWS-7, Declaración Testimonial del(la) Testigo X en ¶ 27.

⁴⁰⁹ [REDACTED]

⁴¹⁰ Contestación del Demandado a la Demanda Arbitral, 31 de marzo de 2015 en ¶ 158.

⁴¹¹ *Ídem.*

⁴¹² *Ídem.*

[REDACTED]

131. Del mismo modo, las demás alegaciones de Bolivia carecen de mérito y son infundadas y, en todo caso, no guardan relación alguna con la realización de la inversión del Demandante ni con la causa de acción de este último: la violación por parte de Bolivia del TBI. Por consiguiente, las acusaciones de Bolivia de conductas ilícitas no pueden afectar la jurisdicción del Tribunal.

V. PETITUM

Por los motivos aquí expuestos, el Demandante, South American Silver, solicita un laudo otorgando las siguientes medidas de reparación:

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

Además, por medio del presente, el Demandante reitera la reparación de fondo que solicita a este Tribunal, principalmente:

- (iii) Una declaración de que Bolivia ha violado el Tratado;
- (iv) Una declaración de que las acciones y omisiones en discusión y aquellas de sus entidades por las cuales es internacionalmente responsable son ilícitas, constituyen una expropiación sin una pronta, adecuada y efectiva compensación, que no cumplió con su obligación de tratar a las inversiones de South American Silver de manera justa y equitativa y de otorgar plena protección y seguridad a las inversiones de South American Silver, y perjudicó las inversiones de South American Silver mediante medidas no razonables y discriminatorias y trató las inversiones de South American Silver de manera menos favorable en comparación con las inversiones de sus propios inversionistas;
- (v) Un laudo otorgando a South American Silver plena restitución o el equivalente monetario de todos los daños causados a sus inversiones, incluyendo daños históricos y emergente;

⁴¹³ CWS-12, Declaración Testimonial Complementaria de Gonzales en ¶ 20 ([REDACTED])

- (vi) Un laudo otorgando a South American Silver todos los costos de este procedimiento, incluyendo honorarios de abogados; e
- (vii) Intereses post-laudo sobre todas las sumas anteriores, calculados trimestralmente, hasta que Bolivia las haya pagado en su totalidad.

Respetuosamente,

Henry G. Burnett
Cedric Soule
Fernando Rodríguez-Cortina
KING & SPALDING LLP
1185 Avenue of the Americas
Nueva York, NY-10036
Estados Unidos de América

Roberto Aguirre Luzi
Eldy Roché
KING & SPALDING LLP
1100 Louisiana Street
Houston, TX-77002
Estados Unidos de América