

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A
INVERSIONES**

Bear Creek Mining Corporation

c.

República del Perú

(Caso CIADI No. ARB/14/21)

LAUDO

Miembros del Tribunal

Prof. Karl-Heinz Böckstiegel, Presidente del Tribunal

Dr. Michael Pryles, Árbitro

Prof. Philippe Sands QC, Árbitro

Secretaria del Tribunal

Sra. Mercedes Cordido-Freytes de Kurowski

Asistente del Tribunal

Dra. Katherine Simpson

Fecha de envío a las Partes: 30 de noviembre de 2017

REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES

En representación de Bear Creek Mining Corporation:

Sr. Henry G. Burnett,
Sr. Craig Miles,
Sra. Caline Mouawad,
Sr. Cedric Soule,
Sr. Fernando Rodríguez-Cortina,
Sra. Eldy Quintanilla Roché,
Sra. Jessica Beess und Chrostin
Sr. Luis Alonso Navarro, y
Sra. Verónica García,
King & Spalding LLP
1185 Avenue of the Americas
Nueva York, N.Y. 10036-4003
Estados Unidos de América

y

Sr. Luis Miranda Alzamora y
Sra. Cristina Ferraro Delgado
Miranda & Amado Abogados
Av. Larco 1301 piso 20,
Torre Parque Mar
Miraflores, Lima 18
Perú

En representación de la República del Perú:

Sr. Ricardo Ampuero Llerena
Comisión Especial que Representa al Estado
en Controversias Internacionales de Inversión
Ministerio de Economía y Finanzas
Jr. Cuzco 177
Lima
Perú

y

Dr. Stanimir A. Alexandrov
Stanimir A. Alexandrov PLLC
1501 K Street, N.W., Suite C-072
Washington, D.C. 20005
Estados Unidos de América

y

Sra. Marinn Carlson y
Sra. Jennifer Haworth McCandless
Sidley Austin LLP
1501 K Street, N.W.
Washington, D.C. 20005
Estados Unidos de América

y

Sr. Juan Pazos Battistini y
Sr. Ricardo Puccio Sala
Estudio Navarro & Pazos Abogados
Av. Del Parque 195
Lima 27
Perú

Índice de contenidos

GLOSARIO DE TÉRMINOS DEFINIDOS.....	VI
DRAMATIS PERSONAE	VIII
I. INTRODUCCIÓN	1
A. LA CONTROVERSI Y LAS PARTES	1
B. TERMINOLOGÍA Y RAZONAMIENTO DEL TRIBUNAL	1
II. EL TRIBUNAL DE ARBITRAJE	2
III. ANTECEDENTES PROCESALES	3
IV. LAS SOLICITUDES DE LAS PARTES	19
A. SOLICITUDES DE LA DEMANDANTE	19
B. SOLICITUDES DE LA DEMANDADA	21
V. DECLARACIONES DE HECHO.....	22
A. RESUMEN DE LOS HECHOS BASADO EN LAS PRESENTACIONES DE LAS PARTES	22
B. RESUMEN DE LOS HECHOS PRESENTADOS POR AMICI Y RESPUESTAS DE LAS PARTES....	57
1. Resumen de los hechos presentado por DHUMA y el Dr. López.....	57
2. La respuesta de la Demandante a la presentación de Amici y la pregunta (a) del Tribunal	62
3. Respuesta de la Demandada al Escrito Amici y a la pregunta (a) del Tribunal.....	72
I. DERECHO APLICABLE.....	83
II. JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL.....	84
A. SI EXISTE UNA INVERSIÓN QUE LE CONFIERA JURISDICCIÓN AL TRIBUNAL.....	89
1. Argumentos de la Demandada	89
2. Argumentos de la Demandante	90
3. El razonamiento del Tribunal	93
B. SI LA DEMANDANTE OSTENTABA LOS DERECHOS SOBRE LOS QUE BASA SU RECLAMACIÓN.....	94
1. Argumentos de la Demandada	94
2. Argumentos de la Demandante	95
3. El razonamiento del Tribunal	98
C. LA NORMA JURÍDICA: SI LA LEGALIDAD O BUENA FUE CONSTITUYE UNA PRECONDICIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN POR PARTE DEL TRIBUNAL.....	99
1. Argumentos de la Demandada	99
2. Argumentos de la Demandante	104
3. El razonamiento del Tribunal	109
III. ADMISIBILIDAD DE LAS RECLAMACIONES DE LA DEMANDANTE	111

B.	SI LA DEMANDADA OTORGÓ UN TRATO JUSTO Y EQUITATIVO.....	182
1.	Si la Demandada otorgó al Demandante un Trato Justo y Equitativo conforme lo exigido por el TLC.....	184
(a)	El alcance de la protección ofrecido por el Nivel Mínimo de Trato internacional (“NMT”).....	184
(i)	El Gobierno de Canadá	184
(ii)	Argumentos de la Demandante	185
(iii)	Argumentos de la Demandada	190
(b)	Si el trato de la Demandante y su inversión por parte de la Demandada ha violado el NMT	195
(i)	Argumentos de la Demandante	195
(ii)	Argumentos de la Demandada	199
2.	Si la Demandada le otorgó a la Demandante un Trato Justo y Equitativo en virtud de un estándar autónomo	203
(a)	el Gobierno de Canadá	203
(b)	Argumentos de la Demandante.....	204
(c)	Argumentos de la Demandada.....	212
3.	Razonamiento del Tribunal.....	214
C.	SI LA DEMANDADA OTORGÓ A LA DEMANDANTE PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PLENAS (“PSP”).....	214
1.	Argumentos de la Demandante	215
2.	Argumentos de la Demandada	217
3.	El razonamiento del Tribunal	219
D.	SI LA DEMANDADA CUMPLIÓ CON ALGÚN DEBER DE BRINDAR PROTECCIÓN A LA DEMANDANTE FRENTE A MEDIDAS IRRAZONABLES O DISCRIMINATORIAS (“MID”) ...	219
1.	Argumentos de la Demandante	220
2.	Argumentos de la Demandada	222
3.	El razonamiento del Tribunal	223
E.	ARGUMENTOS SOBRE CULPA CONCURRENTES Y RESPONSABILIDAD	223
1.	Argumentos de la Demandante	224
2.	Argumentos de la Demandada	226
3.	El razonamiento del Tribunal	228
X.	DAÑOS	229
A.	EL ESTÁNDAR DE INDEMNIZACIÓN / SI LA INDEMNIZACIÓN SE LIMITA A LOS MONTOS INVERTIDOS / RESPUESTAS A LAS PREGUNTAS (E)(I) – (IV) DEL TRIBUNAL.....	230
1.	Argumentos de la Demandante	230
2.	Argumentos de la Demandada	239

3. El razonamiento del Tribunal	244
B. ARGUMENTOS ACERCA DEL ANÁLISIS DE FCD / ANÁLISIS DE LA INDEMNIZACIÓN DE LA DEMANDANTE EN RELACIÓN CON EL PROYECTO SANTA ANA	247
1. Argumentos de la Demandante.....	247
(a) La fecha de valoración.....	247
(b) Valuación de FCD de la FTI	248
(c) Argumentos relacionados con la valuación de FCD "moderna" de Brattle 253	
(d) Argumentos relacionados con el análisis de Brattle de precios accionarios 254	
(e) El Impacto de un hallazgo de culpa y/o negligencia concurrente (Pregunta del Tribunal (e)(iv)).....	256
2. Argumentos de la Demandada	258
(a) La Fecha de Valuación	259
(b) Valuación FCD de FTI	259
(c) Argumentos relacionados con el Modelo FCD moderno (“opciones reales”) de Brattle.....	264
(d) Argumentos relacionados con el análisis bursátil de Brattle	266
(e) El impacto de un hallazgo de culpa y/o negligencia concurrente (Pregunta del Tribunal (e)(iv)).....	267
3. El razonamiento del Tribunal.....	269
C. INDEMNIZACIÓN POR EL PROYECTO CORANI Y LA PREGUNTA (E)(II) DEL TRIBUNAL..	273
1. Argumentos de la Demandante.....	273
2. Argumentos de la Demandada	280
3. El razonamiento del Tribunal	287
XI. INTERESES.....	289
A. ARGUMENTOS DE LA DEMANDANTE.....	289
B. ARGUMENTOS DE LA DEMANDADA	291
C. EL RAZONAMIENTO DEL TRIBUNAL.....	292
XII. COSTOS	293
A. ARGUMENTOS DE LA DEMANDANTE.....	293
B. ARGUMENTOS DE LA DEMANDADA	296
C. EL RAZONAMIENTO DEL TRIBUNAL.....	298
XIII. DECISIÓN	301

GLOSARIO DE TÉRMINOS DEFINIDOS

Abreviatura	Término completo
¶ / ¶¶	párrafo / párrafos
C-I	Memorial de la Demandante sobre el Fondo (29 de mayo de 2015)
C-II	Réplica de la Demandante sobre el Fondo y Memorial de Contestación sobre Jurisdicción (8 de enero de 2016)
C-III	Dúplica de la Demandada sobre Jurisdicción (26 de mayo de 2016)
C.Costs-I	Presentación sobre Costos de la Demandante (29 de marzo 2017)
C.Costs-II	Comentarios de la Demandante sobre la Presentación sobre Costos de la Demandada (14 de abril de 2017)
C.Closing	Alegato de Cierre de la Demandante (14 de septiembre de 2016)
C.Prov.M.-I	Solicitud de la Demandante de Medidas Provisionales (9 de enero de 2015)
C.Prov.M.-II	Observaciones de la Demandante a la Respuesta del Perú a la Solicitud de Medidas Provisionales (9 de enero de 2015)
CIMVAL	Instituto Canadiense de Minería, Metalurgia y Petróleo para la Valuación de Propiedades Mineras
CPHB-I	Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia (21 de diciembre de 2016)
CPHB-II	Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia (15 de febrero de 2017)
PPC (o CPP)	Plan de Participación Ciudadana
DGAAM	Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del MINEM
DREM	Dirección Regional de Energía y Minas
EIAS	Evaluación de Impacto Ambiental y Social / Evaluación de Impacto Ambiental
TJE	Trato Justo y Equitativo
FDRN	Frente de Defensa de los Recursos Naturales de la Zona Sur de Puno
VJM	Valor Justo de Mercado
PSP	Protección y Seguridad Plenas
TLC	Tratado de Libre Comercio suscrito entre Canadá y la República del Perú
OIT	Organización Internacional del Trabajo
INACC	Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero (actualmente forma parte del INGEMMET)
INGEMMET	Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico
MINAG	Ministerio de Agricultura
MINEM	Ministerio de Energía y Minas del Perú
NMT	Nivel Mínimo de Trato Internacional
OEFA	Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental de Ministerio del Ambiente
RP-#	Resolución Procesal No. #
R-I	Memorial de Contestación de la Demandada sobre el Fondo y Memorial sobre Jurisdicción (6 de octubre de 2015)
R-II	Dúplica de la Demandada sobre el Fondo y Réplica sobre Jurisdicción (13 de abril de

	2016)
R.Costs-I	Presentación sobre Costos de la Demandada (29 de marzo de 2017)
R.Costs-II	Comentarios de la Demandada sobre la Presentación sobre Costos de la Demandante (14 de abril de 2017)
R.Prov.M.-I	Respuesta de la Demandada a la Solicitud de la Demandante de Medidas Provisionales (6 de febrero de 2015)
R.Prov.M.-II	Dúplica de la Demandada a la Solicitud de la Demandante de Medidas Provisionales (6 de marzo de 2015)
RfA	Solicitud de Arbitraje de la Demandante (11 de agosto de 2014)
RPHB-I	Primer Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia (21 de diciembre de 2016)
RPHB-II	Segundo Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia (15 de febrero de 2017)
SUNARP	Superintendencia Nacional de los Registros Públicos
MID	Medidas Irrazonables y Discriminatorias

DRAMATIS PERSONAE

Nombre	Cargo
Walter Aduviri	Fundador de FDRN; Operativo Político
Jesús Obed Álvarez	Dirección Regional de Minas de Puno
Luis Miguel Castilla	Ministro de Economía y Finanzas (Perú)
Felipe Antonio Ramírez Delpino	(ex) Ministro de Economía y Finanzas (Perú)
Álvaro Díaz	Vicepresidente de Asesoría Legal y General, Bear Creek Se reunió con el Sr. Mayolo y el Ministro Merino el 13 de diciembre de 2013
Juan Carlos Eguren	Congresista (Perú)
Rosario Fernández	Primer Ministro del Perú (2011)
Michael Grau	Miembro del Directorio, Bear Creek Socio, Estudio Grau
Clara García Hidalgo	Asesora del Ministro de Energía y Minas
Ollanta Humala	Presidente del Perú (2011 - 2016)
David Lowell	Miembro del Directorio de Bear Creek
Pedro Martínez	Presidente de la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía del Perú
Elsiaro Antúnez de Mayolo	Director de Operaciones de Bear Creek
Eleodoro Mayorga	entonces Ministro de Energía y Minas (2014)
Catherine McLeod-Seltzer	Miembro del Directorio de Bear Creek
Jorge Merino	Ministro de Energía y Minas (2011 – 2014)
Cesar Ríos	Geólogo empleado por Bear Creek
Mauricio Rodríguez	Presidente Regional en Puno
Pedro Sánchez	Ministro de Energía y Minas (2011)
Luis “Fernando Gala” Soldevilla	Viceministro de Minas del Perú (2011)
Kristiam Veliz Soto	Abogado de la DGAAM
Andrew Swarhout	Presidente, Gerente General y Director de Bear Creek
Juan Luna Vilca	Gobernador de Huacullani
Jenny Karina “Villavicencio” Gardini	Empleada de la Demandante a partir de 2002, otorgó concesiones a la Demandante en virtud de Contratos de Opción
César Zegarra	Ministerio de Energía y Minas

I. INTRODUCCIÓN

A. LA CONTROVERSIA Y LAS PARTES

1. La controversia de las Partes se refiere a las presuntas inversiones de la Demandante en Perú, incluido el proyecto de minería de plata de Santa Ana y los supuestos derechos jurídicos y contractuales conexos. La Demandante sostiene que la Demandada no ha brindado a la inversión de la Demandante realizada en Perú las protecciones establecidas en el Tratado de Libre Comercio suscripto entre Canadá y la República del Perú (“TLC”)¹. La Demandada objeta a la jurisdicción del Tribunal y aduce que las reclamaciones de la Demandante carecen de fundamento en lo relativo al fondo².
2. La Demandante en este procedimiento de arbitraje es Bear Creek Mining Corporation (“Bear Creek”), sociedad debidamente constituida en virtud de las leyes de Canadá, con sede central en 625 Howe Street, Suite 1050, Vancouver, Columbia Británica, Canadá, V6C 2T5.
3. La Demandada en este procedimiento de arbitraje es la República del Perú (“Perú”), estado soberano con domicilio procesal constituido en nombre del Dr. Ricardo Ampuero Llerena, Presidente de la Comisión Especial que Representa al Estado en Controversias Internacionales de Inversión del Ministerio de Economía y Finanzas del Perú, Jr. Cuzco 177, Lima, Perú.

B. TERMINOLOGÍA Y RAZONAMIENTO DEL TRIBUNAL

4. El Tribunal ha procurado efectuar un uso coherente de la terminología. Esto no refleja la comprensión del Tribunal de una cuestión específica o una propensión respecto de las opiniones de una u otra parte. Del mismo modo, el orden en que se presentan las fuentes o referencias no pretende reflejar el valor de una fuente en particular. En cambio, se ha hecho un esfuerzo para enumerar los argumentos, conforme la opinión del Tribunal, de manera lógica y dar formato a las notas al pie de página de forma coherente en pos de hacer referencia a todos los anexos documentales pertinentes presentados por las Partes.

¹ RfA ¶ 2.

² R.Prov.M.-I ¶ 18, nota al pie 37; *PNG Sustainable Development Program Ltd. c. el Estado Independiente de Papúa Nueva Guinea*, Caso CIADI No. ARB/13/33, Decisión sobre la Solicitud de la Demandante de Medidas Provisionales, 21 de enero de 2015 ¶¶ 124 – 125 [RLA-002].

5. El Tribunal ha analizado minuciosamente los extensos argumentos de hecho y de derecho presentados por las Partes en sus presentaciones escritas y orales. El Tribunal también ha revisado las presentaciones de *amicus curiae* y del Gobierno de Canadá. El Tribunal no considera necesario reiterar todos esos argumentos, sino que aborda los argumentos que considera más relevantes para sus decisiones. Las razones del Tribunal, sin repetir todos los argumentos formulados por las Partes, se refieren a lo que el Tribunal considera los factores determinantes necesarios para decidir sobre las solicitudes de las Partes. No obstante, el Tribunal considera que resulta procedente una repetición sucinta de ciertos aspectos de sus conclusiones en el contexto de determinadas cuestiones.

II. EL TRIBUNAL DE ARBITRAJE

6. El 11 de agosto de 2014, la Demandante designó al Dr. Michael Pryles, nacional de Australia, como árbitro. Él aceptó dicha designación el 21 de agosto de 2014. Los datos de contacto del Dr. Pryles son los siguientes:

Dr. Michael Pryles
Suite 304, 521 Toorak Road
Toorak, Victoria 3142 Australia
Teléfono: +613 8590 5642
Correo electrónico: michael@michaelpryles.com

7. El 3 de octubre de 2014, la Demandada nombró al Prof. Philippe Sands, nacional del Reino Unido y Francia, como árbitro. Él aceptó dicha designación el 10 de octubre de 2014. Los datos de contacto del Prof. Sands son los siguientes:

Prof. Philippe Sands QC
Matrix Chambers
Griffin Building
Gray's Inn
London, WC1R 5LN
Reino Unido
Teléfono: +44 20 7404 3447
Correo electrónico: philippesands@matrixlaw.co.uk

8. Las Partes acordaron designar al Dr. Karl-Heinz Böckstiegel como Árbitro Presidente el 1 de diciembre de 2014 y solicitaron que el CIADI, de conformidad con la Regla 5(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, proceda a procurar la aceptación por parte del Profesor Böckstiegel de dicha designación. El Prof. Böckstiegel aceptó tal designación el 3 de diciembre de 2014. Los datos de contacto del Prof. Böckstiegel son los siguientes:

Prof. Dr. Karl-Heinz Böckstiegel
Parkstr. 38
D-51427 Bergisch Gladbach, Alemania
Tel.: +49 (0)2204 66268
Fax: +49 (0)2204 21812
Correo electrónico: kh@khboeckstiegel.com

III. ANTECEDENTES PROCESALES

9. El 11 de agosto de 2014, la Demandante presentó la Solicitud de Arbitraje de la Demandante (“RfA”) ante la Secretaria General del CIADI. El CIADI transmitió la RfA a la Demandada el 13 de agosto de 2014.
10. El 15 de agosto de 2014, el CIADI solicitó que la Demandante confirmara, con arreglo a la Regla 2(1)(f) de las Reglas de Iniciación del CIADI, que la Demandante había tomado las acciones internas necesarias para autorizar la RfA. La Demandante confirmó que tomó las medidas internas necesarias para autorizar la presentación de la RfA y presentó las resoluciones aprobadas por el Directorio de la Demandante el 18 de julio de 2014 y el 8 de agosto de 2014 que autorizaban la presentación de la RfA.
11. El 18 de agosto de 2014, el CIADI registró la RfA.
12. El Tribunal quedó constituido el 3 de diciembre de 2014. Los Miembros del Tribunal presentaron sus declaraciones firmadas de manera oportuna conforme a la Regla 6(2) de las Reglas de Arbitraje CIADI, y copias de dichas declaraciones fueron distribuidas a las Partes por el Secretariado del CIADI en tal fecha.
13. Mediante carta de fecha 4 de diciembre de 2014, el CIADI solicitó a cada Parte el pago de USD 200.000 para cubrir los costos iniciales del procedimiento. El CIADI recibió el pago de la Demandante el 16 de diciembre de 2014 y el pago de la Demandada el 31 de diciembre de 2014.
14. El 11 de diciembre de 2014 y en preparación de la Primera Sesión del Tribunal de Arbitraje, la Secretaria del Tribunal, en nombre y representación del Tribunal, envió a las Partes un Borrador de Agenda y un Borrador de Resolución Procesal.

15. El 2 de enero de 2015, las Partes presentaron sus observaciones sobre el Borrador de Resolución Procesal, indicando los puntos sobre los cuales acordaron y sus respectivas posiciones en relación con los puntos sobre los cuales no habían alcanzado un acuerdo.
16. El 9 de enero de 2015, la Demandante presentó la Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandante ante el Tribunal (“C.Prov.M.-I”), mediante la cual la Demandante solicitó al Tribunal que dictara medidas provisionales ordenando a la Demandada que suspendiera la Demanda MINEM mientras la resolución de este arbitraje estuviera en trámite³.
17. La Primera Sesión del Tribunal de Arbitraje se celebró el 12 de enero de 2015. Se realizó grabación de audio de la sesión, la cual fue depositada en los archivos del CIADI y se distribuyó a los Miembros del Tribunal y a las Partes. Las Partes confirmaron que el Tribunal estaba debidamente constituido y que ninguna parte tenía objeciones respecto del nombramiento de ninguno de los Miembros del Tribunal.
18. Durante dicha sesión, el Presidente se refirió procesalmente a la Solicitud de la Demandante de Medidas Provisionales e invitó a las Partes a proponer un calendario procesal. Las Partes acordaron que la Demandada presentaría una contestación el 6 de febrero de 2015 y que dicha respuesta sería seguida por una segunda ronda de presentaciones; las observaciones de la Demandante debían presentarse el 20 de febrero de 2015 y la refutación de la Demandada, el 6 de marzo de 2015.
19. El 14 de enero de 2015, la Secretaria del Tribunal, en nombre y representación del Tribunal, envió el calendario procesal por correo electrónico a las Partes, según lo acordado por las Partes durante la Primera Sesión.
20. El 27 de enero de 2015, el Tribunal emitió la **Resolución Procesal No. 1 (“RP-1”)**, la cual contiene un resumen de los intercambios de las Partes en la Primera Sesión. El Anexo 1 a la RP-1 contiene el cronograma procesal para este arbitraje.
21. El 6 de febrero de 2015, la Demandada presentó su Respuesta de la Demandada a la Solicitud de la Demandante de Medidas Provisionales (“R.Prov.M.-I”). La Demandada solicitó al Tribunal que rechace la solicitud de medidas provisionales de la Demandante o, con carácter subsidiario, que *“el Tribunal confirme expresamente que, si se le presenta la problemática de la validez cuestionable de*

³ C.Prov.M.-I ¶ 50.

*la adquisición de las concesiones por parte de la Demandante en virtud del derecho peruano como parte de los argumentos jurisdiccionales o de fondo de las Partes, el Tribunal oirá y dirimirá esas cuestiones”*⁴. [Traducción del Tribunal]

22. El 20 de febrero de 2015, la Demandante presentó las Observaciones de la Demandante a la Respuesta del Perú a la Solicitud de Medidas Provisionales (“C.Prov.M.-II”). La Demandante reiteró su petitorio anterior y solicitó que “[s]i el Tribunal denegara la solicitud de medidas provisionales de Bear Creek, Bear Creek solicita al Tribunal que confirme que la defensa continuada de Bear Creek frente a las reclamaciones del Perú contra Bear Creek en la Demanda del MINEM ante los tribunales peruanos no constituye una violación de los requisitos de renuncia establecidos en el Artículo 823.1(e) del Tratado”⁵. [Traducción del Tribunal]
23. El 27 de marzo de 2015, la Demandada presentó las traducciones en inglés de los anexos documentales R-001 - R-005.
24. El 6 de marzo de 2015, la Demandada presentó la Dúplica de la Demandada a la Solicitud de la Demandante de Medidas Provisionales (“R.Prov.M.-II”). La Demandada reiteró su petitorio anterior⁶.
25. El 13 de marzo de 2015, el Tribunal propuso la designación de Katherine Simpson como Asistente del Tribunal, de conformidad con la sección 3.6 de la RP-1. El Tribunal solicitó que se realice la presentación de las observaciones de las Partes, a más tardar, el 16 de marzo de 2015.
26. El 17 de marzo de 2015, al no haber recibido objeciones de las Partes, el Tribunal designó a la Dra. Simpson como Asistente del Tribunal.
27. El 27 de marzo de 2015, de conformidad con la sección 11.4 de la R-1, la Demandada presentó las traducciones en inglés de los anexos documentales R-006-R -009.
28. El 19 de abril de 2015, el Tribunal emitió la **Resolución Procesal No. 2 Respecto de la Solicitud de la Demandante de Medidas Provisionales (“RP-2”)**, y adoptó a la siguiente decisión:

⁴ R.Prov.M-II ¶ 53.

⁵ C.Prov.M-II ¶ 44.

⁶ R.Prov.M-II ¶ 49.

XI. *DISPOSITIF*

Habida cuenta de sus consideraciones y conclusiones supra, el Tribunal decide:

1. *Rechazar la Solicitud de la Demandante de Medidas Provisionales.*
2. *Respecto a la Solicitud Alternativa de la Demandante en caso de denegación de las medidas provisionales, el Tribunal confirma que la defensa continuada de la Demandante frente a las reclamaciones del Perú contra Bear Creek en la Demanda del MINEM ante los tribunales peruanos no constituye una violación de los requisitos de renuncia establecidos en el Artículo 823.1(e) del TLC.*
3. *Toda decisión relativa a los costos generados por este procedimiento sobre medidas provisionales se aplazará hasta una etapa posterior del proceso.*
[Traducción del Tribunal]

29. El 29 de mayo de 2015, la Demandante presentó ante el Tribunal el Memorial de la Demandante sobre el Fondo (“C-I”).
30. El 6 de octubre de 2015, la Demandada presentó ante el Tribunal el Memorial de Contestación de la Demandada sobre el Fondo y Memorial sobre Jurisdicción (“R-I”).
31. El 19 de octubre de 2015, el Tribunal emitió la **Resolución Procesal No. 3 sobre la Designación y Protección de Información Confidencial y la Preparación de Copias Editadas de Documentos para su Divulgación (“RP-3”)**.
32. El 27 de octubre de 2015, la Demandada presentó ante el Tribunal traducciones de declaraciones testimoniales, informes periciales, anexos documentales de hecho seleccionados y autoridades legales.
33. El 27 de octubre de 2015 y el 3 de noviembre de 2015, respectivamente, la Demandante y la Demandada confirmaron que ninguna solicita que el Tribunal designe como información confidencial porción alguna de los Documentos Principales presentados junto a C-I o R-I.
34. El 21 de diciembre de 2015, Romain Champalaune del diario *Le Monde* solicitó permiso para fotografiar la Audiencia en el mes de septiembre de 2016. El 23 de diciembre de 2015, el Tribunal invitó a las Partes a presentar sus opiniones sobre la solicitud del Sr. Champalaune, a más tardar, el 7 de enero de 2016. El 23 de diciembre de 2015, la Demandada solicitó una prórroga hasta el 14 de enero de 2016 para responder a la solicitud del Sr. Champalaune. La Demandante prestó su aquiescencia a la prórroga solicitada.

35. El 8 de enero de 2016, la Demandante presentó ante el Tribunal la Réplica de la Demandante sobre el Fondo y Memorial de Contestación sobre Jurisdicción (“C-II”).
36. El 15 de enero de 2016, las Partes informaron al Tribunal que preferirían que el Tribunal rechazara la solicitud del Sr. Champalaune de fotografiar el procedimiento. Inmediatamente luego de ello, el Tribunal informó al Sr. Champalaune que no podría dar lugar a su solicitud.
37. El 29 de enero de 2016, la Demandante presentó traducciones en idioma inglés de ciertas pruebas presentadas con C-II.
38. El 16 de febrero de 2016, la Demandada solicitó la asistencia del Tribunal para obtener pruebas que supuestamente serían esenciales para este caso, a saber, la declaración testimonial de la Sra. Villavicencio. Al día siguiente, el Tribunal invitó a la Demandante a formular observaciones sobre la Solicitud de la Demandada de fecha 16 de febrero de 2016, a más tardar, el 24 de febrero de 2016.
39. El 24 de febrero de 2016, la Demandante escribió al Tribunal en respuesta a la Solicitud de la Demandada de fecha 16 de febrero de 2016.
40. El 28 de febrero de 2016, la Demandada escribió en respuesta a la carta de la Demandante de fecha 24 de febrero de 2016.
41. El 29 de febrero de 2016, el Tribunal invitó a la Demandante a responder a la carta de la Demandada de fecha 24 de febrero de 2016, a más tardar, el 7 de marzo de 2016.
42. El 7 de marzo de 2016, la Demandante escribió en respuesta a la carta de la Demandada de fecha 24 de febrero de 2016.
43. El 14 de marzo de 2016, el Tribunal emitió la **Resolución Procesal No. 4 relativa a la Solicitud de la Demandada de Ordenar la Declaración Testimonial de la Sra. Villavicencio (“RP-4”)**, y adoptó la siguiente decisión:

VII. DISPOSITIF

- A. Se rechaza la Solicitud de la Demandada.*
- B. Sin embargo, si después de los alegatos finales sobre el fondo siguen existiendo, tal como alega la Demandada, “brechas” en las pruebas, dichas brechas (junto con las inferencias que pudieran extraerse de ellas) podrán ser tenidas en cuenta por el Tribunal, en consideración de la carga*

de la prueba que recae sobre la Demandante con respecto a probar los hechos de sus alegatos sobre el fondo. [Traducción del Tribunal]

44. El 18 de marzo de 2016, la Demandada le escribió al Tribunal para “*corregir el expediente con respecto a ciertos conceptos aparentemente erróneos que se reflejan en la [RP- 4]*”. [Traducción del Tribunal]. La Demandada solicitó al Tribunal que tomara nota de varios puntos y se reservó el derecho de volver a examinar la cuestión de la declaración testimonial de la Sra. Villavicencio en una fecha posterior.
45. El 19 de marzo de 2016, el Tribunal invitó a la Demandante a formular los comentarios que pudiera tener sobre la carta de la Demandada de fecha 18 de marzo de 2016, a más tardar, el 25 de marzo de 2016.
46. El 22 de marzo de 2016, la Demandante respondió a la carta de la Demandada de fecha 18 de marzo de 2016.
47. El 24 de marzo de 2016, el Tribunal emitió su Decisión relativa a la RP-4. Después de tomar nota del contenido de las presentaciones de las Partes, el Tribunal no consideró necesario modificar la RP-4.
48. El 13 de abril de 2016, la Demandada presentó ante el Tribunal la Dúplica de la Demandada sobre el Fondo y Réplica sobre Jurisdicción (“R-II”).
49. El 20 de abril de 2016, la Demandada le proporcionó al Tribunal correcciones a ciertos anexos documentales presentados junto con R-II.
50. El 21 de abril de 2016, la Secretaria del Tribunal escribió a las Partes para solicitar que dichas Partes efectuaran el segundo pago anticipado.
51. El 28 de abril de 2016, la Secretaria del Tribunal acusó recibo de USD 299.975 provenientes de la Demandante. La diferencia entre los USD 300.000 solicitados y la cantidad total registrada por los servicios financieros del CIADI corresponde a los cargos administrativos aplicados por la institución financiera que gestionó la transferencia de fondos.
52. El 4 de mayo de 2016, la Demandada proporcionó traducciones de ciertos anexos documentales presentados junto con R-II.
53. El 26 de mayo de 2016, la Demandante presentó ante el Tribunal su Dúplica sobre Jurisdicción (“C-

III”).

54. El 27 de mayo de 2016, la Secretaria del Tribunal acusó recibo de USD 300.000 provenientes de la Demandada como pago de su parte del segundo anticipo.
55. El 27 de mayo de 2016, Canadá escribió para informarle al Tribunal que presentaría un escrito de una parte no contendiente el 9 de junio de 2016, de conformidad con el Artículo 832 del TLC y tal como se contempla en la sección 17 de la RP-1.
56. El 9 de junio de 2016, Canadá presentó ante el Tribunal su escrito de parte no contendiente intitulada “*Presentación de Canadá de conformidad con el Artículo 832 del Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Perú*”.
57. El 9 de junio de 2016, el Tribunal recibió una solicitud para presentar una comunicación escrita como *amicus curiae* de conformidad con el Artículo 836 y el Anexo 836.1 del TLC por parte del Centro de Inversión Sostenible de Columbia (“CCSI”, por sus siglas en inglés), junto con la presentación escrita.
58. El 9 de junio de 2016, el Tribunal recibió una solicitud de permiso para presentar un escrito de Partes no contendientes (*amici curiae*) por parte de la Asociación Civil Derechos Humanos y Medio Ambiente (“DHUMA”) de Puno, Perú y del Dr. Carlos López, Asesor Jurídico Sénior de la Comisión Internacional de Juristas en Ginebra, Suiza. DHUMA y el Dr. López presentaron su escrito el mismo día. El 10 de junio de 2016, DHUMA y el Dr. López solicitaron, y el Tribunal otorgó, una prórroga del plazo para la presentación de la traducción al inglés de la Solicitud y Presentación *amicus curiae* hasta el 17 de junio de 2016.
59. El 14 de junio de 2016, el Tribunal comunicó lo siguiente a las Partes:
 1. *El Tribunal ha recibido (i) la presentación de la Parte no Contendiente de Canadá; (ii) la solicitud de presentar un Escrito de Amicus Curiae por parte de la Asociación Civil de Derechos Humanos y Medio Ambiente (“DHUMA”) y el Sr. Carlos López-Hurtado; y (iii) la solicitud para presentar un Escrito de Amicus Curiae por parte del Centro de Inversión Sostenible de Columbia (“CCSI”), todas de fecha 9 de junio de 2016.*
 2. *El Tribunal ha concedido a DHUMA y al Sr. López-Hurtado la oportunidad de presentar la traducción en idioma inglés de su solicitud y presentación hasta el viernes 17 de junio de 2016.*
 3. *En virtud del Art. 836 y el Anexo 836.1 del Tratado de Libre Comercio Perú-Canadá (“TLC”), y de conformidad con el Calendario Procesal adjunto a la*

Resolución Procesal No. 1 (“RP 1”) de fecha 27 de enero de 2015 (el “Calendario Procesal”), se invita a las Partes a que presenten sus observaciones sobre la admisibilidad de las solicitudes de presentación de Escritos de Amicus Curiae por parte de (i) DHUMA y el Sr. López Hurtado y (ii) CCSI, a más tardar, el 7 de julio de 2016.

4. *El Tribunal decidirá entonces sobre la admisibilidad de tales solicitudes, a más tardar, el 21 de julio de 2016.*
 5. *Si fueran admisibles, y de acuerdo con el Calendario Procesal, se invitará a las Partes a presentar sus comentarios sobre lo(s) Escrito(s) de Amicus Curiae, a más tardar, el 18 de agosto de 2016.*
 6. *Sobre la base del Art. 832 del TLC y de conformidad con el Calendario Procesal, se invita a las Partes a que presenten sus observaciones sobre la presentación de Parte No Contendiente de Canadá, a más tardar, el 18 de agosto de 2016.*
[Traducción del Tribunal]
60. El 16 de junio de 2016, la Demandante presentó traducciones en idioma inglés de los informes periciales presentados junto con C-III.
 61. El 17 de junio de 2016, DHUMA y el Dr. López presentaron las traducciones en idioma inglés de su solicitud y presentación.
 62. El 23 de junio de 2016, las Partes confirmaron estar de acuerdo con que la Audiencia de septiembre de 2016 se celebrara en Washington, D.C.
 63. El 30 de junio de 2016, el Tribunal envió a las Partes un borrador de Resolución Procesal relativo a los detalles de la Audiencia. El Tribunal informó a las Partes que no sería posible prorrogar la Audiencia más allá del 14 de septiembre de 2016, debido a un compromiso del Co-Árbitro Prof. Sands. El Tribunal propuso a las Partes fechas alternativas para la Audiencia e invitó a las Partes a compartir su postura sobre esta cuestión, a más tardar, el 15 de julio de 2016.
 64. El 7 de julio de 2016, la Demandante y la Demandada, mediante cartas separadas, presentaron comentarios sobre la admisibilidad de los escritos de CCSI y de DHUMA y del Dr. López.
 65. El 8 de julio de 2016 y el 11 de julio de 2016, la Demandante y la Demandada, mediante cartas separadas, brindaron sus comentarios sobre las modificaciones del calendario de Audiencias y formularon propuestas.
 66. El 15 de julio de 2016, las Partes solicitaron conjuntamente una prórroga del plazo para presentar observaciones al borrador de Resolución Procesal relativo a los detalles de la Audiencia. El Tribunal

concedió esta prórroga el mismo día.

67. El 19 de julio de 2016, las Partes presentaron sus observaciones al borrador de Resolución Procesal relativo a los detalles de la Audiencia.
68. El 21 de julio de 2016, el Tribunal emitió **la Resolución Procesal No. 5 sobre la Asociación de Derechos Humanos y Medio Ambiente de Puno, Perú (“DHUMA”), y la Presentación Escrita del Dr. Carlos López Doctor, Asesor Jurídico Sénior de la Comisión Internacional de Juristas (“RP-5”); y la Resolución Procesal No. 6 respecto a la Solicitud del Centro de Inversión Sostenible de Columbia (“CCSI”) para presentar un Escrito (“RP-6”).**
69. El 22 de julio de 2016, las Partes consintieron a la publicación de las RP-5 y RP-6. El mismo día, el Tribunal informó a DHUMA y al Sr. López de la RP-5 y a CCSI, de la RP-6.
70. El 25 de julio de 2016, el Tribunal emitió **la Resolución Procesal No. 7 respecto de los Detalles de la Audiencia (“RP-7”).**
71. El 25 de julio de 2016, las Partes solicitaron conjuntamente una prórroga para confirmar las modalidades de audiencia pública. El Tribunal concedió la prórroga al día siguiente.
72. El 26 de julio de 2016, la Demandante solicitó que el Tribunal modificara la RP-7. El 27 de julio de 2016, el Tribunal invitó a la Demandada a responder a la solicitud de la Demandante.
73. El 27 de julio de 2016, DHUMA escribió al Tribunal para informarle que ciertos miembros de su organización asistirán a la Audiencia.
74. El 1 de agosto de 2016, la Demandada respondió a la solicitud de la Demandante de que el Tribunal modificara la RP-7. Mediante carta separada, la Demandada prestó su consentimiento a la publicación de la RP-7.
75. El 3 de agosto de 2016, CCSI escribió al Tribunal en respuesta a la RP-6.
76. El 3 de agosto de 2016, cada una de las Partes le escribió al Tribunal respecto de las modalidades de una audiencia pública.
77. El 4 de agosto de 2016, en respuesta a la carta de la Demandante de fecha 26 de julio de 2016 y a la

Carta de la Demandada de fecha 1 de agosto de 2016, el Tribunal concluyó que debía brindar mayor flexibilidad a las Partes en la presentación de sus argumentos y emitió la **Resolución Procesal No. 8 respecto de los Detalles de la Audiencia (“RP-8”)**, la cual reemplazó a la RP-7. El Tribunal envió a las Partes un borrador de resolución procesal en el que se describía el procedimiento propuesto posterior a la Audiencia y se solicitaba a las Partes que introdujeran cambios en las notificaciones de los testigos y peritos que desearan interrogar durante la Audiencia, con anticipación al 18 de agosto de 2016.

78. El 18 de agosto de 2016, las Partes presentaron al Tribunal el calendario estimado que habían acordado para los testigos.
79. El 18 de agosto de 2016, cada Parte presentó sus observaciones al escrito de Canadá y al escrito de DHUMA.
80. El 18 de agosto de 2016, la Demandante presentó anexos documentales corregidos y traducciones en idioma inglés de los anexos que ya se obraban en el expediente. La Demandante también solicitó la autorización del Tribunal para añadir documentos al expediente de prueba de manera anticipada a la Audiencia.
81. El 20 de agosto de 2016, el Tribunal invitó a la Demandada a responder a la solicitud de la Demandante de fecha 18 de agosto de 2016.
82. El 23 de agosto de 2016, la Demandada presentó sus observaciones a la carta de la Demandante de fecha 18 de agosto de 2016. La Demandada instó al Tribunal a rechazar la solicitud de la Demandante para añadir 28 nuevos documentos al expediente. La Demandada no se opuso a los documentos que la Demandante presentó en el Apéndice I de su escrito, a excepción de los anexos documentales propuestos C-0299 y C-0300.
83. El 24 de agosto de 2016, la Demandada escribió en relación con la Respuesta de la Demandante de fecha 18 de agosto de 2016 al escrito *amicus* de DHUMA y del Dr. López. La Demandada argumentó que la Demandante violó los procedimientos al incluir dos anexos documentales que, según la Demandada, constituyen declaraciones testimoniales.
84. El 24 de agosto de 2016, el Dr. López solicitó acceso a las observaciones de las Partes sobre el escrito *amicus*. El Tribunal invitó a las Partes a presentar simultáneamente al Tribunal sus observaciones

sobre dicha solicitud a más tardar el día siguiente.

85. El 25 de agosto de 2016, las Partes respondieron a la solicitud del Dr. López. La Demandada comentó que las observaciones de las Partes sobre los escritos *amicus* deberían ser públicas. La Demandante se opuso a la solicitud del Dr. López.
86. El 25 de agosto de 2016, el Tribunal emitió la **Resolución Procesal No. 9 sobre Admisibilidad de Nuevos Documentos (“RP-9”)**.
87. El 25 de agosto de 2016, el Tribunal invitó a la Demandante a responder a la carta de la Demandada de fecha 24 de agosto de 2016.
88. El 26 de agosto de 2016, la Demandante respondió a la carta de la Demandada de fecha 24 de agosto de 2016.
89. El 29 de agosto de 2016, el Tribunal decidió admitir todos los anexos documentales incluidos por las Partes en sus observaciones de fecha 18 de agosto de 2016 respecto de los escritos *amicus*, sin excepción. El Tribunal también decidió publicar los comentarios a los escritos *amicus*. Finalmente, el Tribunal decidió informar al Dr. López de dicha decisión y notificarle que no estaba autorizado a realizar subsiguientes presentaciones en este arbitraje sin la aprobación previa del Tribunal.
90. El 30 de agosto de 2016, el CIADI invitó al Gobierno de Canadá a asistir a la Audiencia y proporcionó los detalles de la Audiencia al Gobierno de Canadá. El CIADI proporcionó a DHUMA los detalles de asistencia a la Audiencia el día siguiente.
91. El 1 de septiembre de 2016, el Gobierno del Canadá indicó que no estaría en condiciones de enviar un representante para la duración total de la Audiencia, pero que podía solicitar a los representantes que asistieran según fuera necesario.
92. El 6 de septiembre de 2016, la Demandada proporcionó traducciones en idioma inglés de determinados anexos documentales.
93. Entre el 7 de septiembre de 2016 y el 14 de septiembre de 2016, se celebró la Audiencia sobre Jurisdicción, Admisibilidad y Fondo (“Audiencia”) en la Sede Central del Banco Mundial, ubicada en Washington D.C. La audiencia fue transmitida por *Livestream* en el sitio web del CIADI. Las siguientes personas asistieron a la Audiencia:

LISTA DE PARTICIPANTES

TRIBUNAL	
Prof. Karl-Heinz Böckstiegel	Presidente
Dr. Michael Pryles	Coárbitro
Prof. Philippe Sands QC	Coárbitro
SECRETARIADO DEL CIADI	
Sra. Mercedes Cordido-Freytes de Kurowski	Secretaria del Tribunal
ASISTENTE DEL TRIBUNAL	
Dra. Katherine Simpson	Asistente del Tribunal
DEMANDANTE	
Sr./Sra. Primer nombre/Apellido	Afiliación
Abogados	
Sr. Harry Burnett	King & Spalding, LLP
Sra. Caline Mouawad,	King & Spalding, LLP
Sr. Craig Miles	King & Spalding, LLP
Sr. Cedric Soule,	King & Spalding, LLP
Sr. Fernando Rodríguez-Cortina,	King & Spalding, LLP
Sra. Jessica Beess und Chrostin	King & Spalding, LLP
Sr. Luis Alonso Navarro	King & Spalding, LLP
Sra. Eldy Quintanilla Roche, y	King & Spalding, LLP
Sra. Verónica García	King & Spalding, LLP
Sra. Mariah Young [Configuración]	King & Spalding, LLP
Sr. Bill Madero [Configuración]	King & Spalding, LLP
Sr. Mark Ford [Configuración]	King & Spalding, LLP
Sr. Luis Miranda	Miranda & Amado [Abogado del Perú]
Sra. Cristina Ferraro	Miranda & Amado [Abogado del Perú]
Sr. Stephen Brown	Immersion Legal Graphics
Partes	
Sr. Andrew Swarthout	Bear Creek Mining Corporation
Sr. Kevin Morano	Bear Creek Mining Corporation
Sr. Álvaro Díaz	Bear Creek Mining Corporation
Testigo(s)	
Sr. Andrew Swarthout	Bear Creek Mining Corporation
Sra. Catherine McLeod-Seltzer	Bear Creek Mining Corporation

Sr. Elsiario Antúnez de Mayolo	Bear Creek Mining Corporation
Perito(s)	
Hans Flury	
Graham Clow	RPA
Richard Lambert	RPA
Ian Weir	RPA
Brenna Scholey	RPA
Howard Rosen	FTI Consulting
Chris Milburn	FTI Consulting
Alexander Lee	FTI Consulting
DEMANDADA	
Sr./Sra. Primer nombre/Apellido	Afiliación
Abogados	
Sr. Stanimir A. Alexandrov	Sidley Austin LLP
Sra. Marinn Carlson	Sidley Austin LLP
Sra. Jennifer Haworth McCandless	Sidley Austin LLP
Sr. Patrick Childress	Sidley Austin LLP
Sra. María Carolina Durán	Sidley Austin LLP
Sr. Michael Krantz	Sidley Austin LLP
Sra. Andrea Zumbado	Sidley Austin LLP
Sr. Juan Pazos Battistini	Navarro & Pazos Abogados
Sr. Ricardo Puccio Sala	Navarro & Pazos Abogados
Partes	
Sr. Ricardo Ampuero Llerena	Presidente, Comisión Especial que Representa a la República del Perú en Controversias Relativas a Inversiones
Dra. Mónica Guerreño Acevedo	Secretaria Técnica, Comisión Especial que Representa a la República del Perú en Controversias Relativas a Inversiones
Sra. Cecilia Galarreta	Encargado de Negocios <i>a.i.</i> , Embajada del Perú
Sr. Rafael Suárez	Ministro Consejero, Embajada del Perú
Sra. Erika Lizardo	Consejera, Embajada del Perú
Testigo(s)	
Sr. Luis Fernando Gala Soldevilla	(ex) Ministerio de Energía y Minas
Sr. Felipe Antonio Ramírez Delpino	(ex) Ministerio de Energía y Minas
Dr. César Zegarra	Ministerio de Energía y Minas
Perito(s)	

Prof. Antonio Alfonso Peña Jumpa	Universidad Católica del Perú
Dr. Luis Rodríguez-Mariátegui Canny	Hernández & Cía.
Prof. Graham A. Davis	Escuela de Minas de Colorado
Dr. Florin A. Dorobantu	Brattle Group
Sr. M. Alexis Maniatis	Brattle Group
Dr. Neal Rigby	SRK Consulting Inc.
Sra. Lisa Brown	SRK Consulting Inc.
<i>Equipo de Apoyo</i>	
Sra. Samantha Taylor	Sidley Austin LLP
Sra. Avery Archambo	Sidley Austin LLP
Sr. Arthur Staub	Sidley Austin LLP
OBSERVADORES	
Sr./Sra. Primer nombre/Apellido	Afiliación
Sr. Cristóbal Yugra Villanueva	<i>Derechos Humanos y Medio Ambiente (“DHUMA”)</i>
Sra. Jacinta Yolanda Flores Montoro	DHUMA
Sra. Patricia Lee Ryan	DHUMA
ESTENÓGRAFOS	
Sr./Sra. Primer nombre/Apellido	Afiliación
Sr. David Pawlak	Estenógrafo del Tribunal en idioma inglés
Sra. Dawn K. Larson	Estenógrafa del Tribunal en idioma inglés
Sr. Leandro Iezzi - D-R Esteno	Estenógrafo del Tribunal en idioma español
Sra. Marta Rinaldi - D-R Esteno	Editora en idioma español
INTÉRPRETES	
Sr./Sra. Primer nombre/Apellido	Afiliación
Sra. Silvia Colla	Intérprete inglés-español
Sr. Daniel Giglio	Intérprete inglés-español
Sr. Charles Roberts	Intérprete inglés-español

94. El 8 de septiembre de 2016, la Demandante proporcionó una traducción de cortesía del anexo documental R-159.

95. El 13 de septiembre de 2016, la Demandada proporcionó copias en formato PDF de las presentaciones realizadas por sus peritos, el Dr. Rodríguez-Mariátegui y el Prof. Peña Jumpa, y la Demandante aportó una copia de la presentación realizada por su perito, el Dr. Flury.

96. El 15 de septiembre de 2016, previa consulta a las Partes, el Tribunal emitió la **Resolución Procesal No. 10 sobre el Procedimiento posterior a la Audiencia (“RP-10”)**, la cual incluyó instrucciones para las Partes en pos de abordar las siguientes preguntas en secciones separadas de su Escritos Posteriores a la Audiencia:

2.1.4 En secciones separadas del escrito, las observaciones de las Partes sobre las siguientes preguntas del Tribunal (sin perjuicio de la pertinencia definitiva otorgada por el Tribunal a tales preguntas y a las observaciones recibidas):

- a) *¿Cuál es el estándar por el cual el Tribunal debe determinar si la Demandante se contactó de manera suficiente con las comunidades relevantes necesarias para obtener una Licencia Social?*
 - i. *¿Qué disposiciones legales nacionales e internacionales son aplicables para conformar dicho estándar?*
 - ii. *En la medida en que las autoridades del Estado poseen alguna discrecionalidad en este respecto, ¿cuáles son los límites?*
 - iii. *¿Qué medidas eran necesarias legalmente para que la Demandante pudiera obtener una Licencia Social? ¿La Demandante tomó dichas medidas?*
 - iv. *En el presente caso, ¿cuáles eran las responsabilidades de las autoridades estatales en relación con la obtención de una Licencia Social?*
 - v. *Como cuestión de derecho, ¿cuáles son las consecuencias que se derivan de la ausencia de apoyo por parte de una o más comunidades relevantes, o partes de ella, en relación con esta inversión?*
- b) *¿La Demandante realizó todas las divulgaciones requeridas al presentar su solicitud de un Decreto de Necesidad Pública? En caso negativo, ¿cuáles son las consecuencias para este caso, incluso para la jurisdicción del Tribunal?*
- c) *¿Cuál fue el fundamento de la decisión de dictar el Decreto Supremo No. 032 y sobre qué pruebas se basaron las autoridades estatales?*
- d) *De las dos razones invocadas por la Demandada para el Decreto 032, ¿podría este Decreto haber sido emitido también legalmente, si solo pudiera establecerse una de las dos razones?:*
 - i. *solo la supuesta ilegalidad de la Solicitud de la Demandante.*
 - ii. *o solo el malestar que existía en ese momento.*
- e) *¿Cuáles son las sumas monetarias que el Tribunal debe otorgar a la Demandante si llegara a la conclusión de que:*
 - i. *la supuesta inversión de la Demandante fue lícitamente expropiada?*
 - ii. *la supuesta inversión de la Demandante fue ilícitamente expropiada?*
 - iii. *la Demandada violó sus obligaciones en virtud del TLC respecto del TJE u otras obligaciones en virtud de otras disposiciones del TLC?*

iv. *Si el Tribunal concluyera que la Demandante había contribuido al malestar social presente en la primavera de 2011 -ya sea por acción u omisión-, ¿cómo debería tenerse en cuenta dicha contribución al determinar cuestiones de responsabilidad y/o cuantificación de daños?*

f) *¿Se denegó a la Demandante el debido proceso durante el procedimiento conducente a la promulgación del Decreto Supremo 032, u otro derecho?* [Traducción del Tribunal]

97. El 29 de septiembre de 2016, DHUMA le escribió al Tribunal en respuesta a la Audiencia.
98. El 2 de noviembre de 2016, las Partes presentaron correcciones acordadas a las transcripciones de la Audiencia. Estas fueron ultimadas por el Estenógrafo, quien emitió nuevas y revisadas transcripciones definitivas el 4 de noviembre de 2016.
99. El 22 de noviembre de 2016, la Demandante le escribió al Tribunal y solicitó permiso del Tribunal para presentar un nuevo documento junto con su Escrito Posterior a la Audiencia, con vencimiento el 21 de diciembre de 2016. Al día siguiente, el Tribunal invitó a la Demandada a formular observaciones sobre la solicitud de la Demandante, a más tardar, el 28 de noviembre de 2016. La Demandada solicitó una prórroga hasta el 30 de noviembre de 2016 y la Demandante declaró que no tenía objeciones. El Tribunal confirmó la prórroga el 23 de noviembre de 2016.
100. El 30 de noviembre de 2016, la Demandada presentó sus observaciones sobre la solicitud de la Demandante para la admisibilidad de nuevas pruebas.
101. El 5 de diciembre de 2016, el Tribunal dictó su Decisión sobre la admisibilidad de nuevas pruebas, y se rehusó a aceptar la nueva presentación.
102. El 21 de diciembre de 2016, las Partes presentaron simultáneamente al Tribunal sus respectivos Escritos Posteriores a la Audiencia.
103. El 23 de diciembre de 2016, la Demandante informó por escrito al Tribunal que se oponía a las citas e invocación de nueve nuevos documentos por parte de la Demandada en su Escrito Posterior a la Audiencia. La Demandada presentó sus observaciones sobre las objeciones de la Demandante el 26 de diciembre de 2016.
104. El 29 de diciembre de 2016, el Tribunal emitió su Decisión de inadmisibilidad de los nueve nuevos documentos presentados por la Demandada y de hacer caso omiso de dichos documentos y de las

citadas que se refieren a ellos en el Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada.

105. El 15 de febrero de 2017, las Partes presentaron simultáneamente ante el Tribunal sus respectivos Escritos Posteriores a la Audiencia.
106. El 29 de marzo de 2017, las Partes presentaron simultáneamente sus respectivas Presentaciones sobre Costos.
107. El 12 de abril de 2017, la Secretaria del Tribunal le escribió a las Partes para solicitarles un tercer pago anticipado proveniente de ellas.
108. El 13 de abril de 2017, la Secretaria del Tribunal acusó recibo de una suma de USD 124.975 proveniente de la Demandante.
109. El 14 de abril de 2017, las Partes presentaron simultáneamente sus Presentaciones de Respuesta sobre Costos.
110. El 10 de mayo de 2017, la Secretaria del Tribunal acusó recibo de una suma de USD 125.000,00 proveniente de la Demandada.
111. El 12 de septiembre de 2017, el Tribunal declaró el cierre del procedimiento de conformidad con la Regla 38(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

IV. LAS SOLICITUDES DE LAS PARTES

A. SOLICITUDES DE LA DEMANDANTE

112. En su Solicitud de Arbitraje (“RfA”), la Demandante solicitó que Tribunal concediera la siguiente reparación :
 - a. *Declare que Perú ha violado el TLC y el derecho internacional en relación con su tratamiento de Bear Creek y de la inversión de Bear Creek;*
 - b. *Otorgue a Bear Creek la restitución plena o el equivalente monetario de todos los daños y perjuicios, incluidos los daños históricos, morales y emergentes, que sufrió debido a los incumplimientos por parte del Perú de sus obligaciones en virtud del TLC, mediante una suma que se determinará con fundamento en la evidencia;*
 - c. *Ordene a Perú que pague todos los costos y gastos de este arbitraje, incluidos los honorarios administrativos del CIADI, los honorarios y gastos del Tribunal de*

Arbitraje, los honorarios y gastos de los representantes legales de Bear Creek con respecto a este arbitraje y cualquier otro costo relativo a este arbitraje;

- d. Conceda a Bear Creek intereses compuestos previos y posteriores al laudo sobre cualquier monto de restitución o indemnización hasta la fecha de pleno cumplimiento con el Laudo Definitivo, a una tasa a ser determinada por el Tribunal de conformidad con el TLC; y*
- e. Conceda cualquier otro resarcimiento adicional que considere justo y apropiado⁷. [Traducción del Tribunal]*

113. En el Memorial de la Demandante sobre el Fondo (“C-I”) y en la Réplica de la Demandante (“C-II”), la Demandante realizó la siguiente solicitud:

Por las razones aquí expuestas, la Demandante, Bear Creek, solicita se emita un laudo que le otorgue la siguiente reparación:

- i. Una declaración de que Perú ha violado el TLC;*
- ii. Una declaración de que las acciones y omisiones del Perú en cuestión y las de sus dependencias gubernamentales por los que es internacionalmente responsable son ilícitos, constituyen una nacionalización o expropiación carente de indemnización rápida, adecuada y efectiva, violan el tratamiento justo y equitativo de las inversiones de Bear Creek y no brindan protección y seguridad plena a las inversiones de Bear Creek y obstaculizaron las inversiones de Bear Creek a través de medidas irrazonables y discriminatorias;*
- iii. Una adjudicación a Bear Creek del equivalente monetario de todos los daños y perjuicios sufridos por sus inversiones representadas por el Valor Justo de Mercado del Proyecto Santa Ana a la fecha del día previo a la expropiación ilícita del Perú y la consiguiente reducción de valor del Proyecto Corani resultante de los actos ilícitos del Perú;*
- iv. Un laudo que conceda a Bear Creek todos los costos de estos procedimientos, incluidos los honorarios de abogados; y*
- v. Los intereses posteriores al laudo sobre todos los importes anteriores, capitalizados trimestralmente, hasta que Perú pague el total⁸. [Traducción del Tribunal]*

114. En la Dúplica de la Demandante sobre Jurisdicción (“C-III”), la Demandante complementó su petitorio de la siguiente manera:

- 169. Bear Creek solicita que el Tribunal desestime en su totalidad las objeciones jurisdiccionales de la Demandada y que conceda a Bear Creek todos los costos relacionados, incluidos los honorarios de abogados, por las razones expuestas*

⁷ RfA ¶ 75.

⁸ C-I ¶ 256; C-II ¶ 503.

*aquí y en las presentaciones de la Demandante hasta la fecha. En aras de evitar toda duda, Bear Creek incorpora por vía de referencia todos los petitorios presentados en sus escritos anteriores*⁹. [Traducción del Tribunal]

115. En el Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante (“CPHB-I”) y en el Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia (“CPHB-II”), la Demandante reiteró sus petitorios precedentes del siguiente modo:

Por las razones aquí expuestas, la Demandante, Bear Creek, solicita se emita un laudo que le otorgue la siguiente reparación:

- i. Una declaración de que Perú ha violado el TLC;*
- ii. Una declaración de que las acciones y omisiones del Perú en cuestión y las de sus instrumentos por los que es internacionalmente responsable son ilícitos, constituyen una nacionalización o expropiación carente de indemnización rápida, adecuada y efectiva, violan el tratamiento justo y equitativo de las inversiones de Bear Creek y no brindan protección y seguridad plena a las inversiones de Bear Creek y obstaculizaron las inversiones de Bear Creek a través de medidas irrazonables y discriminatorias;*
- iii. Una adjudicación a Bear Creek del equivalente monetario de todos los daños y perjuicios sufridos por sus inversiones representadas por el Valor Justo de Mercado del Proyecto Santa Ana a la fecha del día previo a la expropiación ilícita del Perú y la consiguiente reducción de valor del Proyecto Corani resultante de los actos ilícitos del Perú;*
- iv. Un laudo que desestime todas las objeciones jurisdiccionales del Perú;*
- v. Un laudo que conceda a Bear Creek todos los costos de estos procedimientos, incluidos los honorarios de abogados; y*
- vi. Los intereses posteriores al otorgamiento de los montos anteriores, capitalizados trimestralmente, hasta que el Perú pague el total*¹⁰. [Traducción del Tribunal]

B. SOLICITUDES DE LA DEMANDADA

116. En el Memorial de Contestación de la Demandada sobre el Fondo y Memorial sobre Jurisdicción (“R-I”) y en la Dúplica de la Demandada sobre el Fondo y Réplica sobre Jurisdicción (“R-II”), la Demandada formuló los siguientes petitorios:

Por los motivos expuestos, la Demandada solicita respetuosamente que el Tribunal desestime todas las reclamaciones de la Demandante por falta de jurisdicción, o, en subsidio, por sus méritos, y adjudique a la Demandada los costos y honorarios, incluidos

⁹ C-III ¶ 169.

¹⁰ CPHB-I ¶ 109; CPHB-II ¶ 63.

*los honorarios de abogados, que hubieren sido incurridos en este Arbitraje*¹¹. [Traducción del Tribunal]

117. En el Primer Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia (“RPHB-I”), la Demandada formuló el siguiente petitorio:

*Por todos los motivos que anteceden y aquellos presentadas en los escritos de la Demandada y en la audiencia, la Demandada reitera respetuosamente sus petitorios relativos a (i) que el Tribunal desestime las reclamaciones de la Demandante por falta de jurisdicción; o, en caso de que el Tribunal determinara que tiene jurisdicción, (ii) que el Tribunal desestime las reclamaciones de la Demandante por carecer de fundamento. La Demandada también solicita la adjudicación de sus costos, incluidos los honorarios de abogados, que se han incurrido en este procedimiento*¹². [Traducción del Tribunal]

118. En el Segundo Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia (“RPHB-II”), la Demandada reiteró que “*las reclamaciones deben ser desestimadas por falta de jurisdicción o, en subsidio, por carecer de fundamentos*”¹³. [Traducción del Tribunal]

V. DECLARACIONES DE HECHO

A. RESUMEN DE LOS HECHOS BASADO EN LAS PRESENTACIONES DE LAS PARTES

119. El siguiente resumen de hechos se basa en las presentaciones de las Partes y se realiza de manera independiente a la pertinencia de estos hechos respecto de las decisiones del Tribunal. La caracterización de numerosos acontecimientos descritos aquí es controvertida y, en consecuencia, las opiniones de cada Parte se resumen por separado.
120. El 31 de agosto de 1999, la Demandante se constituyó bajo la razón social de 4271 Investments Ltd. en Canadá¹⁴. Cambió su nombre a EVEolution Ventures el mes siguiente¹⁵. En 2002, EVEolution Ventures Inc. continuaba operando en Canadá, donde se convirtió en Bear Creek Mining Corporation (la “Demandante”)¹⁶. En 2003, la Demandante adquirió Peru Exploration Ventures LLP, sociedad

¹¹ R-I ¶ 407; R-II ¶ 692.

¹² RPHB-I ¶ 121.

¹³ RPHB-II ¶ 55.

¹⁴ C-I ¶ 104; Formulario de Información Anual de Bear Creek Mining Corporation para el año finalizado el 1 de diciembre de 2013, 3 de abril de 2014 en 1[C-0023].

¹⁵ *Íd.*

¹⁶ *Íd.*; C-I ¶ 19; Comunicado de prensa, Bear Creek Mining Corporation, TSX Venture Exchange, *EVEolution*

que estaba constituida como sociedad de responsabilidad limitada en Arizona integrada por geólogos y ejecutivos de alto rango de minería dirigidos por Andrew T. Swarthout a los efectos de adquirir, explorar, desarrollar y vender propiedades mineras en Perú¹⁷. En 2004, la Demandante avanzó hacia la Columbia Británica, Canadá, donde se encuentra domiciliada y desde entonces, existente y en vigencia¹⁸.

121. La Sra. Jenny Karina Villavicencio Gardini (“Sra. Villavicencio”) es una nacional del Perú que ha estado registrada como empleada de la Demandante en el Ministerio de Trabajo del Perú desde 2002¹⁹. Fue apoderada legal de la Demandante respecto de ciertas facultades bancarias a partir de mayo de 2003²⁰. El 30 de junio de 2003, la Demandante presentó un contrato de trabajo a plazo fijo para la Sra. Villavicencio ante el Ministerio de Trabajo²¹. SUNARP registró el Poder de la Sra. Villavicencio en carácter de apoderada legal para la Demandante en lo relativo a ciertos asuntos el 21 de agosto de 2003²².
122. En 2000, Apex Silver Mines Corporation solicitó un Decreto de Necesidad Pública relativo a una serie de concesiones de zona fronteriza que la Demandada considera que son las mismas solicitadas posteriormente para el Proyecto Santa Ana. En ese momento, los organismos militares peruanos

Ventures adquirirá Perú Exploration Ventures LLP, 30 de mayo de 2002 [C-0022]; Declaración Testimonial de Andrew T. Swarthout (28 de mayo de 2015) (“Primera Declaración de Swarthout”) ¶¶ 10 – 11 [CWS-1].

- ¹⁷ C-I ¶¶ 18, 104; Comunicado de prensa, Bear Creek Mining Corporation, TSX Venture Exchange, *EVEvolution Ventures adquirirá Perú Exploration Ventures LLP*, 30 de mayo de 2002 [C-0022]; Primera Declaración de Swarthout ¶ 10 [CWS-1].
- ¹⁸ C-I ¶ 104; Certificados de Continuación y Vigencia de Bear Creek Mining Corporation [C-0008].
- ¹⁹ C-III ¶ 60; Carta de A. Swarthout, Bear Creek, al Ministerio de Trabajo y Bienestar Social, de fecha 16 de junio de 2002, en la cual se solicita la aprobación del Contrato de Trabajo a Plazo Fijo adjunto, de fecha 2 de junio de 2002 [C-0283]; Contrato de Trabajo a Plazo Fijo de fecha 2 de enero de 2003 [C-0284]; Carta de A. Swarthout, Bear Creek, al Ministerio de Trabajo y Bienestar Social, de fecha 2 de julio de 2003, en la cual se solicita la aprobación del Contrato de Trabajo a Plazo Fijo adjunto, de fecha 2 de julio de 2003 [C-0285]; Contrato de Trabajo a Plazo Fijo de fecha 5 de marzo de 2004 [C-0286].
- ²⁰ C-II ¶ 35; R-I ¶ 38; Solicitud de Bear Creek al MINEM de la autorización para adquirir derechos mineros ubicados en la zona fronteriza, 4 de diciembre de 2006 (ACTUALIZACIÓN presentada con C-III) Anexo VI en 80 [C-0017]; Registro de Personas Jurídicas, Bear Creek Mining Company, Sucursal del Perú [R-003].
- ²¹ C-III ¶ 60; Carta de A. Swarthout, Bear Creek, al Ministerio de Trabajo y Bienestar Social, de fecha 2 de julio de 2003, en la que se solicita la aprobación del Contrato de Trabajo a Plazo Fijo adjunto, de fecha 2 de julio de 2003 [C-0285].
- ²² C-III ¶¶ 60, 84; Solicitud de Bear Creek al MINEM en la que se solicita la autorización para adquirir derechos mineros ubicados en la zona fronteriza, 4 de diciembre de 2006 (ACTUALIZACIÓN presentada con C-III) [C-0017].

opinaron que la inversión del Proyecto Santa Ana no constituía una necesidad pública debido a preocupaciones de seguridad y defensa nacional²³. Las Partes discuten si esta negativa se debió a que Apex era una sociedad boliviana²⁴.

123. En 2004, la Demandante tomó conocimiento de la existencia de potenciales depósitos de mineral de plata en Santa Ana, ubicados a 50 kilómetros de la frontera entre Perú y Bolivia²⁵.
124. La Demandada regula las actividades de los extranjeros en las regiones fronterizas. De conformidad con el artículo 71 de la Constitución del Perú, no se permite a los extranjeros “*adquirir o poseer bajo ningún título, directa o indirectamente, minas, tierras, maderas, agua, combustible o fuentes de energía, ya sea individualmente o en sociedad, bajo pena de perder ese derecho adquirido al Estado*”²⁶. Un extranjero solo puede obtener derechos sobre los recursos naturales en las regiones fronterizas en los casos en que el extranjero presente al Gobierno peruano un caso de “*necesidad pública*”, que debe determinarse de manera expresa mediante un decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a la ley²⁷.
125. Las Partes están en desacuerdo sobre el efecto de la solicitud de un nacional extranjero de un Decreto Supremo de necesidad pública. La Demandante explica que los derechos mineros en el Perú se otorgan a quienes primero los solicitan, generando así el riesgo de que, al solicitar el Decreto

²³ Tr. 1852 - 1853 (R. Closing); Decisión del MINEM que rechaza la Declaración de Necesidad Pública a ASC PERU LDC (Apex Silver Mines Corp.) (2001) [**R-189**].

²⁴ Tr. 1852 (R. Closing); 1957 (Respuesta de la Demandante al Prof. Sands); 1964 (Respuesta de la Demandada al Prof. Sands).

²⁵ RfA ¶ 11; C-I ¶ 20; R.Prov.M.-I ¶ 5; R-II ¶ 57; RPHB-II ¶ 20; Ausenco Vector, Estudio de Factibilidad-Proyecto Santa Ana-Puno, Perú-NI 43-101 Informe Técnico (21 de octubre de 2010) pág. 15 [**C-0003**]; Primera Declaración de Swarhout ¶ 15 [**CWS-1**]; Bear Creek Mining Corporation, Informe Anual de 2004 (15 de abril de 2005) en 1, 2, 10 [**BR-04**].

²⁶ C-I ¶ 22; R.Prov.M.-I ¶ 6; R-I ¶ 208; Constitución del Perú (29 de diciembre de 1993) Artículo 71 [**R-001**]; Constitución Política del Perú promulgada el 29 de diciembre de 1993, Edición oficial y traducción al inglés (“Constitución del Perú”), Art. 71 [**C-0024**].

²⁷ C-I ¶¶ 22 – 24; R.Prov.M.-I ¶ 6; R-I ¶ 208; Constitución del Perú (29 de diciembre de 1993) Artículo 71 [**R-001**]; Solicitud de Bear Creek al MINEM en la que se solicita la autorización para adquirir derechos mineros ubicados en la zona fronteriza, 4 de diciembre de 2006 (ACTUALIZACIÓN presentada con C-III) [**C-0017**]; Constitución del Perú, Art. 71 [**C-0024**]; Constitución Política del Perú promulgada el 18 de enero de 1920, Art. 39 [**C-0025**]; Marcial Rubio Correa, Estudio de la Constitución Política de 1993 381 (Vol. 3, 1999) [**C-0026**]; Debate Constitucional - 1993, Comisión de Constitución y Reglamento, Vol. IV [C-0027]; Decisión del Tribunal Constitucional, Exp. 04966-2008-PA/TC, 13 de abril de 2009 [**C-0028**]; Primer Informe Bullard (“Primer Informe Bullard”) ¶¶ 18.b, 85, 90, 93, 102, 113.i, 113.j [**CEX-003**]; Primera Declaración de Swarhout ¶ 16 [**CWS-1**].

Supremo, la Demandante alerte a las personas y empresas peruanas sobre la existencia de potenciales depósitos minerales, lo cual los habilitaría a obtener los derechos relevantes antes que la Demandante²⁸. La Demandada, sin embargo, declara que la Demandante podría haber adquirido las concesiones al solicitarlas en nombre propio y luego presentar la solicitud de concesiones, lo que habría detenido la solicitud de concesiones hasta que la Demandante obtuviera el decreto de necesidad pública o abandonara activamente su reclamación respecto de las concesiones. Al hacerlo, la Demandante habría mantenido su prioridad respecto de las concesiones, pero habría tenido que esperar hasta que se hubiera completado el proceso de Decreto Supremo establecido en el Artículo 71²⁹.

126. La Demandante afirma que, en aras de maximizar sus posibilidades de asegurar en última instancia los derechos mineros relacionados con estos depósitos, la Demandante estuvo de acuerdo con la Sra. Villavicencio en que aseguraría estos derechos mientras la Demandante solicitara y hasta obtener la autorización exigida conforme al Artículo 71 de la Constitución del Perú³⁰. La Demandada lo caracteriza como un caso en el que la Demandante utilizó a la Sra. Villavicencio para actuar como un frente visible a efectos de ser la titular de las concesiones en nombre de la Demandante³¹.
127. Las Partes controvierten la cuestión que consiste en determinar si (1) La Sra. Villavicencio reclamó las concesiones de Santa Ana a título personal en su carácter de ciudadana peruana, (2) la Demandante reveló específicamente la naturaleza y el alcance del empleo de la Sra. Villavicencio en lo relativo a la Demandante al solicitar al Gobierno el Decreto Supremo necesario en virtud del Artículo 71 de la Constitución del Perú, (3) los Contratos de Opción que la Demandante celebró con la Sra. Villavicencio son lícitos conforme a la legislación peruana y son comunes en el sector minero peruano, y (4) sobre si, debido a que los Contratos de Opción celebrados entre la Demandante y la

²⁸ RfA ¶ 13; R.Prov.M.-I ¶ 7.

²⁹ R-II ¶ 75.

³⁰ *Íd.* en ¶ 390; RfA ¶ 14; C-I ¶ 25; R.Prov.M.-II ¶ 7; R-I ¶ 213; Primera Sesión a las 21:19 – 21:36 (“*Bear Creek acordó con la Sra. Karina Villavicencio, nacional del Perú y empleada de Bear Creek del Perú que ella aseguraría estos derechos mineros mientras la sociedad solicitaba y hasta que obtuviera la autorización requerida en virtud del Artículo 71 de la Constitución del Perú*”). [Traducción del Tribunal]; *Ministerio de Energía y Minas c. Bear Creek Mining Co. Sucursal del Perú y Jenny Karina Villavicencio Gardini*, Demanda de Ineficacia de Acto Jurídico (“Reclamo de Demanda del MINEM”) (14 de julio de 2011) [R-002]; Primera Declaración de Swarthout ¶¶ 17 – 18 [CWS-1].

³¹ R-II ¶ 390; Primera Declaración de Swarthout ¶ 18 [CWS-1].

Sra. Villavicencio estaban inscritos en el registro público, la Demandada sabía que estos Contratos de Opción fueron suscritos entre la Demandante y su empleada³². Las Partes también controvierten si la Sra. Villavicencio estaba contractualmente o de otra manera obligada a seguir las instrucciones de la Demandante con respecto a las concesiones³³.

128. Desde mayo a noviembre de 2004, se presentaron seis solicitudes mineras correspondientes al área del Proyecto Santa Ana a nombre de la Sra. Villavicencio³⁴. Posteriormente, celebró seis Contratos de Opción con la Demandante, otorgándole así a la Demandante la opción de adquirir las concesiones mineras si obtenía con éxito todas las autorizaciones necesarias a tal efecto³⁵. Los Contratos de Opción, y la posterior solicitud de la Demandante de un caso de necesidad pública, así como los Contratos de Transferencia, fueron redactados por la firma de abogados Estudio Grau. El Dr. Miguel

³² C-Prov.M.-II ¶¶ 6 – 9; R.Prov.M.-II ¶ 8; Tr. 1748 – 1750 (C. Clausuralosing); Constitución del Perú (29 de diciembre de 1993) Artículo 71 [R-001].

³³ C-III ¶ 12; R-II ¶ 60; Contrato de Opción para la Transferencia de Derechos Mineros No. 3.512, entre Jenny Karina Villavicencio Gardini y Bear Creek Mining Company, Sucursal del Perú (17/11/2004) [R-006]; Contrato de Opción para la Transferencia de Derechos Mineros No. 4.383, Entre Jenny Karina Villavicencio Gardini y Bear Creek Mining Company, Sucursal del Perú (5/9/2006) [R-007]; Segundo Informe Pericial de Alfredo Bullard González (6 de enero de 2016) (“Segundo Informe Bullard”) ¶¶ 20, 52 - 56, 60 [CEX-005]; Informe Pericial de Hans A. Flury (5 de enero de 2016) (“Primer Informe Flury”) ¶ 59 [CEX-006]

³⁴ RfA ¶ 14; C-I ¶ 28; C-III ¶ 60; R.Prov.M.-I ¶ 9; R-I ¶ 40; R-II ¶ 58; Tr. 1751 (C. Clausura); Contratos de Opción para la Transferencia de Derechos Mineros celebrados entre Jenny Karina Villavicencio Gardini y Bear Creek Mining Company, Sucursal del Perú, 17 de noviembre de 2004 y 5 de diciembre de 2004 [C-0016]; Solicitud de Atribución de Concesiones Mineras de Santa Ana, 9A, 1, 2 y 3 presentada por J. K. Villavicencio Gardini al INACC, 26 de mayo de 2004 [C-0029]; Solicitud de Atribución de Concesiones Mineras de Santa Ana, 5, 6 y 7 presentada por J. K. Villavicencio Gardini al INACC, 29 de noviembre de 2004 [C-0030]; Resolución Jefatural que otorga la Concesión Minera KARINA 1 a Jenny Karina Villavicencio, Resolución Jefatural No. 1856-2006-INACC/J [R-276]; Resolución Jefatural que otorga la Concesión Minera KARINA 9A a Jenny Villavicencio, Resolución Jefatural No. 2459-2006-INACC/J (13/06/2006) [R-277]; Resolución Jefatural que otorga la Concesión Minera KARINA 2 a Jenny Karina Villavicencio, Resolución Jefatural No.1854-2006-INACC/J[R-365]; Resolución Jefatural que otorga la Concesión Minera KARINA 3 a Jenny Karina Villavicencio, Resolución Jefatural 1855-2006-INACC/J [R-366]; Resolución de Presidencia que otorga la Concesión Minera KARINA 5 a Jenny Karina Villavicencio, Resolución de Presidencia No. 2868-2007-INGEMME/PCD/PM [R-367]; Resolución de Presidencia que otorga la Concesión Minera KARINA 6 a Jenny Karina Villavicencio, Resolución de Presidencia No. 2976-2007-INGEMME/PCD/PM [R-368]; Resolución de Presidencia que otorga la Concesión Minera KARINA 7 a Jenny Karina Villavicencio, Resolución de Presidencia No. 2977-2007-INGEMME/PCD/PM [R-369].

³⁵ RfA ¶¶ 14, 15; C.Prov.M.-II ¶ 10; C-I ¶¶ 15, 28; C-II ¶ 22; C-III ¶ 60; R-I ¶ 42; R-II ¶ 59 (*que indica* el 7 de noviembre de 2004); Contratos de Opción para la Transferencia de Derechos Mineros entre Jenny Karina Villavicencio Gardini y Bear Creek Mining Company, Sucursal del Perú, 17 de noviembre de 2004 y 5 de diciembre de 2004 [C-0016]; Contrato de Opción para la Transferencia de Derechos Mineros No. 3.512, entre Jenny Karina Villavicencio Gardini y Bear Creek Mining Company, Sucursal del Perú (17/11/2004) [R-006].

Grau, socio del Estudio Grau, es miembro del directorio de la Demandante³⁶.

129. La Demandante y la Sra. Villavicencio registraron los Contratos de Opción ante el Registro Público del Perú en 2005³⁷. Inicialmente, el INACC canceló los reclamos mineros y la Sra. Villavicencio apeló³⁸. El 28 de junio de 2005, los Contratos de Opción fueron presentados para su registro ante la SUNARP³⁹. En julio de 2005, la SUNARP se negó a registrar el Contrato de Opción de fecha 17 de noviembre de 2004, mediante cita al Artículo 71 de la Constitución del Perú⁴⁰. La Demandante formuló objeciones respecto de dicha decisión ante el Tribunal Registral de la SUNARP⁴¹.
130. El 7 de noviembre de 2005, el Tribunal Registral de la SUNARP resolvió que los Contratos de Opción podían registrarse⁴². Las partes no acuerdan sobre el valor jurídico de este acontecimiento. La Demandante afirma que la decisión administrativa de la SUNARP confirmó que los Contratos de Opción de 2004 eran válidos en virtud de la Constitución del Perú porque no implicaban una transferencia de derechos jurídicos hasta que la Demandante decidiera ejercer sus opciones en virtud de dichos contratos⁴³. La Demandada cuestiona la autoridad del Tribunal Registral de la SUNARP para crear o afirmar derechos sustantivos y declara que el Tribunal Registral de la SUNARP solo posee la facultad para registrar públicamente documentos que cumplen ciertos requisitos técnicos⁴⁴.

³⁶ C-III ¶¶ 25, 28; R-II ¶ 114; Contratos de Transferencia de Derechos Mineros entre Jenny Karina Villavicencio Gardini y Bear Creek Mining Company, Sucursal del Perú, 3 de diciembre de 2007 (suscriptos por un socio del Estudio Grau) [C-0015]; Contratos de Opción para la Transferencia de Derechos Mineros entre Jenny Karina Villavicencio Gardini y Bear Creek Mining Company, Sucursal del Perú, 17 de noviembre de 2004 y 5 de diciembre de 2004 (suscripto por un socio del Estudio Grau) [C-0016]; Lista del Directorio de Bear Creek Mining Corporation, *disponible en* <http://www.bearcreekmining.com/s/directors.asp> (última visita el 11 de abril de 2016) [R-380].

³⁷ RfA ¶ 14; C.Prov.M.-II ¶ 1.

³⁸ C-I ¶ 27; Resoluciones Jefaturales Nos. 2056, 2057 y 2058-2005-INACC/J Cancelación de Petitorios Mineros, 12 de mayo de 2005 [C-0031]; Recurso de Revisión presentado por J. K. Villavicencio Gardini ante el Consejo de Minería, 6 de junio de 2005 [C-0032].

³⁹ C-III ¶ 64.

⁴⁰ C-I ¶ 34; Esquela de Observación de la SUNARP No. 2005-00041200, 5 de julio de 2005 [C-0039].

⁴¹ C-I ¶ 35; Recursos de Apelación contra la Esquela de Observación No. 2005-00041200 presentado al Presidente de la Quinta Sala del Tribunal Registral, 14 de septiembre de 2005 (español) [C-0040].

⁴² C.Prov.M.-II ¶ 11; R-I ¶ 48.

⁴³ C.Prov.M.-II ¶ 11.

⁴⁴ R-I ¶ 49; R-II ¶¶ 105, 106, 392; Informe Pericial de Luis Rodríguez-Mariátegui Canny (6 de octubre de 2015) (“Primer Informe Rodríguez-Mariátegui”) [REX-003]; Segundo Informe Pericial de Luis Rodríguez-Mariátegui Canny (31 de marzo de 2016) (“Segundo Informe Rodríguez-Mariátegui”) ¶¶ 33 – 40 [REX-009].

Las Partes discrepan respecto de la cuestión que consiste en determinar si los Contratos de Opción conceden derechos de propiedad indirectos⁴⁵.

131. El 22 de diciembre de 2005, la SUNARP publicó la decisión del Tribunal Registral de fecha 7 de noviembre de 2005 en el Diario Oficial *El Peruano*⁴⁶.
132. El 21 de enero de 2006, se publicó un nuevo mapa que redimensionó la Zona Reservada Aymara Lupaca⁴⁷. El 8 de marzo de 2006, el INACC emitió cuatro informes en los que se confirmaba que las concesiones Karina 9A, 1, 2 y 3 no estaban ubicadas dentro de la región protegida⁴⁸. Las Resoluciones Jefaturales que otorgaban a la Sra. Villavicencio las concesiones Karina 1, 2 y 3 fueron emitidas el 28 de abril de 2006⁴⁹. La Resolución Jefatural que otorgó la concesión de Karina 9A a la Sra. Villavicencio fue emitida el 13 de junio de 2006⁵⁰. Las concesiones otorgadas a la Sra. Villavicencio se registraron posteriormente en 2006⁵¹.

⁴⁵ C-II ¶ 199, C-III ¶ 12; R-II ¶ 47; Tr. 1748 – 1750 (C. Closing).

⁴⁶ C-I ¶ 38; C-II ¶ 198, 207; C-III ¶¶ 60, 104, 142; Resolución No. 193-2005-SUNARP-TR-A expedida por el Tribunal Registral de la SUNARP, 7 de noviembre de 2005, § VII [C-0038].

⁴⁷ Resolución Jefatural que otorga la Concesión Minera KARINA 2 a Jenny Karina Villavicencio, Resolución Jefatural No. 1854-2006-INACC/J [R-365]; Resolución Jefatural que otorga la Concesión Minera KARINA 3 a Jenny Karina Villavicencio, Resolución Jefatural No. 1855-2006-INACC/J [R-366]; Resolución de Presidencia que otorga la Concesión Minera KARINA 5 a Jenny Karina Villavicencio, Resolución de Presidencia No. 2868-2007-INGEMME/PCD/PM [R-367]; Resolución de Presidencia que otorga la Concesión Minera KARINA 6 a Jenny Karina Villavicencio, Resolución de Presidencia No. 2976-2007-INGEMME/PCD/PM [R-368]; Resolución de Presidencia que otorga la Concesión Minera KARINA 7 a Jenny Karina Villavicencio, Resolución de Presidencia No. 2977-2007-INGEMME/PCD/PM [R-369].

⁴⁸ C-III ¶¶ 14, 60, 142; Informe No. 3129-2006-INACC-DGCM-UL para Karina 1 emitido por el INACC, 8 de marzo de 2006 [C-0249]; Informe No. 3129-2006-INACC-DGCM-UL para Karina 2 emitido por el INACC, 8 de marzo de 2006 [C-0250]; Informe No. 3127-2006-INACC-DGCM-UL para Karina 3 emitido por el INACC, 8 de marzo de 2006 [C-0251]; Informe No. 3111-2006-INACC-DGCM-UL para Karina 9A emitido por el INACC, 8 de marzo de 2006 [C-0252]; Resolución Jefatural que otorga la Concesión Minera KARINA 2 a Jenny Karina Villavicencio, Resolución Jefatural No. 1854-2006-INACC/J [R-365]; Resolución Jefatural que otorga la Concesión Minera KARINA 3 a Jenny Karina Villavicencio, Resolución Jefatural No. 1855-2006-INACC/J [R-366].

⁴⁹ Resolución Jefatural que otorga la Concesión Minera KARINA 1 a Jenny Karina Villavicencio, Resolución Jefatural No. 1856-2006-INACC/J [R-276]; Resolución Jefatural que otorga la Concesión Minera KARINA 2 a Jenny Karina Villavicencio, Resolución Jefatural No. 1854-2006-INACC/J [R-365]; Resolución Jefatural que otorga la Concesión Minera KARINA 3 a Jenny Karina Villavicencio, Resolución Jefatural No. 1855-2006-INACC/J [R-366].

⁵⁰ R-II ¶ 58; RPHB-II ¶ 20; Resolución Jefatural que otorga la Concesión Minera KARINA 9A a Jenny Villavicencio, Resolución Jefatural No. 2459-2006-INACC/J (6/13/2006) [R-277].

⁵¹ C-I ¶ 27; C-III ¶¶ 60, 142; Anotación de Inscripción de las Concesiones Karina 2 y Karina 3, 5 de julio de 2006 [C-0034]; Anotación de Inscripción de la Concesión Karina 1, 8 de agosto de 2006 [C-0035]; Anotación de

133. El 9 de junio de 2006, la Sra. Villavicencio presentó una Declaración de Impacto Ambiental al MINEM en pos de solicitar autorización para iniciar las actividades de exploración de una de las concesiones. Explicó que la Demandante sería la responsable de proporcionar recursos para los trabajos exploratorios⁵².
134. El 22 de junio de 2006, la DGAAM revisó el acuerdo de uso de tierras de la Sra. Villavicencio celebrado con la Asociación de Agricultores de El Cóndor de Aconcagua y señaló que la autorización para el uso de la tierra fue firmada por la Demandante, un tercero distinto de la propietaria de los derechos mineros, la Sra. Villavicencio. La DGAAM requirió a la Sra. Villavicencio que obtuviera o actualizara la autorización para el uso de tierras de superficie⁵³.
135. El 27 de junio de 2006, la Demandante pagó cuotas de minería subterráneas a INGEMMET, en nombre de la Sra. Villavicencio⁵⁴.
136. El 10 de julio de 2006, la DGAAM, al revisar los comentarios de la Sra. Villavicencio con respecto al Informe No. 157-2006/MEM-AAM/EA, reconoció y aceptó la explicación de la Sra. Villavicencio de que el acuerdo de uso de tierras celebrado con el Fundo Aconcagua fue firmado por la Demandante en representación de la Sra. Villavicencio. La Sra. Villavicencio le informó a la DGAAM que ella misma iba a firmar el acuerdo antes de iniciar las operaciones⁵⁵. Al día siguiente, la DGAAM aprobó la Declaración de Impacto Ambiental de la Sra. Villavicencio, concediéndole el derecho de explorar los yacimientos minerales⁵⁶.

Inscripción de las Concesiones Karina 5, Karina 6 y Karina 7, 28 de febrero de 2008 [**C-0036**]; Extinción por Caducidad de Derechos Mineros, 25 de junio de 2010 [**C-0037**]; Anotación de Inscripción de la SUNARP de Derechos Mineros, 9 de agosto de 2006 [**C-0041**]; Anotación de Inscripción de la concesión minera Karina 9A a J. Karina Villavicencio, 26 de septiembre de 2006 [**C-0288**].

⁵² C-III ¶ 60; R-I ¶ 173; R-II ¶ 64; Informe No. 170-2006/MEM-AAM/EA, 10 de julio de 2006 [**C-0140**]; Solicitud de Aprobación de la Exploración Minera de la Solicitud de Aprobación de la Declaración Jurada de Exploración Minera Categoría B de J. Karina Villavicencio, 9 de junio de 2006 [**C-0287**]; Resolución por la que se aprueba la Declaración Jurada de la Sra. Villavicencio, Resolución Jefatural No. 256-2006-MEM/AAM (11/7/2006) [**R-034**].

⁵³ C-III ¶¶ 14, 60; R-II ¶ 409; Informe No. 157-2006/MEM-AAM/EA, 22 de junio de 2006 [**C-0139**]; Segundo Informe Rodríguez-Mariátegui ¶¶ 65 - 66 [**REX-009**].

⁵⁴ C-III ¶¶ 60, 142; Carta de A. Swarthout y K. Villavicencio al Banco de Crédito, 27 de junio de 2006 [**C-0201**]; Carta de D. Volkert y K. Villavicencio al Banco de Crédito, 20 de junio de 2007 [**C-0202**].

⁵⁵ C-III ¶ 60; Informe No. 170-2006/MEM-AAM/EA, 10 de julio de 2006 [**C-0140**].

⁵⁶ R-I ¶ 173; Tr. 1755 (C. Closing); Informe No. 170-2006/MEM-AAM/EA, 10 de julio de 2006 [**C-0140**]; Resolución por la que se aprueba la Declaración Jurada de la Sra. Villavicencio, Resolución Jefatural No. 256-

137. El 25 de septiembre de 2006, la Sra. Villavicencio solicitó modificar su permiso de exploración⁵⁷.
138. El 12 y 30 de octubre de 2006, el MINEM ordenó a la Sra. Villavicencio que respondiera a las observaciones indicadas en la Modificación de la Declaración Jurada del Proyecto de Exploración Minera Santa Ana. El MINEM también ordenó a la Sra. Villavicencio que informara al titular de la concesión⁵⁸.
139. El 3 de noviembre de 2006, la SUNARP registró el Contrato de Opción de fecha 5 de diciembre de 2004⁵⁹.
140. El 5 de diciembre de 2006, la Demandante inició el procedimiento para obtener los derechos mineros necesarios para el Proyecto Santa Ana. La Demandante presentó una solicitud al MINEM para una Declaración de Necesidad Pública y un Decreto Supremo que autorizara a la Demandante a comprarle a la Sra. Villavicencio las Concesiones Santa Ana⁶⁰. La solicitud de necesidad pública de 200 páginas contenía un acta de registro público de 1 página que informaba la función de la Sra. Villavicencio de apoderada legal de la Demandante⁶¹. La Demandante también presentó (1) copias de las solicitudes de la Sra. Villavicencio para las concesiones mineras Karina 9A, 1, 2, 3, 5, 6 y 7; (2) copias de la aprobación del INACC de la solicitud de la Sra. Villavicencio para las concesiones mineras Karina 9A, 1, 2 y 3 y el registro oficial de los derechos de concesión pertinentes de la Sra. Villavicencio; y (3) copias de los Contratos de Opción registrados para las concesiones mineras Karina 9A, 1, 2, 3, 5, 6 y 7⁶². También se presentaron un cheque de la Demandante que la Sra. Villavicencio presentó junto

2006-MEM/AAM (11/7/2006) [R-034].

⁵⁷ Tr. 1755 (C. Closing).

⁵⁸ Informe No. 265-2006/MEM-AAM/EA/RC, 12 de octubre de 2006 [C-0141].

⁵⁹ C-III ¶¶ 60, 142; Solicitud de Bear Creek al MINEM en la que se solicita la autorización para adquirir derechos mineros ubicados en la zona fronteriza, 4 de diciembre de 2006 (ACTUALIZACIÓN presentada con C-III) [C-0017].

⁶⁰ C.Prov.M.-I ¶ 5; C.Prov.M.-II ¶ 2; RfA ¶ 16; C-I ¶ 39; C-II ¶¶ 18, 34, 207, 357; C-III ¶ 60; R-I ¶ 56; R-II ¶ 67; Tr. 1751 (C. Closing); Sentencia por Acción de Amparo No. 28, Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, 12 de mayo de 2014 ¶ 6 [C-0006]; Solicitud de Bear Creek al MINEM en la que se solicita la autorización para adquirir derechos mineros ubicados en la zona fronteriza, 4 de diciembre de 2006 (ACTUALIZACIÓN presentada con C-III)[C-0017].

⁶¹ C-II ¶ 357; R-II ¶ 390; Tr. 1773 (C. Closing).

⁶² C-III ¶ 83; Solicitud de Bear Creek al MINEM en la que se solicita la autorización para adquirir derechos mineros ubicados en la zona fronteriza, 4 de diciembre de 2006 (ACTUALIZACIÓN presentada con C-III) Anexo VI en 80-81, Anexo VIII en 86 y subsiguientes, Anexo IX en 165 – 183, Anexo X, en 185 – 186 [C-0017].

con su solicitud de actividades mineras y el recibo del INACC en nombre de la Demandante, mediante el cual se reconoció el pago por parte de la Demandante de la Cuota de Solicitud de Concesión para Karina 7⁶³.

141. El 11 de diciembre de 2006, el Ministerio aprobó la solicitud de la Sra. Villavicencio en pos de modificar su permiso de exploración⁶⁴.
142. El 30 de enero de 2007, la Sra. Villavicencio presentó una Evaluación de Impacto Ambiental (“EIAS”) para la etapa de exploración de otras 20 plataformas de perforación a la DGAAM, en nombre propio⁶⁵.
143. En el transcurso de la revisión de la solicitud de Decreto Supremo presentada por la Demandante, el MINEM le solicitó a la Demandante información adicional relativa a la ubicación del Proyecto y las vías de acceso, así como la documentación respecto de la constitución y nacionalidad de la Demandante⁶⁶. La Demandante contestó las inquietudes del MINEM⁶⁷.
144. El 12 de marzo de 2007, el MINEM transmitió la solicitud de Decreto Supremo de la Demandante a la consideración del Ministerio de Defensa⁶⁸.
145. El 20 de junio de 2007, la Demandante pagó a INGEMMET las cuotas de minería subterránea en nombre de la Sra. Villavicencio⁶⁹.
146. La Demandante explica que, el 26 de julio de 2007, el Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas

⁶³ Tr. 1773 – 1774 (C. Closing).

⁶⁴ *Íd.* en 1755 – 1756 (C. Closing).

⁶⁵ R-I ¶ 174; Acuerdos entre Bear Creek y las Comunidades Locales [R-043]; Primer Informe Rodríguez-Mariátegui ¶ 36 [REX-003].

⁶⁶ C-I ¶ 40; C-II ¶¶ 36, 357; C-III ¶¶ 60, 63, 142; Carta de J.C. Pinto Najar, MINEM, a Bear Creek Mining Company, 8 de febrero de 2007 [C-0042].

⁶⁷ C-I ¶ 40; C-II ¶ 357; C-III ¶ 60; Carta de M. Grau Malachowski, Bear Creek, al MINEM, 26 de febrero de 2007 [C-0043].

⁶⁸ C-II ¶ 358; Resolución emitida por el MINEM al Ministerio de Defensa relativa a la Autorización para la Adquisición de Derechos Mineros presentada por Bear Creek Mining Company, 12 de marzo de 2007 [C-0044].

⁶⁹ C-III ¶¶ 60, 142; Carta de D. Volkert y K. Villavicencio al Banco de Crédito, 20 de junio de 2007 [C-0202].

Armadas del Perú anunció la aprobación del Proyecto Santa Ana⁷⁰.

147. El 4 de septiembre de 2007 la DGAAM, mediante Resolución Directoral No. 269-2007-MEM/AAM, aprobó la Evaluación de Impacto Social y Ambiental del Proyecto de Exploración Minera “Santa Ana” - Categoría “C”, la cual fue presentada por la Sra. Villavicencio con el propósito de realizar actividades de exploración minera dentro de la concesión minera “Karina 9A” (código 01-01462-04)⁷¹.
148. El 26 de septiembre de 2007, el Viceministro Secretario General de Relaciones Exteriores emitió un dictamen favorable sobre la solicitud de la Demandante al MINEM. Siempre que se atiendan las preocupaciones relativas al agua y las cuestiones sociales y ambientales, no había objeciones a que la Demandante llevara a cabo actividades dentro de la zona fronteriza de 50 km⁷².
149. El 29 de noviembre de 2007, el Decreto Supremo 083-2007 (“Decreto Supremo 083”) fue promulgado por el Presidente y el Consejo de Ministros del Perú, con el fin de declarar que el Proyecto Santa Ana era una necesidad pública y que se autorizaba a la Demandante a adquirir, poseer y operar las concesiones mineras correspondientes y a ejercer los derechos derivados de la propiedad⁷³.
150. Luego de ello, en el período comprendido entre fines de 2007 y principios de 2008, la Demandante adoptó gradualmente medidas para adquirir la titularidad de las concesiones mineras respecto del Proyecto Santa Ana⁷⁴. El 30 de noviembre de 2007, la Demandante ejerció sus opciones provenientes

⁷⁰ C-II ¶ 358; Carta del Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas del Perú al Secretario General del Ministerio de Defensa, 26 de julio de 2007 [C-0045].

⁷¹ Informe OEFA No. 008-2010 MA-SE/EP&S sobre el Proyecto Santa Ana, enero 2011 [C-0143]; Resolución que aprobó el EIA para la Exploración del Proyecto Santa Ana, Resolución Directoral No. 269-2007-MEM/AAM [R-035].

⁷² C-I ¶ 41; C-II ¶ 358; Carta del Viceministro Secretario General de Relaciones Exteriores al Ministerio de Minas, 26 de septiembre de 2007 [C-0046]; Dictamen del Ministerio de Relaciones Exteriores enviado al Ministerio de Energía y Minas en relación con la Declaración de Necesidad Pública de Bear Creek, OF.RE(VSG) No. 2-13-17/43 [R-047].

⁷³ C.Prov.M.-I ¶¶ 4 – 5; C.Prov.M.-II ¶ 10; RfA ¶ 17; C-I ¶¶ 3, 16, 42, 44 (publicado), 176; C-II ¶¶ 19, 37, 190, 198, 208, 359; C-III ¶¶ 60, 70, 142; CPHB-I ¶ 8; R-I ¶ 35; R-II ¶ 111; Tr. 1751 (C. Closing); Decreto Supremo No. 083-2007-EM publicado el 29 de noviembre de 2007 [C-0004].

⁷⁴ RfA ¶ 17; C.Prov.M.-I ¶¶ 4 – 5; C.Prov.M.-II ¶ 10; R.Prov.M.-I ¶ 9.

de los Contratos de Opción para la Transferencia de Derechos Mineros⁷⁵. El 3 de diciembre de 2007, la Demandante adquirió las Concesiones Santa Ana de la Sra. Villavicencio mediante la ejecución de dos contratos de transferencia de derechos mineros (“Contratos de Transferencia”)⁷⁶, los cuales fueron ratificados ante notario el 6 de diciembre de 2007⁷⁷ e inscriptos en el registro de derechos mineros el 18 de diciembre de 2007⁷⁸. Luego de que mediante Resolución de Presidencia el 14 de diciembre de 2007 se otorgaran las concesiones Karina 5, 6 y 7 a la Sra. Villavicencio, el INACC y/o el INGEMMET registraron las concesiones de la Sra. Villavicencio el 28 de febrero de 2008⁷⁹. El 5 de marzo de 2008, la Demandante solicitó al MINEM que modificara el titular de registro a la Demandante, según lo dispuesto en una Resolución⁸⁰. El MINEM aprobó esta solicitud de modificación de nombre el 13 de marzo de 2008.

151. La Demandante anunció por primera vez los resultados de la perforación en Santa Ana el 18 de diciembre de 2007⁸¹.

⁷⁵ Tr. 1751 (C. Closing); Carta de M. Grau Malachowski, Bear Creek, a J. K. Villavicencio Gardini, 30 de noviembre de 2007 [C-0018]; Informe OEFA 008-2010 MA-SE/EP&S sobre el Proyecto Santa Ana, enero de 2011 [C-0143].

⁷⁶ C-I ¶¶ 15 – 16, 43 – 44; C-II ¶¶ 21, 190, 208; C-III ¶¶ 60, 70, 82; Contratos de Transferencia de Derechos Mineros entre Jenny Karina Villavicencio Gardini y Bear Creek Mining Company, Sucursal del Perú, 3 de diciembre de 2007 [C-0015]; Contratos de Transferencia de Derechos Mineros entre Jenny Karina Villavicencio Gardini y Bear Creek Mining Company, Sucursal del Perú, registrados ante Notario, 6 de diciembre de 2007 [C-0019].

⁷⁷ RfA ¶ 17; C-I ¶¶ 16, 109 (176); C.Prov.M.I ¶ 5 (*donde se indica* que la Demandante adquirió las concesiones en esta fecha); Sentencia por Acción de Amparo No. 28, Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, 12 de mayo de 2014 ¶ 8 [C-0006]; Contratos de Transferencia de Derechos Mineros entre Jenny Karina Villavicencio Gardini y Bear Creek Mining Company, Sucursal del Perú, 3 de diciembre de 2007 [C-0015]; Contratos de Transferencia de Derechos Mineros entre Jenny Karina Villavicencio Gardini y Bear Creek Mining Company, Sucursal del Perú, registrados ante Notario, 6 de diciembre de 2007 [C-0019]; Informe OEFA 008-2010 MA-SE/EP&S sobre el Proyecto Santa Ana, enero de 2011 [C-0143].

⁷⁸ Tr. 1751 (C. Closing); Anotación de Inscripción de SUNARP del Contrato de Transferencia para las Concesiones Santa Ana 9A, 1, 2 y 3, 1 de febrero de 2008 [C-0020]; Anotación de Inscripción de SUNARP del Contrato de Transferencia para las Concesiones Santa Ana 5,6 y 7, 28 de febrero de 2008 [C-0021].

⁷⁹ C-III ¶ 60; Resolución de Presidencia que otorga la Concesión Minera KARINA 5 a Jenny Karina Villavicencio, Resolución de Presidencia No. 2868-2007-INGEMME/PCD/PM [R-367]; Resolución de Presidencia que otorga la Concesión Minera KARINA 6 a Jenny Karina Villavicencio, Resolución de Presidencia No. 2976-2007-INGEMME/PCD/PM [R-368]; Resolución de Presidencia que otorga la Concesión Minera KARINA 7 a Jenny Karina Villavicencio, Resolución de Presidencia No. 2977-2007-INGEMME/PCD/PM [R-369].

⁸⁰ Informe OEFA No. 008.2010 MASE/EP&S sobre el Proyecto Santa Ana, enero 2011 [C-0143].

⁸¹ Comunicado de prensa, Bear Creek Mining Corporation, *La Perforación en Santa Ana de Bear Creek Continúa Expandiendo La Mineralización De Plata Lo Que Incluye Intervalos de Alta Ley En Los Perímetros De La Huella Abierta*, 18 de diciembre de 2007 [C-0049].

152. Las Partes disienten respecto de la naturaleza de la relación de la Demandante con las comunidades que serían afectadas por el Proyecto Santa Ana. La Demandada afirma que, ya en mayo de 2008, la Demandante estaba al tanto de la oposición al Proyecto Santa Ana entre las comunidades vecinas. En ese entonces, el personal de la Demandante fue amenazado y atacado en el distrito de Kelluyo cuando intentaron explicar la gestión ambiental de la compañía⁸².
153. Según la Demandada, el 4 de septiembre de 2008, los empleados de la Demandante fueron detenidos físicamente en la Comunidad Ancomarca durante al menos cuatro horas, en parte como un intento de presionar a la Demandante a compartir los beneficios del Proyecto Santa Ana con su comunidad. Los empleados de la Demandante fueron amenazados con que algo ocurriría el 14 de octubre de 2008⁸³.
154. El 5 de septiembre de 2008, mediante Resolución Directoral No. 216-2008-MEM/AA, la DGAAM aprobó una modificación a la Evaluación Ambiental del Proyecto Minero Santa Ana - Categoría C. Dicha modificación fue presentada a la Demandante para realizar actividades de exploración minera en Karina 9A y Karina 1⁸⁴. En su alegato de cierre, la Demandante calificó dicha situación como “*la aceptación [por parte del MINEM] de la transferencia de los Permisos de Exploración de la Sra. Villavicencio a Bear Creek luego de que adquirieran las Concesiones*”⁸⁵. [Traducción del Tribunal]
155. El 14 de octubre de 2008, miembros de la Comunidad de Kelluyo invadieron el campamento de la Demandante, saquearon varias oficinas de la Demandante y luego prendieron fuego dichas oficinas⁸⁶. La Demandante y la Demandada difieren en su descripción de los acontecimientos. Según la

⁸² R-II ¶¶ 138, 195; Manifestación de León Jorge Aguilar Gómez, en Expediente Penal No. 277-2008-PE de la Segunda Fiscalía Provincial Chucuito Desaguadero (20/10/2008) [R-342].

⁸³ R-II ¶ 196; Manifestación de Miguel Ángel Sancho Machaca, en Expediente Penal No. 277-2008-PE de la Segunda Fiscalía Provincial Chucuito Desaguadero (20 de octubre de 2008) [R-324]; Manifestación de Basiana Bravo Zamalloa, en Expediente Penal No. 277-2008-PE de la Segunda Fiscalía Provincial Chucuito Desaguadero (20/10/2008) [R-338]; Manifestación de León Jorge Aguilar Gómez, en Expediente Penal No. 277-2008-PE de la Segunda Fiscalía Provincial Chucuito Desaguadero (20/10/2008) [R-342]; Manifestación de Pedro Salomón Luna, en el Expediente Penal No. 277-2008-PE de la Segunda Fiscalía Provincial Chucuito Desaguadero (22 de diciembre de 2008) [R-372].

⁸⁴ Informe OEFA No. 008-2010 MA-SE/EP&S sobre el Proyecto Santa Ana, enero 2011 [C-0143]; Resolución que aprueba la Primera Modificación al EIA para la Exploración del Proyecto Santa Ana, Resolución Jefatural No. 216-2008-MEM/AAM [R-036].

⁸⁵ Tr. 1757 (C. Closing).

⁸⁶ C-II ¶ 75; R-I ¶ 88; R-II ¶¶ 181, 193; Defensoría del Pueblo del Perú, 56° Reporte de Conflictos Sociales (31/10/2008) [R-049]; Informe Pericial de Antonio Alfonso Peña Jumpa (6 de octubre de 2015) (“Primer Informe Peña”) ¶ 63 [REX-002].

Demandante, miembros de la Comunidad de Kelluyo invadieron el campamento después de participar en una feria local en la cual se había servido alcohol. Ellos causaron un daño mínimo y dejaron los objetos de valor intactos, salvo por el robo de una camioneta y numerosas computadoras portátiles⁸⁷. La Demandante radicó una denuncia penal contra los líderes aymaras para lidiar con este robo⁸⁸. La Demandada afirma que los actos fueron una protesta contra el Proyecto Santa Ana que culminó con el saqueo y la quema⁸⁹. La Demandada señala que, unos meses más tarde, el Sr. Swarthout envió una carta al MINEM describiendo los sucesos del 14 de octubre de 2008 como un ataque organizado por al menos 2.000 personas⁹⁰. Durante la Audiencia, la Demandada declaró que se trataba de una protesta en la que 2.800 – 3.000 hombres, mujeres y niños se reunieron en Huacullani para expresar sus objeciones al Proyecto Santa Ana⁹¹. Asimismo, la Demandada explicó que el Proyecto Santa Ana causaba divisiones y resentimiento entre las comunidades, algunas de las cuales estarían involucradas en del Proyecto (y se beneficiarían de él), a diferencia de otras, con la consecuencia de que aquellos que recibieron trabajos estaban apaciguados y los que no recibieron nada, enojados⁹². La Demandada

⁸⁷ C-II ¶ 75; Declaración Testimonial de Respuesta de Andrew T. Swarthout (6 de enero de 2016) (“Segunda Declaración de Swarthout”) ¶¶ 35 – 37 [CWS-6].

⁸⁸ C-II ¶ 75; Resolución No. 468-2008-MP-2da-FPMCH-DESAGUADERO (17/10/2008) [R-051].

⁸⁹ R-I ¶ 88; R-II ¶¶ 181, 193; Defensoría del Pueblo del Perú, 56° Reporte de Conflictos Sociales (31/10/2008) [R-049]; Resolución No. 468-2008-MP-2da-FPMCH-DESAGUADERO (17/10/2008) [R-051]; Carta de Bear Creek a la DGAAM sobre la Quema del Campamento en 2008 (11 de diciembre de 2008) [R-294]; Manifestación de Miguel Ángel Sancho Machaca, en Expediente Penal No. 277-2008-PE de la Segunda Fiscalía Provincial de Chucuito Desaguadero (20 de octubre de 2008) [R-324]; Manifestación de Marco Antonio Maita Rodríguez, en Expediente Penal No. 277-2008-PE de la Segunda Fiscalía Provincial de Chucuito Desaguadero (20 de octubre de 2008) [R-331]; Manifestación de Guillermo Jorge Ramos Ochoa, en Expediente Penal No. 277-2008-PE de la Segunda Fiscalía Provincial de Chucuito Desaguadero (20/10/2008) [R-337]; Manifestación de Basiana Bravo Zamalloa, en Expediente Penal No. 277-2008-PE de la Segunda Fiscalía Provincial de Chucuito Desaguadero (20/10/2008) [R-338]; Manifestación de Cesar Tapia Tumba, en Expediente Penal No. 277-2008-PE de la Segunda Fiscalía Provincial de Chucuito Desaguadero (20/10/2008) [R-339]; Manifestación de Julio Quino Saavedra, en Expediente Penal No. 277-2008-PE de la Segunda Fiscalía Provincial de Chucuito Desaguadero (20/10/2008) [R-340]; Manifestación de Miguel Ramos Fuentes, en Expediente Penal No. 277-2008-PE de la Segunda Fiscalía Provincial de Chucuito Desaguadero (20/10/2008) [R-341]; Manifestación de León Jorge Aguilar Gómez, en Expediente Penal No. 277-2008-PE de la Segunda Fiscalía Provincial de Chucuito Desaguadero (20/10/2008) [R-342]; Manifestación de Rene Charles Tonconi Condori, en Expediente Penal No. 277-2008-PE de la Segunda Fiscalía Provincial de Chucuito Desaguadero (20/10/2008) [R-343]; Manifestación de Pedro Salomón Luna, en Expediente Penal No. 277-2008-PE de la Segunda Fiscalía Provincial de Chucuito Desaguadero (22 de diciembre de 2008) [R-372].

⁹⁰ R-II ¶ 198 - 199; Carta de Bear Creek a la DGAAM sobre la Quema del Campamento en 2008 (11 de diciembre de 2008) [R-294]; Segundo Informe Pericial de Antonio Alfonso Peña Jumpa (13 de abril de 2016) (“Segundo Informe Peña”) ¶ 38 [REX-008]; Segunda Declaración de Swarthout ¶ 35 [CWS-6].

⁹¹ Tr. 1857 – 1859 (R. Closing).

⁹² Tr. 1858 – 1859 (R. Closing); Tr. 1317 (Peña).

declaró que, contrariamente a la declaración testimonial del Sr. Swarthout, el núcleo de perforación - el activo más valioso de la Demandante- había sido vaciado, dañado y/o perdido durante el ataque⁹³.

156. El 23 de mayo de 2009, la Demandante concluyó un Acta de Renovación de Convenio y Acuerdos de Apoyo Social con la Comunidad de Cóndor Aconcagua (23 de mayo de 2009 - 22 de mayo de 2010) para el uso superficial de tierras correspondientes a la Comunidad de Cóndor Aconcagua⁹⁴.
157. El 26 de mayo de 2009, la Demandante publicó los resultados de abril de 2009 de una Evaluación Económica Preliminar (“PEA”, por sus siglas en inglés) positiva, la cual refleja recursos de 97,7 millones de onzas de plata y un valor actual neto de USD 115 millones, a precios actuales en dicho momento⁹⁵.
158. El 2 de julio de 2009, la Demandante celebró un Acta de Renovación de Convenio y Acuerdos de Apoyo Social con la Comunidad Campesina de Ancomarca (2 de julio de 2009 – 1 de julio de 2010), mediante la cual se declaró que la comunidad apoya al Proyecto Santa Ana y que la Demandante se compromete a emplear a algunos miembros de la comunidad y a emprender otras acciones de apoyo social⁹⁶.
159. En agosto de 2009, la Demandante realizó cinco talleres de apertura con numerosas comunidades locales, entre ellas Huacullani, Ingenio, Challocolo, Cóndor de Aconcagua y Ancomarca, con el objetivo de presentarles el Proyecto Santa Ana. Cada una de estas comunidades se encuentra en el Distrito de Huacullani, donde se ubica el Proyecto Santa Ana⁹⁷. En respuesta a la pregunta del Tribunal: *“En el presente caso, ¿cuáles eran las responsabilidades de las autoridades estatales en relación con la obtención de una Licencia Social?”*⁹⁸, la Demandada indicó que los representantes

⁹³ Tr. 1902 - 1903 (R. Closing); Carta de Bear Creek a la DGAAM sobre la Quema del Campamento en 2008 (11 de diciembre de 2008) [R-294].

⁹⁴ Acuerdo entre Cóndor Aconcagua y Bear Creek, 23 de mayo de 2009 [C-0177].

⁹⁵ C-I ¶ 45; C-III ¶ 70; Comunicado de prensa, Bear Creek Mining Corporation, *Bear Creek anuncia un estudio de alcance positivo y una estimación de recursos actualizada en el yacimiento de Santa Ana*, 20 de abril de 2009 [C-0050]; Informe Técnico - Actualización de Recursos de Santa Ana y Evaluación Económica Preliminar, 26 de mayo de 2009 [C-0136]; Primera Declaración de Swarthout ¶ 32 [CWS-1].

⁹⁶ Acuerdo entre Ancomarca y Bear Creek, 2 de julio de 2009 [C-0178].

⁹⁷ C-I ¶ 61; C-III ¶ 70; Ausenco Vector, Informe de Evaluación de Impacto Ambiental para el Proyecto Santa Ana, diciembre de 2010 [C-0071]; Informe No. 013-2011-MEM-AAM/WAL/AD/KVS, 7 de enero de 2011 [C-0161].

⁹⁸ RP-10 ¶ 2.1.4 (a)(iv).

de las autoridades ambientales de Puno acompañaron a la Demandante a algunos talleres y advirtieron que las acciones de difusión y contacto comunitarias no eran eficaces⁹⁹.

160. En su alegato de cierre, la Demandante alegó que, el 6 de octubre de 2009, el MINEM aprobó su solicitud para modificar su permiso de exploración¹⁰⁰.
161. En 2010, caducaron los acuerdos de la Demandante para explorar en búsqueda de plata celebrados con la Parcialidad de Cóndor Aconcagua y la Comunidad Ancomarca¹⁰¹. SUNARP registró la Extinción del Derecho Minero para Karina 3¹⁰².
162. El 2 de septiembre de 2010, la Demandante llevó a cabo dos talleres de participación relacionados con la preparación de la EIAS para la línea de transmisión de 60 KV de potencia desde la Subestación Pomata a la Subestación Santa Ana y otras subestaciones en Huacullani y Pomata¹⁰³.
163. Según la Demandada, la Demandante primero pretendió contactar a las comunidades de Kelluyo para explicar el Proyecto Santa Ana en octubre de 2010¹⁰⁴. La Demandante afirma que realizó talleres de información con las comunidades locales ubicadas en el Distrito de Huacullani, incluidos los Huacullani, Ingenio, Challocolo, Cóndor de Aconcagua y Ancomarca, en noviembre de 2010¹⁰⁵. La Demandante también realizó talleres informativos con la comunidad de Arconuma, ubicada en el Distrito de Kelluyo¹⁰⁶.
164. El 29 de noviembre de 2010, el Gobierno del Distrito de Kelluyo escribió a la Defensoría del Pueblo con el fin de solicitar que se llevara a cabo un taller minero para explicar los beneficios y las

⁹⁹ RPHB-I ¶ 49; Ausenco Vector, *Plan de Participación Ciudadana* (“PPC”) de Bear Creek, Anexo 3 “Actas Taller de Apertura EIA” en 2, 25, 53, 70 [C-0155].

¹⁰⁰ Tr. 1757 (C. Closing).

¹⁰¹ R-II ¶ 153.

¹⁰² Notificación de Extinción por Caducidad de Derechos Mineros, 25 de junio de 2010 [C-0037].

¹⁰³ Acta de Primer Taller Participativo, Línea de Transmisión, Huacullani, 2 de septiembre de 2010 [C-0193]; Acta de Primer Taller Participativo, Línea de Transmisión, Pomata, 2 de septiembre de 2010 [C-0194].

¹⁰⁴ R-II ¶ 192; Cartas de Kelluyo a la *Defensoría* mediante las que solicita Información sobre el Proyecto Santa Ana [R-347].

¹⁰⁵ C-I ¶ 61; Ausenco Vector, Informe de Evaluación de Impacto Ambiental para el Proyecto Santa Ana, diciembre de 2010 [C-0071].

¹⁰⁶ *Íd.*

desventajas de la minería, en particular con respecto al Proyecto Santa Ana, el 9 de enero de 2011¹⁰⁷.

165. La Inspección del Proyecto Santa Ana realizada por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) del Ministerio de Ambiente demostró que la Demandante no había cumplido con los compromisos ambientales establecidos en la Evaluación Ambiental del Proyecto Santa Ana, pero que las relaciones con las comunidades ubicadas alrededor del área del Proyecto pueden ser descriptas como “*armoniosas*”¹⁰⁸. [Traducción del Tribunal]
166. El 13 de diciembre de 2010, la Demandante invitó a la Comunidad Ancomarca, a la Tribu de la Familia Cóndor Aconcagua, a la Comunidad de Chalcollo y a la Comunidad Rural Concepción Ingenio para que mantengan conversaciones sobre el Proyecto Santa Ana¹⁰⁹.
167. El 23 de diciembre de 2010, la Demandante presentó su EIAS al Gobierno del Perú¹¹⁰.
168. El 7 de enero de 2011, el MINEM aprobó el Plan de Participación Comunitaria (“PPC”) y el Resumen Ejecutivo de la EIAS, y le ordenó a la Demandante que implemente mecanismos de participación comunitaria para la evaluación de la EIAS¹¹¹. El 13 de enero de 2011, la Demandante celebró un contrato con la estación de radio Wayra para transmitir 5 anuncios de radio diarios desde el 19 al 28 de enero¹¹². Al día siguiente, la Demandante publicó el anuncio del MINEM, informando así al

¹⁰⁷ Cartas de Kelluyo a la Defensoría mediante las que solicita Información sobre el Proyecto Santa Ana [R-347].

¹⁰⁸ C-II ¶ 67; C-III ¶ 70; Informe OEFA No. 008-2010 MA-SE/EP&S sobre el Proyecto Santa Ana, enero 2011 [C-0143].

¹⁰⁹ Cartas de Bear Creek a Comunidades sobre los Acuerdos de Uso de Tierras [R-093].

¹¹⁰ RfA ¶ 21; C.Prov.M.-II ¶ 4; C-I ¶ 62, C-II ¶¶ 81, 154, 182; C-III ¶ 70; CPHB-II ¶ 26 (*donde se indica* que el CPP fue presentado); R-I ¶¶ 171, 176; R-II ¶ 312; Sentencia por Acción de Amparo No. 28, Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, 12 de mayo de 2014 ¶ 10 [C-0006]; Ausenco Vector, Informe de Evaluación de Impacto Ambiental para el Proyecto Santa Ana, diciembre de 2010 [C-0071]; Solicitud de Bear Creek Mining Corporation a la DGAAM para la Aprobación de la EIAS, 23 de diciembre de 2010 [C-0072]; Vector Ausenco, Plan de Participación Ciudadana (“PPC”) de Bear Creek [C-0155]; Declaración de Refutación del Testigo Elsiario Antúnez de Mayolo (8 de enero de 2016) (“Segunda Declaración de Antúnez de Mayolo”) ¶ 15 [CWS-7].

¹¹¹ RfA ¶ 21; C-I ¶¶ 4, 62, 137; C-II ¶¶ 70, 82, 154, 360; C-III ¶¶ 70, 148; CPHB-I ¶ 16; CPHB-II ¶ 26; C. Closing Diapositiva 86; R-I ¶ 178; R-II ¶ 312; Tr. 1105 – 1111 (Ramírez Delpino); Sentencia por Acción de Amparo No. 28, Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, 12 de mayo de 2014 ¶ 11 [C-0006]; Resolución del MINEM No. 021-2011/MEM-AAM, 7 de enero de 2011 [C-0073]; Ausenco Vector, *Plan de Participación Ciudadana* (“PPC”) de Bear Creek [C-0155]; Informe No. 013-2011-MEM-AAM/WAL/AD/KVS, 7 de enero de 2011 [C-0161].

¹¹² Contrato de Prestación de Servicios celebrado por Radio Wayra – Huacullani y Bear Creek Mining Company, 13

público de la EIAS y comunicó que se realizaría una audiencia pública sobre la EIAS el 23 de febrero de 2011¹¹³. El 21 de enero de 2011, la Demandante le escribió a la DGAAM para informarle que la Demandante había cumplido con todos los requisitos¹¹⁴. La Demandante hizo referencia a estas actividades en su respuesta a las preguntas del Tribunal sobre “¿[q]ué medidas eran necesarias legalmente para que la Demandante pudiera obtener una Licencia Social? ¿La Demandante tomó dichas medidas?”¹¹⁵.

169. El MINEM llevó a cabo una audiencia pública final sobre el EIAS el 23 de febrero de 2011. La audiencia duró cinco horas y contó con la asistencia de más de 700 miembros de las comunidades¹¹⁶. Las comunidades de Kelluyo estuvieron ausentes¹¹⁷. El 23 de febrero de 2011, los miembros de la Comunidad Campesina le escribieron al MINEM para oponerse al Proyecto Santa Ana¹¹⁸.
170. En marzo de 2011, se formó el Frente de Defensa de los Recursos Naturales de la Zona Sur de Puno

de enero de 2011 [C-0074].

¹¹³ Anuncios de Bear Creek publicados en varios periódicos que invitan a las comunidades a participar en la audiencia pública el 23 de febrero de 2011 [C-0075].

¹¹⁴ C-II ¶ 87; C-III ¶ 70; CPHB-I ¶ 17; Tr. 1091: 3-8 (Ramírez Delpino); Carta de Bear Creek a la DGAAM, 21 de enero de 2011 [C-0162].

¹¹⁵ RP-10 ¶ 2.1.4 (a)(iii).

¹¹⁶ RfA ¶ 21; C-I ¶ 63; C-II ¶¶ 88, 100, 121; C-III ¶ 70; R-II ¶ 141; Tr. 607:18 – 608:3 (Mayolo); Tr. 1860 – 1863 (R. Closing); Comunicado de prensa, Bear Creek Mining Corporation, *Bear Creek concede contrato de EPCM y finaliza una audiencia pública de hitos para el proceso de permisos*, 28 de febrero de 2011 [C-0062]; Acta de la Audiencia Pública - Subsector Minería No. 007-2011/MEM-AAM - Audiencia Pública del EIAS del Proyecto Minero “Santa Ana”, 23 de febrero de 2011 [C-0076]; Puno: *prueba de fuego*, REVISTA PODER 360°, junio de 2011, págs. 8/10 [C-0078]; *Comunidades de Huacullani Apoyan a Minera Santa Ana*, Correo Puno Prensa Perú, 23 de marzo de 2011 [C-0184]; MINEM, Comunicado de prensa, 093-2011, 2 de marzo de 2011 [C-328]; Carta de Braulio Morales Choquecachua y Faustino Limatapa Musaja, 8 de agosto de 2016 [C-0329]; Carta de Sixto Vilcanqui Mamani, 8 de agosto de 2016 [C-0331]; Ayuda Memoria “Acciones Realizadas por el Ejecutivo en los Conflictos en el Departamento de Puno” (7/2011) [R-010]; Lista de Participantes en la Audiencia Pública [R-055]; Carta de la Comunidad Kelluyo con preguntas sobre el Proyecto [R-053]; Preguntas planteadas en la Audiencia Pública de Santa Ana [R-054]; Cartas del Distrito de Kelluyo en la Audiencia Pública de Santa Ana [R-304]; “Pobladores de Huacullani rechazan Proyecto Minero Santa Ana”, *Noticias Ser* [R-417]; Declaración Testimonial de Elsiario Antúnez de Mayolo (28 de mayo de 2015) (“Primera Declaración de Antúnez de Mayolo”) ¶ 13 [CWS-2]; Segunda Declaración Antúnez de Mayolo ¶¶ 24, 26 [CWS-7].

¹¹⁷ Carta de la Comunidad de Kelluyo con preguntas sobre el Proyecto [R-053]; Cartas del Distrito de Kelluyo en la Audiencia Pública de Santa Ana [R-304].

¹¹⁸ Carta de la Comunidad de Desaguadero [R-411]; “Pobladores de Huacullani rechazan Proyecto Minero Santa Ana”, *Noticias Ser* [R-417].

(“FDRN”), liderado por Walter Aduviri, como una alianza de comunidades locales¹¹⁹. El FDRN redactó y presentó un borrador de ordenanza para prohibir todas las actividades mineras en Puno, al Consejo Regional de Puno¹²⁰. FDRN escribió cartas al Presidente, al MINEM y al Congreso, exigiendo el cese de las actividades de la Demandante¹²¹. Dichas cartas contenían 300 firmas¹²². La Comunidad de Kelluyo le escribió al Inspector Provincial de Medio Ambiente de Puno con sus preocupaciones relativas al impacto del Proyecto Santa Ana sobre el agua potable y 320 hectáreas de tierra¹²³. La Comunidad de Kelluyo también le escribió al Decano del Colegio de Ingenieros del Perú, solicitando así asistencia especializada en relación con la EIAS respecto del Proyecto Santa Ana¹²⁴.

171. El Consejo Regional aprobó el proyecto de ordenanza para prohibir todas las actividades mineras en Puno el 20 de marzo de 2011. El Presidente Regional Rodríguez se negó a firmarlo¹²⁵. El FDRN advirtió que, a menos que el presidente Regional Rodríguez firmara la ordenanza, se llevarían a cabo protestas masivas¹²⁶.

172. Desde marzo a junio de 2011, hubo protestas en el Departamento de Puno¹²⁷. Las Partes han presentado una mezcla de artículos periodísticos contemporáneos de dicho período, algunos de los cuales informan que las comunidades apoyaban la minería, y otros informan que las comunidades se

¹¹⁹ R-II ¶ 218; Tr. 1863 (R. Closing); Segundo Informe Peña ¶ 46 [REX-008].

¹²⁰ R-I ¶ 101.

¹²¹ C-II ¶¶ 100 – 101; Tr. 1863 (R. Closing); Memorial presentado por el Frente de Defensa y las Comunidades Campesinas de Kelluyo al Congreso, Memorial No. 0005-2011-CO-FDRN-RSP [R-015]; Memoriales presentados por el Frente de Defensa y las Comunidades Campesinas de Kelluyo al Presidente del Perú, Memorial No. 0001-2011-CO-FDRN-RSP [R-016]; Memoriales presentados por el Frente de Defensa y las Comunidades Campesinas de Kelluyo al Ministro de Energía y Minas, Memorial No. 0002- 2011-CO-FDRN-RSP [R-017]; “Proponen eliminar minería en Puno”, Diario La República Edición Sur [R-057].

¹²² Tr. 1863 (R. Closing).

¹²³ Carta de la Comunidad de Kelluyo con Preguntas sobre el Proyecto [R-053]; Cartas del Distrito de Kelluyo en la Audiencia Pública sobre Santa Ana [R-304].

¹²⁴ *Íd.*

¹²⁵ R-I ¶ 101; Asociación de Derechos Humanos y Medio Ambiente, Cronología: Lucha Antiminera en la Zona Sur-2011 [R-058]; Patricia Quiñones, CONCESIONES, PARTICIPACIÓN Y CONFLICTO EN PUNO. EL CASO DEL PROYECTO MINERO SANTA ANA, LOS LÍMITES DE LA EXPANSIÓN MINERA EN EL PERÚ [R-117].

¹²⁶ C-I ¶¶ 65 – 66; *Comuneros dan plazo a presidente regional - firma ordenanza o lo revocan*, LA REPÚBLICA, 23 de marzo de 2011 [C-0079].

¹²⁷ R-II ¶ 213.

oponían a la minería¹²⁸.

173. La Demandada señala que, el 2 de marzo de 2011, miembros de la comunidad local se reunieron en Desaguadero para protestar por las actividades mineras realizadas en el sur de Puno. Ellos protestaron por los impactos ambientales negativos de la minería y solicitaron específicamente la cancelación del Proyecto Santa Ana¹²⁹.
174. El 22 de marzo de 2011, entre 20.000 y 25.000 personas de comunidades de los distritos de Huacullani, Kelluyo, Zepita, Pizacoma, Pomata, Desaguadero, Ilave Yunguyo y Puno se reunieron para debatir asuntos relacionados con las actividades mineras¹³⁰. El FDRN organizó una marcha en Puno a realizarse el 30 de marzo de 2011. Aproximadamente 200 personas se reunieron en la plaza principal de la ciudad de Puno para exigir la aprobación de la ordenanza, y los estudiantes de minería protestaron en apoyo a las concesiones mineras¹³¹. Las Comunidades Huacullani no participaron en la protesta¹³².
175. Según la Demandante, en marzo de 2011, el Gobernador de Huacullani, uno de los distritos de la región de Puno, emitió una declaración en la que repudiaba la actitud de los líderes de otros distritos que causaban disturbios en la jurisdicción de Huacullani donde se ubica el Proyecto Santa Ana¹³³.

¹²⁸ Véase, por ejemplo, R-II ¶ 222; “Pobladores de Huacullani rechazan Proyecto Minero Santa Ana”, *Noticias Ser* [R-417]; *Huacullani en contra de marcha antiminera*, La República, 29 de marzo de 2011 [C-0185].

¹²⁹ R-I ¶ 245.

¹³⁰ R-II ¶ 224; Comunicado de Prensa, Los Andes, *La Opinión Pública*, 23 de marzo de 2011 [C-0081]; *Rechazan intervención de dirigentes de zonas aledañas en tema de minera Santa Ana*, LOS ANDES, 29 de marzo de 2011 [C-0083]; Segundo Informe Peña ¶ 46 [REX-008].

¹³¹ C-I ¶ 67; R-I ¶ 102; *Puno: prueba de fuego*, REVISTA PODER 360°, junio de 2011 [C-0078]; *Universitarios de Puno se movilizaron a favor de las concesiones mineras*, 30 de marzo de 2011 [C-0086]; Asociación de Derechos Humanos y Medio Ambiente, *Cronología: Lucha Antiminera en la Zona Sur-2011* [R-058].

¹³² C-II ¶ 98; *Alcalde del distrito de Huacullani ratificó que no participarán en la movilización de mañana*, ONDA AZUL, 29 de marzo de 2011 [C-0082]; *Rechazan intervención de dirigentes de zonas aledañas en tema de minera Santa Ana*, LOS ANDES, 29 de marzo de 2011 [C-0083]; *Comunidades de Huacullani Apoyan a Minera Santa Ana*, Correo Puno Prensa Perú, 23 de marzo de 2011 [C-0184]; *Huacullani en contra de marcha antiminera*, La República, 29 de marzo de 2011 [C-0185]; Declaración Testimonial de Fernando Gala (Oct. 6, 2015) (“Primera Declaración de Gala”) ¶¶ 24, 40 [RWS-1]; Declaración Testimonial de Felipe A Ramírez Delpino (6 de octubre de 2015) (“Primera Declaración de Ramírez”) ¶ 13 [RWS-2].

¹³³ C-II ¶ 274; CPHB-I ¶ 23; Comunicado de Prensa, Los Andes, *La Opinión Pública*, 23 de marzo de 2011 [C-0081]; *Comunidades de Huacullani Apoyan a Minera Santa Ana*, Correo Puno Prensa Perú, 23 de marzo de 2011 [C-0184].

176. El 19 de abril de 2011, hubo una reunión entre la Demandante y la Primera Ministro Rosario Fernández, conforme a la solicitud de las Demandantes de fecha 8 de abril. La Primera Ministro Fernández se mostró preocupada por las protestas al sur de Puno. La Demandante aduce que ofreció asistencia y que la Primera Ministro garantizó a la Demandante que se preservarían sus derechos y se mantendría el respeto a la seguridad jurídica¹³⁴.
177. El 19 de abril de 2011, la DGAAM y el MINAG emitieron 196 observaciones mediante las cuales identificaron deficiencias en el ESIA de la Demandante¹³⁵. En sus respectivas respuestas ante las preguntas del Tribunal “¿Qué medidas eran necesarias legalmente para que la Demandante pudiera obtener una Licencia Social? ¿La Demandante tomó dichas medidas?”¹³⁶, las Partes discreparon sobre la eficacia de las respuestas de la Demandante a estas observaciones¹³⁷.
178. El 25 de abril de 2011, el FDRN organizó una manifestación de 48 horas en contra de los proyectos mineros en la región de Puno. Los manifestantes bloquearon el Puente de Desaguadero entre Bolivia y Perú¹³⁸.

¹³⁴ C-II ¶ 121; C-III ¶ 70; Carta de M. A. Balestrini, Bear Creek, a la Primera Ministra Rosario Fernández, 8 de abril de 2011 [C-0170]; Segunda Declaración Antúnez de Mayolo ¶ 48 [CWS-7].

¹³⁵ C-II ¶ 157; R-I ¶¶ 181, 188; R-II ¶ 312; CPHB-II ¶ 32; Observaciones de la DGAAM al EIA de Bear Creek para explotación, Informe No. 399-2011-MEM-AAM/WAL/JCV/CMC/JST/KVS/AD [R-040]; Ministerio de Agricultura, Observaciones al Estudio de Impacto Ambiental, Opinión Técnica No. 016-11-AG-DVM-DGAA-DGA [R-041].

¹³⁶ RP-10 ¶ 2.1.4 (a)(iii.)

¹³⁷ CPHB-I ¶¶ 13, 18, 22, CPHB-II ¶¶ 32, 37; RPHB-I ¶ 39; R-II ¶ 137; Tr. 496:11 (Swarthout), 1124:19 – 1125:20 (Ramírez Delpino), 1863 – 1866 (R. Closing); Solicitud de Bear Creek al MINEM de autorización para adquirir derechos mineros ubicados en la zona de frontera, 4 de diciembre de 2006 (ACTUALIZACIÓN presentada con C-III) págs. 18-19 [C-0017]; Observaciones de la DGAAM al EIA de Bear Creek para explotación, Informe No. 399-2011-MEM-AAM/WAL/JCV/CMC/JST/KVS/AD [R-40]; Absolución de Observaciones del Comité de Defensa al Estudio de Impacto Ambiental y Social del Proyecto Santa Ana 23-24 [R-177]/[R-184]; Estudio de Impacto Ambiental 2010, Anexo L: Línea de Base Social 8, 10 – 11 [R-213]; Observaciones del EIA 488-295 19-04-2011, 30-31 [SRK-022].

¹³⁸ C-I ¶ 68; R-I ¶¶ 103, 245; R-II ¶ 225; *En Puno suspenden mesa de diálogo hasta el lunes 09 de mayo*, RADIO ONDA AZUL, 26 de abril de 2011 [C-0087]; *Pobladores cerrarán la frontera por el paro de los días 25 y 26 de abril*, 25 de abril de 2011 [C-0088]; Derechos Humanos y Medio Ambiente, Cronología: Lucha Antiminera en la Zona Sur-2011 [R-058]; “Paro antiminero generará grandes pérdidas a sector turismo en Puno”, Diario *La República*, Edición Sur [R-059]; Primera Declaración Gala ¶ 23 [RWS-1].

179. En medio de la huelga de 48 horas, el Presidente Regional de Puno acordó solicitar al MINEM la suspensión de las actividades del Proyecto Santa Ana y la preparación de una Ordenanza Regional sobre actividades mineras. La mesa de diálogo se pospuso hasta el 9 de mayo¹³⁹. Según la Demandada, mientras la Demandante procura desestimar la carta del 26 de abril de 2011 por no tratar exclusivamente sobre la Demandante, el Sr. Swarthout reconoció que la carta no mencionaba a otra compañía¹⁴⁰.
180. El 28 de abril de 2011, el Sr. Rodríguez le solicitó al MINEM suspender toda petición nueva y en trámite de concesiones mineras en la región de Puno. Sin embargo, el Sr. Rodríguez no solicitó la suspensión de las actividades de la Demandante en Santa Ana¹⁴¹.
181. La Demandada explica que, en mayo de 2011, el Gobierno Central procuró encontrar una solución a las exigencias de los manifestantes y estabilizar la región¹⁴². El 6 de mayo de 2011, el Viceministro de Minas Gala se reunió con el Presidente Regional de Puno y explicó que el Proyecto Santa Ana no comenzaría porque aún se estaba evaluando el ESIA¹⁴³. Tres días después, el 9 de mayo de 2011, se envió una delegación del MINEM a Puno para explicar a las poblaciones locales el estado del ESIA de la Demandante. Si bien asistieron 500 personas, esta reunión no aplacó las preocupaciones de las poblaciones¹⁴⁴.
182. El 9 de mayo de 2011, comenzó una huelga por tiempo indeterminado en la Ciudad de

¹³⁹ R-I ¶ 105, 245; R-II ¶ 226; RPHB-I ¶ 88; Tr. 1867 (R. Closing); *En Puno suspenden mesa de diálogo hasta el lunes 09 de mayo*, RADIO ONDA AZUL, 26 de abril de 2011 [C-0087]; Carta del Presidente Regional de Puno al Ministro de Energía y Minas, Carta No. 520-2011-GR-PUNO/PR (4/26/2011) [R-018]; “1700 concesiones mineras”, Diario *La República*, Edición Sur [R-061].

¹⁴⁰ Tr. 1866 – 1868 (R. Closing); 654:5 – 655:4 (Mayolo); 504:1-20 (Swarthout); Carta del Presidente Regional de Puno al Ministro de Energía y Minas, Carta No. 520-2011-GR-PUNO/PR (4/26/2011) [R-018].

¹⁴¹ C-I ¶ 68; Carta No. 521-2011-GR-PUNO/PR de M. Rodríguez, Presidente Regional de Puno, a P.E. Sánchez, Ministro de Energía y Minas, 28 de abril de 2011 [C-0089].

¹⁴² R-II ¶¶ 229, 245; Informe Policial de 2011 sobre violencia en Puno [R-306]; Carta del Presidente Regional de Puno al Ministro de Energía y Minas, Carta No. 520-2011-GR-PUNO/PR (/26/04/2011) [R-018].

¹⁴³ R-I ¶ 107; R-II ¶ 246; RPHB-I ¶ 88; Ayuda memoria “Acciones realizadas por el Ejecutivo en los conflictos en el Departamento de Puno” (7/2011) pág. 4 [R-010]; MINEM, “Proyecto Santa Ana no puede hacer actividad minera en Puno porque no cuenta con autorización ambiental” [R-019]; Primera Declaración Gala ¶ 24 [RWS-1].

¹⁴⁴ R-I ¶ 108; R-II ¶ 247; Ayuda memoria “Acciones realizadas por el Ejecutivo en los conflictos en el Departamento de Puno” (7/2011) pág. 5 [R-010]; MINEM, “Instalan mesa de diálogo para tratar actividad minera en la región Puno” [R-020]; Primera Declaración Gala ¶ 23 [RWS-1]; Primera Declaración Ramírez ¶ 29 [RWS-2].

Desaguadero¹⁴⁵. La Demandada explica que se bloquearon varias carreteras, incluido el Puente de Desaguadero entre Perú y Bolivia¹⁴⁶.

183. La Demandada señala que, el 15 de mayo de 2011, la Primera Ministro Fernández creó una Comisión de Alto Nivel para viajar a Puno y reunirse con los manifestantes a fin de encontrar una solución a la crisis. Esta comisión se reunió con los manifestantes el 16 y el 17 de mayo de 2011, y la reunión concluyó con la firma de un Acta¹⁴⁷. Después de la reunión de fecha 17 de mayo de 2011, los manifestantes presentaron solicitudes procurando (1) la cancelación de todas las concesiones mineras y petroleras al sur de Puno; (2) la cancelación del Proyecto Santa Ana; (3) la derogatoria del Decreto Supremo 083; y (4) la protección del Cerro Khapia, lugar sagrado para los aymaras¹⁴⁸. El 19 de mayo de 2011, la Comisión del Alto Nivel, constituida por Viceministros de Minas, Interior y Agricultura, y un representante de la presidencia del Consejo de Ministerios se reunieron con los manifestantes. Funcionarios anunciaron dos medidas para atender las demandas de los manifestantes: una resolución que declarase el Cerro Khapia parte del patrimonio cultural de la nación, y la formación de una comisión multisectorial que analizase las acciones del estudio con respecto a las concesiones mineras. Los manifestantes discreparon e insistieron con la cancelación del Proyecto Santa Ana¹⁴⁹. Las

¹⁴⁵ C-I ¶ 69; CPHB-II ¶ 40; R-I ¶¶ 109, 124, 245; “*Esperan que haya alguna víctima*”, EL COMERCIO, 25 de mayo de 2011 [C-0090]; *El aimarazo, a cuatro años de la huelga antiminera*, Diario Correo, 26 de mayo de 2014 [C-0237] (10 de mayo); Ayuda memoria “Acciones realizadas por el Ejecutivo en los conflictos en el Departamento de Puno” (7/2011) págs. 4, 5 [R-010]; Honorio Pinto Herrera, “Conflicto minero en Santa Ana”, INVESTIGACIONES SOCIALES, Vol. 17 No. 31 [R-048]; “Volvió tensión con huelga aimara,” Diario *La República*, Edición Sur [R-062]; “Comuneros cierran frontera”, Diario *La República*, Edición Sur [R-063]; “Huelguistas marcharán a Puno por ordenanza,” Diario *La República*, Edición Sur [R-064]; Primera Declaración Gala ¶ 25 [RWS-1].

¹⁴⁶ R-I ¶ 245; Honorio Pinto Herrera, *Conflicto Minero en Santa Ana*, INVESTIGACIONES SOCIALES, Vol. 17 No. 31 [R-048]; “Comuneros cierran frontera”, Diario *La República*, Edición Sur [R-063]; “Huelguistas marcharán a Puno por ordenanza”, Diario *La República*, Edición Sur [R-064].

¹⁴⁷ CPHB-I ¶ 18; R-I ¶¶ 110 – 111; R-II ¶¶ 248 – 249; RPHB-I ¶ 88; *Puno: prueba de fuego*, REVISTA PODER 360°, junio de 2011, págs. 8/10 [C-0078]; Ayuda memoria “Acciones realizadas por el Ejecutivo en los conflictos en el Departamento de Puno” (7/2011) pág. 5 [R-010]; MINEM, “Comisión de Alto Nivel del Ejecutivo viaja mañana a Puno para iniciar el dialogo” [R-021]; MINEM, “Comisión de Alto Nivel continua diálogo mañana con autoridades y dirigentes de Puno” [R-065]; MINEM, “Comisión de Alto Nivel continua hoy diálogo con autoridades y dirigentes de Puno” [R-066]; Informe de la OGCS sobre conflicto en Puno, Informe No. 05-2011-PCM/OGSS [R-418]; Primera Declaración Gala ¶¶ 26, 27 [RWS-1]; Declaración Testimonial de Rosario de Pilar Fernández Figueroa (8 de abril de 2016) (“Declaración Fernández”) ¶ 17 [RWS-4].

¹⁴⁸ R-I ¶ 111; R-II ¶ 249; Tr. 1868 (R. Closing); Ayuda memoria “Acciones realizadas por el Ejecutivo en los conflictos en el Departamento de Puno” (7/2011) pág. 5 [R-010]; Primera Declaración Gala ¶ 27 [RWS-1].

¹⁴⁹ Tr. 1886 (R. Closing); R. Diapositiva de Apertura 80.

conversaciones no prosperaron por falta de seguridad¹⁵⁰.

184. La Demandada alega que el 18 de mayo de 2011 la Primera Ministro Fernández manifestó que el bloqueo de carreteras en la región de Puno era inaceptable y lo vinculó a fines políticos de organizaciones extremas¹⁵¹.
185. La Demandante afirma que el 19 de mayo de 2011, sus representantes, los Sres. Swarthout y Mayolo, se reunieron con la Sra. García del MINEM. La Sra. García confirmó que no había ningún motivo legal para rescindir las concesiones legalmente otorgadas y que el Proyecto Santa Ana cumplía estrictamente con las leyes y reglamentaciones vigentes¹⁵².
186. El 20 de mayo de 2011, la Comisión de Alto Nivel se volvió a reunir con los manifestantes. Los alcaldes abandonaron la reunión en señal de protesta¹⁵³. El Viceministro de Minas Gala confirmó que sería inconstitucional anular las concesiones mineras mediante una ordenanza regional y que la manera correcta de hacerlo sería a través de un procedimiento judicial o un proyecto de ley. El Viceministro Gala también anunció que el Gobierno Central estaba cumpliendo con el Acta, lo cual quedaba demostrado con la Resolución Viceministerial por la cual declaraba el Cerro Khapia parte del patrimonio cultural de la nación¹⁵⁴.

¹⁵⁰ R-I ¶ 112; R-II ¶ 250 – 251; Tr. 1885 (R. Closing); Ayuda memoria “Acciones realizadas por el Ejecutivo en los conflictos en el Departamento de Puno” (7/2011) págs. 5 – 6 [R-010]; MINEM, “Por falta de seguridad en Puno se frustró diálogo entre Comisión de Alto Nivel y dirigentes” [R-022]; Resolución de declaración de patrimonio cultural, Resolución Viceministerial No. 589-2011-VM-PC-IC-MC [R-023]; Resolución de creación de Comisión Multisectorial, Resolución Suprema No. 131-2011-PCM [R-024]; MINEM, “Viceministro de Minas pide celeridad a autoridades de Puno para nombrar representantes ante Comisión Multisectorial” [R-069]; Resolución que autoriza la intervención de las Fuerzas Armadas en Puno, Resolución Suprema No. 191-2011-DE [R-070]; Informe de la OGCS sobre conflicto en Puno, Informe No. 05-2011-PCM/OGSS [R-418].

¹⁵¹ C-II ¶ 274; Comunicado de prensa, Presidencia del Consejo de Ministros, *Premier califica de inadmisibles bloqueos de carreteras en Puno y pide deponer acciones violentas*, 18 de mayo de 2011 [C-0092].

¹⁵² C-I ¶ 70; C-II ¶ 26; C-III ¶¶ 70, 142; CPHB-I ¶ 23; *Comuneros exigen pronunciamiento de PCM*, LA REPÚBLICA, 19 de mayo de 2011 [C-0093]; *Huelga antiminera en Puno sigue sin solución*, LA REPÚBLICA, 21 de mayo de 2011 [C-0094].

¹⁵³ R-I ¶ 112; *Huelga antiminera en Puno sigue sin solución*, LA REPÚBLICA, 21 de mayo de 2011 [C-0094]; Informe de la OGCS sobre conflicto en Puno, Informe No. 05-2011-PCM/OGSS [R-418].

¹⁵⁴ C-I ¶ 69; *Se rompió el diálogo con los Aymaras*, 21 de mayo de 2011 [C-0091]; *Huelga antiminera en Puno sigue sin solución*, LA REPÚBLICA, 21 de mayo de 2011 [C-0094]; *El aimarazo, a cuatro años de la huelga antiminera*, Diario Correo, 26 de mayo de 2014 [C-0237]; Ayuda memoria “Acciones realizadas por el Ejecutivo en los conflictos en el Departamento de Puno” (7/2011) pág. 7 [R-010]; Informe de la OGCS sobre conflicto en Puno, Informe No. 05-2011-PCM/OGSS [R-418].

187. La Demandada explica que las reuniones en las que el Gobierno intentó actuar como mediador con las comunidades fueron públicas y que el Gobierno no prohibió la asistencia de la Demandante. No obstante, quienes estuvieron presentes, incluso el Viceministro Gala, corrieron un importante riesgo de violencia¹⁵⁵.
188. Según la Demandada, el 23 de mayo de 2011, la Autoridad Binacional del Sistema Hídrico le solicitó al MINEM información acerca de los instrumentos de gestión ambiental de la Demandante¹⁵⁶. Asimismo, el 23 de mayo de 2011, arribaron 9.000 personas a Puno para manifestarse en contra de las actividades mineras. El Ministerio del Interior envió a las fuerzas armadas para ayudar a la policía a controlar la situación¹⁵⁷. Para el 24 de mayo de 2011, había más de 15.000 personas manifestándose. El 24 de mayo de 2011, comenzó una huelga que duró 15 días¹⁵⁸.
189. La Demandada señala que, el 25 de mayo de 2011, ya había 13.000 personas en la manifestación en Puno. La magnitud y duración de esta manifestación provocaron escasez de alimentos y malas condiciones de salubridad en toda la ciudad, y arrojó heridos¹⁵⁹.
190. El 25 y el 26 de mayo de 2011, la Comisión de Alto Nivel reanudó el diálogo que se había suspendido el 20 de mayo de 2011¹⁶⁰. Las manifestaciones se volvieron violentas y los manifestantes saquearon instituciones gubernamentales y destruyeron locales comerciales¹⁶¹. La Demandada afirma que los

¹⁵⁵ Tr. 1869 – 1871 (R. Closing); Primera Declaración Gala ¶ 29 [RWS-1].

¹⁵⁶ R-II ¶ 350, Bear Creek, Proyecto Santa Ana: Estudio de Factibilidad Informe de Hidrología e Hidrogeología [R-302]; Carta de la Autoridad Binacional Autónoma del Sistema Hídrico del Lago Titicaca, Río Desaguadero, Lago Poopo y Salar de Coipasa, Carta No. 195/05/2011 [R-313].

¹⁵⁷ R-I ¶ 113; R-II ¶ 229; Tr. 1871 (R. Closing); MINEM, “Viceministro de Minas pide celeridad a autoridades de Puno para nombrar representantes ante Comisión Multisectorial” [R-069]; Resolución que autoriza la intervención de las Fuerzas Armadas en Puno, Resolución Suprema No. 191-2011-DE [R-070]; Informe Policial de 2011 sobre violencia en Puno [R-306].

¹⁵⁸ R-II ¶¶ 229, 253; Tr. 1871 (R. Closing); *El aimarazo, a cuatro años de la huelga antiminera*, Diario Correo, 26 de mayo de 2014 [C-0237]; Informe Policial de 2011 sobre violencia en Puno [R-306].

¹⁵⁹ R-I ¶ 245; Honorio Pinto Herrera, *Conflicto Minero en Santa Ana*, INVESTIGACIONES SOCIALES, Vol. 17 No. 31 [R-048]; “Huelga afecta exportaciones bolivianas”, *Diario La República, Edición Sur* [R-071]; “Dan paso al diálogo en Puno”, *Diario La República, Edición Sur* [R-072].

¹⁶⁰ R-I ¶ 114; R-II ¶ 252; Ayuda memoria “Acciones realizadas por el Ejecutivo en los conflictos en el Departamento de Puno” (7/2011) pág. 6 [R-010]; Informe de la OGCS sobre conflicto en Puno, Informe No. 05-2011-PCM/OGSS [R-418]; Primera Declaración Gala ¶ 29 [RWS-1].

¹⁶¹ R-I ¶ 245; R-II ¶ 229; C-I ¶ 71; Tr. 1872 (R. Closing); *Puno: prueba de fuego*, REVISTA PODER 360°, junio de 2011 [C-0078]; *Entrevista de la Primera Ministra Rosario Fernández*, Mira Quién Habla, Willax TV, 31 de mayo

manifestantes amenazaron con sabotear las próximas elecciones presidenciales¹⁶². Saquearon y quemaron las oficinas de la SUNAT y la Contraloría en Puno¹⁶³. La Demandante señala que las manifestaciones se llevaron a cabo el 26 de mayo de 2011 contra las oficinas gubernamentales que se encontraban investigando a algunos de los dirigentes por actos que no guardaban ninguna relación con el Proyecto Santa Ana (evasión impositiva y contrabando)¹⁶⁴.

191. El 27 de mayo de 2011, la Defensoría del Pueblo de Puno envió una carta a la Primera Ministro para solicitarle que tomara medidas inmediatas a fin de proteger los derechos de las poblaciones de Puno y permitir que se lleven a cabo las elecciones presidenciales¹⁶⁵. Esa misma fecha, el Ministro de Energía y Minas, Pedro Sánchez, reprobó la violencia en Puno y confirmó que la solicitud de anulación de las concesiones mineras en el área de Puno era inconstitucional. El Viceministro Gala también declaró públicamente que no sería posible cancelar las concesiones porque se vería comprometida la seguridad jurídica del país¹⁶⁶.
192. Según la Demandada, el 28 de mayo de 2011, se celebró una reunión en la sede del MINEM entre las autoridades locales y regionales, el Ministro del Interior, los alcaldes del sur de Puno, el Presidente

de 2011 [C-0097]; *El aimarazo, a cuatro años de la huelga antiminera*, Diario Correo, 26 de mayo de 2014 [C-0237]; Honorio Pinto Herrera, *Conflicto Minero en Santa Ana*, INVESTIGACIONES SOCIALES, Vol. 17 No. 31 [R-048]; Derechos Humanos y Medio Ambiente, *Cronología: Lucha Antiminera en la Zona Sur-2011* pág. 10 [R-058]; “Ira aimara desborda en Puno”, *Diario La República, Edición Sur* [R-073]; Informe Policial de 2011 sobre violencia en Puno [R-306].

¹⁶² R-I ¶ 245; Derechos Humanos y Medio Ambiente, *Cronología: Lucha Antiminera en la Zona Sur-2011* pág. 15 [R-058].

¹⁶³ C-II ¶ 112; R-I ¶¶ 115, 245; R-II ¶¶ 229, 236, 253; *Entrevista de la Primera Ministra Rosario Fernández*, Mira Quién Habla, Willax TV, 31 de mayo de 2011 [C-0097]; Honorio Pinto Herrera, *Conflicto Minero en Santa Ana*, INVESTIGACIONES SOCIALES, Vol. 17 No. 31 [R-048]; Derechos Humanos y Medio Ambiente, *Cronología: Lucha Antiminera en la Zona Sur-2011* [R-058]; “Comuneros cierran frontera,” *Diario La República, Edición Sur* [R-063]; “Huelguistas marcharán a Puno por ordenanza”, *Diario La República, Edición Sur* [R-064]; “Huelga afecta exportaciones bolivianas”, *Diario La República, Edición Sur* [R-071]; “Ira aimara desborda en Puno”, *Diario La República, Edición Sur* [R-073]; “Amenazan encender focos de protesta”, *Diario La República, Edición Sur* [R-078]; Estudio de Impacto Ambiental 2010, Anexo F: Paisaje [R-207]; Informe Policial de 2011 sobre violencia en Puno [R-306]; Primera Declaración Gala ¶¶ 25, 30 [RWS-1]; Segundo Informe Peña ¶¶ 49 – 58 [REX-008].

¹⁶⁴ C-II ¶ 274; *Entrevista de Primera Ministra Rosario Fernández*, Mira Quién Habla, Willax TV, 31 de mayo de 2011 [C-0097].

¹⁶⁵ R-II ¶ 230; Carta de Defensoría a PCM sobre Conflicto en Puno [R-307].

¹⁶⁶ C-I ¶ 73; C-III ¶ 70; *MEM: Ejecutivo sigue abierto al diálogo con población de Puno*, RPP NOTICIAS, 27 de mayo de 2011 [C-0096]; *El diálogo primará en Puno*, EL PERUANO, 27 de mayo de 2011 [C-0236]; *El aimarazo, a cuatro años de la huelga antiminera*, Diario Correo, 26 de mayo de 2014 [C-0237].

Regional de Puno, los congresistas regionales, el Presidente del Consejo de Ministros, la Dra. Rosario del Pilar Fernández Figueroa y el Ministro de Energía y Minas, el Sr. Pedro Sánchez, durante la cual se adoptaron las siguientes decisiones:

- (1) ampliar el alcance de la R.S. No. 131-2011-PCM, mediante la cual se creó la Comisión Multisectorial a cargo de estudiar y proponer medidas con respecto a las concesiones mineras en provincias del departamento de Puno;
- (2) suspender la admisión de Solicitudes de Concesiones Mineras en el territorio de las provincias de Chucuito, El Collao, Puno y Yunguyo del Departamento de Puno; y
- (3) suspender por 12 meses el procedimiento de aprobación del ESIA del Proyecto Santa Ana¹⁶⁷.

193. Al día siguiente, se publicaron la Resolución Suprema No. 142-2011-PCM (con respecto al punto (1)) y el Decreto Supremo 026-2011-EM (“Decreto Supremo 026”) (con respecto al punto (2))¹⁶⁸. El 30 de mayo de 2011, la DGAAM emitió la Resolución 162-2011-MEM-AAN por la cual suspendió el ESIA de Santa Ana por 12 meses¹⁶⁹.

194. Esto fue fundamental para las respuestas de las Partes a las preguntas del Tribunal, a saber: “¿cuáles eran las responsabilidades de las autoridades estatales en relación con la obtención de una Licencia Social?”¹⁷⁰, y “¿Cuál fue el fundamento de la decisión de dictar el Decreto Supremo No. 032 y sobre qué pruebas se basaron las autoridades estatales?”¹⁷¹ Según la Demandante, el 30 de mayo de 2011,

¹⁶⁷ R-I ¶ 116; R-II ¶ 257; Resolución DGAAM 162-2011-MEM-AAM, 30 de mayo de 2011 [C-0098]; Ayuda memoria “Acciones realizadas por el Ejecutivo en los conflictos en el Departamento de Puno” (7/2011) págs. 6 – 7 [R-010]; Decreto de suspensión de la admisión de Petitorios Mineros en el territorio de las provincias de Chucuito, El Callao, Puno y Yunguyo del departamento de Puno, Decreto Supremo No. 026-2011-EM [R-025]; Resolución que amplía el alcance de la Comisión Multisectorial, Resolución No. 142-2011-PCM [R-026]; Informe de la OGCS sobre conflicto en Puno, Informe No. 05-2011-PCM/OGSS [R-418]; Primera Declaración Ramírez ¶¶ 30 – 34 [RWS-2]; Declaración Testimonial de César Zegarra (6 de octubre de 2015) (“Primera Declaración Zegarra”) ¶ 19 [RWS-3].

¹⁶⁸ R-I ¶ 132; R-II ¶ 257 – 264; Tr. 1885 (R. Closing); Decreto de suspensión de la admisión de Petitorios Mineros en el territorio de las provincias de Chucuito, El Callao, Puno y Yunguyo del departamento de Puno, Decreto Supremo No. 026-2011-EM [R-025]; Resolución que amplía el alcance de la Comisión Multisectorial, Resolución No. 142-2011-PCM [R-026].

¹⁶⁹ RfA ¶ 23; C-I ¶¶ 2, 73, 178; C-II ¶¶ 123, 152, 275, 361, 396; C-III ¶ 70; CPHB-II ¶ 44; R-I ¶ 171; R-II ¶ 535; RPHB-I ¶ 88; Tr. 1872 (R. Closing); Resolución DGAAM 162-2011-MEM-AAM, 30 de mayo de 2011 [C-0098]; Ayuda memoria “Acciones realizadas por el Ejecutivo en los conflictos en el Departamento de Puno” (7/2011) pág. 8 [R-010]; Recurso administrativo de revisión para suspensión del EIA [R-308].

¹⁷⁰ RP-10 ¶ 2.1.4 (a)(iv).

¹⁷¹ RP-10 ¶ 2.1.4 (c).

el MINEM ordenó a la Demandante regenerar su solicitud de declaración de necesidad pública de fecha 5 de diciembre de 2006 y enviarla al MINEM en un plazo de tres días¹⁷². La Demandante alega que cumplió con eso el 3 de junio de 2011¹⁷³.

195. El 31 de mayo de 2011 / 1 de junio de 2011, los manifestantes en el Sur anunciaron que suspenderían la huelga para permitir que se desarrollen las elecciones¹⁷⁴. La Demandante alega que el Sr. Aduviri de FDRN respaldaba al Presidente Humala, quien básicamente necesitaba votos de la región de Puno, y que los dos acordaron suspender las manifestaciones una semana para que los votantes pudiesen votar¹⁷⁵. Las huelgas se reanudaron una semana después¹⁷⁶.
196. El 7 de junio de 2011, el Gobierno de Bolivia envió una nota de protesta a la Embajada del Perú en La Paz porque las manifestaciones estaban obstruyendo el tránsito entre los dos países¹⁷⁷.
197. Según la Demandada, durante las manifestaciones de junio de 2011 en Puno, la Policía Nacional se enfrentó con manifestantes aymaras en la parte norte del Departamento, en el aeropuerto de Julica. Murieron seis ciudadanos peruanos en el conflicto resultante¹⁷⁸.
198. Según la Demandada, el 14 de junio de 2011, se creó un frente de lucha en la provincia de Melgar en Puno. Allí, los manifestantes reclamaban que las actividades mineras habían causado contaminación y exigían la cancelación de las concesiones mineras en la Provincia de Melgar. En el sur, la

¹⁷² C-II ¶¶ 129, 158; C-III ¶¶ 70, 95; Informe MINEM No. 442-2011-MEM-DGM-DNM y Resolución No. 165-2011-MEM-DGM/V, 30 de mayo de 2011 [C-0174].

¹⁷³ C-II ¶ 129, C-III ¶ 70; Carta de E. Antúnez de Mayolo, Bear Creek, a la Dirección General de Minería, 3 de junio de 2011 [C-0175].

¹⁷⁴ C-I ¶ 76; C-II ¶ 275 (*declaración acerca de que* el objetivo del anuncio era impedir toda clase de interferencia con la segunda vuelta de las elecciones presidenciales que confrontaba a Ollanta Humala con Keiko Fujimori); R-I ¶ 117; *Huelga de aymaras termina en “cuarto intermedio,”* LOS ANDES, 1 de junio de 2011 [C-0099]; *Puno: prueba de fuego,* REVISTA PODER 360°, junio de 2011 [C-0078]; Ayuda memoria “Acciones realizadas por el Ejecutivo en los conflictos en el Departamento de Puno” (7/2011) pág. 7 [R-010].

¹⁷⁵ C-I ¶ 76 *Puno: prueba de fuego,* REVISTA PODER 360°, junio de 2011 [C-0078]; *MEM: Ejecutivo sigue abierto al diálogo con población de Puno,* RPP NOTICIAS, 27 de mayo de 2011 [C-0096].

¹⁷⁶ C-I ¶ 77; C-II ¶ 275; R-II ¶ 260; *Puno: prueba de fuego,* REVISTA PODER 360°, junio de 2011 [C-0078]; *MEM: Ejecutivo sigue abierto al diálogo con población de Puno,* RPP NOTICIAS, 27 de mayo de 2011 [C-0096]; *Volvió tensión con huelga aimara,* LA REPÚBLICA, 9 de junio de 2011 [C-0100]; Ayuda memoria “Acciones realizadas por el Ejecutivo en los conflictos en el Departamento de Puno” (7/2011) pág. 7 [R-010].

¹⁷⁷ R-I ¶¶ 119, 248; R-II ¶ 260; Tr. 1872 (R. Closing); Nota de protesta del Gobierno de Bolivia (7/6/2011) [R-075].

¹⁷⁸ R-II ¶¶ 458, 460; Tr. 1873 (R. Closing); “Protesta con seis muertos”, *Diario La República, Edición Sur* [R-085].

comunidad aymara solicitaba la cancelación de las concesiones mineras y la derogatoria del Decreto Supremo 083¹⁷⁹.

199. El 17 de junio de 2011, la Demandante apeló la Resolución 162-2011-MEM-AAN ante la DGAAM¹⁸⁰.
200. Entre el 17 y el 23 de junio de 2011, la Primera Ministra y otros funcionarios públicos se reunieron con representantes de los manifestantes en Lima. Como parte de su respuesta al interrogante del Tribunal (c) “¿Cuál fue el fundamento de la decisión de dictar el Decreto Supremo No. 032 y sobre qué pruebas se basaron las autoridades estatales?”¹⁸¹, la Demandada señala que en este preciso momento se enteró que la Demandante había inicialmente operado el Proyecto Santa Ana a través de un ciudadano peruano. La Demandada describe esto como una adquisición por parte de la Demandante de participación indirecta en Santa Ana, sin que mediara autorización¹⁸². La Demandante confirma que operó el Proyecto Santa Ana a través de un ciudadano peruano, pero niega que esto fuera ilícito y que la Demandada no lo supiera¹⁸³. La Demandante niega asimismo que haya

¹⁷⁹ C-I ¶ 77; R-I ¶ 122; Tr. 1873 (R. Closing); *Aimaras de Puno marchan hasta el Congreso*, 14 de junio de 2011 [C-0101]; Ayuda memoria “Acciones realizadas por el Ejecutivo en los conflictos en el Departamento de Puno” (7/2011) págs. 11 – 12 [R-010]; “Melgar también rechaza la minería”, *Diario La República, Edición Sur* [R-079]; Primera Declaración Gala ¶¶ 8 – 10 [RWS-1].

¹⁸⁰ C-I ¶ 73; C-II ¶ 123; C-III ¶ 70; Carta de Bear Creek a la DGAAM, 17 de junio de 2011 [C-0166]; Recurso administrativo de revisión para suspensión del EIA [R-308]; Primera Declaración Swarthout ¶ 48 [CWS-1].

¹⁸¹ RP-10 ¶ 2.1.4 (c).

¹⁸² R-I ¶¶ 126, 145, 163, 247; RPHB-I ¶¶ 83 – 87; Tr. 231 – 232 (R. Opening); 413:2 – 8 (Swarthout); 764:10 – 20, 777:14 – 21, 794:6-11, 801:4 – 10, 806:22 – 807:5, 808:2-6 (Gala); 1875 – 1883 (R. Closing); 923, 938, 971 – 973, 988 (Zegarra); “Juliaca: Seis muertos tras violenta jornada de protesta”, *Diario La República* (25 de junio de 2011) [R-50]; Opinión de Experto en Derecho Constitucional Peruano Francisco José Eguiguren Praeli (6 de octubre de 2015) (“Primera Opinión Eguiguren”) ¶ 90 [REX-001]; Primera Declaración Gala ¶¶ 33, 35 [RWS-1]; Primera Declaración Zegarra ¶ 26 [RWS-3]; Declaración Fernández ¶ 24 [RWS-4]; Segunda Declaración Testimonial de Fernando Gala (4 de abril de 2016) (“Segunda Declaración Gala”) ¶¶ 16, 17, 20 [RWS-5]; Segunda Declaración Testimonial de César Zegarra (8 de abril de 2016) (“Segunda Declaración Zegarra”) ¶ 20 [RWS-7];

¹⁸³ C-III ¶¶ 70, 92; CPHB-I ¶¶ 24 – 26, 50 – 53, 71 – 73; CPHB-II ¶¶ 8 – 13; RPHB-I ¶¶ 61, 64, 66, 86; Tr. 1764:17 – 1771:1 (C. Closing); Diapositivas 46-58 (C. Closing PowerPoint); Tr. 408, 413:2-8 (Swarthout); Solicitud de Bear Creek al MINEM de autorización para adquirir derechos mineros ubicados en la zona de frontera, 4 de diciembre de 2006 (ACTUALIZACIÓN presentada con C-III) págs. 80, 87-163, 165-87 [C-0017]; Informe No. 157-2006/MEM-AAM/EA, 22 de junio de 2006 [C-0139]; Informe No. 170-2006/MEM-AAM/EA, 10 de Julio de 2006 [C-0140]; Informe No. 265-2006/MEM-AAM/EA/RC, 12 de octubre de 2006 [C-0141]; Solicitud de J. Karina Villavicencio de Aprobación de la Declaración Jurada de Exploración Minera Categoría “B”, 9 de junio de 2006 [C-0287]; Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Art. 35 (2001) (versión actualizada 2008) [CL-0030]; Ayuda memoria “Acciones realizadas por el Ejecutivo en los conflictos en el Departamento de Puno” (7/2011) pág. 12 [R-010];

adquirido, de manera ilícita, las Concesiones de Santa Ana cuando se otorgaron a la Sra. Villavicencio¹⁸⁴. La Demandante también señaló que, más allá de los contratos de opción, todavía no se presentaron los documentos en los que supuestamente se basó la Demandada¹⁸⁵.

201. La huelga por tiempo indeterminado culminó el 24 de junio de 2011, cuando la Demandada anunció que el Gobierno publicaría 5 medidas tendientes a resolver las manifestaciones en Puno, incluido un Decreto Supremo que revocaba el Decreto Supremo 083¹⁸⁶. En respuesta a la pregunta del Tribunal “*En materia de derecho, ¿cuáles son las consecuencias que se derivan de la ausencia de apoyo por parte de una o más comunidades relevantes, o partes de ella, en relación con esta inversión?*”¹⁸⁷, la Demandada señala que, a la fecha, la Demandante no había obtenido ninguno de los 99 acuerdos que habrían sido necesarios para poder culminar el Proyecto y que la Demandante aún necesitaba aprobación para su ESIA¹⁸⁸.

202. El 24 de junio de 2011, Perú adoptó el Decreto Supremo 032-2011-EM (“Decreto Supremo 032”), que revocaba el Decreto Supremo 083 y la declaratoria de necesidad pública del Poder Ejecutivo peruano, con lo cual se eliminaba el prerrequisito legal de la titularidad por parte de la Demandante de concesiones mineras en la zona de frontera. El Decreto Supremo 032 se publicó el 25 de junio de 2011¹⁸⁹.

203. El 25 de junio de 2011, la Demandada sancionó el Decreto Supremo 033-2011-EM (“Decreto

Resolución de aprobación de primera modificación del EIA del Proyecto Santa Ana para exploración minera, Resolución Directoral No. 216-2008-MEM/AAM [R-036].

¹⁸⁴ CPHB-II ¶ 10; RPHB-I ¶ 64.

¹⁸⁵ CPHB-I ¶¶ 61 – 64; R-I ¶¶ 125 – 126; R-II ¶ 287; Tr. 810:8 – 811:7 (Gala); Tr. 977:19-21 (Zegarra); Primera Declaración Gala ¶¶ 33 – 38 [RWS-1]; Declaración Fernández ¶¶ 24, 28 [RWS-4]; Segunda Declaración Gala ¶ 17 [RWS-5]; Segunda Declaración Zegarra ¶ 20 [RWS-7].

¹⁸⁶ C-I ¶ 80; C-II ¶ 362 (*el cual da a entender que no hubo ningún anuncio respecto de la derogatoria del Decreto Supremo 83 en esta fecha. Compárese con alegatos sobre daños*); Ayuda memoria “Acciones realizadas por el Ejecutivo en los conflictos en el Departamento de Puno” (7/2011) pág. 5 [R-010]; *Elaboran cinco normas legales que resuelven crisis en Puno*, 24 de junio de 2011 [C-0108].

¹⁸⁷ RP-10 ¶ 2.1.4 (a)(iv).

¹⁸⁸ RPHB-I ¶ 53; Tr. 325:7 – 326:13 (R. Opening); Tr. 1895 (R. Closing); Primer Dictamen Flury ¶ 80 [CEX-006].

¹⁸⁹ RfA ¶ 24; C.Prov.M.-I ¶ 6; R.Prov.M.-I ¶ 12; C.Prov.M.-II ¶ 13 (25 de mayo de 2011); (*firma el 24*: C-I ¶ 135; R-II ¶ 242; C-III ¶ 70); C-II ¶ 362; CPHB-I ¶ 58; Tr. 1874 (R. Closing); Decreto Supremo No. 032-2011-EM adoptado el 25 de junio de 2011 [C-0005].

Supremo 033”), que ampliaba las disposiciones del Decreto Supremo 026, mediante el cual se suspendieron las nuevas solicitudes de concesiones mineras en el Departamento de Puno durante 36 meses. Con respecto a las concesiones mineras ya otorgadas, el MINEM entablaría una nueva ronda de consultas con las comunidades, de acuerdo con el Convenio de la OIT¹⁹⁰. La Demandada también sancionó el Decreto Supremo 034-2011-EM (“Decreto Supremo 034”), según el cual no se autorizaría ninguna otra concesión minera en Puno, a menos que se haya consultado previamente a las comunidades locales¹⁹¹.

204. Tras estas sanciones, las manifestaciones cedieron el 27 de junio de 2011¹⁹². Ese día, el Sr. Swarthout indicó que no consideraba que el Proyecto Corani se viera afectado por las manifestaciones o por las medidas gubernamentales¹⁹³.
205. El 28 de junio de 2011, el Procurador Público del Ministerio de Minas inició una acción civil para anular varios actos jurídicos que afectaban los intereses del Estado¹⁹⁴.
206. El 5 de julio de 2011¹⁹⁵, el MINEM entabló una demanda civil contra la Demandante y la Sra. Villavicencio ante el Juzgado Civil en Lima a fin de invalidar tres instrumentos: (1) los Contratos de Opción que firmaron la Demandante y la Sra. Villavicencio, que garantizaban que la Demandante adquiriría las concesiones mineras de la Sra., (2) la inscripción de tales Contratos de Opción en el

¹⁹⁰ C-II ¶ 183; R-II ¶¶ 264, 265; Ayuda memoria “Acciones realizadas por el Ejecutivo en los conflictos en el Departamento de Puno” (7/2011) pág. 12 [R-010]; Decreto Supremo sobre la Adecuación de Petitorios Mineros y Suspensión de Admisión de Petitorios Mineros, Decreto Supremo No. 033-2011-EM [R-011].

¹⁹¹ C-II ¶ 183; R-II ¶ 265; Ayuda memoria “Acciones realizadas por el Ejecutivo en los conflictos en el Departamento de Puno” (7/2011) pág. 8 [R-010]; Decreto mediante el cual se dictan disposiciones respecto a las actividades mineras o petroleras de exploración y explotación en el departamento de Puno, Decreto Supremo No. 034-2011-EM [R-027]; Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (No. 169) Art. 15 [R-029]; Primera Declaración Gala ¶ 36 [RWS-1].

¹⁹² R-I ¶ 248; Ayuda memoria “Acciones realizadas por el Ejecutivo en los conflictos en el Departamento de Puno” (7/2011) págs. 9, 16 [R-010].

¹⁹³ R-II ¶ 672; Transcripción de llamada especial de Bear Creek Mining Corporation (27/6/2011) [R-186].

¹⁹⁴ R-I ¶ 160; Resolución que ordena el inicio de acciones legales para la anulación de ciertos actos jurídicos, Resolución Ministerial No. 289-2011-MEM/DM [R-028].

¹⁹⁵ C.Prov.M.-II ¶ 13 (tres meses después del Decreto Supremo 032); RfA ¶ 28 (25 de agosto de 2011); R.Prov.M.-I ¶¶ 3, 10 (14 de julio de 2011); *Ministerio de Energía y Minas c. Bear Creek Mining Co. Sucursal del Perú y Jenny Karina Villavicencio Gardini*, Demanda contra un acto jurídico (“Demanda MINEM”) (14 de julio de 2011) [R-002].

registro público nacional, y (3) la emisión de las concesiones mineras a la Sra. Villavicencio¹⁹⁶. La Demandada alega que la adquisición por parte de la Demandante de derechos mineros a través de un representante para eludir la prohibición de adquisición directa o indirecta por parte de extranjeros de tales derechos mineros violó el Artículo 71 de la Constitución Peruana¹⁹⁷. El MINEM solicitó que, si se resolvía que tales derechos se habían obtenido de manera ilícita, las concesiones se revirtieran a favor del Estado peruano¹⁹⁸.

207. El 12 de julio de 2011, la Demandante presentó una acción de amparo para obtener la anulación del Decreto Supremo 032¹⁹⁹.
208. El 6/7 de septiembre de 2011, la Demandada adoptó la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, junto con el Decreto Supremo 001-2012-MC. La Demandada creó la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios y publicó una Guía Metodológica de Consulta a los Pueblos Indígenas²⁰⁰. La Demandada consideró que esto era pertinente para su respuesta a las preguntas del Tribunal “*De las dos razones invocadas por la Demandada para el Decreto 032, ¿podría este Decreto haber sido emitido también legalmente, si solo pudiera establecerse una de las dos razones?: (i) solo la supuesta ilegalidad de la Solicitud de la Demandante; (ii) o solo el malestar que existía en ese momento*”²⁰¹.

¹⁹⁶ C-I ¶ 89; C-II ¶ 369; C-III ¶ 70; R.Prov.M.-I ¶ 10; R-I ¶ 252; Demanda del MINEM contra Bear Creek y la Sra. Villavicencio ante Juzgado Civil de Lima, 5 de Julio de 2011 [C-0112]; Decisión 20 dictada por el 28° Juzgado Civil de Lima, 27 de diciembre de 2012 [C-0113]; *Ministerio de Energía y Minas c. Bear Creek Mining Co. Sucursal del Perú y Jenny Karina Villavicencio Gardini*, Demanda contra un acto jurídico (“Demanda MINEM”) (14 de julio de 2011) [R-002].

¹⁹⁷ R.Prov.M.-I ¶ 10; Tr. 1828 – 1829 (R. Closing); *Ministerio de Energía y Minas c. Bear Creek Mining Co. Sucursal del Perú y Jenny Karina Villavicencio Gardini*, Demanda contra un acto jurídico (“Demanda MINEM”) (14 de julio de 2011) [R-002].

¹⁹⁸ C-I ¶ 89, C-III ¶ 70; R.Prov.M.-I ¶ 10; Demanda del MINEM contra Bear Creek y la Sra. Villavicencio ante Juzgado Civil de Lima, 5 de julio de 2011 [C-0112]; Constitución del Perú (29 de diciembre de 1993) Artículo 71 [R-001]; *Ministerio de Energía y Minas c. Bear Creek Mining Co. Sucursal del Perú y Jenny Karina Villavicencio Gardini*, Demanda contra un acto jurídico (“Demanda MINEM”) (14 de julio de 2011) [R-002].

¹⁹⁹ RfA ¶ 26; C.Prov.M.-I ¶ 6; C-I ¶ 84; C-III ¶ 70; R.Prov.M.-I ¶ 12; R-I ¶ 152; Decreto Supremo No. 032-2011-EM promulgado el 25 de junio de 2011 [C-0005]; Resolución No. 28 sobre Acción de Amparo, Primer Juzgado Constitucional de Lima en el Caso, 12 de mayo de 2014 [C-0006].

²⁰⁰ RPHB-I ¶ 31; Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169, Ley No. 29785 del 7 de setiembre de 2011 [Flury 028].

²⁰¹ RP-10 ¶ 2.1.4 (d)(i) – (ii).

209. En noviembre de 2011, el OEFA resolvió que las comunidades cercanas al Proyecto Santa Ana seguían respaldando a la Demandante y el Proyecto²⁰². En diciembre de 2011, el OEFA también concluyó que, entre septiembre y noviembre de 2010, la Demandante había desarrollado ilegalmente actividades de exploración en terrenos comunitarios, sin contar con los derechos superficiales necesarios²⁰³.
210. El 27 de diciembre de 2012, el juez de primera instancia desestimó todas las pretensiones del MINEM contra la Demandante porque el MINEM había combinado indebidamente pretensiones administrativas y civiles²⁰⁴. El MINEM apeló y, el 17 de junio de 2013, la Corte Superior decidió separar las pretensiones y ordenó al juez de primera instancia proceder con las pretensiones civiles del MINEM²⁰⁵. La Demandante apeló y, el 6 de agosto de 2013, la Corte Suprema desestimó la apelación de la Demandante²⁰⁶.
211. El 18 de noviembre de 2013, la Demandante presentó una acción de amparo, su segunda acción de amparo, contra la Corte Superior por una declaración de que la decisión de fecha 17 de junio de 2013 era inconstitucional²⁰⁷.
212. El 13 de diciembre de 2013, el Ministro de Energía y Minas, Jorge Merino, entregó a la Demandante un borrador en el que se describía el procedimiento específico que debía seguir la Demandante para resolver este conflicto. El documento señalaba que la Demandante debía solicitar consultas formales con el Gobierno a fin de debatir (1) la emisión de un nuevo Decreto Supremo para derogar el Artículo 1 del Decreto Supremo 032 que revocaba los derechos de la Demandante, (2) el desistimiento mutuo del juicio del MINEM y del amparo de la Demandante, y (3) la celebración de un acuerdo

²⁰² C-II ¶ 79; C-III ¶ 70; Informe OEFA No. 008-2010 MA-SE/EP&S sobre el Proyecto Santa Ana, enero de 2011 [C-0143]; Acta de Supervisión Ambiental, 25 de noviembre de 2011 [C-0179]; Informe OEFA No. 0011-2011 MA-SR/CONSORCIO STA sobre el Proyecto Santa Ana, 31 de diciembre de 2011 [C-0180].

²⁰³ R-II ¶ 174; Informe OEFA No. 0011-2011 MA-SR/CONSORCIO STA sobre el Proyecto Santa Ana, 31 de diciembre de 2011, pág. 16 [C-0180].

²⁰⁴ RfA ¶ 30 (*que indica* 5 de febrero de 2013); C.Prov.M.-I ¶ 8; R.Prov.M.-I ¶ 11; Resolución 26 del 28° Juzgado Civil, Expediente No. 13458-2011-0-1801-JR-CI-07 (19 de mayo de 2014) [R-004].

²⁰⁵ RfA ¶ 30; C.Prov.M.-I ¶ 8; R.Prov.M.-I ¶ 11; Resolución 26 del 28° Juzgado Civil, Expediente No. 13458-2011-0-1801-JR-CI-07 (19 de mayo de 2014) [R-004].

²⁰⁶ RfA ¶ 31.

²⁰⁷ *Íd.*; R.Prov.M.-I ¶ 12.

conciliatorio que pusiera fin al conflicto²⁰⁸.

213. El 12 de mayo de 2014, el Primer Juzgado Constitucional de Lima emitió un fallo por el cual reivindicaba las pretensiones de la Demandante en su acción de amparo contra el Decreto Supremo 032, y concluyó que la revocación del Decreto Supremo 083 fue inconstitucional. El Gobierno peruano apeló este fallo²⁰⁹. El Juzgado concluyó que las manifestaciones “*no pertenecen a causas atribuibles a acciones u omisiones de la Demandante*”²¹⁰.
214. El 19 de mayo de 2014, el juez de primera instancia decidió proceder con las pretensiones del MINEM en relación con la transferencia de las concesiones mineras a la Demandante y la anotación de tales transferencias en el Registro Público del Perú (“Juicio del MINEM”) ²¹¹.
215. El 11 de agosto de 2014, la Demandante presentó escritos de desistimiento voluntario, mediante los cuales solicitó al juzgado discontinuar ambas acciones de amparo²¹². El MINEM presentó un escrito el 3 de octubre de 2014 en el que manifestó que el desistimiento de la Demandante de la acción de amparo relacionada con el Decreto Supremo 032 era prueba de que la Demandante consideraba que no se habían vulnerado sus derechos constitucionales²¹³. El 23 de octubre de 2014, se dictó la Resolución 33 que declaró la conclusión de la acción de amparo²¹⁴.
216. La Demandante alega que la manera en que adquirió los derechos en la región de Santa Ana es

²⁰⁸ C-III ¶¶ 69, 70; Borrador de carta enviada por el Ministro J. Merino a E. Antúnez de Mayolo, en la cual se describían, en líneas generales, los pasos propuestos por el Gobierno para resolver la situación de Bear Creek en Santa Ana, 11 de diciembre de 2013 [C-0121]; Primera Declaración Antúnez de Mayolo ¶ 32 [CWS-2].

²⁰⁹ RfA ¶ 27; C-I ¶¶ 10, 85; C-II ¶¶ 143, 198, 367; C-III ¶¶ 70, 144; R-I ¶ 152; Resolución No. 28 sobre Acción de Amparo, Primer Juzgado Constitucional de Lima en el Caso (12 de mayo de 2014), págs. 25 – 26 [C-0006].

²¹⁰ Tr. 1790-1791 (C. Closing).

²¹¹ C.Prov.M.-I ¶ 8 n. 3; R.Prov.M.-I ¶ 11; Resolución 26 del 28º Juzgado Civil, Expediente No. 13458-2011-0-1801-JR-CI-07 (19 de mayo de 2014) [R-004].

²¹² C.Prov.M.-I ¶ 9; R.Prov.M.-I ¶ 12; Resolución No. 28 sobre Acción de Amparo, Primer Juzgado Constitucional de Lima en el Caso (12 de mayo de 2014 [C-0006]; Escrito de desistimiento voluntario presentado por Bear Creek para solicitar al juzgado que se declare la conclusión del proceso de amparo mediante el cual se cuestiona la emisión del Decreto Supremo 032-2011-EM, 11 de agosto de 2014 [C-0009].

²¹³ C.Prov.M.-I ¶ 9; Escrito presentado por el MINEM en el que se tergiversan los motivos del desistimiento de Bear Creek, 3 de octubre de 2014 [C-0010].

²¹⁴ C.Prov.M.-I ¶ 9; Resolución 33 mediante la que se declara la conclusión de la primera acción de amparo, 23 de octubre de 2014 [C-0011].

coherente con la práctica peruana y similar al modo en que han procedido otras compañías extranjeras²¹⁵. La Demandada controvierte el hecho de que existan estas prácticas y afirma que, si existen, constituyen una fuente de derecho²¹⁶.

²¹⁵ C-III ¶¶ 30 – 59; Decreto Supremo 024-2008-DE, 27 de diciembre de 2008 [C-0204]; Informe Anual 2007 de Monterrico Metals Plc [C-0205]; Título Archivado del Asiento No. C00011 de la Partida No. 11352728 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima [C-0206]; *The new CEO of Monterrico had an audience with Peru's minister of Energy & Mines*, comunicado de prensa del Consorcio Zijin, 11 de junio de 2007 [C-0207]; *China's ambassador in Peru Gao Zhengyue investigated Majaz company*, comunicado de prensa del Consorcio Zijin, 11 de junio de 2007 [C-0208]; Copia del expediente del procedimiento administrativo que derivó en la adopción del Decreto Supremo 024-2008-DE 3 – 8, 75 – 76, 98; Decreto Supremo 021-2003-EM, 26 de junio de 2003 [C-0211]; Expediente Único INGEMMET de la concesión minera “Don José” No. 01-01751-00 2 – 5, 31 – 33, 39 – 40 [C-0212]; Decreto Supremo 041-94-EM, 6 de octubre de 1994 [C-0217]; Título Archivado del Asiento No. 10 de la Partida No. 01186245 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Arequipa [C-0218]; Partida No. 02002531 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima [C-0219]; Asiento No. 4 de la Partida No. 01186245 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Arequipa [C-0220]; Expediente Único INGEMMET de las concesiones mineras “La Solución” No. 14003327x01 [C-0221]; Título Archivado del Asiento No. 001 de la Partida No. 02021527 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima [C-0222]; Expediente Único INGEMMET de la Concesión Minera “Don José” “Mojica 1” No. 01-02296-93 [C-0224]; Título Archivado del Asiento No. 0010 de la Partida No. 02021527 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima [C-0228]; Asiento No. 1 de la Partida No. 03026941 del Registro de poderes otorgados por sociedades extranjeras del Registro Público [C-0229]; Congreso de la República del Perú, *Legalidad y problemática de la empresa minera Majaz en los territorios de las comunidades campesinas de Segunda y Cajas y Yanta en las provincias de Huancabamba y Ayabaca en la Región Piura*, 9 de mayo de 2008 [C-0254]; Decreto Supremo 010-2007-EM, 28 de febrero de 2007 [C-0255]; Expediente Único INGEMMET de las Concesiones Mineras “Molinetes 2004” No. 03-00201-04 [C-0256]; Asiento A00001 de la Partida No. 11707970 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima [C-0257]; Título Archivado del Asiento No. A00001 de la Partida No. 11858626 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima [C-0258]; Decreto Supremo 041-95-EM, 20 de diciembre de 1995 [C-0259]; Decreto Supremo 024-97-EM, 13 de noviembre de 1997 [C-0261]; Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT), Información pública de representantes legales de Minera Peñoles de Perú S.A [C-0270]; Asiento C002 de la Ficha No. 40215 del Registro Público de Minería [C-0271]; Asiento C0001 de la Ficha No. 11580265 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima [C-0272]; Expediente Único INGEMMET de la Concesión Minera “Minaspampa 2” No. 01-01764-03 [C-0273]; Expediente Único INGEMMET de la concesión minera “Minaspampa 3” No. 01-01765-03 [C-0274]; Expediente Único INGEMMET de la concesión minera “Minaspampa 5” No. 01-01767-03 [C-0275]; Expediente Único INGEMMET de la concesión minera “Challaviento” No. 01-01745-03 [C-0276]; Expediente Único INGEMMET de la concesión minera “Challaviento 2” No. 01-003398-03 [C-0277]; Asiento No. 002 de la Partida No. 11079985 del Registro Minero de Arequipa [C-0278]; Asiento No. 002 de la Partida No. 11079986 del Registro Minero de Arequipa [C-0279]; Asiento No. 002 de la Partida No. 11079982 del Registro Minero de Arequipa [C-0280]; Expediente Único INGEMMET de la concesión minera “Chapana” No. 01-00751-97 [C-0281]; Asiento 0001 de la Ficha No. 4037 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima [C-0282]; Carta de A. Swarthout, Bear Creek, al Ministerio de Trabajo y Promoción Social de fecha 16 de junio de 2002, mediante la cual solicitaba la aprobación del Contrato de Trabajo a Plazo Fijo de fecha 2 de junio de 2002 [C-0283]; Texto Único de Procedimientos Administrativos del Ministerio de Energía y Minas [Bullard-034]; Decreto Supremo No. 042-2007-EM [Flury-017]; Decreto Supremo No. 060-2006-EM [Flury-021]; Primer Dictamen Flury ¶¶ 38, 40 – 47 [CEX-006]; Dictamen Pericial de Hans A. Flury (25 de mayo de 2016) (“Segundo Dictamen Flury”) ¶¶ 14 – 18, 27 – 32, 37 – 39, 42 [CEX-009].

²¹⁶ R-II ¶¶ 36 – 39.

B. RESUMEN DE LOS HECHOS PRESENTADOS POR *AMICI* Y RESPUESTAS DE LAS PARTES

217. El siguiente resumen de los hechos se basa en las presentaciones de *Amici* y las correspondientes respuestas de las Partes. Se presenta sin perjuicio de la relevancia de estos hechos en las decisiones del Tribunal. Para evitar redundancias, la Sección *supra* no indica cuándo están de acuerdo los *Amici* con una Parte respecto de la ocurrencia de un hecho. Por el contrario, esta sección solo comprende hechos “nuevos” presentados por *Amici* y las respuestas correspondientes de las Partes. Asimismo, en esta sección, se presentan las respuestas de las Partes a las preguntas del Tribunal, tal como las abordaron las Partes. A continuación, se exponen los argumentos de la Demandante con respecto a la pregunta del Tribunal (a) “¿Cuál es el estándar por el cual el Tribunal debe determinar si la Demandante se contactó de manera suficiente con las comunidades relevantes necesarias para obtener una Licencia Social? (iii) ¿Qué medidas eran necesarias legalmente para que la Demandante pudiera obtener una Licencia Social? ¿La Demandante tomó dichas medidas?”²¹⁷, al igual que los argumentos de la Demandada en relación con la pregunta “¿Qué disposiciones legales nacionales e internacionales son aplicables para seleccionar dicho estándar?”²¹⁸

1. Resumen de los hechos presentado por DHUMA y el Dr. López

218. A continuación, se brinda el resumen de la primera presentación de *Amici* en sus propias palabras:

1. [...] *Bear Creek* no hizo lo necesario para entender las dudas, preocupaciones, ansiedades y la propia cultura y religiosidad Aymara, y no hizo lo necesario para identificar y evaluar los riesgos que sus propias operaciones podrían causar a la población y sus derechos sobre tierra y agua. La empresa actuó como si fuera suficiente prometer algunos beneficios a algunas personas y comunidades cercanas al proyecto minero, de sostener reuniones públicas anunciando sus planes sin necesidad de trabajar de la mano con las comunidades escuchando sus dudas y observaciones, mostrando que los riesgos eran mínimos (si de verdad lo eran), o que habrían beneficios (si en verdad los había). Esta conducta que *Bear Creek* omitió no es una simple estrategia de relaciones comunitarias sino un verdadero estándar internacional que *Bear Creek* debía conocer y observar pero no lo hizo.
2. Sobre la base de sus propias fuentes, conversaciones con la misma población, y banco de datos, los *Amici* pueden afirmar que las comunidades, particularmente las no afectadas directamente por el proyecto, de los distritos de Huacullani,

²¹⁷ RP-10 ¶ 2.1.4 (a)(iii.)

²¹⁸ *Íd.* en ¶ 2.1.4 (a)(i).

Kelluyo, Zepita, Desaguadero, Pisacoma y otros, creían que la empresa Bear Creek no estaba siendo transparente y sinceros con ellos, y que estaban haciendo todo lo posible para llevar a cabo su proyecto sin importarles las preocupaciones u opinión de la población. En esa situación las comunidades se sintieron obligadas a luchar para preservar sus territorios, su tierra (la Pachamama) y sus fuentes de agua, todas ellas necesarias para su vida. Si la empresa Bear Creek hubiese trabajado de forma distinta, quizás la situación hubiese sido distinta.

3. *[...] Bear Creek no contó con la necesaria licencia social para desarrollar su proyecto en ese momento y no cuenta con ella actualmente. [...] no existe legitimidad, ni confianza, ni consentimiento de las partes. El conflicto se inició por la falta de transparencia y desinformación por parte de Bear Creek (o la Sra. Villavicencio), la falta de respeto por las comunidades campesinas y respeto a los derechos de los pueblos indígenas. La frustración y rabia de la población solo se calmaron cuando se canceló el proyecto Santa Ana*²¹⁹.

219. Los distritos de Huacullani y Kelluyo en la provincia de Chucuito son los dos distritos más afectados por el Proyecto Santa Ana. En Huacullani, el 80,5% es población rural y el 89,2% vive en situación de pobreza. En Kelluyo, el 82% es población rural y el 79,4% vive en situación de pobreza. Alrededor del 80% de la población es de lengua materna aymara y, si bien afirman hablar español, su manejo del idioma español no es fluido, especialmente con términos profesionales o técnicos²²⁰. Las comunidades campesinas ubicadas al sur de Puno están integradas por personas que pertenecen étnica y culturalmente al grupo aymara. Sus principales actividades económicas son la agricultura, la pesca y la ganadería. Saben que la minería afectó estos tipos de actividades en otras partes del Perú²²¹.

220. En 2000, la provincia de Chucuito no tuvo concesiones mineras. Para 2011, ya tenía 59. Es por eso que la provincia y la población no estaban familiarizadas con las actividades mineras ni tenían mucha información sobre minería. Este desconocimiento y falta de información generaron desconfianza y rechazo a la actividad minera²²².

221. El Proyecto Santa Ana fue el primer proyecto minero que se desarrollaba en la parte sur de Chucuito. Si bien el Proyecto comenzó en el año 2002, las autoridades de Huacullani comenzaron a tomar

²¹⁹ Escrito *Amicus Curiae* presentado por la Asociación de Derechos Humanos y Medio Ambiente de Puno (“DHUMA”) y el Dr. López (10 de junio de 2016) (esp.), pág. 17.

²²⁰ *Íd.*, pág. 2 (con cita de Quiñones, Patricia, “Concesiones, participación y conflicto en Puno. El caso del proyecto minero Santa Ana”, en: Los límites de la expansión minera en el Perú, Servicio de Educación Rural- SER, 2013, págs. 25 – 26).

²²¹ *Íd.* pág. 3.

²²² *Íd.*

conocimiento del Proyecto en 2004, cuando la Sra. Villavicencio se reunió con el alcalde de Huacullani para solicitarle apoyo para que se declarase la nulidad o el redimensionamiento de la Reserva Lupaca, con miras a la posibilidad de realizar actividades mineras en ese territorio. La Sra. Villavicencio se presentó como titular de la concesión pero, en realidad, recién obtuvo los títulos en 2006. La información compartida en esa reunión fue confusa y engañosa, y la Sra. Villavicencio nunca explicó su relación o sus intenciones con la Demandante. En 2008, la mayor parte de la población estaba al tanto de la situación y esto provocó un rechazo generalizado a proyectos mineros y, en especial, al Proyecto Santa Ana. La Demandante no obtuvo la aprobación de la población para sus operaciones actuales y futuras, y creó desconfianza, desinformación y conflicto en las comunidades²²³. Esto contribuyó a la protesta social de las comunidades campesinas aymaras durante el año 2011, que exigían como uno de los puntos centrales la derogatoria del Decreto Supremo 083²²⁴.

222. Debido a sus crecientes temores y sospechas, una gran cantidad de personas, provenientes de comunidades campesinas, se reunieron el 14 de octubre de 2008 para hablar con representantes de la Demandante acerca del Proyecto Santa Ana. Ante la ausencia de los representantes de la Demandante en esta reunión, los presentes tomaron la decisión de dirigirse al campamento minero Santa Ana. En el camino, fue creciendo la rabia. Esta incursión terminó con la quema y destrucción de una parte del campamento minero de la Demandante²²⁵.

223. En la cultura aymara, el acto de recepción de un regalo crea una obligación moral de reciprocidad. Una Teniente Gobernadora comentó a DHUMA que el personal de la Demandante “*realizó invitaciones personales a las autoridades comunales en sus mismos domicilios, ofreciéndoles regalos como pan y frutas*” y que estas autoridades estaban actuando de manera recíproca al asistir a la presentación del ESIA²²⁶.

224. El 23 de febrero de 2011, hubo un taller informativo sobre el ESIA, al que asistieron varios miembros de DHUMA. Durante este evento, la población pretendió aclarar dudas acerca del Proyecto Santa Ana. No se despejó ninguna de sus dudas acerca de los impactos sociales, ambientales o culturales

²²³ *Íd.* pág. 11.

²²⁴ *Íd.* págs. 3 – 4.

²²⁵ *Íd.* pág. 5 (con cita de informe policial en Expediente No. 2009-0084-0-2104-JM-PE-01 del Primer Juzgado Mixto de la provincia de Chucuito).

²²⁶ *Íd.* pág. 5.

del Proyecto. Además, el edificio donde se llevó a cabo la reunión era demasiado pequeño para que pudieran participar tantos interesados. Asistieron menos de la mitad de las personas inscritas. Los participantes también se sintieron desganados en la entrada al tener que registrarse y, al hacerlo, recibían un poncho y una gorra con el logo de la empresa. Muchos no comprendían las consecuencias o implicancias del registro. Cientos de personas no pudieron participar y, por ende, los pobladores reclamaron y sugirieron que el taller se desarrollase en la plaza de armas de Huacullani para que así pudieran participar todos. Esta solicitud se denegó²²⁷. Se estima que entre 400 y 500 personas que no pudieron participar de la reunión se manifestaron en contra del Proyecto afuera, preocupadas por la posible contaminación de las tierras y el agua²²⁸.

225. La presentación del ESIA se realizó en español y se empleó lenguaje técnico. La traducción al aymara fue mala. La Demandante exigió que las preguntas de los participantes se realizaran por escrito y en español, lo cual no es habitual en el mundo andino en el que la comunicación es oral y en aymara. Esto dificultó a los participantes expresar sus opiniones. Cuando se hicieron preguntas en forma verbal, en relación con la contaminación y los beneficios de la minería, las respuestas fueron muy técnicas y se tradujeron incorrectamente. Durante la audiencia, muchas personas manifestaron desconfianza en la compañía. Si bien aquellos miembros presentes que se oponían al Proyecto se mantuvieron relativamente en calma y no interrumpieron la audiencia o expresaron su ira, no cabía duda alguna de que estaban en contra del Proyecto²²⁹.

226. Los aymaras tienen un profundo respeto por la madre tierra (Pachamama) y es su responsabilidad protegerla. Las preocupaciones por la alteración del paisaje natural, la integridad de sus territorios, y los efectos negativos en sus santuarios y en su cultura no se pudieron abordar en la presentación. Sin embargo, esas preocupaciones también abarcaban otras comunidades que forman parte de los distritos de Kelluyo, Pisacoma, Desaguadero, Zepita, entre otros. La posibilidad de que el Proyecto minero—una mina a tajo abierto—tuviera un impacto en el agua fue una gran preocupación. A Perú le preocupa la escasez de agua y la población aymara depende de los recursos hídricos²³⁰.

²²⁷ *Íd.* págs. 5 – 6.

²²⁸ *Íd.* págs. 7 – 8 (con cita de Escrito dirigido al Ministerio de Energía y Minas, por el Presidente de Tenientes Gobernadores de Kelluyo y otro, 22 de marzo de 2011).

²²⁹ *Íd.* págs. 6 – 7.

²³⁰ *Íd.* págs. 7 – 8 (con cita de Servindi, 16 de enero de 2014).

227. Ya en 2008 y 2011, las empresas tenían la responsabilidad de respetar todos los derechos humanos y, como parte de dicha responsabilidad, la obligación de obtener el consentimiento de la población local para sus operaciones a fin de asegurar su propia sustentabilidad²³¹. La Demandante sabía o debería haber sabido acerca de estos estándares de derechos humanos, pero los ignoró o no los puso en práctica²³². El concepto de “*licencia social*” está estrechamente ligado a las responsabilidades de los negocios de respetar los derechos humanos. Para que exista una licencia social, debe haber legitimidad, confianza y consentimiento, ninguno de los cuales existió ni existe en relación al proyecto Santa Ana²³³.
228. A raíz de esta audiencia sobre el ESIA, varias comunidades decidieron iniciar una protesta en contra de la minería en general y, en particular, en contra del Proyecto Santa Ana²³⁴. La protesta socioambiental indígena—el “Aymarazo”—comenzó en marzo de 2011. La población aymara exigía la derogatoria del Decreto Supremo 083, la aplicación y respeto del derecho a la consulta, y la suspensión de todas las concesiones mineras en la zona sur de Puno. El Sr. Aduviri actuó como portavoz de un descontento y preocupación profunda que ya existía entre la población como producto de la información sobre otros proyectos mineros y la falta de información y transparencia sobre el proyecto Santa Ana. Las protestas se llevaron a cabo fuera del área del Proyecto Santa Ana para que los manifestantes pudieran ser oídos. El rol de DHUMA en las protestas fue promover la paz y la no violencia. Las protestas no culminarían hasta que se cancelara el Proyecto Santa Ana²³⁵.
229. Actualmente, 18 de los dirigentes que participaron en las protestas se encuentran bajo instrucción penal²³⁶.
230. Después de la Audiencia y con el permiso del Tribunal, DHUMA le escribió al Tribunal en respuesta a las declaraciones de la Demandante. DHUMA confirmó su presentación de *Amici* y ofreció

²³¹ *Íd.* pág. 12 (con cita de “Protect Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises”, John Ruggie, UN Doc A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008).

²³² *Íd.* págs. 12 – 14.

²³³ *Íd.* pág. 16 (con cita de Morrison, John, “The Social License: How to Keep your Organization Legitimate”. Palgrave Macmillan, 2014, pág. 19).

²³⁴ *Íd.* pág. 8.

²³⁵ *Íd.* págs. 9 – 10.

²³⁶ *Íd.* pág. 11 (con cita de Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria, Expediente No. 682-2011).

proporcionar al Tribunal copias de documentos de respaldo y objetos—incluidos los ponchos y las gorras recibidos en la audiencia pública de 2011 de la Demandante. DHUMA expresó la profunda preocupación constante de las Comunidades Campesinas de Puno acerca del desarrollo del Proyecto Santa Ana y otros proyectos mineros en la región de Puno, y el riesgo de que estos contaminaran el medio ambiente y amenazaran la existencia y la cultura de las comunidades indígenas²³⁷.

2. La respuesta de la Demandante a la presentación de *Amici* y la pregunta (a) del Tribunal

231. Según la Demandante, DHUMA es un organismo no gubernamental que expresa públicamente su agenda radical antiminera, sin reservas. Dado que los representantes de DHUMA se negaron a comparecer como testigos en este procedimiento, la Demandante no tendrá la oportunidad de conainterrogarlos y el Tribunal no podrá evaluar la veracidad de sus alegatos. Es por eso que el Tribunal no dará relevancia alguna a la Presentación de *Amicus*²³⁸.
232. El relato por parte de *Amici* de los hechos en torno al desarrollo del Proyecto Santa Ana no representa los criterios y las opiniones del pueblo aymara ni refleja la verdad de lo que realmente ocurrió, tal como queda demostrado por la documentación y las pruebas contemporáneas. La Demandante participó en importantes y amplios programas de relaciones comunitarias y cumplió con sus obligaciones en virtud del derecho peruano e internacional, según lo confirmó el Gobierno del Perú en ese entonces²³⁹.
233. Contrariamente a la insinuación de los *Amici*, la Demandante no sobornó a ninguno de los miembros de las comunidades indígenas ni ofreció regalos para crear obligaciones de reciprocidad²⁴⁰.

²³⁷ Carta enviada por DHUMA (29 de septiembre de 2016).

²³⁸ Réplica de la Demandante a *Amici* (18 de agosto de 2016) ¶ 4; CPHB-I ¶ 20; R. Carta al Tribunal sobre Solicitud de DHUMA, 7 de julio de 2016; ingreso a la cuenta de Facebook de DHUMA el 22 de diciembre de 2012 [C-0327].

²³⁹ Réplica de la Demandante a *Amici* (18 de agosto de 2016) ¶¶ 12, 27; CPHB-I ¶ 21; Carta de Braulio Morales Choquecachua y Faustino Limatapa Musaja, 8 de agosto de 2016 [C-0329]; Carta de Sixto Vilcanqui Mamani, 8 de agosto de 2016 [C-0331].

²⁴⁰ Réplica de la Demandante a *Amici* (18 de agosto de 2016) ¶ 11; CPHB-I ¶ 21; Carta de Sixto Vilcanqui Mamani, 8 de agosto de 2016 [C-0331].

234. La descripción de *Amici* de la audiencia pública de febrero de 2011 es simplemente falsa y contraria al testimonio detallado del Sr. de Mayolo, quien estuvo presente en la audiencia. La audiencia se celebró en el lugar más grande disponible. La lista de participantes de la Demandada demuestra que asistieron, al menos, 729 comuneros. La Demandante preparó un área cubierta, con sillas, pantallas gigantes y altavoces, lo que aumentó a más del doble la capacidad del lugar. Esto permitió a las personas que no se habían inscripto ver y oír todas las presentaciones y preguntas. No hubo ningún indicio contemporáneo de que el emplazamiento fuese insuficiente. La traducción estuvo a cargo de un profesional aymara conocido que habría prestado servicios de interpretación en otros talleres. No hubo restricciones con respecto a las preguntas orales y escritas, que se pudieron realizar tanto en español como en aymara con sus correspondientes traducciones. El reclamo de DHUMA de que hubo muchos casos en que no se permitió a ciertas personas hablar o realizar preguntas es infundado y DHUMA no pudo indicar a quiénes no se les permitió hablar. No queda claro de dónde DHUMA recopiló sus “hechos” ni en qué se funda para alegar que hubo una profunda sensación de descontento por parte de la mayoría de los miembros presentes en la audiencia pública. La Demandante brindó declaraciones de miembros de otras comunidades que no percibieron ese descontento. La alegación de DHUMA de que hubo una manifestación de 400 ó 500 personas después de la audiencia carece de fundamento. La documentación contemporánea que emitió la Demandada indica lo contrario: confirma que la audiencia pública “culminó de manera satisfactoria”²⁴¹. [Traducción del Tribunal]
235. La Demandante es internacionalmente reconocida por su compromiso con el desarrollo de relaciones armoniosas y respetuosas con las comunidades vecinas de sus proyectos. El relato de los *Amici* de los hechos en torno a la sanción por parte del Gobierno del Decreto Supremo 032 llevaría a este Tribunal a creer lo contrario. La Demandante mantuvo una colaboración importante con las comunidades locales y obtuvo su apoyo para el Proyecto Santa Ana²⁴².

²⁴¹ Réplica de la Demandante a *Amici* (18 de agosto de 2016) ¶¶ 6 – 12; CPHB-I ¶ 21; Acta de la Audiencia Pública – Subsector Minería No. 007-2011/MEM-AAM – Audiencia Pública del EIA del Proyecto Minero “Santa Ana”, 23 de febrero de 2011 [C-0076]; Ministerio de Energía y Minas, Comunicado de prensa 093-2011, 2 de marzo de 2011 [C-0328]; Carta de Braulio Morales Choquecachua y Faustino Limatapa Musaja, 8 de agosto de 2016 [C-0329]; Carta de King & Spalding y Miranda & Amado, en la que invitan a los Sres. Morales y Limatapa a opinar sobre la Presentación de *Amicus*, 3 de agosto de 2016 [C-0330]; Carta de Sixto Vilcanqui Mamani, 8 de agosto de 2016 [C-0331]; Lista de Participantes en la Audiencia Pública [R-055]; Primera Declaración Antúnez de Mayolo ¶¶ 13 – 16 [CWS-2]; Segunda Declaración Antúnez de Mayolo ¶¶ 23 – 32 [CWS-7].

²⁴² Réplica de la Demandante a *Amici* (18 de agosto de 2016) ¶¶ 1, 2, 23; Bear Creek Mining Corporation, *Community Engagement* [C-067]; Bear Creek Mining Corporation, *Community Initiatives* [C-068]; Índice de Responsabilidad Social de McCormick 2013 [C-0230].

236. Aun si fuese precisa, la descripción de los hechos de los *Amici* supone una conducta de la Demandada, y no de la Demandante. Según los *Amici*, fue el otorgamiento por parte de la Demandada de tantas concesiones mineras en los territorios de las comunidades indígenas lo que provocó un sentimiento antiminero en la población de Puno. Incluso si los alegatos de los *Amici* con respecto a la falta de comunicación sobre el otorgamiento de concesiones mineras a la Sra. Villavicencio o la emisión del Decreto Supremo 083 fuesen ciertos, serían prueba del incumplimiento de la Demandada. La Demandada tiene la responsabilidad de informar a sus ciudadanos acerca de las decisiones del Estado, los actos de la administración pública y sus efectos. Si la Demandada debió haber consultado con las comunidades locales, pero no lo hizo, antes de otorgar derechos sobre sus tierras, ya sea mediante la adjudicación de las concesiones mineras de Santa Ana a la Sra. Villavicencio o la emisión del Decreto Supremo 083, y si la Demandada no informó a estas comunidades después de otorgar esos derechos, toda consecuencia resultante de esta falta de comunicación y transparencia recae sobre la Demandada, no sobre la Demandante. La Sra. Villavicencio siguió los procedimientos establecidos en el derecho peruano para solicitar las concesiones mineras, y la Demandante siguió los procedimientos requeridos para obtener una declaración de necesidad pública²⁴³.
237. El Aymarazo pone de relieve el descontento de la población local con el Gobierno, si bien los *Amici* tratan de atribuir los hechos a la Demandante. En todo momento, los *Amici* repiten su postura de que el objetivo de las protestas fue hacer partícipes a las autoridades peruanas. Según los *Amici*, las protestas se produjeron ante los incumplimientos de la Demandada y procuraron captar la atención de esta. La naturaleza política antigubernamental de las protestas también queda confirmada con los saqueos e incendios de varias entidades públicas en Puno el 26 de mayo de 2011. La naturaleza política de estas protestas fue ratificada por el Presidente Alan García y al Primera Ministra Rosario Fernández²⁴⁴.

²⁴³ Réplica de la Demandante a *Amici* (18 de agosto de 2016) ¶¶ 13 – 15.

²⁴⁴ *Id.* ¶¶ 16 – 17; *Entrevista de Primera Ministra Rosario Fernández*, Mira Quién Habla, Willax TV, 31 de mayo de 2011 [C-0097]; *El diálogo primará en Puno*, EL PERUANO, 27 de mayo de 2011 [C-0236]; “Comuneros cierran frontera”, *Diario La República, Edición Sur* [R-063]; “Huelguistas marcharán a Puno por ordenanza,” *Diario La República, Edición Sur* [R-064]; “Huelga afecta exportaciones bolivianas”, *Diario La República, Edición Sur* [R-071]; “Ira aimara desborda en Puno”, *Diario La República, Edición Sur* [R-073]; “Amenazan encender focos de protesta”, *Diario La República, Edición Sur* [R-078]; Primera Declaración Gala ¶ 25 [RWS-1].

238. En respuesta a la pregunta (a) del Tribunal²⁴⁵, la Demandante explicó que, cuando la Demandante adquirió las Concesiones de Santa Ana, no había ninguna disposición en la legislación peruana que estableciera un estándar por el cual el Estado o las comunidades locales pudieran otorgar una “licencia social” con respecto a un proyecto minero. Luego, la Demandada desarrolló un “Proceso de Participación Ciudadana”, a través del cual el Estado y la empresa minera comparten información acerca del Proyecto con las comunidades locales que después pueden expresar sus inquietudes al Estado y a la Empresa²⁴⁶. La Demandada, a través de la DGAAM, tenía la responsabilidad de guiar, dirigir y llevar a cabo el Proceso de Participación Ciudadana, y garantizar la participación plena de las comunidades locales en el proceso²⁴⁷. La Demandante siguió el marco legal peruano vigente y la Demandada aprobó sus actividades, tal como lo demuestran la aprobación por parte del MINEM del PPC de la Demandante y de la delimitación del Área de Influencia del Proyecto²⁴⁸. La Demandada no comunicó ningún tipo de inquietud a la Demandante con respecto a relaciones con comunidades en Santa Ana²⁴⁹.

239. Los *Amici* no lograron identificar violaciones concretas de estándares o requisitos legales específicos. La afirmación genérica de los *Amici* de que la Demandante no pudo entablar una relación positiva con las comunidades circundantes ignora los programas y esfuerzos de acercamiento de la Demandante, que la Demandada aprobó y certificó por cumplir con los estándares y requisitos legales aplicables. El Decreto Supremo 028-2008-EM (“Decreto Supremo 028”) y la Resolución Ministerial No. 304 regulan de qué manera la Demandante debía desarrollar e implementar su PPC. El Artículo

²⁴⁵ RP-10 ¶ 2.1.4 (a), *supra* ¶ 96.

²⁴⁶ CPHB-I ¶ 1.

²⁴⁷ *Íd.* ¶¶ 3, 27; CPHB-II ¶ 25; Tr. 1066:19-21, 1083:3-17, 1089:9-19 (Ramírez Delpino); Resolución Ministerial que regula el Proceso de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, Resolución Ministerial No. 304-2008-MEM-DM, Art. 1 [R-153]; Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, Decreto Supremo No. 028-2008-EM, Art. 1, 2.2, 3, 7, 12, 17 [R-159].

²⁴⁸ CPHB-I ¶ 2; Tr. 1060:9-12, 1068 – 1069, 1073, 1080:20 – 1081:1 (Ramírez Delpino); Tr. 1159, 1222 (Flury); Informe No. 013-2011-MEM-AAM/WAL/AD/KVS, 7 de enero de 2011 [C-0161]; Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, Decreto Supremo No. 028-2008-EM Art. 4 [R-159].

²⁴⁹ CPHB-I ¶ 6; Tr. 571:8-12 (Mayolo); Informe No. 013-2011-MEM-AAM/WAL/AD/KVS, 7 de enero de 2011 [C-0161]; Observaciones de la DGAAM al EIA de Bear Creek para explotación, Informe No. 399-2011-MEM-AAM/WAL/JCV/CMC/JST/KVS/AD pág. 7 [R-040].

4 del Decreto Supremo 028 incorporó el Convenio de la OIT No. 169. La DGAAM de la Demandada aprobó el Resumen Ejecutivo del ESIA de la Demandante y el PCC de la Demandante, mediante el cual la Demandante propuso mecanismos de participación ciudadana para una interacción continua con las comunidades locales. Ambos se prepararon de conformidad con las reglamentaciones peruanas en materia de minería. El descontento con ambos procesos se plantea debidamente ante la Demandada, no ante la Demandante²⁵⁰.

240. El Decreto Supremo 028, que regula el proceso de participación ciudadana, le impone responsabilidades al Gobierno, no al inversor²⁵¹. El Estado goza de mucha discreción al cumplir con sus obligaciones en virtud del Decreto Supremo 028 y la Resolución Ministerial No. 304, y puede solicitar información, rechazar los mecanismos de participación que considere inapropiados o exigir que la empresa dicte talleres adicionales²⁵². En este procedimiento, varios testigos declararon que la Demandada no cumplió los requisitos del Decreto Supremo 028. La DGAAM se rehusó a asistir a algunos de los talleres de la Demandante debido a limitaciones presupuestarias. En opinión del Sr. Flury, fue la Demandada la que abandonó a la Demandante, con las consecuencias que vemos ahora. La presencia mínima del Estado en la región contribuyó a la situación conflictiva²⁵³.
241. El Convenio 169 de la OIT impone obligaciones directas a los estados solamente. Contrariamente a los argumentos de la Demandada, las empresas privadas no pueden “*incumplir*” el Convenio 169 de

²⁵⁰ Réplica de la Demandante a *Amici* (18 de agosto de 2016) ¶¶ 18 – 20, 23; CPHB-I ¶¶ 2 – 4, 27; CPHB-II ¶¶ 23 – 24; Tr. 1060:9-12, 1068 – 1069, 1073, 1080:20 – 1081:1, 1090 – 1091 (Ramírez Delpino); Tr. 1159, 1222 (Flury); Capítulo Ocho del Tratado de Libre Comercio entre Canadá y la República del Perú, firmado el 29 de mayo de 2008 y en vigencia desde el 1 de agosto de 2009 (“TLC Canadá-Perú”) Art. 810 [C-0001]; Ausenco Vector, Informe sobre Estudio de Impacto Ambiental para el Proyecto Santa Ana, diciembre de 2010 [C-0071]; Resolución MINEM No. 021-2011/MEM-AAM, 7 de enero de 2011 [C-0073]; Resolución Ministerial que regula el Proceso de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, Resolución Ministerial No. 304-2008-MEM-DM Art. 2 – 35 [R-153]; Ausenco Vector, Plan de Participación Ciudadana (“PPC”) de Bear Creek [C-0155]; Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, Decreto Supremo No. 028-2008-EM Art. 1, 2.2, 3, 4, 7, 12, 17 [R-159]; Informe No. 013-2011-MEM-AAM/WAL/AD/KVS, 7 de enero de 2011 [C-0161]; Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (No. 169) Art. 2, 33(2)(b) [R-029]; Primer Dictamen Flury ¶¶ 70 – 72 [CEX-006].

²⁵¹ CPHB-I ¶ 27, Tr. 1789 (C. Closing); Tr. 1066:19-21, 1083:3-17, 1089:9-19 (Ramírez Delpino).

²⁵² CPHB-I ¶ 5; C. Opening Slide 61; Tr. 1105:2-4 (Ramírez Delpino); MINEM, Dirección General de Asunto Ambientales Mineros, Certificación Ambiental para Actividades de Explotación Mediana y Gran Minería [C-0156]; Resolución Ministerial que regula el Proceso de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, Resolución Ministerial No. 304-2008-MEM-DM Art. 26.4 [R-153].

²⁵³ CPHB-I ¶¶ 27 – 28; Tr. 1066:19-21, 1083:3-17, 1089:9-19 (Ramírez Delpino); 1316 – 1317 (Peña); Tr. 1789 – 1791 (C. Closing); Entradas de blog de Antonio Alfonso Peña Jumpa [C-0232].

la OIT porque este no les impone obligaciones directas. El Convenio adopta principios sobre cómo deben realizarse las consultas comunitarias, pero no establece obligaciones de resultado. No le otorga a las comunidades el poder de veto sobre un proyecto. La única cuestión relevante es si las consultas se realizaron de buena fe, de acuerdo con las circunstancias del Proyecto y la comunidad afectada, y con el objeto de lograr un acuerdo²⁵⁴.

242. Teniendo en cuenta cuán importante es el apoyo social para la ejecución exitosa de un proyecto minero, la Demandada dedicó mucho esfuerzo y recursos para lograr una relación respetuosa con las comunidades locales y superó los requisitos del Gobierno²⁵⁵. Los *Amici* no abordaron el hecho de que la Demandante superara los requisitos del derecho local e internacional al organizar cinco talleres participativos para presentar a los indígenas el Proyecto de Santa Ana antes de comenzar a preparar el ESIA y, de nuevo, durante la preparación del ESIA, cuando la Resolución Ministerial No. 304 solo exige uno. Entre los años 2008 y 2011, la Demandante dictó más de 130 talleres en 18 comunidades para lograr su participación en el Proyecto Santa Ana y empleó más de 100 miembros de comunidades. La Demandante informaba a la DGAAM acerca de estas actividades, de manera periódica, y la DGAAM visitaba el área del Proyecto para monitorear la relación de la Demandante con las comunidades²⁵⁶. Sin embargo, contrariamente a la declaración del Sr. Ramírez Delpino, tanto la Dirección Regional de Energía y Minas (“DREM”) como el MINEM jamás comunicaron a la Demandante inquietud alguna con respecto a los talleres²⁵⁷. Otros esfuerzos de la Demandante incluyeron el monitoreo participativo y las campañas escolares, mediante la creación de una Oficina de Información Permanente en el Campamento Santa Ana para evacuar consultas y la distribución de material informativo—en papel y por radio—para informar a las comunidades acerca del Proyecto Santa Ana²⁵⁸. En respuesta a la alegación de la Demandada de que la Demandante no fue honesta con

²⁵⁴ CPHB-II ¶¶ 19 – 22; RPHB-I ¶¶ 20, 21; Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (No. 169) [R-029]; Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, Decreto Supremo No. 028-2008-EM [R-159].

²⁵⁵ CPHB-I ¶ 7, Tr. 755 – 756 (McLeod-Seltzer); Segunda Declaración Antúnez de Mayolo ¶ 65 [CWS-7].

²⁵⁶ Réplica de la Demandante a los *Amici* (18 de agosto de 2016) ¶ 21; CPHB-I ¶¶ 8 – 9; CPHB-II ¶ 29; Ausenco Vector, Plan de Participación Ciudadana (“PPC”) de Bear Creek [C-0155]; Informe No. 013-2011-MEM-AAM/WAL/AD/KVS, 7 de enero de 2011 [C-0161]; Resolución Ministerial que regula el Proceso de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, Resolución Ministerial No. 304-2008-MEM-DM [R-153]; Primera Declaración Swarthout ¶ 40 [CWS-1]; Primera Declaración Antúnez de Mayolo ¶ 7 [CWS-2]; Segunda Declaración Antúnez de Mayolo ¶¶ 7, 82 [CWS-7].

²⁵⁷ CPHB-I ¶ 9, Tr. 1090:4-7 (Ramírez Delpino).

²⁵⁸ CPHB-I ¶ 10, Tr. 1785 – 1788 (C. Closing) (*con mención de 130 talleres*); Ausenco Vector, Plan de Participación

las comunidades sobre su rol al inicio del Proyecto, tal como declaró el Sr. Ramírez Delpino, a las comunidades les importa más la magnitud de los proyectos mineros que la identidad de sus propietarios²⁵⁹.

243. La Demandante definió las áreas de influencia directa e indirecta en su Resumen Ejecutivo del ESIA y envió esto a la DGAAM para revisión²⁶⁰. Cuando la Demandante presentó su ESIA para revisión el 23 de diciembre de 2010, el OEFA informó que la Demandante mantenía una relación armoniosa con las comunidades²⁶¹. La DGAAM aprobó el PPC y el Resumen Ejecutivo del ESIA el 7 de enero de 2011, y resolvió que los mecanismos de participación ciudadana resultaban “*apropiados de acuerdo con las características particulares del área de influencia de la actividad minera [...]*”²⁶². Lo más importante es que la Demandante resolvió que el PPC cumplía tanto con el Decreto Supremo 028 como con la Resolución Ministerial No. 304²⁶³. Luego, la DGAAM describió los pasos siguientes que la Demandante debía seguir para que se llevara a cabo una audiencia pública. Para el 21 de enero de 2011, la Demandante había cumplido todos los requisitos y, con la autorización y el apoyo de la DGAAM, procedió a celebrar la audiencia pública el 23 de febrero de 2011²⁶⁴. En función de todas las declaraciones contemporáneas, incluso del MINEM, la audiencia resultó un éxito²⁶⁵. El relato de

Ciudadana (“PPC”) de Bear Creek [C-0155]; Informe No. 013-2011-MEM-AAM/WAL/AD/KVS, 7 de enero de 2011 [C-0161].

²⁵⁹ CPHB-II ¶ 33; C-II ¶ 3; Tr. 1075 – 1076 (Ramírez Delpino).

²⁶⁰ CPHB-I ¶¶ 12 – 14; CPHB-II ¶ 26; C. Closing Slide 93, 99; Solicitud de aprobación del ESIA de Bear Creek Mining Corporation a la DGAAM, 23 de diciembre de 2010 [C-0072]; Ausenco Vector, Plan de Participación Ciudadana (“PPC”) de Bear Creek [C-0155]; Informe No. 013-2011-MEM-AAM/WAL/AD/KVS, 7 de enero de 2011 [C-0161]; Observaciones de la DGAAM al EIA de Bear Creek para explotación, Informe No. 399-2011-MEM-AAM/WAL/JCV/CMC/JST/KVS/AD pág. 7 [R-040]; Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, Decreto Supremo No. 028-2008-EM Art. 14 [R-159]; Estudio de Impacto Ambiental 2010 (PPC) Anexo 2: Información de Talleres Participativos 2007-2010 [R-229].

²⁶¹ CPHB-I ¶ 15; Informe OEFA No. 008-2010 MA-SE/EP&S sobre el Proyecto Santa Ana, enero de 2011, pág. 4 [C-0143]; Informe OEFA No. 0011-2011 MA-SR/CONSORCIO STA sobre el Proyecto Santa Ana, 31 de diciembre de 2011, pág. 15 [C-0180].

²⁶² CPHB-I ¶ 16; CPHB-II ¶ 26; C. Closing Slide 86; Tr. 1105 – 1111 (Ramírez Delpino); Informe No. 013-2011-MEM-AAM/WAL/AD/KVS, 7 de enero de 2011 [C-0161]; Observaciones de la DGAAM al EIA de Bear Creek para explotación, Informe No. 399-2011-MEM-AAM/WAL/JCV/CMC/JST/KVS/AD pág. 7 [R-040].

²⁶³ CPHB-II ¶ 27.

²⁶⁴ CPHB-I ¶ 17, Tr. 1091 (Ramírez Delpino); Resolución MINEM No. 021-2011/MEM-AAM, 7 de enero de 2011 [C-0073]; Carta de Bear Creek a la DGAAM, 21 de enero de 2011 [C-0162].

²⁶⁵ CPHB-I ¶ 18; CPHB-II ¶ 35; Acta de la Audiencia Pública – Subsector Minería No. 007-2011/MEM-AAM – Audiencia Pública del EIA del Proyecto Minero “Santa Ana”, 23 de febrero de 2011 [C-0076]; *Puno: prueba de fuego*, REVISTA PODER 360°, junio de 2011, págs. 8, 10 [C-0078]; Ministerio de Energía y Minas, Comunicado

los *Amici* se contradice con los propios documentos y declaraciones contemporáneos de la Demandada²⁶⁶. Si la DGAAM hubiera considerado que debía brindarse más información a las comunidades para paliar inquietudes, habría ordenado a la Demandante dictar talleres adicionales después de la audiencia²⁶⁷. Dado que la Demandada no presentó su video de la audiencia pública, el Tribunal no debería adjudicarle relevancia a los relatos *post facto* tendenciosos de la audiencia pública, incluso los informes del Dr. Peña Jumpa, quien no estuvo presente en la audiencia²⁶⁸.

244. Después de la audiencia, la Demandante continuó con su programa de relaciones comunitarias y, el 19 de abril de 2011, la DGAAM advirtió que la Demandante había implementado todos los mecanismos de participación ciudadana que se iban a llevar a cabo durante la fase de evaluación del ESIA, tal como se establece en el PPC²⁶⁹. Las comunidades locales apoyaron el Proyecto Santa Ana. La Demandante firmó acuerdos con las comunidades, mediante los cuales formalizó su apoyo y el compromiso de la empresa para (1) proporcionar empleos, (2) asistir a las comunidades en el desarrollo de proyectos sustentables y (3) respetar el estilo de vida de los pueblos indígenas. Los comuneros expresaron su apoyo, de manera independiente, a la Demandante y el Proyecto Santa Ana. En marzo de 2011, representantes del Distrito de Huacullani denunciaron las protestas de FDRN y la ordenanza del 20 de marzo de 2011, mediante la cual se pretendían prohibir todas las actividades mineras en el Departamento de Puno. Antes de la sanción del Decreto Supremo 032 por parte de la Demandada, el Gobierno peruano supervisó y respaldó el programa de relaciones comunitarias de la Demandante para el Proyecto Santa Ana en todo momento. Incluso después de que la Demandada

de prensa 093-2011, 2 de marzo de 2011 [C-0328]; Carta de Braulio Morales Choquecachua y Faustino Limatapa Musaja, 8 de agosto de 2016 [C-0329]; Carta de Sixto Vilcanqui Mamani, 8 de agosto de 2016 [C-0331]; Ayuda memoria “Acciones realizadas por el Ejecutivo en los conflictos en el Departamento de Puno” (7/2011) pág. 4 [R-010].

²⁶⁶ CPHB-II ¶ 36; RPHB-I ¶¶ 8, 43.

²⁶⁷ CPHB-I ¶ 18; CPHB-II ¶ 37; Tr. 1114 – 1115 (Ramírez Delpino); MINEM, Dirección General de Asunto Ambientales Míneros, Certificación Ambiental para Actividades de Explotación Mediana y Gran Minería [C-0156]; Resolución Ministerial que regula el Proceso de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, Resolución Ministerial No. 304-2008-MEM-DM Art. 26.4 [R-153].

²⁶⁸ CPHB-I ¶¶ 19 – 21, 28; CPHB-II ¶ 34; R-II ¶ 207; Tr. 1337, 1441 (Peña); R. Ltr. to T. (7 de julio de 2016); Tr. 1123 – 1124 (Ramírez Delpino); Tr. 1906 (R. Closing); Entradas de blog de Antonio Alfonso Peña Jumpa [C-0232]; Carta de Braulio Morales Choquecachua y Faustino Limatapa Musaja, 8 de agosto de 2016 [C-0329]; Carta de Sixto Vilcanqui Mamani, 8 de agosto de 2016 [C-0331]; Primer Informe Peña ¶¶ 4 – 5 [REX-2].

²⁶⁹ CPHB-I ¶ 22; CPHB-II ¶¶ 37; Tr. 1124 – 1125 (Ramírez Delpino); Observaciones de la DGAAM al EIA de Bear Creek para explotación, Informe No. 399-2011-MEM-AAM/WAL/JCV/CMC/JST/KVS/AD págs. 2 – 6 [R-040].

sancionara el Decreto Supremo 032, varios comuneros preguntaron al OEFA cuándo regresaría el Proyecto Santa Ana. Las autoridades locales le escribieron al Gobierno peruano para solicitarle el retorno del Proyecto. Los comuneros sostienen que el programa de relaciones comunitarias de la Demandante fue un éxito²⁷⁰.

245. En respuesta al alegato de la Demandada de que la Demandante solo trabajó con 5 de las 26 comunidades que había identificado en su Solicitud de Decreto Supremo de diciembre de 2006, la Demandante afirma que trabajó con 18 comunidades dentro de las áreas de influencia directa e indirecta del Proyecto, y que se reunió con autoridades nacionales, regionales y locales²⁷¹.
246. En su alegato de cierre, la Demandada afirmó que tenía la licencia social para operar: (1) el MINEM había aprobado el PPC de la Demandante y el Resumen Ejecutivo de su ESIA, (2) el OEFA confirmó que la relación era armoniosa, (3) no hubo ningún problema con la Audiencia Pública y (4) hasta abril de 2011, no hubo ninguna manifestación en contra de la Demandante. La Demandada había confirmado que la Demandante estaba actuando de conformidad con el Decreto Supremo 028 y el derecho aplicable. La Demandada pudo haberle exigido a la Demandante que dictara talleres

²⁷⁰ Réplica de la Demandante a *Amici* (18 de agosto de 2016) ¶¶ 23 – 26; CPHB-I ¶¶ 23; CPHB-II ¶¶ 30, 39; Bear Creek Mining Corporation, *Community Engagement* [C-067]; Bear Creek Mining Corporation, *Community Initiatives* [C-068]; *Rechazan intervención de dirigentes de zonas aledañas en tema de minera Santa Ana*, LOS ANDES, 29 de marzo de 2011 [C-0083]; Memorando de miembros del distrito de Huacullani al Primer Ministro del Perú, MINEM y Bear Creek Mining, *Memorial Por El Desarrollo y La Inclusión*, 15 de mayo de 2013 [C-0118]; Memorando de miembros del distrito de Huacullani al MINEM, *Reactivación del Proyecto Santa Ana*, Oct. 27, 2013 [C-0119]; Memorando de miembros del distrito de Huacullani al Primer Ministro del Perú, MINEM y Bear Creek Mining, *Reiterativo Por El Desarrollo y La Inclusión*, 24 de enero de 2014 [C-0120]; Acuerdo entre Cándor Aconcagua y Bear Creek, 23 de mayo de 2009 [C-0177]; Acta de Supervisión Ambiental, 25 de noviembre de 2011 [C-0179]; Informe OEFA No. 0011-2011 MA-SR/CONSORCIO STA sobre el Proyecto Santa Ana, 31 de diciembre de 2011 [C-0180]; Carta del Primer Teniente Gobernador del distrito de Huacullani a Juan José Alvares Delgado, Consejo Regional Puno, 4 de abril de 2011 [C-0181]; Carta del Primer Teniente Gobernador del distrito de Huacullani a Mauricio Rodríguez Rodríguez, Presidente del Gobierno Regional de Puno, 4 de abril de 2011 [C-0182]; *Comunidades de Huacullani Apoyan a Minera Santa Ana*, Correo Puno Prensa Perú, 23 de marzo de 2011 [C-0184]; *Huacullani en contra de marcha antiminera*, La República, 29 de marzo de 2011 [C-0185]; Acta de Asamblea General Extraordinaria de la Comunidad Campesina de Concepción de Ingenio, 2 de abril de 2011 [C-0186]; Índice de Responsabilidad Social de MacCormick 2013 [C-0230]; Carta de Sixto Vilcanqui Mamani, 8 de agosto de 2016 [C-0331].

²⁷¹ CPHB-II ¶¶ 31 – 32; CPHB-I ¶¶ 13 – 14; RPHB-I ¶ 39; Solicitud de Bear Creek al MINEM de autorización para adquirir derechos mineros ubicados en la zona de frontera, 4 de diciembre de 2006 (ACTUALIZACIÓN presentada con C-III) [C-0017]; Observaciones de la DGAAM al EIA de Bear Creek para explotación, Informe No. 399-2011-MEM-AAM/WAL/JCV/CMC/JST/KVS/AD pág. 7 [R-040]; Segundo Reporte Bullard ¶ 18 [CEX-005]; Texto Único de Procedimientos Administrativos del Ministerio de Energía y Minas [Bullard 034].

adicionales pero no lo hizo²⁷². La Demandada tiene el deber de garantizar el derecho de consulta de las comunidades indígenas. El testimonio del Sr. Delpino confirmó que este derecho se encuentra garantizado con la implementación del PPC²⁷³. El Proyecto de la Demandante fue un proyecto pequeño y corriente: si bien iba a haber un pico durante la construcción de alrededor de 1.000 empleos, solo habría creado 157 empleos permanentes durante el año 1 de actividades y no más de 141 empleos a lo largo de todo el proyecto. En consonancia con el manual del MINEM, la Demandante concentró su difusión y contacto cerca de las comunidades más próximas al Proyecto, de modo de no crear falsas expectativas para las más lejanas²⁷⁴.

247. El Tribunal debe considerar la licencia social para operar de la Demandante en vista de la documentación contemporánea²⁷⁵. La documentación contemporánea demuestra que las protestas no fueron contra las actividades de la Demandante, sino que las organizó Walter Aduviri, por razones políticas, para que se cancelara toda la minería²⁷⁶.
248. Tal como lo confirmara incluso el Primer Juzgado Constitucional de Lima, la Demandante no fomentó el conflicto que surgió en la primavera de 2011. Las protestas no apuntaban a ningún acto ilícito de la Demandante, sino que respondían a motivos políticos de quienes estaban en contra de la minería en general²⁷⁷. El testimonio confirmó que la mala gestión del conflicto por parte de la

²⁷² Tr. 1781 – 1784, 1794 – 1795 (C. Closing).

²⁷³ Tr. 1785 (C. Closing).

²⁷⁴ CPHB-I ¶¶ 11, 26; Tr. 1792 – 1793 (C. Closing); (Tr. 254 (R. Opening); Declaración Testimonial de Swarthout ¶ 40 [CWS-1]; Segunda Declaración Mayolo ¶ 77 [CWS-7]; Ministerio de Energía y Minas del Perú, Dirección General de Asuntos Ambientales, “Guía de Relaciones Comunitarias”, págs. 27, 30 [R-172].

²⁷⁵ CPHB-II ¶ 38; RPHB-I ¶ 16; *Huelga antiminera en Puno sigue sin solución*, LA REPÚBLICA, 21 de mayo de 2011 [C-0094].

²⁷⁶ CPHB-II ¶¶ 40 – 42; Tr. 782 (Gala); Comunicado de prensa, Presidencia del Consejo de Ministros, *Premier califica de inadmisibles bloqueos de carreteras en Puno y pide deponer acciones violentas*, 18 de mayo de 2011 [C-0092]; *Diálogo no prosperó en Puno debido a intransigencia de los dirigentes*, MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS, 26 de mayo de 2011 [C-0095]; *MEM: Ejecutivo sigue abierto al diálogo con población de Puno*, RPP NOTICIAS, 27 de mayo de 2011 [C-0096]; *Entrevista de la Primera Ministra Rosario Fernández*, Mira Quién Habla, Willax TV, 31 de mayo de 2011 en 3:48 – 5:00, 5:34 – 7:38, 31:41 – 32:22 [C-0097]; *El diálogo primará en Puno*, EL PERUANO, 27 de mayo de 2011 [C-0236]; Ayuda memoria “Acciones realizadas por el Ejecutivo en los conflictos en el Departamento de Puno” (7/2011) pág. 4 [R-010].

²⁷⁷ CPHB-I ¶¶ 24 – 25; Tr. 275:8-10; Tr. 443, 452 (Swarthout); 1213:6-16 (Flury); 1330:17-19 (Peña); Resolución No. 28 sobre Acción de Amparo, Primer Juzgado Constitucional de Lima en el Caso, 12 de mayo de 2014 [C-0006]; *Diálogo no prosperó en Puno debido a intransigencia de los dirigentes*, MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS, 26 de mayo de 2011 [C-0095]; *Entrevista de la Primera Ministra Rosario Fernández*, Mira Quién Habla, Willax TV, 31 de mayo de 2011, págs. 2-3 [C-0097]; *El diálogo primará en Puno*, EL PERUANO, 27 de mayo de

Demandada exacerbó el malestar social²⁷⁸.

249. No obstante, desde el punto de vista jurídico, la falta de apoyo social para el proyecto minero no vicia ni socava, de algún otro modo, el otorgamiento por parte de la Demandada de una declaración de necesidad pública. A lo sumo, la falta de apoyo autoriza al Gobierno a exigir que el titular de la concesión asuma un compromiso comunitario adicional²⁷⁹.
250. Sin embargo, existe una tercera opción: si el Tribunal concluye que la Demandante no tenía licencia social, puede inferir que le fue imposible obtenerla como consecuencia del propio acto ilícito de la Demandada. La Demandada nunca le permitió a la Demandante continuar con sus esfuerzos de difusión y contacto comunitario para afianzar la licencia social que ya había conseguido, después de que comenzaran las protestas. La suspensión del ESIA de la Demandante impidió a esta seguir implementando su programa de relaciones comunitarias en Santa Ana²⁸⁰.

3. Respuesta de la Demandada al Escrito *Amici* y a la pregunta (a) del Tribunal

251. Según la Demandada, el Escrito de DHUMA presenta una nueva perspectiva respecto de dos temas centrales objeto de controversia: (1) si la Demandante ocasionó o contribuyó al conflicto social que afectó a la región de Puno y (2) si la Demandante cumplió con las normas internacionales para las relaciones con las comunidades indígenas. DHUMA es clara respecto de dos temas: La Demandante no obtuvo la aprobación de la población local para sus operaciones presentes y futuras y, a través de

2011 [C-0236].

²⁷⁸ CPHB-I ¶¶ 28 – 30; Tr. 787:5-16 (Gala); Tr. 1316 – 1317:3, 1324:1-8 (Peña); *Diálogo Dos Años Después Perú: Estado y Conflicto Social*, septiembre de 2014, págs. 8, 29 [C-0292]; Entradas de blog de Antonio Alfonso Peña Jumpa [C-0232].

²⁷⁹ CPHB-I ¶¶ 31 – 37; Tr. 864, 887 (Gala); Tr. 940 – 949 (Zegarra); Tr. 1229 – 1231 (Flury); *Comuneros exigen pronunciamiento de PCM*, LA REPÚBLICA, 19 de mayo de 2011 [C-0093]; *Diálogo no prosperó en Puno debido a intransigencia de los dirigentes*, MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS, 26 de mayo de 2011 [C-0095]; *MEM: Ejecutivo sigue abierto al diálogo con población de Puno*, RPP NOTICIAS, 27 de mayo de 2011 [C-0096]; *Entrevista de la Primera Ministra Rosario Fernández*, Mira Quién Habla, Willax TV, 31 de mayo de 2011 [C-0097]; *El diálogo primará en Puno*, EL PERUANO, 27 de mayo de 2011 [C-0236]; Congreso de la República del Perú, *Legalidad y problemática de la empresa minera Majaz en los territorios de las comunidades campesinas de Segunda y Cajas y Yanta en las provincias de Huancabamba y Ayabaca en la Región Piura*, 9 de mayo de 2008 [C-0254]; Primer Reporte Bullard ¶¶ 10, 133 – 136, 182 – 183 186 [CEX-003]; Decreto Supremo 162-92-EF [Bullard 023]; Exposición de motivos del Decreto Supremo No. 083 de 2007 [R-032]; Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, Decreto Supremo No. 028-2008-EM [R-159].

²⁸⁰ CPHB-II ¶¶ 43 – 45; RPHB-I ¶ 15; Resolución DGAAM 162-2011-MEM-AAM, 30 de mayo de 2011 [C-0098].

sus propias acciones, contribuyó a la desconfianza, desinformación, y conflicto en las comunidades²⁸¹. El resumen de la respuesta de la Demandada al Escrito de DHUMA se entiende mejor de sus propias palabras:

El Escrito de DHUMA, como portavoz de las propias comunidades aymara afectadas, constituye una fuente valiosa para el Tribunal en tanto evalúa la conducta de la Demandante y sus contribuciones a los acontecimientos del año 2011. El Escrito de DHUMA proporciona pruebas directas de la difusión y contacto social insuficiente y las graves consecuencias que tuvo esa insuficiencia para el proyecto Santa Ana de la Demandante. Desde un principio, las relaciones de Bear Creek con las comunidades han sido problemáticas, debido a su enfoque absurdo de brindar beneficios limitados solo a aquellas comunidades cuya tierra debía ocupar directamente Bear Creek para su proyecto. Bear Creek ignoró, o, como mínimo, no abordó de manera suficiente, las preocupaciones que tenían en líneas generales las comunidades respecto de la contaminación ambiental y la disponibilidad de escasos recursos hídricos. El Escrito de DHUMA deja en claro que la Demandante no cumplió con los estándares internacionales ni adquirió la licencia social necesaria para operar un proyecto minero de gran escala. DHUMA explica que el resultado de la conducta de la Demandante fue que las comunidades aymara se rebelaran de manera violenta contra la presencia de Bear Creek en la región de Puno. Por lo tanto, el Escrito de DHUMA constituye una parte importante del expediente ante el presente Tribunal en tanto evalúa la conducta de la Demandante²⁸². [Traducción del Tribunal]

252. Tal como lo explicara DHUMA, la asociación ha trabajado de manera directa con las comunidades aymara durante casi 30 años. Las interacciones diarias de DHUMA con las comunidades aymara la vuelven especialmente calificada para comprender el rechazo de las comunidades al Proyecto Santa Ana, y la posicionan para poder explicarle este rechazo al Tribunal. El personal de DHUMA también participó de la audiencia pública de febrero de 2011, y la Presidente, Hermana Patricia Ryan, estuvo en la ciudad de Puno durante las protestas del año 2011 y procuró mantener de manera activa las protestas pacíficas y no violentas de las comunidades aymara²⁸³.

253. El Escrito de DHUMA muestra que la Demandante ocasionó el conflicto social en Puno cuando no aplacó las preocupaciones de la comunidad respecto de la degradación ambiental. Desde un principio, la Demandante creó un clima de desinformación y desconfianza en varios grupos de las comunidades aymara de la zona. Esto queda claro de la descripción que realiza DHUMA de una reunión celebrada el 18 de mayo de 2004 entre la Sra. Villavicencio y las autoridades de Huacullani para debatir el

²⁸¹ Comentarios de la Demandada al Escrito de DHUMA (18 de agosto de 2016) pág. 1.

²⁸² *Íd.* en pág. 15; véase también RPHB-I ¶¶ 6, 9.

²⁸³ Comentarios de la Demandada al Escrito de DHUMA (18 de agosto de 2016) pág. 2 – 3; véase también RPHB-I ¶ 6; Sitio web de Derechos Humanos y Medio Ambiente – Puno [R-438]; Sitio web de las Hermanas de Maryknoll.

redimensionamiento de la Reserva Aymara Lupaca. Esta desconfianza y desinformación continuaron y, según DHUMA, diversas comunidades recién tomaron conocimiento en febrero de 2008 de que en breve su territorio sería ocupado por una empresa minera. DHUMA confirma que después de que se conociera la adquisición en octubre de 2008, los miembros de las comunidades procuraron dialogar con representantes de la Demandante. Cuando se ignoraron estas peticiones, los miembros de la comunidad viajaron al campamento Santa Ana, donde amenazaron a los empleados de la Demandante e incendiaron el campamento. El Escrito de DHUMA deja en claro que, desde un principio, la Demandante no aplacó las preocupaciones de la comunidad respecto de la presencia de una mina a gran escala en tierras de la comunidad²⁸⁴.

254. El Escrito de DHUMA contradice la afirmación de la Demandante de que recibió apoyo masivo durante la audiencia pública de febrero de 2011. Representantes de DHUMA asistieron a esta audiencia y rechazan la afirmación de la Demandante. DHUMA explica que muchos de los asistentes estuvieron presentes exclusivamente por obligación cultural y moral. Durante la audiencia, la Demandante les distribuyó a los asistentes una bolsa de regalos que contenía un sombrero y un poncho con el nombre de la empresa, generando así un sentido de obligación de permanecer y escuchar. DHUMA explica que la población estaba intranquila y preocupada por el desarrollo del Proyecto minero, y este malestar se evidenció durante la audiencia. Hubo preguntas relacionadas con las preocupaciones de la comunidad respecto de la contaminación ambiental, y las barreras idiomáticas probablemente redujeron la cantidad de preguntas que se formularon. Los representantes de DHUMA que asistieron a la reunión hablan el idioma aymara y afirmaron que los asistentes hicieron comentarios acerca de no confiar en lo que afirmaba la empresa y expresaron su preocupación respecto del daño. Con posterioridad a la audiencia, diversas comunidades les escribieron a las autoridades regionales y nacionales al efecto de expresar sus preocupaciones respecto de la audiencia

²⁸⁴ Comentarios de la Demandada al Escrito de DHUMA (18 de agosto de 2016) pág. 3 – 6; Anotación de Inscripción de SUNARP del Contrato de Transferencia para las Concesiones Santa Ana 9A, 1, 2 y 3, 1 de febrero de 2008 [C-0020]; Carta de Bear Creek al Sr. Ramírez, 11 de mayo de 2011 [C-0172]; Carta del Presidente Regional de Puno al Ministro de Energía y Minas, Carta No. 520-2011-GR-PUNO/PR (4/26/2011) [R-018]; Acuerdos entre Bear Creek y las Comunidades Locales [R-043]; Resolución Jefatural que otorga la Concesión Minera KARINA 1 a Jenny Villavicencio, Resolución Jefatural No. 1856-2006-INACC/J [R-276]; Resolución Jefatural que otorga la Concesión Minera KARINA 9A a Jenny Villavicencio, Resolución Jefatural No. 2459-2006-INACC/J (6/13/2006) [R-277]; Carta de Bear Creek a la DGAAM sobre el Incendio del Campamento del año 2008 (11 de diciembre de 2008) [R-294]; Acta de Acuerdo de Autoridades Políticas, Comunales y Población en General del Distrito de Huacullani [R-421]; Comunicado de Prensa de Bear Creek [R-429]; Primera Declaración de Swarthout ¶¶ 17 – 18 [CWS-1]; Segunda Declaración de Swarthout ¶¶ 35 – 36 [CWS-6].

pública y su oposición al Proyecto Santa Ana. La audiencia aparentemente sirvió como catalizador para la acción de la comunidad aymara contra el Proyecto Santa Ana²⁸⁵. En la medida que la Demandante alega que posee un video que demuestra el respaldo local, este video no se ha aportado al expediente del presente caso²⁸⁶. La declaración del Sr. de Mayolo de que no había visto los regalos entregados durante la audiencia es poco convincente²⁸⁷.

255. DHUMA confirma que las protestas del año 2011 estuvieron directamente relacionadas con el Proyecto Santa Ana. Prueba de ello son las demandas de los manifestantes, así como que las protestas no se detuvieron hasta que la Demandada dictó el Decreto Supremo 032. El hecho de que las protestas tuvieran lugar en Puno y Desaguadero – las ciudades más cercanas al sitio del Proyecto Santa Ana – en lugar de en el propio sitio no significa que no estuvieran relacionadas. DHUMA explica que las protestas tuvieron lugar en las ciudades más grandes en aras de obtener la atención de las autoridades regionales y nacionales para una máxima repercusión. El Sr. Aduviri fue simplemente vocero de la ira general de las comunidades por el Proyecto Santa Ana – aunque podría haber ayudado a organizar el movimiento de la comunidad, no lo creó. Las protestas tuvieron como fundamento la amplia oposición de la comunidad al Proyecto Santa Ana. El personal de DHUMA experimentó de manera directa la gravedad de las condiciones sociales en Puno y describe estas carencias de alimentos y agua y de qué manera esta crisis insostenible en Puno constituyó un motivo crucial para el dictado del Decreto Supremo 032 por parte del Consejo de Ministros²⁸⁸.

²⁸⁵ Respuesta de DHUMA 1-3; Comentarios de la Demandada al Escrito de DHUMA (18 de agosto de 2016) págs. 7 – 10; RPHB-I ¶¶ 7 – 8; Tr. 589:2 – 595:14 (Mayolo); Carta de Braulio Morales Choquecachua y Faustino Limatapa Musaja, 8 de agosto de 2016 [C-0329]; Carta de Sixto Vilcanqui Mamani, 8 de agosto de 2016 [C-0331]; Memorial presentado por el Frente de Defensa y *Comunidades Campesinas* de Kelluyo al Congreso, Memorial No. 0005-2011-CO-FDRN-RSP [R-015]; Memorial presentado por el Frente de Defensa y *Comunidades Campesinas* de Kelluyo al Presidente del Perú, Memorial No. 0001-2011-CO-FDRN-RSP [R-016]; Memorial presentado por el Frente de Defensa y *Comunidades Campesinas* de Kelluyo al Ministro de Energía y Minas, Memorial No. 0002-2011-CO-FDRN-RSP [R-017]; Carta de la Comunidad de Kelluyo consultando acerca del Proyecto [R-053]; Preguntas planteadas durante la Audiencia Pública de Santa Ana [R-054]; Estudio de Impacto Ambiental del Plan de Participación Ciudadana (“PPC”) de 2010 [R-227]; Cartas del Distrito de Kelluyo sobre la Audiencia Pública de Santa Ana [R-304]; Mapa de Distancias de los Núcleos de Población de las *Comunidades Campesinas* al Área de Influencia de Santa Ana [R-312]; Una Carta de la Comunidad de Desaguadero [R-411]; Memorial de las Autoridades de Kelluyo al Ministro de Energía y Minas (18 de marzo de 2011) [R-423].

²⁸⁶ Tr. 1906 (Alegato de cierre de la Demandada).

²⁸⁷ *Íd.* en 1905 (Alegato de cierre de la Demandada).

²⁸⁸ Comentarios de la Demandada al Escrito de DHUMA (18 de agosto de 2016) pág. 10 – 11; Asociación de Derechos Humanos y Medioambiente, Cronología: Lucha Antiminera en la Zona Sur-2011 [R-058].

256. DHUMA y el Dr. López son expertos en materia de derecho internacional y derechos humanos internacionales, y DHUMA trabaja asimismo para poner en práctica el derecho internacional de los derechos humanos. DHUMA y el Dr. López explican que la Demandante no cumplió con los estándares internacionales para la participación comunitaria y, en consecuencia, la Demandante no obtuvo la licencia social necesaria para un proyecto de extracción de esta naturaleza. El concepto internacionalmente aceptado de “*licencia social*” se encuentra íntimamente alineado con los requisitos conforme a la legislación peruana. Está claro que la Demandante no cumplió con las normas reconocidas internacionalmente, incluido el Marco y Principios Rectores de Naciones Unidas y el Convenio 169 de la OIT. Era la responsabilidad de la Demandante abordar las preocupaciones de la comunidad. Es irrelevante si sus preocupaciones se fundaron en evidencia científica o técnica – era el cometido de la Demandante informar y corregir estas impresiones equívocas, en lugar de simplemente desestimarlas²⁸⁹.
257. En respuesta a la pregunta (a) del Tribunal²⁹⁰, la Demandada explicó que tal como lo reconociera la Demandante, una empresa obtiene la licencia social necesaria solamente si es generalmente aceptada por las comunidades interesadas. La suficiencia de los esfuerzos de una empresa para obtener esta licencia no se mide por las etapas procesales que cumpla ni los requisitos legales mínimos que cumpla; por el contrario, la licencia realmente debe obtenerse y mantenerse. La suficiencia de la difusión y contacto con la comunidad de una empresa se mide por el estándar de éxito. No se trata

²⁸⁹ Comentarios de la Demandada al Escrito de DHUMA (18 de agosto de 2016) pág. 11 – 15; Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (No. 169) [R-029]; Preguntas planteadas durante la audiencia pública de Santa Ana [R-054]; Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, Decreto Supremo No. 028-2008-EM [R-159]; Comunicado de prensa de Bear Creek [R-429]; Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Resolución 8/7 [R-430]; Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Documento No. A/HRC/8/5, Proteger, respetar y remediar: marco para las empresas y los derechos humanos [R-431]; Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Documento No. A/HRC/17/31, Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del Marco de las Naciones Unidas para “Proteger, respetar y remediar” [R-432]; Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Resolución 17/4 [R-433]; Organización Internacional de Empleadores (OIE), y Comité Consultivo Económico e Industrial ante la OCDE, “Observaciones iniciales conjuntas de la Organización Internacional de Empleadores (OIE), la Cámara de Comercio Internacional (ICC por sus siglas en inglés) y el Comité Consultivo Económico e Industrial ante la OCDE (BIAC por sus siglas en inglés) a la octava sesión del Consejo de Derechos Humanos sobre el Tercer informe del Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos” [Traducción del Tribunal] [R-434]; Consejo Internacional de Minería y Metales “ICMM le da la bienvenida al informe Ruggie” [Traducción del Tribunal], [R-435]; Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas [R-437].

²⁹⁰ RP-10 ¶ 2.1.4 (a), *supra* ¶ 96.

de una cuestión de discrecionalidad del Estado²⁹¹. Las etapas procesales – sea llevando a cabo 130 talleres, organizando un programa de trabajo de rotación, o cumplimiento de otras etapas procesales no pueden reemplazar la obtención real de una licencia social²⁹². En este caso, la Demandante no contó con la “*aceptación general*” de las comunidades interesadas – no contó con una licencia social²⁹³. Aunque la Demandante trate de reducir el alcance de “*comunidades interesadas*” [Traducción del Tribunal], su enfoque malinterpreta la organización social colectiva de las comunidades aymara²⁹⁴. Los manifestantes no eran agitadores externos; eran comuneros que se oponían a la presencia de la Demandante en la zona, a su Proyecto, y a los efectos que temían que el Proyecto tendría en sus vidas, tierras, cultura y ambiente²⁹⁵.

258. En tanto la licencia social constituye una aceptación *de facto* del Proyecto, existen pocos estándares jurídicos que puedan aplicársele. Ninguno de los instrumentos internacionales o nacionales proporciona una fórmula que garantice que se obtendrá esta licencia. En cambio, se recomiendan algunos procedimientos²⁹⁶. El Convenio 169 de la OIT promueve un proceso de consulta transparente, efectivo e integrado que les otorgue a las comunidades el derecho a ser consultadas (Artículo 6), que exige que se respete las relaciones culturales de las comunidades con su tierra (Artículo 13), y que establece que las comunidades tienen derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales dentro de sus tierras (Artículo 15). La

²⁹¹ RPHB-I ¶¶ 10 – 15, 33 – 34; RPHB-II ¶ 2; Tr. 432 – 433 (Swarthout); Tr. 1064 – 1065, 1132 (Ramírez); 1294 – 1297, 1301 – 1302 (Peña); Primera Declaración de Swarthout ¶ 40 nota 31 [CWS-1]; Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, Decreto Supremo No. 028-2008-EM Art. 2.1 [R-159]; Davis y Franks, “*Costs of Company-Community Conflict in the Extractive Sector*”, Harvard Kennedy School of Government [R-272]; *Business for Social Responsibility*, “*The Social License to Operate*” 3 – 4 [R-273].

²⁹² RPHB-I ¶ 17; RPHB-II ¶ 3 – 4; C-II ¶ 73; CPHB-I ¶ 1; Segunda Declaración de Antúnez de Mayolo ¶ 14 [CWS-7].

²⁹³ RPHB-I ¶ 16.

²⁹⁴ *Íd.*

²⁹⁵ *Íd.*

²⁹⁶ *Íd.* en ¶¶ 18 – 19; R-II ¶¶ 124, 140 – 142; Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, Decreto Supremo No. 028-2008-EM Art. 5 [R-159]; Consejo Internacional de Minería y Metales, “*Declaración de principios, minería y pueblos indígenas*” [Traducción del Tribunal] 2, 3 [R-178]; Consejo Internacional de Minería y Metales, “*Guías de buenas prácticas, pueblos indígenas y minería*” [Traducción del Tribunal] 4 [R-179]; Gobierno de Canadá, *Doing Business the Canadian Way: A Strategy to Advance Corporate Social Responsibility in Canada’s Extractive Sector Abroad* 3-4 [R-180]; Gobierno de Canadá, *Building the Canadian Advantage: A Corporate Social Responsibility (CSR) Strategy for the Canadian International Extractive Sector* 1 [R-181]; Sitio web del Consejo Internacional de Minería y Metales, *About Us*, disponible en <http://www.icmm.com/about-us/about-us> [R-182].

Declaración de las Naciones Unidas sobre pueblos indígenas, en particular el Artículo 32, hace también referencia al proceso formal para obtener una licencia social y refuerza al Convenio 169 de la OIT²⁹⁷. Conforme a estos, aunque el Estado deba garantizar que las empresas obtengan el consentimiento libre e informado de las comunidades afectadas, la empresa debe hacer lo que sea necesario al efecto de lograr ese resultado²⁹⁸. El Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT obliga a la Demandada a salvaguardar específicamente a la capacidad de las comunidades de tomar decisiones respecto de los recursos en sus tierras, lo que la Demandada hizo al solicitar y monitorear el proceso del PPC. El proceso del PPC se centra en la calidad de comunicación, garantizando que una empresa solo pueda proceder con el consentimiento de las comunidades. El proceso del PPC no se trata de una cuestión sencilla de marcar casilleros o cumplir determinadas etapas²⁹⁹.

259. La legislación peruana incorpora los estándares internacionales descritos *supra* y requiere que una empresa emprenda la difusión y contacto comunitarios al efecto de construir relaciones saludables con las comunidades. Los requisitos jurídicos, tales como aquellos en la Resolución Legislativa No. 26253 de 1993, no imponen una vía estricta o específica para que una empresa procure obtener una licencia social³⁰⁰. El proceso de participación ciudadana para un proyecto minero se encuentra cubierto por dos normas jurídicas principales: el Decreto Supremo 028 y la Resolución Ministerial No. 304. Estos establecen las etapas necesarias – aunque no suficientes – hacia la obtención de una licencia social³⁰¹. En el año 2001, el MINEM publicó una Guía que brindaba consejos sobre las

²⁹⁷ RPHB-I ¶¶ 20 – 22; Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (No. 169) Art. 6, 13, 15.2 [R-029]; Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas [R-108]; Primer Informe Rodríguez-Mariátegui ¶ 49 [REX-003].

²⁹⁸ RPHB-I ¶ 23; RPHB-II ¶ 5; TLC Canadá-Perú Art. 810 [C-0001]; Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (No. 169) Art. 6 [R-029]; Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas Art. 32 [R-108]; Gobierno de Canadá, *Doing Business the Canadian Way: A Strategy to Advance Corporate Social Responsibility in Canada's Extractive Sector Abroad* 3-4 [R-180]; Gobierno de Canadá, *Building the Canadian Advantage: A Corporate Social Responsibility (CSR) Strategy for the Canadian International Extractive Sector* 1, 5, 6 [R-181]; Davis y Franks, “Costs of Company-Community Conflict in the Extractive Sector”, Harvard Kennedy School of Government 11 [R-272]; *Business for Social Responsibility*, “The Social License to Operate” 3-4 [R-273].

²⁹⁹ Tr. 1888 – 2893 (Alegato de cierre de la Demandada)

³⁰⁰ RPHB-I ¶¶ 26 – 27; Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, Decreto Supremo No. 028-2008-EM Art. 2.1, 3 [R-159]; Primer Informe Flury ¶¶ 72 – 73 [CEX-006]; Primer Informe Rodríguez-Mariátegui ¶ 49 [REX-003]; Segundo Informe Rodríguez-Mariátegui ¶ 141 [REX-009].

³⁰¹ RPHB-I ¶¶ 28 – 29; RPHB-II ¶ 6; CPHB-I ¶ 2; Tr. 1497:15-19 (Clow); Resolución Ministerial que regula el Proceso de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, Resolución Ministerial No. 304-2008-MEM-DM Arts. 2, 20, 24 [R-153]; Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, Decreto Supremo No. 028-

mejores prácticas para diseñar y poner en práctica un programa de difusión comunitaria para desarrollar actividades mineras³⁰². En el año 2011, Perú adoptó la “Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, que adoptaba todas las recomendaciones del Convenio 169 de la OIT³⁰³. Por último, además de estos procedimientos, la empresa debe lograr acuerdos con todos los titulares y tenedores de tierra en los sitios mineros. En el presente caso, ascenderían a 99 acuerdos³⁰⁴. El hecho de que la DGAAM analizara el PPC de la Demandante y no le diera instrucciones precisas de ampliarlo a la Demandante no constituye una prueba de la suficiencia del plan al efecto de obtener una licencia social³⁰⁵.

260. Cumplir simplemente los requisitos formalistas de la legislación no indica cumplir con el objetivo de la legislación: consenso y licencia social de las comunidades afectadas. Toda diligencia mínima indispensable – por ejemplo, el PPC, participar en talleres, llevar a cabo una audiencia pública – existe al servicio de los objetivos de la ley de consulta de promover el diálogo y procurar consenso. En el caso que nos ocupa, aunque la Demandante realizó consultas, estas no se realizaron en un clima de confianza mutua. La Demandante no fue frontal respecto de su rol ni de aquel de la Sra. Villavicencio, llevando a las comunidades a rechazar el Proyecto en parte porque no confiaban en la empresa³⁰⁶.

2008-EM 3, 5.6 [R-159]; Ley General del Ambiente, Ley No. 28611 Art. 46 – 47 [R-285]; Segunda Declaración de Ramírez ¶ 17 [RWS-6]; Primer Informe Rodríguez-Mariátegui ¶ 58 [REX-003].

³⁰² RPHB-I ¶¶ 30, 36; Ausenco Vector, *Plan de Participación Ciudadana* (“PPC”) de Bear Creek Anexo 2.1 [C-0155]; Resolución Ministerial que regula el Proceso de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, Resolución Ministerial No. 304-2008-MEM-DM Art. 12, 13 [R-153]; Ministerio de Energía y Minas del Perú, Dirección General de Asuntos Ambientales, “Guía de relaciones comunitarias” [R-172]; Primer Informe Rodríguez-Mariátegui ¶¶ 53, 58 [REX-003]; Segundo Informe Rodríguez-Mariátegui ¶ 142 [REX-009].

³⁰³ RPHB-I ¶ 31; Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169, Ley No. 29785 del 7 de setiembre de 2011 [Flury 028].

³⁰⁴ RPHB-I ¶ 32; R-II ¶ 330; Segundo Informe Rodríguez-Mariátegui ¶¶ 109 – 111 [REX-009].

³⁰⁵ RPHB-II ¶ 10; CPHB-I ¶ 6; Segunda Declaración de Ramírez ¶ 16 [RWS-6].

³⁰⁶ RPHB-I ¶¶ 36 – 38; RPHB-II ¶¶ 8 – 9, 11; R-II ¶ 189; CPHB-I ¶¶ 1, 3 – 4, 7 – 12, 14, 18, 21; Escrito *Amicus* de DHUMA (9 de junio de 2016) en 5; Tr. 378 – 382, 419 – 427 (Swarthout); Tr. 604 – 605 (Mayolo); Tr. 1357 – 1358, 1391 (Peña); Ausenco Vector, *Plan de Participación Ciudadana* (“PPC”) de Bear Creek Anexo 2.1, Anexo 3 pág. 2, 23, 25, 53, 70 [C-0155]; Carta de Braulio Morales Choquecachua y Faustino Limatapa Musaja, 8 de agosto de 2016 [C-0329]; Carta de Sixto Vilcanqui Mamani, 8 de agosto de 2016 [C-0331]; Memorial presentado por el Frente de Defensa y Comunidades Campesinas de Kelluyo al Congreso, Memorial No. 0005-2011-CO-FDRN-RSP [R-015]; Memoriales presentados por el Frente de Defensa y Comunidades Campesinas de Kelluyo al Presidente

261. El programa de difusión y contacto con la comunidad de la Demandante no incluyó a todas las partes interesadas e ignoró al proceso colectivo de toma de decisiones de las comunidades aymara. Aquí, la Demandante comenzó por definir de manera equívoca la cantidad de comunidades en su “*área de influencia*”, en contraposición a las directrices del MINEM³⁰⁷. En la Observación 7, el MINEM observó que debía ampliarse el área de influencia. La Demandante no se había dado cuenta de que las comunidades individuales eran en efecto parte de la comunidad colectiva de aymara³⁰⁸. La Demandante además desacreditó a los miembros del distrito de Kelluyo y otros distritos colindantes como “*externos*” o “*agitadores*”³⁰⁹. Esto generó división y hostilidad entre las comunidades cuando la Demandante solo les ofreció empleos a algunos y no a otros. Esto exacerbó la protesta en el año 2008 y esto continuó³¹⁰. Además, la Demandante no les proporcionó toda la información relevante a las comunidades. Aunque la Demandante realizó más de 130 talleres, esto no responde a la pregunta de si la Demandante abordó las preocupaciones de las comunidades. Los registros indican que se

del Perú, Memorial No. 0001-2011-CO-FDRN-RSP [R-016]; Memoriales presentados por el Frente de Defensa y Comunidades Campesinas de Kelluyo al Ministro de Energía y Minas, Memorial No. 0002-2011-CO-FDRN-RSP [R-017]; Resolución que aprobó la primera modificación de la EIA para la exploración para el Proyecto Santa Ana, Resolución Directoral No. 216-2008-MEM/AAM [R-036]; Resolución que aprobó la segunda modificación de la EIA para la exploración para el Proyecto Santa Ana, Resolución Directoral No. 310-2009-MEM/AAM [R-037]; Resolución que aprobó la tercera modificación de la EIA para la exploración para el Proyecto Santa Ana, Resolución Directoral No. 280-2010-MEM/AAM [R-038]; Acuerdos entre Bear Creek y las Comunidades Locales [R-043]; Resolución Ministerial que regula el Proceso de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, Resolución Ministerial No. 304-2008-MEM-DM Art. 2, 8-9, 12, 13 [R-153]; Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, Decreto Supremo No. 028-2008-EM Art. 1, 2, 3, 5 [R-159]; Ministerio de Energía y Minas del Perú, Dirección General de Asuntos Ambientales, “Guía de relaciones comunitarias” [R-172]; Respuestas de Bear Creek a las Observaciones de la DGAAM al Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Santa Ana (sin Anexos) 25 [R-184]; Acta de Acuerdo de Autoridades Políticas, Comunales y Población en General del Distrito de Huacullani [R-421]; Primer Informe Peña [REX-002]; Primer Informe Rodríguez-Mariátegui ¶ 58 [REX-003]; Segundo Informe Peña ¶ 44 [REX-008].

³⁰⁷ Tr. 1888 – 1893 (Alegato de cierre de la Demandada); *compárese* la Petición de Bear Creek al MINEM solicitando autorización para adquirir derechos mineros ubicados en la zona limítrofe, 4 de diciembre de 2006 (ACTUALIZACIÓN presentada con C-III) págs. 18 – 19 [C-0017] con Tr. 586:7-9 (Mayolo) (*que muestra discrepancia en la cantidad de comunidades en el área de influencia*).

³⁰⁸ Tr. 1893 – 1894 (Alegato de cierre de la Demandada); Observaciones de la DGAAM al EIA para la Explotación de Bear Creek, Informe No. 399-2011-MEM-AAM/WAL/JCV/CMC/JST/KVS/AD [R-040].

³⁰⁹ Tr. 1925 (Alegato de cierre de la Demandada).

³¹⁰ *Íd.* en 1857 – 1858 (Alegato de cierre de la Demandada); RPHB-I ¶¶ 39 – 41; Tr. 1301, 1334, 1358 (Peña); Petición de Bear Creek al MINEM solicitando autorización para adquirir derechos mineros ubicados en la zona fronteriza, 4 de diciembre de 2006 (ACTUALIZACIÓN presentada con C-III) [C-0017]; Respuestas de Bear Creek a las Observaciones al Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Santa Ana (sin Anexos) 23 – 24 [R-184]; Anexo L del Estudio de Impacto Ambiental de 2010: Línea de Base Social 8, 10 – 11 [R-213]; 488-295 Observaciones del EIA 19-04-2011 30-31 [SRK-022].

necesitaba más información y mejores maneras de comunicar esa información. La comunicación fue también excesivamente técnica y mal traducida³¹¹. La Demandante tampoco proporcionó suficiente espacio en su cronograma para que las comunidades decidan si apoyar o no el Proyecto, de conformidad con la toma de decisiones de la comunidad aymara³¹².

262. La responsabilidad del Estado se extiende a garantizar que en realidad las empresas privadas consulten a las comunidades afectadas y supervisar esos procesos consultivos para asegurarse de que se encuentren en vigor, sean coherentes con los requisitos jurídicos mínimos establecidos por el Estado, y que sean implementados por la empresa. El Estado tiene el papel neutral de un facilitador independiente³¹³. En este caso, el Estado cumplió con sus responsabilidades, incluso yendo más allá de simplemente analizar los planes de consulta impresos y asistir a los talleres. El Gobierno le advirtió a la Demandante que las actividades de difusión no eran efectivas³¹⁴. Las alegaciones de la Demandante de que el Gobierno no se involucró de manera adecuada carecen de fundamento: el Gobierno se involucró de manera adecuada y no es responsable de rescatar a la Demandante de sus propias faltas. De hecho, cuando el Estado intentó corregir las ideas equivocadas respecto de su área de influencia social, la Demandante ignoró esa directriz. También carece de fundamento la queja de la Demandante de que el manejo del conflicto social en Puno por parte de la Demandada exacerbó el conflicto³¹⁵.

263. Hay dos clases de consecuencias que surgen de la carencia de una licencia social por parte de una empresa: (1) aquellas que se encuentran dentro de la discrecionalidad de las autoridades del Estado

³¹¹ RPHB-I ¶¶ 42 – 44; Tr. 1860 (Alegato de cierre de la Demandada); Tr. 482 (Swarthout); Tr. 1389 (Peña); Escrito de DHUMA (9 de junio de 2016) en 6-7; Ausenco Vector, Plan de Participación Ciudadana (“PPC”) de Bear Creek 2, 25, 53, 70 [C-0155]; Segundo Informe Peña ¶ 44(3) [REX-008].

³¹² RPHB-I ¶ 44; Tr. 1389 (Peña).

³¹³ RPHB-I ¶¶ 46 – 47; RPHB-II ¶ 13; Tr. 1079:9-10 (Ramírez); Segunda Declaración de Ramírez ¶ 6 [RWS-6].

³¹⁴ RPHB-I ¶¶ 48 – 50; Ausenco Vector, Plan de Participación Ciudadana (“PPC”) de Bear Creek págs. 2, 25, 53, 70 [C-0155]; Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, Decreto Supremo No. 028-2008-EM Art. 3 [R-159]; 488-295 Observaciones al EIA 19-04-2011 [SRK-022].

³¹⁵ RPHB-II ¶¶ 14 – 15; CPHB-I ¶¶ 27 – 29; Tr. 774, 787 (Gala); Ausenco Vector, Plan de Participación Ciudadana (“PPC”) de Bear Creek Anexo 3 págs. 2, 25, 53 [C-0155]; Observaciones de la DGAAM al EIA para la Explotación de Bear Creek, Informe No. 399-2011-MEM-AAM/WAL/JCV/CMC/JST/KVS/AD Observación 7 [R-040]; Respuestas de Bear Creek a las Observaciones de la DGAAM al Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Santa Ana (sin Anexos) [R-184]; “La Mina Santa Ana abandona Huacullani debido a las protestas” [Traducción del Tribunal] *La República-Gran Sur* [R-428]; Comunicado de prensa de Bear Creek [R-429]; Primera Declaración de Gala ¶ 41 [RWS-1]; Declaración de Fernández ¶¶ 10-26 [RWS-4].

ante una situación en la que un proyecto minero no cuenta con una licencia social o (2) aquellas en virtud del TLC en el supuesto de que el Tribunal determine que la Demandante no contaba con una licencia social³¹⁶. En lo que se refiere a la primera clase, y tal como lo confirmarían los expertos de ambas Partes, cuando una comunidad o las partes interesadas importantes deciden que no aceptan el proyecto minero en su tierra, no se lo puede imponer contra la voluntad del pueblo³¹⁷. Con respecto a la Demandante, también se le exigía arribar aún a acuerdos con 5 comunidades que eran titulares de la tierra y las 94 familias que ostentaban su tenencia – si no prosperaba alguno de estos 99 acuerdos (y a la fecha del Decreto Supremo 032 la Demandante no había obtenido acuerdo alguno), sería gravísimo para el Proyecto³¹⁸. Otras consecuencias son cuestiones de discrecionalidad del Estado – el Estado puede emprender su propia difusión, exigir que la empresa lleve a cabo una difusión adicional, posponer la aprobación del EIAS o suspender el proceso en su conjunto³¹⁹. Para un proyecto minero dentro de una región fronteriza, el Estado ostenta un alto grado de discrecionalidad en virtud del Artículo 71 de la Constitución. El Estado podría reevaluar la necesidad pública del proyecto y, de ser necesario, derogar un decreto de necesidad pública anterior³²⁰. Aunque no existe una disposición específica en la normativa jurídica peruana que autorice la revocación de una concesión, esto es irrelevante: en el presente caso, la Demandada no revocó las concesiones de la Demandante. Aquí, la Demandada actuó para revocar su declaración soberana completamente discrecional de necesidad pública³²¹.

264. En lo que respecta a las consecuencias en virtud del TLC, en el supuesto de que el Tribunal determine que la Demandante no contaba con una licencia social, debería considerar que las reclamaciones de

³¹⁶ RPHB-I ¶ 51.

³¹⁷ RPHB-II ¶ 16; RPHB-I ¶¶ 51 – 60; Tr. 1225, 1234 (Flury); Tr. 1497 (Clow); Tr. 1902 – 1903 (Alegato de cierre de la Demandada).

³¹⁸ RPHB-I ¶ 52 – 53; Tr. 325 – 326 (Alegato de apertura de la Demandada); Tr. 1226 (Flury).

³¹⁹ RPHB-I ¶ 54 – 57; Tr. 1225 (Flury); Resolución DGAAM 162-2011-MEM-AAM, 30 de mayo de 2011 ¶ 2.1 [C-0098]; Ley del Proceso Administrativo General, Ley No. 27444 Art. 146.1 [R-104]; Resolución Ministerial que regula el Proceso de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, Resolución Ministerial No. 304-2008-MEM-DM Art. 35 [R-153]; Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, Decreto Supremo No. 028-2008-EM Art. 5 [R-159]; Segunda Declaración de Ramírez ¶¶ 17 – 18, 36 [RWS-6]; 488-295 Observaciones al EIA 19-04-2011 [SRK-022]; Segundo Informe Rodríguez-Mariátegui ¶ 74 [REX-009].

³²⁰ RPHB-I ¶ 58; Informe Danos ¶¶ 122 y ss. [REX-006].

³²¹ RPHB-II ¶ 17; CPHB-I ¶ 31.

la Demandante son inadmisibles³²². De manera similar, no se habría acumulado ninguna indemnización por daños, dado los errores de la Demandante para obtener la licencia social³²³.

265. El testimonio de testigos confirma que el Proyecto Santa Ana no podría haber continuado en el entorno social que se desató en la Región de Puno en la primera mitad de 2011. En lo que respecta a la afirmación del Dr. Flury de que habría sido razonable esperar que se aprobaría el EIAS de la Demandante, el Dr. Flury admitió también que su supuesto no dio cuenta de que el conflicto social que – tal como admitiera el Sr. de Mayolo – acompañó el Proyecto, evitó que la Demandante siquiera completara los estudios que el MINEM había solicitado en sus observaciones al EIAS³²⁴.
266. Afirmar que el programa de relaciones comunitarias de la Demandante fue un éxito es absolutamente inconsistente con los acontecimientos reales que se desarrollaron en la región de Puno en el año 2011³²⁵. No puede existir indicio más claro de que una empresa no ha llevado a cabo una difusión suficiente para adquirir la licencia social requerida que el hecho de que decenas de miles de personas de las comunidades afectadas se reúnan y se manifiesten en contra del Proyecto³²⁶.

I. DERECHO APLICABLE

Artículo 837 del TLC: La legislación aplicable dispone lo siguiente:

1. *Un Tribunal establecido con arreglo a esta Sección resolverá los temas en controversia de conformidad con este Tratado y a las normas aplicables del derecho internacional*³²⁷.

267. La Demandante alega que la presente controversia se rige por las disposiciones del TLC, complementadas por el derecho internacional. Como es habitual en el marco de las controversias al amparo de un tratado internacional, el ordenamiento jurídico interno del Estado Demandado y Canadá no rige la presente controversia y no resulta vinculante para el Tribunal³²⁸.

³²² RPHB-I ¶ 59.

³²³ *Íd.* en ¶ 60; Tr. 1226 (Flury); 1497 (Clow); Segundo Informe SRK ¶ 29 [REX-011].

³²⁴ Tr. 1896 – 1902 (Alegato de cierre de la Demandada); Primer Informe Flury párr. 80 [CEX-006]

³²⁵ RPHB-II ¶ 12; CPHB-I ¶ 26; Primera Declaración de Swarthout ¶ 40 nota 31 [CWS-1].

³²⁶ RPHB-I ¶ 14; Tr. 1294 – 1297, 1301 – 1302 (Peña).

³²⁷ TLC Canadá-Perú [C-0001].

³²⁸ C-I ¶¶ 116 – 119; TLC Canadá-Perú [C-0001]; Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional

268. La Demandada no ha formulado argumentos respecto del derecho aplicable, pero sus argumentos son consistentes con la opinión de que la controversia se rige por las disposiciones del TLC y las normas del derecho internacional aplicables³²⁹. Sin embargo, la Demandada niega todas aquellas alegaciones que no hubieren sido aceptadas de manera expresa³³⁰.
269. El Tribunal está de acuerdo con que el Artículo 837 resulta de aplicación.

II. JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL

270. Las Partes han sostenido que los requisitos para la jurisdicción se establecen en el Artículo 25 del Convenio CIADI y el Capítulo 8 del TLC³³¹. El Artículo 25(1) y (2) del Convenio CIADI dispone lo siguiente:

sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Art. 35 (2001) (Actualizado en 2008) [CL-0030]; *Asian Agric. Prods., Ltd. (AAPL) c. Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, Laudo Definitivo, 27 de junio de 1990, 30 I.L.M. 580, (1991) [CL-0036]; *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/99/6, Laudo, 12 de abril de 2002 [CL-0037]; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo, 20 de agosto de 2007 [CL-0038]; Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969 Arts. 2(1)(a), 31((3)(c), 37 [CL-0039]; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 [CL-0040].

³²⁹ R-II ¶¶ 5, 15 – 16.

³³⁰ *Íd.* en ¶ 36.

³³¹ RfA ¶¶ 41 – 65; C-I ¶¶ 102 – 115; R-I ¶¶ 198 y ss. (*impugnando* la jurisdicción), 221; TLC Canadá-Perú Arts. 824, 825, 847, Anexo 824.1 [C-0001]; Notificación de la intención de someter una reclamación a arbitraje al amparo del Tratado de Libre Comercio entre Canadá y la República del Perú (3 de febrero de 2014) [C-0007]; Certificados de Continuación y Vigencia de Persona Jurídica para Bear Creek Mining Corporation (17 de septiembre de 2013) [C-0008]; Contratos de transferencia de derechos mineros entre Jenny Karina Villavicencio Gardini y Bear Creek Mining Company, Sucursal del Perú, 3 de diciembre de 2007 [C-0015]; Formulario de Información Anual de Bear Creek Mining Corporation para el ejercicio finalizado el 1 de diciembre de 2013, 3 de abril de 2014 en 1 – 4 [C-0023]; Certificado de Vigencia de Persona Jurídica *Bear Creek Exploration Company Ltd.*, 1 de mayo de 2015 [C-0128]; Registro Central de Valores *Bear Creek Exploration Company Ltd.*, 1 de mayo de 2015 [C-0129]; Registro de Personas Jurídicas – Libro de sociedades Mercantiles/Sucursales – Vigencia de Persona Jurídica *Bear Creek Mining Company, Sucursal del Perú*, 28 de abril 2015 [C-0130]; Certificado de Vigencia de Persona Jurídica *BCMC Corani Holdings Ltd.*, 1 de mayo de 2015 [C-0131]; Registro Central de Valores *BCMC Corani Holdings Ltd.*, 1 de mayo de 2015 [C-0132]; Certificado de Vigencia de Persona Jurídica y Registro de Miembros de *Bear Creek (BVI) Limited*, 22 de abril de 2015 [C-0133]; Certificado de Vigencia de Persona Jurídica y Registro de Miembros de *Bear Creek (BVI) Limited*, 22 de abril de 2015 [C-0134]; Registro de Personas Jurídicas – Libro de sociedades Mercantiles/Sucursales – Vigencia de Persona Jurídica *Bear Creek Mining S.A.C.*, 28 de abril de 2015 [C-0135]; *Siemens A. G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, 6 de febrero de 2007 ¶ 205 [CL-0031]; *Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs c. Georgia*, Caso CIADI Nos. ARB/05/18 y ARB/07/15, Laudo, 3 de marzo de 2010 ¶ 2 [CL-0032]; *BG Group Plc c. República Argentina*, Laudo CNUDMI, 24 de diciembre de 2007 ¶¶ 125, 138 [CL-0033]; *GAMI Investments, Inc. c. Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos*,

Capítulo II
Jurisdicción del Centro

Artículo 25

- (1) *La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.*
- (2) *Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”:*
 - (a) *toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y*
 - (b) *toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero³³².*

271. Las secciones relevantes del TLC disponen lo siguiente:

Artículo 816: Formalidades Especiales y Requisitos de Información

1. *Nada en el Artículo 803 se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener una medida que prescriba formalidades especiales, conexas al establecimiento de una inversión cubierta, como el requerimiento que las inversiones se constituyan legalmente conforme a la legislación o regulación de la Parte, siempre que dichas formalidades no menoscaben significativamente las protecciones otorgadas por una Parte a inversionistas de la otra Parte y a inversiones cubiertas de conformidad con este Capítulo.*

TLCAN CNUDMI, Laudo Definitivo, 15 de noviembre de 2004 ¶ 33 [CL-0034]; Abby Cohen Smutny, *State Responsibility and Attribution/When is a State Responsible for the Acts of State Enterprises?* ‘Emilio Agustín Maffezini c. El Reino de España’ en *INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION: LEADING CASES FROM THE ICSID, NAFTA, BILATERAL TREATIES AND CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW 17* (Todd Weiler ed., Cameron, mayo de 2005) [CL-0035]; *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo de 2005 ¶ 124 [RLA-010].

³³² Convenio CIADI, Reglamento y Reglas, Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, CIADI/15 de abril de 2006 [CL-0175].

2. *No obstante lo dispuesto en los Artículos 803 o 804, una Parte puede requerir a un inversionista de la otra Parte, o a su inversión cubierta, que proporcione información referente a esa inversión, exclusivamente con fines informativos o estadísticos, siempre que dichos requerimientos sean razonables y no constituyan una carga indebida. La Parte protegerá cualquier información confidencial de cualquier divulgación que pudiera afectar negativamente la situación competitiva del inversionista o de la inversión cubierta. Nada de lo dispuesto en este párrafo se interpretará como un impedimento para que una Parte obtenga o divulgue información referente a la aplicación equitativa y de buena fe de su legislación.*

Artículo 819: Reclamación por un Inversionista de una Parte en su Propio Nombre

1. *Un inversionista de una Parte puede someter a arbitraje bajo esta Sección una reclamación en el sentido de que la otra Parte ha incumplido:*
 - (a) *una obligación bajo la Sección A, distinta a una obligación bajo el párrafo 4 del Artículo 802, Artículos 809, 810 u 816;*
 - (b) *una obligación bajo el subpárrafo 3(a) del Artículo 1305 (Política de Competencia, Monopolios y Empresas del Estado - Monopolios Designados) o bajo el párrafo 2 del Artículo 1306 (Política de Competencia, Monopolios y Empresas del Estado - Empresas Estatales), solo en la medida que un monopolio designado o empresa estatal haya actuado de manera inconsistente con las obligaciones de la Parte bajo la Sección A, distintas de las obligaciones bajo el párrafo 4 del Artículo 802, los Artículos 809, 810 u 816; o*
 - (c) *un convenio de estabilidad jurídica referido en el párrafo 2 de este Artículo, y que el inversionista ha incurrido en pérdida o daño debido o como resultado de dicha violación.*

[...]

Artículo 824: Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje

1. *Excepto por lo dispuesto en el Anexo 824.1, un inversionista contendiente que cumpla las condiciones precedentes en el Artículo 823 puede presentar la reclamación a arbitraje de conformidad con:*
 - (a) *el Convenio CIADI, siempre que tanto la Parte contendiente como la Parte del inversionista contendiente sean partes del Convenio CIADI;*
 - (b) *las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, con tal de que la Parte contendiente o la Parte del inversionista contendiente, pero no ambas, sea parte del Convenio CIADI;*
 - (c) *las Reglas de Arbitraje del CNUDMI; o*
 - (d) *cualquier otro conjunto de reglas aprobado por la Comisión como disponibles para arbitrajes bajo esta Sección.*

2. *La Comisión tendrá la potestad para formular reglas que complementen las reglas arbitrales aplicables y puede enmendar cualquier regla de su propia formulación. Tales reglas serán obligatorias para cualquier Tribunal establecido bajo esta Sección, y para los árbitros individuales que ejerzan en dicho Tribunal.*
3. *Las reglas del arbitraje aplicables regirán el arbitraje excepto en la medida que sean modificadas por esta Sección, y serán complementadas por cualesquiera reglas adoptadas por la Comisión conforme a esta Sección.*

Artículo 825: Consentimiento al Arbitraje

1. *Cada Parte consiente el sometimiento de una reclamación a arbitraje de acuerdo con los procedimientos establecidos en esta Sección.*
2. *El consentimiento otorgado en el párrafo 1 de este Artículo y el sometimiento de una reclamación a arbitraje por un inversionista contendiente cumplirán con los requisitos señalados en:*
 - (a) *el Capítulo II del Convenio CIADI (Jurisdicción del Centro) y las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, respecto al consentimiento por escrito de las Partes;*
 - (b) *el Artículo II de la Convención de Nueva York, respecto a un acuerdo por escrito; y*
 - (c) *El Artículo I de la Convención Interamericana, respecto a un acuerdo.*

[...]

Artículo 847: Definiciones

Para fines del presente Capítulo:

empresa *significa una empresa tal como se define en el Artículo 105 del Capítulo Uno (Disposiciones Iniciales y Definiciones Generales – Definiciones de Aplicación General) y una sucursal de cualquiera de tales empresas;*

empresa de una Parte *significa una empresa constituida u organizada de conformidad con la ley de una Parte, y una sucursal ubicada en el territorio de una Parte y que desempeñe actividades comerciales en ese lugar;*

inversión *significa:*

- (a) *una empresa;*

[...]

- (g) *bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales; y*
- (h) *la participación que resulte del compromiso de capital u otros recursos en el territorio de una Parte para el desarrollo de una actividad económica en el territorio de dicha Parte, tales como los siguientes:*

- (i) *contratos que involucran la presencia de la propiedad de un inversionista en territorio de la Parte, incluidos, los contratos de llave en mano o de construcción, o las concesiones, o [...]*

inversión de un inversionista de una Parte significa la inversión de propiedad o controlada directa o indirectamente por un inversionista de dicha Parte;

inversionista de una Parte significa:

- (a) *en el caso de Canadá:*
- (i) *Canadá o una empresa estatal de Canadá, o*
- (ii) *un nacional o una empresa del Canadá, que intenta realizar, está realizando o ha realizado una inversión; una persona natural con doble nacionalidad será considerada nacional exclusivamente del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva; [...]*³³³

272. La Demandante plantea que sus reclamaciones recaen dentro de la jurisdicción del CIADI y la competencia del Tribunal, de conformidad con el Convenio CIADI y el TLC. La Demandante afirma que el presente Tribunal es competente para dirimir la presente controversia puesto que (1) la Demandante es una empresa canadiense con inversiones protegidas en el Estado Demandado, (2) las Partes han prestado su consentimiento a someter la presente controversia a arbitraje, y (3) se han cumplido todos los requisitos en virtud del TLC y el Convenio CIADI para que se someta a arbitraje la presente controversia³³⁴.

³³³ TLC Canadá-Perú Arts. 824, 825, 847, Anexo 824.1 [C-0001].

³³⁴ RfA ¶¶ 41 – 65; C-I ¶¶ 102 – 115; TLC Canadá-Perú Arts. 824, 825, 847, Anexo 824.1 [C-0001]; Notificación de la intención de someter una reclamación a arbitraje al amparo del Tratado de Libre Comercio entre Canadá y la República del Perú (3 de febrero de 2014) [C-0007]; Certificados de Continuación y Vigencia de Persona Jurídica para Bear Creek Mining Corporation (17 de septiembre de 2013) [C-0008]; Contratos de transferencia de derechos mineros entre Jenny Karina Villavicencio Gardini y Bear Creek Mining Company, Sucursal del Perú, 3 de diciembre de 2007 [C-0015]; Formulario de Información Anual de Bear Creek Mining Corporation para el ejercicio finalizado el 1 de diciembre de 2013, 3 de abril de 2014 en 1 – 4 [C-0023]; Certificado de Vigencia de Persona Jurídica *Bear Creek Exploration Company Ltd.*, 1 de mayo de 2015 [C-0128]; Registro Central de Valores *Bear Creek Exploration Company Ltd.*, 1 de mayo de 2015 [C-0129]; Registro de Personas Jurídicas – Libro de sociedades Mercantiles/Sucursales – Vigencia de Persona Jurídica *Bear Creek Mining Company, Sucursal del Perú*, 28 de abril 2015 [C-0130]; Certificado de Vigencia de Persona Jurídica *BCMC Corani Holdings Ltd.*, 1 de mayo de 2015 [C-0131]; Registro Central de Valores *BCMC Corani Holdings Ltd.*, 1 de mayo de 2015 [C-0132]; Certificado de Vigencia de Persona Jurídica y Registro de Miembros de *Bear Creek (BVI) Limited*, 22 de abril de 2015 [C-0133]; Certificado de Vigencia de Persona Jurídica y Registro de Miembros de *Bear Creek (BVI) Limited*, 22 de abril de 2015 [C-0134]; Registro de Personas Jurídicas – Libro de sociedades Mercantiles/Sucursales – Vigencia de Persona Jurídica *Bear Creek Mining S.A.C.*, 28 de abril de 2015 [C-0135]; *Siemens A. G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, 6 de febrero de 2007 ¶ 205 [CL-0031]; *Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs c. Georgia*, Caso CIADI Nos. ARB/05/18 y ARB/07/15, Laudo, 3 de marzo de 2010 ¶ 2 [CL-0032]; *BG Group Plc c. República Argentina*, Laudo CNUDMI, 24 de diciembre de 2007 ¶¶ 125, 138 [CL-0033]; *GAMI Investments, Inc. c. Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN CNUDMI, Laudo Definitivo, 15

273. La Demandada sostiene que el Tribunal carece de jurisdicción sobre las reclamaciones de la Demandante.
274. Las siguientes secciones resumen los argumentos de las Partes relacionados con las excepciones a la jurisdicción de la Demandada.

A. SI EXISTE UNA INVERSIÓN QUE LE CONFIERA JURISDICCIÓN AL TRIBUNAL

1. Argumentos de la Demandada

275. Aun en el supuesto de que el Tribunal determine que ostenta jurisdicción sobre inversiones ilegales y de mala fe, la supuesta inversión de la Demandante no es válida en virtud de la legislación peruana, lo que significa que el presente Tribunal carece de jurisdicción en tanto no existe inversión sobre la cual basar una reclamación conforme a un tratado. Las concesiones obtenidas en violación del Artículo 71 de la Constitución regresan al Estado. En la actualidad el plan de la Demandante es objeto de análisis por parte de un tribunal nacional, y podría redundar en que se le quiten a la Demandante los derechos de la concesión en su totalidad, tal como lo requiere el Artículo 71. No es necesario que el Tribunal espere a una decisión del poder judicial peruano – en cambio, puede determinar por sí que la adquisición de Santa Ana violó la legislación peruana³³⁵.
276. Con posterioridad a la Audiencia y en respuesta a las preguntas del Tribunal “*De las dos razones invocadas por la Demandada para el Decreto 032, ¿podría este Decreto haber sido emitido también legalmente, si solo pudiera establecerse una de las dos razones: (i) solo la supuesta ilegalidad de la Solicitud de la Demandante o solo el malestar que existía en ese momento?*” y “*(f) ¿Se denegó a la Demandante el debido proceso durante el procedimiento conducente a la promulgación del Decreto Supremo 032, u otro derecho?*”³³⁶ [Traducción del Tribunal] La Demandada explicó que el Estado

de noviembre de 2004 ¶ 33 [CL-0034]; Abby Cohen Smutny, *State Responsibility and Attribution/When is a State Responsible for the Acts of State Enterprises?* ‘Emilio Agustín Maffezini c. El Reino de España’ en *INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION: LEADING CASES FROM THE ICSID, NAFTA, BILATERAL TREATIES AND CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW 17* (Todd Weiler ed., Cameron, mayo de 2005) [CL-0035]; *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo de 2005 ¶ 124 [RLA-010].

³³⁵ R-I ¶¶ 215 – 216; R-II ¶¶ 421 – 423; RPHB-I ¶ 94; Constitución del Perú, Art. 71, Arts. 138 - 139 [R-001]; Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley No. 29158 [R-103]; Segundo Informe Rodríguez-Mariátegui ¶ 15 [REX-009].

³³⁶ RP-10 ¶ 2.1.4 (d), (f).

ostenta el derecho discrecional de reconsiderar y revocar declaraciones de necesidad pública anteriores. Una revocación no confisca bienes del titular de la concesión, en cambio, simplemente impide que el tenedor de la concesión los utilice durante el curso de los procesos judiciales³³⁷. En este caso, la Demandada descubrió que (1) la Demandante había violado la Constitución al obtener la declaración de necesidad pública y (2) que la premisa de que el Proyecto Santa Ana mejoraría el bienestar público de las comunidades locales fue sumamente errónea. La eliminación de cualquiera de estas bases de sustento podría haber justificado la decisión de revocar la declaración de necesidad pública³³⁸. La Demandada solo adoptó la medida que devino inmediatamente necesaria para abordar ambas circunstancias³³⁹.

2. Argumentos de la Demandante

277. No existe sustento alguno para la postura de la Demandada. El TLC y el Convenio CIADI son los instrumentos jurídicos relevantes que rigen la jurisdicción del presente Tribunal, incluido la definición de “*inversión*”. La legislación interna de la Demandada no tiene incidencia alguna en la definición de “*inversión*” a los fines de obtener protección al amparo del TLC. Por lo tanto, el argumento de la Demandada de que el presente Tribunal debería tomar una determinación en materia de jurisdicción con base en la legalidad de la inversión de Santa Ana como una cuestión de derecho peruano debería desestimarse con efecto inmediato³⁴⁰.
278. Como bien sabe la Demandada, otros tribunales han rechazado sistemáticamente el argumento de la Demandada de que el derecho nacional rige la definición de “*inversión*”. El tribunal en *Convial*

³³⁷ RPHB-I ¶ 94; RPHB-II ¶¶ 28 – 29; Primer Informe Eguiguren ¶ 70, Sección IV [REX-001]; Informe Danos Sección IV.A [REX-006]; Segundo Informe Eguiguren ¶¶ 19 -20, 23 – 30, 36 – 38 [REX-007].

³³⁸ R-I § 11.D; R-II § II.D.4; RPHB-I ¶¶ 95 – 98; Tr. 924:3-7 (Zegarra); Tr. 811:15-20 (Gala); Exposición de motivos para el Decreto Supremo No. 083 de 2007 en 2 [R-032]; Primer Informe Eguiguren ¶ 33 [REX-001]; Declaración Testimonial de Fernández ¶¶ 24, 26 [RWS-4].

³³⁹ RPHB-II ¶ 29.

³⁴⁰ C-II ¶¶ 231, 232; C-III ¶¶ 154, 160; R-II ¶¶ 421 – 423; TLC Canadá-Perú §§ 824 – 825, 847 [C-0001]; *Asian Agric. Prods., Ltd. (AAPL) c. Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, Laudo Definitivo, 27 de junio de 1990, 30 I.L.M. 580, (1991) ¶ 54 [CL-0036]; Rudolf Dolzer y Christopher Schreuer, *PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* (Oxford University Press, 2da. ed. 2012) [CL-0168]; Convenio CIADI, Reglamento y Reglas, abril de 2006 [CL-0175]; *Convial Callao S.A. Y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/10/2, Laudo Definitivo, 21 de mayo de 2013 ¶¶ 372 – 373, 381 [RLA-087].

Callao y otros c. Perú rechazó expresamente la afirmación de Perú y aplicó la definición de “inversión” contenida en el TBI pertinente y el Convenio CIADI, sin referencia a la legislación peruana, para evaluar si existía una inversión dentro del sentido de ese tratado³⁴¹. El tribunal de *Saba Fakes* rechazó taxativamente el argumento de que una inversión “ilegal” o una que no fue realizada de “buena fe” no se encontraba dentro de la definición de “inversión” del Artículo 25(1) del Convenio CIADI³⁴². En el caso que nos ocupa, el TLC y el Convenio CIADI son los instrumentos relevantes al efecto de determinar si existe una inversión. Constituyen *lex specialis* y prevalecen sobre cualquier otra fuente de derecho aplicable a la controversia. El presente Tribunal no debería recurrir a la legislación peruana, especialmente ya que el TLC no exige la aplicación de la legislación peruana a la definición de “inversión” y no contiene un requisito expreso de legalidad. Importar este requisito al TLC y al Convenio CIADI importaría violencia en ambos acuerdos³⁴³.

279. En cualquier caso, la Demandada no ha satisfecho su carga de probar que ha existido una violación de la legislación peruana³⁴⁴. No existe duda alguna de que la Demandante ejerció su opción legalmente en virtud de los Contratos de Opción solo después de haber obtenido el Decreto Supremo 083³⁴⁵. El hecho de que *ex post facto* la Demandada haya tildado a la adquisición de las concesiones de Santa Ana como “ilegal” no es más que un intento de evitar las consecuencias de su conducta ilícita³⁴⁶.
280. En la medida que la Demandada alega que los derechos de la Demandante regresarían al Estado si un tribunal nacional en Perú determina que la adquisición por parte de la Demandante de las concesiones de Santa Ana fue ilegal, el Tribunal debería observar que este argumento le concede a la Demandante la titularidad de las concesiones de Santa Ana, que constituyen una inversión protegida en virtud del

³⁴¹ C-III ¶ 155; *Saba Fakes c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/07/20, Laudo, 14 de julio de 2010 ¶ 112 [CL-0174]; *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009 [RLA-020]; *Convia Callao S.A. Y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/10/2, Laudo Definitivo, 21 de mayo de 2013 ¶¶ 381 – 394 [RLA-087].

³⁴² C-III ¶ 156; *Saba Fakes c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/07/20, Laudo, 14 de julio de 2010 ¶ 114 [CL-0174].

³⁴³ C-II ¶ 232; C-III ¶ 157.

³⁴⁴ C-II ¶ 233; C-III ¶ 158.

³⁴⁵ C-II ¶ 233.

³⁴⁶ *Íd.* en 234; Entrevista al Ing. Fernando Gala, Presidente del Consejo de Minería, Pontificia Universidad Católica del Perú, 18 de noviembre de 2013 [C-0197].

TLC y el Convenio CIADI³⁴⁷. La determinación de ilegalidad por parte de un tribunal nacional no es vinculante para un tribunal de inversión, que se encuentra obligado a cumplir su mandato independiente y a realizar su propia evaluación de hechos y de derecho³⁴⁸.

281. Con posterioridad a la Audiencia y en respuesta a la pregunta (d) del Tribunal “*De las dos razones invocadas por la Demandada para el Decreto 032, ¿podría este Decreto haber sido emitido también legalmente, si solo pudiera establecerse una de las dos razones: (i) solo la supuesta ilegalidad de la Solicitud de la Demandante o solo el malestar que existía en ese momento?*” [Traducción del Tribunal], la Demandante explicó que, aun si existió una violación del Artículo 71, esto no debería haber redundado en una revocación del Decreto Supremo 083. Incluso el experto de la Demandada estuvo de acuerdo en que una violación del Artículo 71 no justifica la expropiación, y definitivamente sin un debido proceso o compensación³⁴⁹. Además, y también en respuesta a la pregunta (b) del Tribunal “*¿La Demandante realizó todas las divulgaciones requeridas al presentar su solicitud de un Decreto de Necesidad Pública? En caso negativo, ¿cuáles son las consecuencias para este caso, incluso para la jurisdicción del Tribunal?*” [Traducción del Tribunal], la Demandante alegó que cualquier supuesta ilegalidad no fue tan seria o manifiesta como para socavar la jurisdicción del Tribunal³⁵⁰.

³⁴⁷ C-III ¶ 159; R-II ¶¶ 421 – 423, R.Prov.M.-II ¶ 6.

³⁴⁸ *Íd.*

³⁴⁹ RP-10 ¶ 2.1.4(d); CPHB-I ¶ 70; Segundo Informe Bullard ¶¶ 138 – 142 [CEX-005] (*compárese* caso que involucró a Zijin: Decreto Supremo 024-2008-DE, 27 de diciembre de 2008 [C-0204]; Informe Anual de Monterrico Metals Plc correspondiente al año 2007 [C-0205]; Archivo de Título del Registro No. C00011 del Expediente No. 11352728 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima [C-0206]; *El nuevo CEO de Monterrico participó de una audiencia con el Ministro de Energía y Minas del Perú* [Traducción del Tribunal], Comunicado de Prensa del Consorcio Zijin, 11 de junio de 2007 [C-0207]; *El embajador de China en Perú, Gao Zhengyue investigó a la empresa Majaz* [Traducción del Tribunal], Comunicado de Prensa del Consorcio Zijin, 11 de junio de 2007 [C-0208]; Congreso del Perú, *Legalidad y problemática de la empresa minera Majaz en los territorios de las comunidades campesinas de Segunda y Cajas y Yanta en las Provincias de Huancabamba y Ayabaca en la Región Piura*, 9 de mayo de 2008 [C-0254]; Tr. 1261:21 – 1262:7 (Rodríguez-Mariátegui).

³⁵⁰ RP-10 ¶ 2.1.4(b); CPHB-I ¶¶ 50 – 51; R-II ¶ 364; *Waguih Elie George Siag y otros c. La República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/15, Laudo, 1 de junio de 2009 ¶¶ 325 – 326 [CL-0085]; *Wena Hotels Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/98/4, Laudo, 8 de diciembre de 2000, 41 ILM 896 (2002) ¶ 117 [CL-0147]; *Liman Caspian Oil BV y NCL Dutch Investment BV c. República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/07/14, Laudo (Extractos), 22 de junio de 2010 ¶ 194 [CL-0169]; *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. c. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/11/24, Laudo, 30 de marzo de 2015 ¶¶ 481 – 82 [RLA-017]; *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo, 2 de agosto de 2006 ¶ 244 [RLA-021]; *David Minnotte y Robert Lewis c. República de Polonia*, Caso CIADI No. ARB(AF)/10/1, Laudo, 16 de mayo de 2014 ¶ 133 [RLA-024]; *Convial Callao S.A. y CCI – Compañía de Concesiones de*

3. El razonamiento del Tribunal

282. El Artículo 847 del TLC prevé una definición expresa y amplia del término “*inversión*”, y es obligatorio aplicarla en el presente caso. El Artículo dispone lo siguiente:

inversión significa:

(a) *una empresa;*

[...]

(g) *bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales;*
y

(h) *la participación que resulte del compromiso de capital u otros recursos en el territorio de una Parte para el desarrollo de una actividad económica en el territorio de dicha Parte, tales como los siguientes:*

(i) *contratos que involucran la presencia de la propiedad de un inversionista en territorio de la Parte, incluidos, los contratos de llave en mano o de construcción, o las concesiones, o [...]*

283. No se controvierte que en el momento de la supuesta violación del TLC por Decreto Supremo 032 publicado el 25 de junio de 2011, la Demandante ostentaba, por Decreto Supremo 083, una declaración de necesidad pública que autorizaba expresamente a la Demandante a adquirir y ostentar la posesión de las concesiones y derechos sobre minas y recursos complementarios, a adquirir derechos mineros, y a participar en actividades mineras. Tampoco se controvierte que, con posterioridad a la adopción del Decreto Supremo 083 en el año 2007, la Demandante adquirió siete concesiones mineras y dio curso a una gran cantidad de actividades en las comunidades locales (aunque estas no fueron suficientes en opinión de la Demandada). Según se reflejara en las presentaciones de las Partes sobre el cálculo de la indemnización por daños, la Demandada reconoce que la Demandante erogó aproximadamente USD 18 millones después de noviembre de 2007³⁵¹.

284. Estas autorizaciones gubernamentales y los costes resultantes en los que incurriera la Demandante deben ser considerados como “*la participación que resulte del compromiso de capital u otros*

Infraestructura S.A. c. República del Perú, Caso CIADI No. ARB/10/2, Laudo Definitivo, 21 de mayo de 2013 ¶ 420 [RLA-087]; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas [I]*, Caso CIADI No. ARB/03/25, Laudo, 16 de agosto de 2007 ¶¶ 396, 477, 479 [RLA-091]; *Ioannis Kardassopolos c. Georgia*, Caso CIADI No. ARB/05/18, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de julio de 2007 ¶ 229 [RLA-092]; *InterTrade Holding GmbH c. República Checa*, Caso CPA No. 2009-12, Laudo Definitivo, 28 de mayo de 2012 ¶ 138 [RLA-094].

³⁵¹ RPHB-I ¶¶ 106 – 107.

recursos en el territorio de una Parte para el desarrollo de una actividad económica en el territorio de dicha Parte, tales como los siguientes: (i) contratos que involucran la presencia de la propiedad de un inversionista en territorio de la Parte, incluidos, los contratos de llave en mano o de construcción, o las concesiones, o [...]”.

285. En consecuencia, el Tribunal arriba a la conclusión de que la Demandante realizó “inversiones” dentro del significado del TLC, y que debe ser tratada como “inversionista”.

B. SI LA DEMANDANTE OSTENTABA LOS DERECHOS SOBRE LOS QUE BASA SU RECLAMACIÓN

1. Argumentos de la Demandada

286. El presente Tribunal carece de jurisdicción porque la Demandante no es titular de las inversiones sobre las que basa su reclamación. Aun si el presente Tribunal determina que la Demandante obtuvo legalmente algunos derechos en Santa Ana, la Demandante nunca adquirió el derecho a operar un “proyecto minero” o un “derecho de extracción” [Traducción del Tribunal], sobre el que basa su reclamación. A lo sumo, la Demandante ostentaba un derecho exclusivo a procurar obtener un derecho de extracción y a desarrollar un proyecto minero. Ya que la Demandante no puede establecer que ostentaba la titularidad y control del derecho de extracción en Santa Ana, el Tribunal no puede declararse competente³⁵².

287. A la Demandante le corresponde la carga de probar la titularidad de las inversiones sobre las que basa su reclamación³⁵³. Sin embargo, la Demandante hace referencia a su inversión como un proyecto “minero” [Traducción del Tribunal]. La Demandante nunca ha emprendido la “explotación minera” [Traducción del Tribunal] en Santa Ana, ni ha ostentado alguna vez el derecho a hacerlo. La Demandante nunca ha construido u operado una mina en Perú ni en ningún otro lugar – participa del

³⁵² R-I ¶¶ 217, 220; R-II ¶¶ 424 – 425; *Vito G. Gallo c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 55798, Laudo, 15 de septiembre de 2011 ¶ 328 [RLA-025]; *Emmis International Holding, B.V., Emmis Radio Operating, B.V., y MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi és Szolgáltató Kft. c. Hungría*, Caso CIADI No. ARB/12/2, Laudo, 16 de abril de 2014 ¶¶ 171 – 173 [RLA-026].

³⁵³ R-I ¶ 218; *Vito G. Gallo c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 55798, Laudo, 15 de septiembre de 2011 ¶ 328 [RLA-025]; *Emmis International Holding, B.V., Emmis Radio Operating, B.V., y MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi és Szolgáltató Kft. c. Hungría*, Caso CIADI No. ARB/12/2, Laudo, 16 de abril de 2014 ¶¶ 171 – 173 [RLA-026].

negocio de exploración minera y no ha aportado evidencia alguna de que tenga las habilidades para construir y operar una mina³⁵⁴.

288. La Demandante nunca avanzó más allá de las etapas iniciales del extenso y complejo proceso regulatorio de aprobación al efecto de la obtención de un permiso minero³⁵⁵. La obligación de la Demandante de solicitar y obtener un gran número de permisos y aprobaciones antes de explotar y extraer plata en Santa Ana no es formalmente objeto de controversia³⁵⁶. Todo el argumento de la Demandante presupone una inversión que incluye el derecho a la extracción tanto en Santa Ana como en Corani, y la Demandante no ostentaba este derecho³⁵⁷. La afirmación de la Demandante de que su titularidad de las concesiones le otorga el derecho a “*explorar y explotar recursos minerales*” y al “*uso y disfrute de... los productos que se extraen*” [Traducción del Tribunal] no es correcta. El hecho de que la Demandante no estableciera que ostentaba derechos sobre los que basa su reclamación persiste y es gravísimo para la jurisdicción³⁵⁸.

2. Argumentos de la Demandante

289. Hay cuatro motivos por los que el presente Tribunal debe rechazar el argumento de la Demandada de que el Tribunal carece de jurisdicción ya que la Demandante supuestamente nunca obtuvo el derecho a operar un proyecto minero en Santa Ana. Primero, en el marco del derecho en materia de inversiones, no se controvierte que una inversión normalmente se componga de diversas actividades económicas interrelacionadas que no deberían considerarse en forma aislada. Al argumentar su caso, la Demandada procura circunscribir y minimizar el alcance y carácter de la inversión protegida de la Demandante en el Estado Demandado. Este argumento malinterpreta e ignora (1) la determinación de necesidad pública que autoriza expresamente a la Demandante a adquirir derechos mineros en la región fronteriza, (2) la adquisición por parte de la Demandante de concesiones mineras que abarcaban el Proyecto Santa Ana y el Proyecto Corani, (3) los años que la Demandante dedicó a los costosos esfuerzos de exploración y desarrollo en el Estado Demandado, y que estos esfuerzos (4)

³⁵⁴ R-I ¶ 219.

³⁵⁵ *Íd.*

³⁵⁶ R-II ¶ 426.

³⁵⁷ R-I ¶ 221.

³⁵⁸ *Íd.*; R-II ¶¶ 426 – 427.

tuvieran como resultado el descubrimiento de mineralización significativa de plata en la zona. El intento de la Demandada de centrarse en un único aspecto de la inversión de la Demandante, excluyendo la totalidad de su inversión debe rechazarse³⁵⁹.

290. Segundo, en todos los momentos relevantes, la Demandante ostentaba los derechos sobre los que basa su reclamación. Tal como explicara el Prof. Bullard, la Demandante adquirió los derechos de propiedad sobre las concesiones mineras después de que obtuvo la declaración de necesidad pública de conformidad con la legislación peruana, mediante contratos de opción válidos. Tal como lo explicara el experto peruano en materia de derecho minero y ex Ministro de Energía y Minas, Hans Flury, las concesiones conllevan diversos derechos, incluido el derecho a ser titular y explotar concesiones mineras, que forman la base de su reclamación en el presente caso³⁶⁰. La Demandada vincula la existencia de estos derechos con la necesidad de obtener permisos y licencias para construir y operar una mina. Sin embargo, la Demandada ha admitido en el presente procedimiento que la Demandante ostentaba la titularidad de concesiones mineras y derechos mineros en el Estado Demandado, tras haber explicado que “*un posible resultado del juicio del MINEM fue la restitución de los derechos mineros a Perú*”³⁶¹ [Traducción del Tribunal]. El Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima confirmó también que los derechos fueron otorgados³⁶².
291. El argumento de la Demandada ignora el lenguaje normativo, los propios expertos en derecho de la Demandada, y los hechos del caso – demuestran que la Demandante ostentaba un conjunto comprobable de derechos que forman la base de su reclamación³⁶³. La Ley General de Minería del Perú dispone que las concesiones otorgan “[*al*] titular el derecho a la exploración y explotación de

³⁵⁹ C-II ¶¶ 235 – 236; C-III ¶¶ 166 – 167; Decreto Supremo No. 083-2007-EM adoptado el 29 de noviembre de 2007 [C-0004]; Contratos de transferencia de derechos mineros suscritos entre Jenny Karina Villavicencio Gardini y Bear Creek Mining Company, Sucursal del Perú, 3 de diciembre de 2007 [C-0015]; Petición de Bear Creek al MINEM solicitando autorización para adquirir derechos mineros ubicados en la zona fronteriza, 4 de diciembre de 2006 (ACTUALIZACIÓN presentada con C-III) [C-0017].

³⁶⁰ C-II ¶ 237; Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, Ley No. 26821 [R-142]; Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero, Decreto Legislativo No. 708, de fecha 13 de noviembre de 1991 [Flury-002]; Decreto Supremo 014-92-EM [Bullard-31].

³⁶¹ C-II ¶ 238; R.Prov.M.-II ¶ 30.

³⁶² C-II ¶ 238; Sentencia en la Acción de Amparo No. 28, Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, 12 de mayo de 2014 [C-0006].

³⁶³ C-III ¶¶ 161 – 162.

los recursos”³⁶⁴. La Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales establece que “la concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido” y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse³⁶⁵. Los expertos de las Partes coinciden también en que el titular de una concesión ostenta el derecho exclusivo a explorar y producir los recursos minerales en cuestión³⁶⁶. La Demandante no controvierte que exista un proceso de autorización. Pero, la cuestión en el caso que nos ocupa consiste en determinar si, en virtud de ostentar la titularidad de las concesiones, la Demandante era titular de los derechos de exploración y explotación dentro de las áreas de concesión. La respuesta a esa pregunta es “sí”. El otro experto de la Demandada, el Sr. Jorge Danos Ordóñez, opina que el Decreto Supremo 083 le otorgó a la Demandante el derecho a adquirir la propiedad, que la Demandante ha explicado en detalle que lo hizo legalmente mediante el ejercicio de los Contratos de Opción con posterioridad al dictado del Decreto Supremo 083³⁶⁷.

292. Tercero, aun si la Demandante solo tuviera un proyecto de exploración minera, eso todavía constituiría una inversión protegida ya que se encuentra dentro de la definición de inversión del TLC³⁶⁸.
293. Cuarto, en virtud del derecho internacional, un estado no puede beneficiarse de su propio ilícito³⁶⁹. En el caso que nos ocupa, la Demandada no puede alegar que la Demandante no ostentaba el derecho de extracción, cuando fueron las propias acciones de la Demandada las que frustraron el desarrollo del Proyecto e impidieron que la Demandante obtuviera los permisos y autorizaciones necesarios³⁷⁰.

³⁶⁴ *Íd.* en ¶ 163; Decreto Supremo 014-92-EM [**Bullard-31**].

³⁶⁵ C-III ¶ 163; Las más de 30 horas que Walter Aduviri pasó en Panamericana [**R-0124**].

³⁶⁶ C-III ¶ 164; Segundo Informe Rodríguez-Mariátegui ¶¶ 2(a), 9, 11, 19, 21 [**REX-009**].

³⁶⁷ *Íd.* en ¶¶ 165, 167.

³⁶⁸ C-II ¶ 239; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 ¶ 116 [**CL-0040**]; *Phillips Petroleum Company Iran c. República Islámica de Irán, Tribunal de Reclamaciones de Irán-EE. UU.*, Caso No. 39, Cámara 2, Laudo No. 425-39-2, 29 de junio de 1989 ¶ 105 [**CL-0049**].

³⁶⁹ C-II ¶ 240; Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, (Cambridge University Press, 2006) ¶ 149 [**CL-0176**]; *Caso Relativo a la Fábrica de Chorzów (Alemania c. Polonia)*, 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 9 (26 de julio de 1927) ¶ 87 [**CL-0177**].

³⁷⁰ C-II ¶ 240; Primer Informe Flury ¶ 113 [**CEX-006**].

294. La Demandada ha citado al laudo de *Gallo* para la premisa general de que la titularidad o control de una inversión es necesario para activar las protecciones de un TBI. En ese caso, que no es aplicable, el demandante no proporcionó evidencia escrita alguna que muestre la fecha en la cual supuestamente adquirió una inversión y el tribunal arribó a la conclusión de que el demandante no había probado la fecha en la cual adquirió la titularidad y control de la inversión. Sin embargo, en el presente caso la Demandante ha presentado pruebas concluyentes de su titularidad, incluyendo documentación escrita y declaraciones testimoniales³⁷¹.

3. El razonamiento del Tribunal

295. La Demandada alega que “[a]un si el presente Tribunal de algún modo determina que la Demandante obtuvo legalmente algún conjunto de derechos en Santa Ana, la Demandante nunca adquirió el derecho a operar un “proyecto minero” o un “derecho de extracción” sobre el que basa sus reclamaciones[.]”³⁷² [Traducción del Tribunal]. Aunque la Demandada admite expresamente que “[a] lo sumo, [la Demandante] ostentaba un derecho exclusivo a procurar obtener un derecho de extracción y a desarrollar un proyecto minero”³⁷³ [Traducción del Tribunal]. Según la opinión del Tribunal, lo último es suficiente para confirmar su jurisdicción.

296. En efecto, no se controvierte que una inversión normalmente se componga de diversas actividades económicas interrelacionadas que, paulatinamente, finalmente conduzcan a la implementación de un proyecto, por ejemplo, la actividad minera. Tal como señalara la Demandante, las diligencias ya obtenidas y completadas fueron (1) la determinación de necesidad pública que autorizara expresamente a la Demandante a adquirir derechos mineros en la región fronteriza, (2) la adquisición por parte de la Demandante de concesiones mineras que abarcaban el Proyecto Santa Ana y el Proyecto Corani, (3) los años que la Demandante dedicó a los costosos esfuerzos de exploración y desarrollo en el Estado Demandado, y que estos esfuerzos (4) tuvieran como resultado el descubrimiento de mineralización significativa de plata en la zona.

297. No puede caber duda alguna de que estos hechos den lugar a “la participación que resulte del compromiso de capital u otros recursos en el territorio de una Parte para el desarrollo de una

³⁷¹ C-III ¶ 169.

³⁷² R-II ¶ 424.

³⁷³ *Íd.* en ¶ 425.

actividad económica en el territorio de dicha Parte, tales como los siguientes: (i) [...] concesiones...”, dentro del sentido del Artículo 847 del TLC. Aunque la definición pertinente de inversión debe tomarse del TLC, es dable observar que, en el derecho interno del Perú, tanto la Constitución del Perú (Artículo 66) como la Ley General de Minería (Artículo 10) definen a los derechos de concesión como un “derecho real”³⁷⁴.

298. Por lo tanto, el Tribunal arriba a la conclusión de que la Demandante ostentaba derechos que le conceden al presente Tribunal jurisdicción para dirimir las reclamaciones planteadas.

C. LA NORMA JURÍDICA: SI LA LEGALIDAD O BUENA FUE CONSTITUYE UNA PRECONDICIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN POR PARTE DEL TRIBUNAL

1. Argumentos de la Demandada

299. Los tribunales de arbitraje en materia de inversiones carecen de jurisdicción sobre las reclamaciones que se basan en inversiones realizadas en violación del (1) derecho interno o (2) el principio de buena fe del derecho internacional. La supuesta inversión de la Demandante viola ambos. El tribunal de *Inceysa*, citado por *Plama*, reconoció que extender las protecciones del tratado a las inversiones realizadas de mala fe o en violación del derecho interno recompensaría a la conducta indebida de los inversionistas, en violación del principio de *nemo auditor propriam turpitudinem allegans* – nadie puede beneficiarse de su propio ilícito. Sería inapropiado que el Tribunal otorgue jurisdicción ya que hacerlo violaría el principio del derecho internacional de que una demandante no puede beneficiarse de su propio ilícito³⁷⁵.

³⁷⁴ Constitución Política del Perú sancionada el 29 de diciembre de 1993, Edición Oficial y traducción al idioma inglés, Art. 66 [C-0024]; Decreto Supremo 014-92-EM [Bullard-31].

³⁷⁵ R-I ¶¶ 199 – 204, 206; R-II ¶ 365; RPHB-I ¶ 75; *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008 ¶¶ 138 – 146 [CL-0104]; *Flughafen Zürich A.G. y otros c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/19, Laudo, 18 de noviembre de 2014 ¶ 132 [CL-0112]; *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. c. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/11/24, Laudo, 30 de marzo de 2015 ¶¶ 372 – 373 [RLA-017]; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Federación Rusa*, Caso CPA No. AA 227, Laudo Definitivo, 18 de julio de 2014 ¶ 1352 [RLA-018]; *Khan Resources Inc., y otros c. Gobierno de Mongolia*, CNUDMI, Decisión sobre Jurisdicción, 25 de julio de 2012 ¶ 383 [RLA-019]; *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009 ¶¶ 101 – 106 [RLA-020]; *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo, 2 de agosto de 2006 ¶¶ 101 – 122, 231, 239 – 242 [RLA-021]; *Gustav F W Hamster GmbH & Co KG c. República de Ghana*, Caso CIADI No. ARB/07/24, Laudo, 18 de junio de 2010 ¶¶ 123 – 124 [RLA-022]; *SAUR International S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/4, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 6 de junio de

300. El consenso internacional impone que la Demandante deba establecer la legalidad de su inversión, de lo contrario, no le asiste el derecho a invocar las protecciones sustantivas del TLC³⁷⁶. Se ha citado la deliberación del requisito de legalidad de *Phoenix Action* con aprobación de al menos otros siete tribunales de arbitraje en materia de inversiones³⁷⁷.

*“La lección fundamental es que el objeto de la protección internacional a través de un arbitraje CIADI no puede otorgarse a inversiones que se realicen contrario a derecho. El hecho de que una inversión sea en violación de las leyes del Estado receptor puede ser manifiesto y, por lo tanto, permitirá que el Tribunal deniegue su jurisdicción”*³⁷⁸. [Traducción del Tribunal]

301. El tribunal de *Hamester*, en lo que la Demandante desestima como “*elucubraciones*” [Traducción del Tribunal], estableció lo siguiente:

*“Una inversión no será protegida si ha sido creada en violación de principios nacionales o internacionales de buena fe, mediante corrupción, dolo, o conducta fraudulenta, o si su propia creación constituye un uso indebido del sistema de protección de inversiones internacionales al amparo del Convenio CIADI. Tampoco estará protegida si se realiza en violación de la legislación del Estado receptor (tal como detallara, por ejemplo, el tribunal en Phoenix [Action])”*³⁷⁹. [Traducción del Tribunal]

302. El requisito de legalidad no surge de una disposición específica del tratado, sino del *corpus* del

2012 ¶ 308 [RLA-023]; *David Minnotte and Robert Lewis c. República de Polonia*, Caso CIADI No. ARB(AF)/10/1, Laudo, 6 de mayo de 2014 ¶ 131 [RLA-024].

³⁷⁶ *Íd.*

³⁷⁷ R-II ¶¶ 367; *Flughafen Zürich A.G. y otros c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/19, Laudo, 18 de noviembre de 2014 ¶ 132 [CL-0112]; *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. c. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/11/24, Laudo, 30 de marzo de 2015 ¶ 373 [RLA-017]; *Yukos Universal Limited (Isla de Man) c. Federación Rusa*, Caso CPA No. AA 227, Laudo Definitivo, 18 de julio de 2014 [RLA-018]; *Khan Resources Inc., y otros c. Gobierno de Mongolia*, CNUDMI, Decisión sobre Jurisdicción, 25 de julio de 2012 ¶¶ 382 – 383 [RLA-019]; *SAUR International S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/4, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 6 de junio de, 2012 ¶ 308 [RLA-023]; *Veteran Petroleum Limited (Chipre) c. Federación Rusa*, Caso CPA No. AA 228, Laudo Definitivo, 18 de julio de 2014 [RLA-084]; *Achmea B.V. (Anteriormente Eureka B.V.) c. República Eslovaca [I]*, Caso CPA No. 2008-13, Laudo Definitivo, 7 de diciembre de 2012 [RLA-086]; *Convial Callao S.A. y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/10/2, Laudo Definitivo, 21 de mayo de 2013 [RLA-087]; *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, Caso CIADI No. ARB/10/3, Laudo, 4 de octubre de 2013 [RLA-088].

³⁷⁸ R-II ¶ 367; *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009 ¶¶ 100, 102 [RLA-020].

³⁷⁹ R-II ¶ 368; *Gustav F W Hamester GmbH y Co KG c. República de Ghana*, Caso CIADI No. ARB/07/24, Laudo, 18 de junio de 2010 ¶ 123 [RLA-022].

derecho internacional y la jurisprudencia persuasiva del arbitraje internacional. Es, lo que el tribunal en *Hamester* denominó un “*principio general [] que existe independientemente del lenguaje específico en este sentido en el Tratado*” [Traducción del Tribunal]. Otros tribunales han coincidido, basándose en los objetivos de la protección de inversiones internacionales en su conjunto³⁸⁰. Estos tribunales reconocen una premisa que debe ser manifiesta: un demandante que adquiere su inversión mediante algún hecho ilícito que haga a la esencia de la inversión no puede ser recompensada con el acceso a los mecanismos de resolución de controversias internacionales en defensa de su inversión ilegal³⁸¹.

303. El tribunal en *Mamidoil* trazó una distinción entre un inversionista que realiza una inversión mediante una actividad ilegal (tal como hiciera la Demandante en este caso) y un inversionista que comete actos ilegales relacionados con la inversión, con posterioridad a la realización de dicha inversión. En la última situación, no se ve afectada la jurisdicción. El tribunal en *Mamidoil* advirtió que “*no se puede esperar que un Estado haya dado su consentimiento a un mecanismo arbitral de resolución de controversias para inversiones realizadas en violación de su legislación*”³⁸² [Traducción del Tribunal]. De manera similar, el tribunal en *Liman Caspian Oil c. Kazajstán* arribó a la conclusión de que carecería de jurisdicción sobre una inversión realizada en violación del orden público internacional³⁸³.

³⁸⁰ R-II ¶ 369; *Hesham Talaat M. Al-Warraq c. La República de Indonesia*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 15 de diciembre de 2014 ¶¶ 644 – 648 [CL-0075]; *Flughafen Zürich A.G. y otros c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/19, Laudo, 18 de noviembre de 2014 ¶ 132 [CL-0112]; *Wena Hotels Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/98/4, Laudo, 8 de diciembre de 2000, 41 ILM 896 (2002) ¶ 111 [CL-0147]; *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. c. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/11/24, Laudo, 30 de marzo de 2015 ¶ 372 [RLA-017]; *Yukos Universal Limited (Isla de Man) c. Federación Rusa*, Caso CPA No. AA 227, Laudo Definitivo, 18 de julio de 2014 [RLA-018]; *Khan Resources Inc., y otros c. Gobierno de Mongolia*, CNUDMI, Decisión sobre Jurisdicción, 25 de julio de 2012 ¶ 383 [RLA-019]; *SAUR International S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/4, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 6 de junio de 2012 ¶ 308 [RLA-023]; *David Minnotte and Robert Lewis c. República de Polonia*, Caso CIADI No. ARB(AF)/10/1, Laudo, 16 de mayo de 2014 ¶ 131 [RLA-024]; *Société d’Investigation de Recherche et d’Exploitation Minière (SIREXM) c. Burkina Faso*, Caso CIADI No. ARB/97/1, Laudo, 19 de enero de 2000 ¶ 6.33 [RLA-089].

³⁸¹ R-II ¶ 370; Bin Cheng, *GENERAL PRINCIPLES OF LAW AS APPLIED BY INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS* (Cambridge: Grotius Publications, 1987) 155 [RLA-047bis].

³⁸² R-II ¶ 375; *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. c. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/11/24, Laudo, 30 de marzo de 2015 ¶ 494 [RLA-017].

³⁸³ R-II ¶ 376; *Liman Caspian Oil BV y NCL Dutch Investment BV c. República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/07/14, Laudo (Extractos), 22 de junio de 2010 ¶ 194 [CL-0169].

304. La Decisión sobre Jurisdicción de *Plama* no sustenta la postura de la Demandante sobre el impacto en la jurisdicción de una inversión adquirida de manera ilegal³⁸⁴. La conclusión que ha de aplicarse de esa decisión – así como de *Yukos* o *Khan Resources c. Mongolia* – es que, independientemente de si el Tribunal dirime el caso con base en la jurisdicción o con base en la admisibilidad, la Demandante no tiene derecho a ninguna de las protecciones sustantivas otorgadas por el TLC³⁸⁵. Una aplicación análoga de la decisión en *Malicorp* a las reclamaciones de la Demandante conduciría al Tribunal a arribar a la conclusión de que la revocación de la declaración de necesidad pública por parte de la Demandada estuvo justificada por el descubrimiento de la mala conducta de la Demandante³⁸⁶.
305. Deteriora la credibilidad sugerir que Canadá y Perú pretendieron que su TLC protegiera inversiones ilegales. En este sentido, la Demandante ha citado el Artículo 816 del TLC – una disposición que no guarda relación alguna con el principio del derecho internacional que exige inversiones legales. A lo sumo, el Artículo 816 no hace más que declarar que, si una de las partes del tratado creara “*formalidades especiales*” que especifiquen de qué manera deben establecerse las inversiones en el Estado receptor, estas reglas no deberían dar origen a una violación del estándar de tratamiento nacional, salvo que “*menoscaben significativamente*” las protecciones otorgadas de otro modo a los inversionistas en el TLC. Conceptualmente, el Artículo 816 del TLC constituye una excepción a la disposición de tratamiento nacional del TLC. En contraposición a la postura de la Demandante, el lenguaje no “*excluye de manera explícita*” [Traducción del Tribunal] el requisito de legalidad del TLC³⁸⁷.
306. En respuesta a las preguntas de los Árbitros Sands y Pryles respecto de si el supuesto incumplimiento de la Demandante alcanza el umbral de gravedad que justifique que el Tribunal no ejerza su jurisdicción, la Demandada explicó que primero, el incumplimiento es la violación del Artículo 71

³⁸⁴ R-II ¶ 371.

³⁸⁵ *Íd.* en ¶¶ 371 – 373; *Yukos Universal Limited (Isla de Man) c. Federación Rusa*, Caso CPA No. AA 227, Laudo Definitivo, 18 de julio de 2014 ¶¶ 1352 – 1352 [RLA-018]; *Khan Resources Inc., y otros c. Gobierno de Mongolia*, CNUDMI, Decisión sobre Jurisdicción, 25 de julio de 2012 ¶ 383 [RLA-019]; *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008 ¶ 325(3) [CL-0104].

³⁸⁶ R-II ¶ 374; *Malicorp Limited c. La República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/08/18, Laudo, 7 de febrero de 2011 ¶¶ 116, 119, 125 y ss., 130 – 137, 142 – 143 [CL-0173].

³⁸⁷ R-II ¶¶ 377 – 379; Tratado de Libre Comercio entre Canadá y la República del Perú (Extractos) Art. 816 [R-390]; Chester Brown, *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford University Press (2013) 810 – 811 [CL-0179].

de la Constitución, cuando la Demandante adquirió las Concesiones mediante un apoderado representante o testaferro. Segundo, al hacer esta afirmación, la Demandante también comenzó a mentirles a las poblaciones locales respecto de quién era titular de la tierra y quién proporcionaría los beneficios – la Demandante o la Sra. Villavicencio. La Demandante era consciente de la gravedad de sus afirmaciones a las comunidades y al Gobierno. Como cuestión de derecho, se trató de una violación constitucional, violación que no puede ser subsanada por un Decreto de Necesidad Pública ulterior. La disposición constitucional violada es una que involucra a la seguridad interna y externa y que incluso provocó una respuesta de Bolivia³⁸⁸. La Demandada no considera a los Contratos de Opción como el centro de la violación constitucional. Por el contrario, desde 2004 a 2007 y aun suponiendo que la titularidad fuera indirecta en lugar de directa (debido a la posición de la Sra. Villavicencio en carácter de empleada de la Demandante), todo el plan fue en violación de la Constitución y este plan hace a la esencia de la inversión. La Demandante erogó millones de dólares que no habría erogado si hubiera actuado legalmente. Este proyecto ilegal privó a la Demandada de la oportunidad de ejercer su soberanía en lo que se refiere a la seguridad nacional desde 2004 a 2007. Aunque no existe evidencia de un impacto de hecho en la seguridad nacional en este caso, se debe probablemente a que no hubo una evaluación del mismo, ya que no existió solicitud alguna de un Decreto de Necesidad Pública en el período comprendido entre 2000 y 2006. En el año 2000, el Ministerio de Defensa determinó que la presencia de inversionistas extranjeros en esa zona constituiría una amenaza para la seguridad nacional de la Demandada. El otorgamiento de un Decreto de Necesidad Pública en 2007 no subsana las violaciones pasadas, en tanto uno no puede saber lo que habría dicho el Gobierno en 2004, 2005, o 2006. Cuando se otorgó el Decreto, el Gobierno no tenía conocimiento de la violación constitucional. Se han aportado pruebas que demuestran que, si el Gobierno hubiera tenido conocimiento de la violación, no habría otorgado el Decreto de Necesidad Pública³⁸⁹.

307. Con posterioridad a la Audiencia y en respuesta a la pregunta del Tribunal, “¿La Demandante realizó todas las divulgaciones requeridas al presentar su solicitud de un Decreto de Necesidad Pública? En caso negativo, ¿cuáles son las consecuencias para este caso, incluso para la jurisdicción del

³⁸⁸ Tr. 1926 – 1932 (Respuesta de la Demandada al Árbitro Sands).

³⁸⁹ *Íd.* en 1933 – 1940 (Respuesta de la Demandada al Árbitro Pryles).

Tribunal?”³⁹⁰ [Traducción del Tribunal], la Demandada indicó que no necesita probar el “*dolo*” [Traducción del Tribunal] en el sentido jurídico estricto del término para demostrar que el Tribunal carece de jurisdicción³⁹¹. La Demandada ni siquiera necesita demostrar que la Demandante actuó de mala fe – resulta suficiente que la inversión de la Demandante sea ilegal para privar al Tribunal de jurisdicción³⁹². Ante inversionistas que actuaron de mala fe en el momento de adquirir sus inversiones, en particular mediante tergiversaciones al Gobierno en lo que se refiere a la realización de esa inversión, los tribunales internacionales han rechazado la jurisdicción o han declarado inadmisibles las reclamaciones del inversionista³⁹³. Negar la protección del Tratado sobre la base del orden público internacional es completamente pertinente en el caso que nos ocupa. Habiendo privado a la Demandada del derecho a aceptar o rechazar la inversión, la Demandante no debería beneficiarse de su rango de inversionista protegido³⁹⁴.

2. Argumentos de la Demandante

308. El TLC no contiene un requisito de legalidad o buena fe. El Artículo 816 del TLC sugiere que las Partes Contratantes acordaron que el requisito de legalidad sería excluido del alcance del TLC. El Artículo 816 identifica el requisito de legalidad como una formalidad especial que el Estado receptor tiene derecho a adoptar si así lo desea. Por lo tanto, no se trata de un requisito expreso ni implícito en virtud del TLC³⁹⁵.
309. En virtud del derecho internacional, el Tribunal no puede importar un requisito que limite su jurisdicción cuando las propias partes no especifican requisito alguno. En *Flughafen Zurich*,

³⁹⁰ RP-10 ¶ 2.1.4 (b).

³⁹¹ RPHB-I ¶ 74; RPHB-II ¶¶ 22; *Flughafen Zürich A.G. y otros c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/19, Laudo, 18 de noviembre de 2014 en ¶ 132 [CL-0112]; *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009 at ¶¶ 101, 102 [RLA-020]; *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. República de Ghana*, Caso CIADI No. ARB/07/24, Laudo, 18 de junio de 18, 2010 en ¶ 123 [RLA-022].

³⁹² RPHB-I ¶¶ 77, 107; RPHB-II ¶ 24.

³⁹³ RPHB-II ¶ 23; *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008 ¶¶ 139 – 140 [CL-0104]; *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo, 2 de agosto de 2006 ¶¶ 231 – 239 [RLA-021].

³⁹⁴ RPHB-I ¶ 76; Tr. 1852 – 1855 (R. Closing).

³⁹⁵ C-II ¶ 213; Perú – Tratados Bilaterales de Inversión: TBI Perú-Australia §1, TBI Perú-China § 1, TBI Perú-Suiza § 2(e) [CL-0079]; Rudolf Dolzer y Christopher Schreuer, *PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* (Oxford University Press, 2da. ed. 2012) 93 [CL-0168].

Hamester, y *Phoenix Action*, los TBI aplicables exigían de manera taxativa y unívoca el cumplimiento de la legislación del Estado receptor. Por consiguiente, las elucubraciones de esos tribunales sobre los requisitos del derecho internacional son *dicta*. *Hamester* y *Phoenix Action* también han sido duramente criticados por su falta de razonamiento respecto de la cuestión de ilegalidad como obstáculo jurisdiccional. De manera similar, aunque el tribunal en *SAUR* se pronunció sobre la existencia de un requisito implícito de legalidad y buena fe, no emprendió análisis alguno al efecto de sustanciar esta opinión y, en cualquier caso, rechazó determinar la ilegalidad. En *Inceysa*, el Tribunal observó expresamente que solo podría declarar su incompetencia para entender la demanda de Inceysa porque las partes del tratado habían procurado circunscribir su consentimiento al arbitraje solo para aquellas inversiones realizadas de conformidad con las leyes vigentes en cada estado parte. El tribunal de *Plama* no determinó que el engaño y las tergiversaciones activas del inversionista privaran al tribunal de jurisdicción. En cambio, aunque las alegaciones de ilegalidad plantearon interrogantes sobre el fondo, no afectaron el consentimiento del Estado al arbitraje en virtud del tratado. De manera similar, el tribunal en *Malicorp* determinó que las alegaciones del delito del inversionista no privan necesariamente al tribunal de jurisdicción y son más adecuadas para un análisis sobre el fondo. Las doctrinas de divisibilidad y competencia de la competencia exigen que las alegaciones de ilegalidad se consideren como cuestiones acerca del fondo de la reclamación de un inversionista, en lugar de obstáculos jurisdiccionales. Para determinar si se han de considerar las alegaciones como una cuestión de jurisdicción o fondo, el tribunal de *Minnotte* instó a la consideración de si el supuesto dolo es “*tan manifiesto, y tan íntimamente relacionado con los hechos (como por ejemplo, la realización de una inversión) que forman la base de la jurisdicción de un tribunal como para justificar una desestimación de las reclamaciones in limine por falta de jurisdicción*” [Traducción del Tribunal]. Los hechos son importantes, y sería incorrecto simplemente sacar una conclusión legalista sin una atención rigurosa a las circunstancias en torno a la supuesta ilegalidad. En consecuencia, el presente Tribunal debería considerar las alegaciones de la Demandada de dolo, engaño y mala fe en el contexto del fondo de la reclamación³⁹⁶.

³⁹⁶ C-II ¶¶ 212 – 215, 220 – 226; C-III ¶¶ 116 – 122; R-II ¶ 369; Perú – Tratados Bilaterales de Inversión: TBI Perú-Australia § 1, TBI Perú-China § 1, TBI Perú-Suiza § 2(e) [CL-0079]; *Anatolie Stati y otros c. Kazajstán*, Arbitraje CCE No. 116/2010, Laudo, 19 de diciembre de 2013 ¶ 812 [CL-0080]; *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008 ¶¶ 78, 130, 133, 134, 143 [CL-0104]; *Flughafen Zürich A.G. y otros c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/19, Laudo, 18 de noviembre de 2014 ¶ 131 [CL-0112]; *Sr. Franck Charles Arif c. República de Moldavia*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo, 8 de abril de 2013 ¶ 376 [CL-0113]; Rudolf Dolzer y Christopher Schreuer, *PRINCIPLES OF*

310. Ninguno de los casos citados por la Demandada ha sostenido que un tribunal carecía de jurisdicción únicamente sobre la base de un supuesto requisito implícito de que la inversión del inversionista se realice de buena fe y en cumplimiento de la legislación del Estado receptor. *Mamidoil*, por ejemplo, entrañaba un tratado que contenía un requisito de legalidad expreso, a diferencia del TLC en el presente caso. No obstante, el tribunal de *Mamidoil* determinó que ostentaba jurisdicción sobre la reclamación de la demandante, aunque determinó que la inversión se encontraba viciada por ilegalidad procesal. De manera similar, el tribunal de *Yukos* rechazó dirimir si la supuesta ilegalidad opera como una obstrucción a la jurisdicción o como una obstrucción a las protecciones sustantivas. El tribunal de *Khan Resources* aplazó para la etapa del fondo la determinación de la cuestión de si la demandante había violado la legislación del Estado receptor³⁹⁷.
311. La jurisprudencia sustenta también la postura de la Demandante de que se necesita una determinación de dolo antes de tratar la ilegalidad como concluyente. Un tribunal nunca ha rechazado la jurisdicción

INTERNATIONAL INVESTMENT LAW (Oxford University Press, 2da. ed. 2012) 93 [CL-0168]; *Liman Caspian Oil BV y NCL Dutch Investment BV c. República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/07/14, Laudo (Extractos), 22 de junio de 2010 ¶ 187 [CL-0169]; Zachary Douglas, *The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration*, ICSID Review (2014), págs. 1-32, 17, 22 – 23 [CL-0170]; Aloysius Llamzon y Anthony C. Sinclair, *Investor Wrongdoing in Investment Arbitration: Standards Governing Issues of Corruption, Fraud, Misrepresentation and Other Investor Misconduct* en Albert Jan van den Berg (ed), *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges*, ICCA Congress Series, Tomo 18 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2015) 498 [CL-0171]; *Plama Consortium c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2005 ¶¶ 126 – 130, 228 – 230 [CL-0172]; *Malicorp Limited c. La República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/08/18, Laudo, 7 de febrero de 2011 ¶ 117 – 119 [CL-0173]; *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. c. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/11/24, Laudo, 30 de marzo de 2015 ¶ 494 [RLA-017]; *Khan Resources Inc., y otros c. Gobierno de Mongolia*, CNUDMI, Decisión sobre Jurisdicción, 25 de julio de 2012 ¶ 411 [RLA-019]; *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009 ¶¶ 104, 134 [RLA-020]; *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo, 2 de agosto de 2006 ¶¶ 192 – 196 [RLA-021]; *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. República de Ghana*, Caso CIADI No. ARB/07/24, Laudo, 18 de junio de 2010 ¶ 126 [RLA-022]; *SAUR International S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/4, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 6 de junio de 2012 ¶¶ 308, 311 [RLA-023]; *David Minnotte y Robert Lewis c. República de Polonia*, Caso CIADI No. ARB(AF)/10/1, Laudo, 16 de mayo de 2014 ¶ 130, 132 [RLA-024]; *Convial Callao S.A. Y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/10/2, Laudo Definitivo, 21 de mayo de 2013 ¶¶ 409 – 411 [RLA-087]; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de las Filipinas [I]*, Caso CIADI No. ARB/03/25, Laudo, 16 de agosto de 2007 ¶¶ 300, 333, 383 – 395, 402 [RLA-091]; *Ioannis Kardassopolos c. Georgia*, Caso CIADI No. ARB/05/18, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de julio de 2007 ¶ 184 [RLA-092].

³⁹⁷ C-II ¶¶ 216 – 218; *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. c. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/11/24, Laudo, 30 de marzo de 2015 ¶¶ 292 – 294 [RLA-017]; *Yukos Universal Limited (Isla de Man) c. Federación Rusa*, Caso CPA No. AA 227, Laudo Definitivo, 18 de julio de 2014 ¶ 1353 [RLA-018]; *Khan Resources Inc., y otros c. Gobierno de Mongolia*, CNUDMI, Decisión sobre Jurisdicción, 25 de julio de 2012 ¶ 385 [RLA-019].

o declarado inadmisibles la totalidad del caso de la demandante cuando la demandante no actuó de manera dolosa o corrupta. Por consiguiente, resulta práctico analizar la totalidad de las reclamaciones de la Demandante conjuntamente con la defensa de ilegalidad de la Demandada³⁹⁸.

312. Existen al menos tres situaciones en las que un tribunal podría evaluar la esencia del caso de la demandante, a pesar de una violación de la legislación nacional en la realización de la inversión: (1) cuando las acciones ilegales de un inversionista acompañan la realización de una inversión, y la legislación del Estado receptor dispone que la ilegalidad es conducente a que la inversión devenga revocable en lugar de nula *ab initio*³⁹⁹; (2) cuando la supuesta conducta ilegal es de carácter leve, procesal, o un error de buena fe⁴⁰⁰; y (3) cuando las acciones y afirmaciones de un Estado al inversionista le crean una expectativa legítima al inversionista de que su inversión estará protegida⁴⁰¹.
313. En lo que se refiere a la primera situación, de no haber existido dolo por parte del inversionista, aun una inversión que se considere nula en virtud de la legislación nacional no privaría al tribunal de su jurisdicción. *Liman Caspian Oil c. Kazajstán*, donde el tribunal trazó una distinción entre una transacción que era nula o inválida, y una transacción que era simplemente revocable, arroja serias dudas sobre la pertinencia de tratar a las violaciones de la legislación nacional como una cuestión jurisdiccional *per se*⁴⁰². En el presente caso, el Artículo 71 de la Constitución del Perú contempla

³⁹⁸ C-III ¶¶ 123 – 125; Ori Herstein, *A Normative Theory of the Clean Hands Defense*, 17 Teoría Jurídica 171 (2011) [CL-0219].

³⁹⁹ C-III ¶ 125.

⁴⁰⁰ *Íd.* en 131; Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969 [CL-0039]; *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008 ¶ 133 [CL-0104]; DW Greig, *Reciprocity, Proportionality, and the Law of Treaties*, 34 VA. J. INTL. L. (1993) [CL-0220]; Sir Gerald Fitzmaurice, *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*, RECEUIL DES COURS (1957) [CL-0221]; Bruno Simma y Christian Tams, *Reacting Against Treaty Breaches*, en THE OXFORD GUIDE TO TREATIES (2012) [CL-0222]; Thomas Franck, *On Proportionality of Countermeasures in International Law*, 102 AJIL 715 (2008) [CL-0223]; *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo, 2 de agosto de 2006 ¶¶ 236 – 237 [RLA-021]; *Gustav F W Hamster GmbH & Co KG c. República de Ghana*, Caso CIADI No. ARB/07/24, Laudo, 18 de junio de 2010 ¶¶ 135, 137 [RLA-022]; *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, Caso CIADI No. ARB/10/3, Laudo, 4 de octubre de 2013 ¶ 165 [RLA-088].

⁴⁰¹ C-III ¶ 135.

⁴⁰² *Íd.* en ¶¶ 125 – 128; *Liman Caspian Oil BV y NCL Dutch Investment BV c. República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/07/14, Laudo (Extractos), 22 de junio de 2010 ¶¶ 181, 187 [CL-0169]; *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. c. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/11/24, Laudo, 30 de marzo de 2015 ¶ 494 [RLA-017]; *Ioannis Kardassopolos c. Georgia*, Caso CIADI No. ARB/05/18, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de julio de 2007 ¶¶ 184, 192 [RLA-092].

que los derechos adquiridos en violación de esta regresan al Estado – no son nulos *ab initio*, y el Estado debe adoptar acciones afirmativas para adquirir nuevamente los derechos que un inversionista putativo obtuviera de manera ilegal. Por lo tanto, debe sostenerse que la Demandante ha realizado una inversión protegida, y el Tribunal puede proceder a considerar el fondo de las reclamaciones de la Demandante. Siguiendo el caso *Liman Caspian Oil*, aun si una violación del Artículo 71 redundara en que la transacción deviniera nula, de todos modos, se habría realizado una inversión y un caso basado en una violación del TLC se encontraría dentro de la jurisdicción del Tribunal⁴⁰³.

314. En lo que respecta a la segunda situación, *Liman Caspian Oil* es también ilustrativo en cuanto a qué forma de delito del inversionista debería considerarse posiblemente de naturaleza jurisdiccional. En ese caso, el tribunal estuvo de acuerdo en que carecía de jurisdicción sobre las inversiones realizadas en violación del orden público internacional, incluidos dolo y cohecho, que deben ser probados por la demandada. Por lo tanto, aun si el Tribunal determinara que ha ocurrido una violación del Artículo 71, eso solo sería insuficiente: la Demandada necesitaría demostrar que la Demandante tergiversó ex profeso y en forma dolosa su relación con la Sra. Villavicencio. La Demandada no puede cumplir con esta carga, dado la divulgación transparente por parte de la Demandante de los Contratos de Opción y del hecho de haber seguido el asesoramiento jurídico del Estudio Grau⁴⁰⁴.
315. El argumento de la Demandada de que la buena fe constituye una precondition independiente a la jurisdicción en virtud del CIADI y el derecho internacional es equivocado. En cada uno de los casos que invoca la Demandada, el tribunal determinó un fundamento independiente de mala fe para sustentar su determinación de que carecía de jurisdicción debido al ilícito del inversionista. En el supuesto de que el Tribunal determine que la Demandante actuó de conformidad con la legislación del Perú, las alegaciones de mala fe de la Demandada no pueden frustrar la jurisdicción del Tribunal⁴⁰⁵.

⁴⁰³ C-III ¶¶ 128 – 129; Primer Informe Rodríguez-Mariátegui ¶ 20 [REX-003]; Primera Declaración de Gala nota 19 [RWS-1].

⁴⁰⁴ C-III ¶¶ 130, 134; *Liman Caspian Oil BV y NCL Dutch Investment BV c. República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/07/14, Laudo (Extractos), 22 de junio de 2010 ¶ 194 [CL-0169]; *David Minnotte and Robert Lewis c. República de Polonia*, Caso CIADI No. ARB(AF)/10/1, Laudo, 16 de mayo de 2014 ¶ 156 [RLA-024].

⁴⁰⁵ C-II ¶¶ 227 – 230; Aloysius Llamzon y Anthony C. Sinclair, *Investor Wrongdoing in Investment Arbitration: Standards Governing Issues of Corruption, Fraud, Misrepresentation and Other Investor Misconduct* en Albert Jan van den Berg (ed), *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges*, ICCA Congress Series, Tomo 18 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2015) [CL-0171]; *Saba Fakes c. República de Turquía*, Caso CIADI No.

316. Por último, en lo que se refiere a la tercera situación, al igual que en el caso *Kardassopoulos c. Georgia*, en el caso que nos ocupa, las acciones y afirmaciones de la Demandada frente a la Demandante crearon en esta última la expectativa legítima de que había realizado una inversión lícita que, en caso de violación, estaría protegida al amparo del TLC. Esta expectativa surge de la propia conducta de la Demandada y tiene derecho a la protección del tratado⁴⁰⁶.

317. El resumen de los argumentos de la Demandante se entiende mejor de sus propias palabras:

*[...] la Demandada ha construido toda su excepción jurisdiccional sobre un supuesto equivocado: que sus alegaciones de ilegalidad y dolo en la realización de la inversión de Bear Creek necesariamente deben privar al presente Tribunal de jurisdicción o redundar en que las reclamaciones de la Demandante devengan inadmisibles. Sin embargo, el derecho no es binario, y le otorga a este Tribunal amplia discrecionalidad para decidir si la naturaleza de la supuesta ilegalidad amerita la desestimación categórica o una ponderación de cualquier delito del inversionista contra las propias violaciones del derecho internacional del Estado demandado*⁴⁰⁷. [Traducción del Tribunal]

3. El razonamiento del Tribunal

318. Tal como demuestran las afirmaciones de las Partes, la jurisprudencia no ofrece un fundamento claro respecto del estándar que ha de aplicarse al efecto de determinar la jurisdicción. El presente Tribunal considera que una determinación tal debe hacerse sobre la base de las conclusiones que puedan sacarse del tratado aplicable.

319. En este contexto, la siguiente redacción del Artículo 816 del TLC reviste particular relevancia: “*Nada en el Artículo 803 se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener una medida que prescriba formalidades especiales, conexas al establecimiento de una inversión cubierta, como el requerimiento que las inversiones se constituyan legalmente conforme a la legislación o regulación de la Parte, [...]*”. Por consiguiente, el Artículo 816 identifica el requisito de legalidad como una “*formalidad especial*” que el Estado receptor tiene derecho a adoptar si así lo desea. Ya que en ningún lugar del TLC ni en el expediente existe una disposición de derecho expresa o implícita en el sentido de que Perú utilizara esta opción, solamente se puede concluir que no existe requisito

ARB/07/20, Laudo, 14 de julio de 2010 ¶¶ 112 – 113 [CL-0174].

⁴⁰⁶ C-III ¶¶ 135 – 137; *Ioannis Kardassopolos c. Georgia*, Caso CIADI No. ARB/05/18, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de julio de 2007 ¶¶ 184, 192 [RLA-092].

⁴⁰⁷ C-III ¶ 138.

jurisdiccional alguno de que la inversión de la Demandante se constituyera legalmente en virtud del derecho del Perú.

320. El Tribunal coincide con la Demandante en que, en virtud del derecho internacional, el Tribunal no puede importar un requisito que limite su jurisdicción cuando dicho límite no sea especificado por las partes. En efecto, las consideraciones *supra* distinguen el TLC de los tratados aplicables en los casos *Flughafen Zurich, Hamester, Inceysa, y Phoenix Action*, que exigían expresamente el cumplimiento de la legislación del Estado receptor. De hecho, la redacción del TLC proporciona más claridad, ya que no solo no menciona ese límite, sino que, mediante el texto citado *supra*, dispone que dicho límite se considera una *formalidad* que para ser efectiva debería incluirse en forma expresa. En el presente caso, no se incluyó expresamente esta formalidad.
321. Teniendo en cuenta el texto citado *supra*, la palabra “*como*” indica que esto sería aplicable también a otros límites a la jurisdicción. Por lo tanto, el Tribunal no considera que la supuesta buena fe del inversionista sea otra condición en virtud del TLC para la jurisdicción del Tribunal.
322. Tal como puede observarse de la jurisprudencia, podrían ser necesarias otras consideraciones en caso de dolo por parte del inversionista. Sin embargo, el Tribunal no debe adentrarse en la cuestión de si la jurisprudencia relevante podría sustentar una determinación de que el dolo de un inversionista podría proscribir la jurisdicción, ya que el dolo por parte de la Demandante no ha sido alegado por la Demandada, y en realidad, el Tribunal no observa evidencia alguna de dolo en el expediente.
323. Las conclusiones esgrimidas *supra* tornan innecesario que el Tribunal analice los argumentos de las Partes o se pronuncie respecto de (1) si la Demandante obtuvo las Concesiones y realizó la inversión de buena fe y de conformidad con la legislación del Perú y (2) si se le impide a la Demandada oponer ilegalidad o mala fe⁴⁰⁸ en el contexto de la jurisdicción.
324. La conclusión esgrimida *supra* no excluye la posible relevancia de la ilegalidad o ausencia de buena fe con respecto al fondo de la cuestión.

⁴⁰⁸ *Compárese* RP-10 ¶ 2.1.4 (b) y (d)(i).

III. ADMISIBILIDAD DE LAS RECLAMACIONES DE LA DEMANDANTE

A. ARGUMENTOS DE LA DEMANDADA

325. Los argumentos de la Demandada también se reiteraron en relación con sus presentaciones acerca de las preguntas del Tribunal (a)(v) “*Como cuestión de derecho, ¿cuáles son las consecuencias de la ausencia de apoyo por parte de una o más comunidades importantes, o partes de ellas, en relación con esta inversión?*” y (b) “*¿La Demandante divulgó toda la información requerida al realizar su solicitud de Decreto de Necesidad Pública? En caso negativo, ¿cuáles son las consecuencias para el presente caso, incluso para la jurisdicción del Tribunal?*”⁴⁰⁹. [Traducción del Tribunal]
326. En subsidio, si el Tribunal concluye que goza de jurisdicción, debería desestimar el presente caso por considerarlo inadmisibile, dado que todas las reclamaciones se basan en una inversión obtenida de manera ilícita. Tal como se explicara en los argumentos de la Demandada relativos a la jurisdicción, la propia adquisición por parte de la Demandante de las concesiones mineras de Santa Ana redundó en violación del Artículo 71 de la Constitución – disposición jurídica de larga data destinada específicamente a controlar las inversiones en recursos naturales por parte de extranjeros en la zona fronteriza⁴¹⁰. Para reiterar lo que antecede, la conclusión que este Tribunal debería tomar de las decisiones adoptadas en el marco de los casos *Plama*, *Yukos* y *Khan Resources c. Mongolia* es que, sin importar si el Tribunal resuelve el caso por causales de jurisdicción o por causales de inadmisibilidad, la Demandante no tiene derecho a ninguna de las protecciones sustantivas conferidas por el TLC⁴¹¹.
327. La doctrina de las “*manos sucias*” también se ha utilizado para declarar inadmisibles las reclamaciones de un demandante⁴¹². Este Tribunal no debería recompensar la elusión por parte de la

⁴⁰⁹ RP-10 ¶ 2.1.4 (a)(v) y (b).

⁴¹⁰ R-II ¶¶ 5, 362, 364, 365; RPHB-I ¶ 76; RPHB-II ¶ 22.

⁴¹¹ R-II ¶¶ 371, 373, 398; RPHB-II ¶ 23; *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008 ¶¶ 139 – 140 [CL-0104]; *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo, 2 de agosto de 2006 ¶¶ 231 – 239 [RLA-021].

⁴¹² R-II ¶ 382; RPHB-II ¶ 23; *Hesham Talaat M. Al-Warraq c. La República de Indonesia*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 15 de diciembre de 2014 ¶¶ 644 – 648 [CL-0075]; *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008 ¶¶ 139 – 140 [CL-0104]; *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo, 2 de agosto de 2006 ¶¶ 231 – 239 [RLA-021]; Bin Cheng, GENERAL PRINCIPLES OF LAW AS APPLIED BY INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS

Demandante de la Constitución de la Demandada con protección en virtud del tratado – y, en efecto, la Demandante no puede identificar un solo caso en el que un tribunal haya concluido que un inversionista obtuvo su inversión en forma ilegal o de mala fe y, no obstante, se haya pronunciado a favor de ese inversionista sobre el fondo⁴¹³.

328. La Demandada insta al Tribunal a declarar inadmisibles las reclamaciones de la Demandante si concluyera que la Demandante carecía de licencia social para construir y operar el Proyecto Santa Ana, en tanto no cumplió con los estándares internacionales al momento de diseñar y ejecutar su programa de difusión a la comunidad⁴¹⁴.

B. ARGUMENTOS DE LA DEMANDANTE

329. El Tribunal debería tener en cuenta la legalidad de la inversión y la buena fe al momento de decidir el fondo del caso, sin limitarse al análisis de la cuestión de la admisibilidad de las reclamaciones de la Demandante⁴¹⁵. Los argumentos jurisdiccionales de la Demandante se incorporan por vía de referencia.

330. La Demandada supone que, ante un caso de ilegalidad, el Tribunal debe desestimarlos por causales de jurisdicción o por causales de inadmisibilidad⁴¹⁶. Sin embargo, la Demandada no ha citado ningún caso en el que una violación del derecho nacional sin intención fraudulenta redunde en la desestimación por falta de jurisdicción o por inadmisibilidad de las reclamaciones⁴¹⁷.

331. Hay situaciones en las que un tribunal puede concluir que existe ilegalidad, pero, no obstante, considerar la sustancia del argumento del demandante y arribar a una decisión sobre el fondo de la reclamación. Una reclamación de ilegalidad no puede convertirse en un “*triunfo*” en todos los casos,

(Cambridge: Grotius Publications, 1987) 156 [RLA-047bis].

⁴¹³ R-II ¶¶ 385, 387, 398; RPHB-I ¶ 75; *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008 ¶¶ 139 – 141, 144 [CL-0104]; *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo, 2 de agosto de 2006 ¶¶ 223 – 224, 230 – 231, 242 [RLA-021].

⁴¹⁴ RPHB-I ¶ 59.

⁴¹⁵ C-III ¶ 114.

⁴¹⁶ *Íd.* en ¶ 122.

⁴¹⁷ *Íd.* en ¶¶ 122, 123.

lo que privaría a una expropiación ilícita de resarcimiento⁴¹⁸ [Traducción del Tribunal]. En cambio, la jurisprudencia sustenta la conclusión de fraude antes de que la ilegalidad se trate como perentoria⁴¹⁹. En el contexto del caso *Plama*, el inversionista era culpable de fraude y sus reclamaciones eran inadmisibles sobre la base de ese fundamento. El tribunal del caso *Plama* no declaró que una violación del derecho nacional, sin fraude, conlleve la consecuencia de inadmisibilidad⁴²⁰.

332. En el marco de los casos *Plama* e *Inceysa*, los tribunales concluyeron que, si no hubiera sido por la conducta ilícita, el Estado receptor no habría permitido la inversión. Cuando la conducta supuestamente ilícita es menor, procesal o un error de buena fe, el inversionista puede aún aprovechar las protecciones en virtud del tratado, y el tribunal puede considerar el fondo sustantivo del caso. Solo las violaciones serias del derecho nacional que fueron decisivas para la decisión del Estado receptor de permitir la inversión pueden justificar una conclusión de inadmisibilidad. Tal como explicara el tribunal del caso *Minnotte*, la cuestión consiste en determinar si la Demandada ha probado que hubo un fraude y/o engaño semejante para privar al demandante de la protección en virtud del tratado. El tribunal del caso *Khan Resources* también destacó que “*menoscabaría el fin y objeto del Tratado negarle al inversionista el derecho de plantear su argumento ante un tribunal de arbitraje sobre la base de las mismas supuestas violaciones cuya existencia el inversionista pretende cuestionar sobre el fondo*” [Traducción del Tribunal]. Aquí, la Demandada promulgó el Decreto Supremo No. 032 a fin de imponerle sanciones disponibles en virtud del derecho local a la Demandante. Constituye el eje del argumento de la Demandante en materia de jurisdicción y fondo. Menoscabaría el objeto y fin del TLC negarle a la Demandante el derecho de plantear su argumento ante este Tribunal sobre la base de las mismas supuestas violaciones cuya existencia la Demandante pretende cuestionar sobre el fondo⁴²¹.

⁴¹⁸ *Íd.* en ¶ 124.

⁴¹⁹ *Íd.* en ¶ 125.

⁴²⁰ *Íd.* en ¶¶ 117, 132.

⁴²¹ *Íd.* en ¶¶ 131 – 133; C-II ¶¶ 219, 220.

C. EL RAZONAMIENTO DEL TRIBUNAL

333. Tal como sucede con frecuencia en las diferencias relativas a inversiones, los argumentos de las Partes relativos a la admisibilidad se superponen en cierta medida con aquellos relativos a la jurisdicción. Esto también ocurre con la excepción a la admisibilidad de la Demandada.
334. La Demandada funda su excepción a la admisibilidad en dos argumentos principales: (1) que todas las reclamaciones se basan en una inversión obtenida de manera ilícita; y (2) que la Demandante no contaba con una licencia social.
335. En este contexto, el Tribunal recuerda sus consideraciones y conclusiones en materia de jurisdicción. Por las mismas razones que se analizaron *supra* respecto de la jurisdicción, una supuesta ilegalidad de la inversión no basta para negar la admisibilidad, aunque deberá considerarse y podrá tornarse pertinente en la evaluación del fondo. Del mismo modo, la relevancia de una licencia social para la Demandante deberá considerarse tanto en el fondo como en la cuantificación de eventuales daños.

IX. EL FONDO

A. SI LA DEMANDADA EXPROPIÓ LA INVERSIÓN DE LA DEMANDANTE EN LA CONCESIÓN SANTA ANA

336. Las Partes han alegado que la expropiación es tratada por el Artículo 812 y el Anexo 812.1 del TLC, presentados como Anexos C-0001 y R-0390. Las secciones de estas disposiciones se reproducen aquí en aras de facilitar la referencia y sin perjuicio de su significado o aplicabilidad:

Artículo 812³: Expropiación

1. *Ninguna de las Partes podrá nacionalizar o expropiar una inversión cubierta, sea directa o indirectamente, mediante medidas que tengan un efecto equivalente a la nacionalización o expropiación (en adelante “expropiación”), salvo por propósito público⁴, de conformidad con el debido proceso, de una manera no discriminatoria y mediante una indemnización pronta, adecuada y efectiva.*
2. *Dicha indemnización será equivalente al valor justo de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que la expropiación se haya llevado a cabo (“fecha de expropiación”), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de evaluación incluirán el valor de empresa en funcionamiento, el valor del activo incluyendo el valor fiscal declarado de la propiedad tangible y otros criterios, según corresponda, para determinar el valor justo de mercado.*

3. *La indemnización será pagada sin demora y será completamente liquidable y libremente transferible. La indemnización será pagadera en una moneda libremente convertible e incluirá un interés de una tasa comercialmente razonable para dicha moneda a partir de la fecha de expropiación hasta la fecha de pago.*

[...]

Nota a pie de página 3. Para mayor certeza, el párrafo (1) del Artículo 812 será interpretado de acuerdo con lo dispuesto en el Anexo 812.1.

Nota a pie de página 4. El término “propósito público” se interpretará de conformidad con el derecho internacional. No se pretende crear ninguna inconsistencia con los mismos o similares conceptos en el derecho nacional de las Partes.

Anexo 812.1 Expropiación Indirecta

Las Partes confirman su común entendimiento que:

- a. *La expropiación indirecta es el resultado de una medida o una serie de medidas de una Parte que tienen un efecto equivalente a la expropiación directa sin una transferencia formal de título o del derecho de dominio;*
- b. *La determinación de si una medida o una serie de medidas de una Parte constituyen una expropiación indirecta requiere de una investigación factual y de caso por caso en la que se considere, entre otros factores:*
 - i. *el impacto económico de la medida o serie de medidas, aunque el solo hecho de que una medida o una serie de medidas de una Parte tenga un efecto adverso en el valor económico de una inversión, no determina que ha ocurrido una expropiación indirecta,*
 - ii. *el grado en que la medida o serie de medidas interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión, y*
 - iii. *el carácter de la medida o serie de medidas;*
- c. *Salvo en raras circunstancias, como cuando una medida o serie de medidas son demasiado severas a la luz de su objetivo que no pueden ser consideradas de manera razonable como que fueron adoptadas y aplicadas de buena fe, las medidas no discriminatorias de una Parte que son diseñadas y aplicadas para proteger los legítimos objetivos de bienestar público, como salud, seguridad y medio ambiente, no constituyen una expropiación indirecta.*

337. La Demandada ha alegado que el Capítulo 22 del TLC también es pertinente:

Artículo 2201: Excepciones Generales

[...]

3. *Para efectos del Capítulo Ocho (Inversión), sujeto al requisito de que tales medidas no sean aplicadas en una manera que constituya una discriminación arbitraria o injustificada entre inversiones o entre inversionistas, o una restricción disfrazada en comercio o inversión internacional, nada en este Tratado será*

interpretado en el sentido de impedir que una Parte adopte o haga cumplir las medidas necesarias:

- a. para proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal, las cuales las Partes entienden que incluyen medidas ambientales necesarias para proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal;*
- b. para asegurar el cumplimiento de leyes y reglamentos que no sean incompatibles con este Tratado; o*
- c. para la conservación de recursos naturales vivos o no vivos, agotables.*

1. Argumentos del Gobierno de Canadá y Respuestas de las Partes

338. Las opiniones del Gobierno de Canadá se extraen mejor de sus propias palabras:

3. *[...] Un análisis del incumplimiento del Artículo 812 requiere como primer paso la identificación de la inversión que supuestamente ha sido expropiada. Para que exista una expropiación, debe haber una confiscación de derechos de propiedad fundamentales, sea en forma directa o indirecta, que ocasione una privación sustancial del valor económico de la inversión.*
4. *En el caso de una supuesta expropiación indirecta, el Anexo 812.1 brinda orientación acerca de cómo distinguir entre una expropiación indirecta y un reglamento de buena fe que no constituye una expropiación. La determinación de si una medida constituye una medida regulatoria no discriminatoria diseñada para proteger el bienestar público – por oposición a una expropiación indirecta – requiere de una investigación factual y de caso por caso en la que se consideren diversos factores. Las Partes han articulado algunos de estos factores en el Anexo 812.1 a fin de orientar al Tribunal, incluidos el impacto económico de la medida o serie de medidas, el grado en que la medida o serie de medidas interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión y el carácter de la medida o serie de medidas (por ejemplo, si la medida es de naturaleza general por oposición a destinada a una inversión en particular). Ninguno de estos factores será determinante por sí solo. Deben ponderarse conjuntamente con cualesquiera otros factores pertinentes.*
5. *No se requiere que un Estado indemnice a una inversión por cualquier pérdida sufrida como consecuencia de la imposición de una medida regulatoria no discriminatoria diseñada y aplicada para proteger los legítimos objetivos de bienestar público. Tal como afirmara el tribunal en el contexto del caso *Suez InterAgua c. Argentina*: “al evaluar una reclamación de expropiación, es importante reconocer el derecho legítimo de un Estado de regular y ejercer su poder de policía en beneficio del bienestar público y no confundir medidas de esa naturaleza con la expropiación”.*
6. *Una medida no discriminatoria que se encuentra diseñada para proteger los legítimos objetivos de bienestar público no constituye expropiación indirecta, salvo en raras circunstancias en las que sus efectos sean tan severos a la luz de su*

*fin que no pueda considerarse razonablemente que han sido adoptadas y aplicadas de buena fe*⁴²². [Traducción del Tribunal]

339. La Demandante afirma que adoptó y aplicó el mismo criterio con los mismos factores en sus escritos y ha demostrado que la reclamación de la Demandante en contra de la Demandada cumple con estos factores. Según la Demandante, la Demandada ha propugnado una lectura más restrictiva del TLC – lectura que el texto del TLC no sustenta⁴²³.
340. La Demandada explica que coincide con Canadá respecto de la interpretación correcta del Artículo 812 del TLC. Las Partes coinciden entre sí y con Canadá respecto de la relevancia del Anexo 812.1. La cuestión que no fue resuelta mediante la presentación de Canadá es la definición de “raras”. El Tribunal deberá confiar en las presentaciones de las Partes – y su propia interpretación– para determinar si los argumentos de la Demandante con respecto a esta definición son creíbles o incluso convincentes. La Demandada sostiene que no es así⁴²⁴.

⁴²² Presentación de Canadá de Conformidad con el Artículo 832 del Tratado de Libre Comercio Canadá-Perú (9 de junio de 2016) ¶¶ 3 – 6; *Pope & Talbot Inc. c. Gobierno de Canadá* (CNUDMI) Laudo Provisional, 26 de junio de 2000, ¶ 102; *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. y otros c. Estados Unidos de América* (CNUDMI) Laudo, 12 de enero de 2011, ¶ 148; *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009 ¶ 357 [RLA-046]; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, e InterAgua Servicios Integrales del Agua SA c. La República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/17) Decisión sobre Responsabilidad, 30 de julio de 2010, ¶ 128 [CL-0102].

⁴²³ Respuesta de la Demandante a la Presentación de Canadá (18 de agosto de 2016) ¶¶ 2 – 9; C-I §§ II, III, IV.A, ¶¶ 120 – 144; C-II §§ II.B, II.E, III.B-C, IV, ¶¶ 106 – 146, 248 – 253, 260 – 266; R-I § IV.A; R-II § IV.A; R-II ¶ 477; TLC Canadá-Perú Art. 812.1 [C-0001]; Decreto Supremo No. 032-2011-EM adoptado el 25 de junio de 2011 [C-0005]; Decisión de Amparo No. 28, Primer Tribunal Constitucional de Lima en el Caso, 12 de mayo de 2014 [C-0006]; *Diálogo no prosperó en Puno debido a intransigencia de los dirigentes*, MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS, 26 de mayo de 2011 [C-0095]; *MEM: Ejecutivo sigue abierto al diálogo con población de Puno*, RPP NOTICIAS, 27 de mayo de 2011 [C-0096]; *Entrevista a la Primera Ministra Rosario Fernández*, Mira Quien Habla, Willax TV, 31 de mayo de 2011 [C-0097]; *El diálogo primará en Puno*, EL PERUANO, 27 de mayo de 2011 [C-0236].

⁴²⁴ Respuesta de la Demandada a la Presentación de Canadá (18 de agosto de 2016) págs. 1 – 3; C-II ¶¶ 246 – 247, 256 y ss.; R-II ¶¶ 253 – 254, TLC Canadá-Perú Art. 832 [C-0001]; Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969 Art. 31(3)(a) [CL-0039]; Anthony Sanders, *Of All Things Made in America Why are We Exporting the Penn Central Test?*, 30 NW. J. INT’ L. & BUS. 339 (2010) [CL-0178]; *Renco Group Inc. c. República del Perú*, Caso CIADI No. UNCT/13/1, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 15 de julio de 2016 ¶¶ 134, 156 [RLA-097].

2. Si el Decreto Supremo No. 032 Hizo Efectiva una Expropiación Indirecta

(a) Argumentos de la Demandante

341. El Decreto Supremo No. 032 expropió indirectamente la inversión de la Demandante en Santa Ana, en violación del Anexo 812.1 del TLC, que define en forma específica el término “*expropiación indirecta*”⁴²⁵ [Traducción del Tribunal]. Por aplicación de los criterios del Anexo 812.1 del TLC, este Tribunal concluirá que, en virtud del Anexo 812.1(b), el Decreto Supremo No. 032 constituye una “*expropiación indirecta*” y que, en virtud del Anexo 812.1(c), era “*tan severo a la luz de su fin que no puede considerarse razonablemente que ha sido adoptado y aplicado de buena fe*”⁴²⁶. [Traducción del Tribunal]

(i) Argumentos Relativos al Anexo 812.1(b)

342. Partiendo de la “*investigación factual y de caso por caso*” ordenada por el Anexo 812.1(b) – que la Demandada no aborda – surge a primera vista que el Decreto Supremo No. 032 fue expropiatorio. El Decreto Supremo No. 032 tuvo un impacto adverso sustancial en el valor de la inversión de la Demandante. Esto, en palabras del tribunal del caso *Tecmed*, esto es relevante al momento de distinguir entre una medida regulatoria y una expropiación *de facto* que priva de activos y derechos de verdadera sustancia. Al reducir la inversión de la Demandante a las concesiones mineras respecto de las cuales la Demandante ya no gozaba de título perfecto, el Decreto Supremo No. 032 tornó la inversión de la Demandante carente de valor e hizo que no fuera susceptible de venta. También ocasionó una reducción de USD 170,6 millones en el valor correspondiente al Proyecto Corani, que siempre ha estado ligado al Proyecto Santa Ana⁴²⁷.

343. El segundo factor enumerado en el Anexo 812.1(b) es el grado en que la medida interfiere con las expectativas inequívocas y razonables de la inversión del inversionista. La Demandante adquirió

⁴²⁵ C-II ¶ 246; TLC Canadá-Perú Art. 812(1) n.3; Anexo 812.1 [C-0001].

⁴²⁶ C-II ¶ 247; Anthony Sanders, *Of All Things Made in America Why are We Exporting the Penn Central Test?*, 30 NW. J. INT’ L. & BUS. 339, 344, 364 (2010) [CL-0178].

⁴²⁷ C-I ¶¶ 56, 244 C-II ¶¶ 247 – 250; R.Prov.M.-II ¶¶ 28, 30; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 ¶ 115 [CL-0040]; Anthony Sanders, *Of All Things Made in America Why are We Exporting the Penn Central Test?*, 30 NW. J. INT’ L. & BUS. 339, 344, 364 (2010) [CL-0178]; Primera Declaración Swarthout ¶ 46 [CWS-1]; Segundo Informe Bullard ¶ 131 [CEX-005].

siete concesiones mineras sobre la base del Decreto Supremo No. 083. La Demandante invirtió decenas de millones de dólares en el desarrollo del Proyecto Santa Ana y esperaba razonablemente que la Demandada no interfiriera en el derecho de la Demandante de participar en la actividad minera por un beneficio económico de manera arbitraria, discriminatoria y sin el debido proceso legal. La Demandante esperaba razonablemente que la autorización concedida en el Decreto Supremo No. 083 se extendiera por el tiempo en que la Demandante no representara una amenaza externa a la seguridad nacional de la Demandada. Estas expectativas se vieron frustradas por el Decreto Supremo No. 032⁴²⁸.

344. El tercer factor enumerado en el Anexo 812.1(b) “*tiene en cuenta la naturaleza y el carácter de la medida, incluso [...] ‘si la interferencia en la propiedad puede caracterizarse como una invasión física por parte del gobierno o si es de naturaleza regulatoria, [...]’*” [Traducción del Tribunal]. El hecho de que el Decreto Supremo No. 032 se dirija individualmente a la Demandante por razones políticas es relevante en virtud de este tercer factor. El Decreto Supremo No. 032 no surgió de un programa público y no es una medida abstracta de carácter regulatorio general. Por el contrario, el Decreto Supremo No. 032 se emitió cuando la Demandada cedió a los intereses electorales, fuera del proceso jurídico correspondiente a los actos administrativos y en violación de los derechos de debido proceso de la Demandante⁴²⁹.

(ii) Argumentos Relativos al Anexo 812.1(c) y a las Preguntas (c) y (f) del Tribunal

345. La aplicación del Anexo 812.1(c) no exonera a la Demandada de responsabilidad por esta expropiación indirecta. Si bien la Demandante solo necesita probar uno de los tres elementos del Anexo 812.1(c) para resultar vencedora, la Demandante ha probado los tres: el Decreto Supremo No. 032 (i) representa una “*rara circunstancia*”, (ii) es discriminatorio, y (iii) no fue diseñado para proteger la seguridad pública⁴³⁰.

⁴²⁸ C-II ¶¶ 251 – 252; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 ¶ 149 [CL-0040]; Primera Declaración Swarthout ¶¶ 15, 26 – 29 [CWS-1]; Decreto Legislativo No. 757 [Bullard-04]; Segundo Informe Bullard ¶¶ 28, 125, 140 [CEX-005].

⁴²⁹ C-II ¶ 253; *El diálogo primará en Puno*, EL PERUANO, 27 de mayo de 2011 [C-0236]; Chester Brown, *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford University Press (2013) [CL-0179]; Segundo Informe Bullard ¶ 130 [CEX-005].

⁴³⁰ C-II ¶¶ 254 – 255 (*que cita* R-I ¶¶ 254 – 255).

346. La redacción del Anexo 812.1(c) es amplio y requiere una investigación factual y de caso por caso. Con respecto al primer elemento de “*raras circunstancias*”, aunque la Demandada reconoce que el TLC no define “*raras circunstancias*”, la Demandada pretende establecer un “*estándar elevado*” [Traducción del Tribunal] que no recibe el sustento del texto expreso del TLC ni de la intención de las Partes Contratantes de otorgar protecciones en contra de la expropiación, a efectos de estimular la inversión. El Anexo 812.1(c) no impone una carga elevada al momento de probar que las circunstancias eran raras. En cambio, el Anexo 812.1(c) está destinado a reflejar que las medidas regulatorias comunes no darán lugar a responsabilidad internacional, excepto en raras circunstancias. “*Raro*” se define normalmente como algo “*que no ocurre con mucha frecuencia*”. Aquí, el Decreto Supremo No. 032 no es una medida regulatoria general: es una decisión administrativa selectiva. Este tipo de decreto no es un suceso habitual en virtud del derecho peruano, y el perito, el Sr. Flury, no está al tanto de que el Ministerio de Minas alguna vez haya emitido un decreto similar⁴³¹.
347. Contrariamente al argumento de la Demandada, ninguna parte del estándar jurídico aplicable exige presumir que la Demandada actuó de buena fe. En cambio, el Anexo 812.1(c) requiere proporcionalidad entre el impacto de la medida y su fin – y el Decreto Supremo No. 032 carece de toda proporcionalidad. La severidad del Decreto Supremo No. 032 es indudable: priva en forma permanente a la Demandante de su capacidad de titularidad y operación de las concesiones mineras adquiridas por ella de manera lícita. La desproporcionalidad entre esto y el objetivo establecido de apaciguar la presión política y sofocar las protestas sociales es evidente, y la Demandada podría haber promulgado una medida temporaria en su lugar. En efecto, cuando una medida no discriminatoria que es diseñada y aplicada para proteger los legítimos objetivos de bienestar público es “*tan severa a la luz de su fin que no puede considerarse razonablemente que ha sido adoptada y aplicada de buena fe*” [Traducción del Tribunal], eso constituye una expropiación indirecta⁴³².

⁴³¹ *Íd.* en ¶¶ 255 – 259; R-I ¶¶ 224, 255; TLC Canadá-Perú Preámbulo [C-0001]; Informe OEFA No. 0011-2011 MA-SR/CONSORCIO STA relativo al Proyecto Santa Ana, 31 de diciembre de 2011 [C-0180]; Anthony Sanders, *Of All Things Made in America Why are We Exporting the Penn Central Test?*, 30 NW. J. INT’ L. & BUS. 339, 363 – 365 (2010) [CL-0178]; Chester Brown, *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford University Press (2013) 791 [CL-0179]; Segundo Informe Bullard ¶¶ 10, 115, 130 [CEX-005]; Primer Informe Flury ¶ 64 [CEX-006].

⁴³² C-I ¶¶ 135 – 138; C-II ¶¶ 255, 260 – 263; R-I ¶¶ 255, 256; MEM: *Ejecutivo sigue abierto al diálogo con población de Puno*, RPP NOTICIAS, 27 de mayo de 2011 [C-0096]; *El diálogo primará en Puno*, EL PERUANO, 27 de mayo de 2011 [C-0236]; Alan García: *Hay oscuros intereses políticos en protestas en Puno*, La Republica.pe, 25 de junio de 2011 [C-0242]; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 ¶ 122 [CL-0040]; *LG&E Energy Corp. y otros c. Argentina*, Caso

348. El Decreto Supremo No. 032 era discriminatorio. Apuntaba de manera específica y vengativa exclusivamente a la Demandante. Ninguna otra compañía minera perdió su derecho de titularidad y operación de sus concesiones mineras a fin de apaciguar las protestas sociales. Si bien otros inversionistas extranjeros han utilizado estructuras similares para adquirir concesiones mineras dentro de los 50 km de la frontera peruana, la Demandada nunca cuestionó la forma en que estos inversionistas adquirieron sus concesiones⁴³³. Una vez más, el Sr. Flury no tiene conocimiento de que el MINEM haya emitido un decreto similar alguna vez⁴³⁴.

CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre de 2006 ¶ 195 [CL-0089]; Anthony Sanders, *Of All Things Made in America Why are We Exporting the Penn Central Test?*, 30 NW. J. INT’ L. & BUS. 339, 365 (2010) [CL-0178]; Chester Brown, *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford University Press (2013) 791 [CL-0179]; *Tza Yap Shum c. La República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/07/6, Laudo, 7 de julio de 2011 ¶¶ 125 – 126 [RLA-041]; Primera Declaración Zegarra ¶ 26 [RWS-003].

⁴³³ Véanse, p. ej., C-II ¶ 46 – 65 (que cita Decreto Supremo No. 024-2008-DE, 27 de diciembre de 2008 [C-0204]; Informe Anual de Monterrico Metals Plc 2007 [C-0205]; Título Archivado de Asiento No. C00011 de Partida Electrónica No. 11352728 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima [C-0206]; *The new CEO of Monterrico had an audience with Peru’s minister of Energy & Mines*, Comunicado de Prensa de The Zijin Consortium, 11 de junio de 2007 [C-0207]; *China’s ambassador in Peru Gao Zhengyue investigated Majaz company*, Comunicado de Prensa de The Zijin Consortium, 11 de junio de 2007 [C-0208]; Copia del expediente que contenía las actuaciones administrativas que derivaron en el Decreto Supremo No. 024-2008-DE 3 – 8, 75 – 76, 98 [C-0209]; *President of Peru Alan Garcia: No reason not to succeed in project Rio Blanco*, Comunicado de Prensa de The Zijin Consortium, 21 de marzo de 2008 [C-0210]; Decreto Supremo No. 021-2003-EM, 26 de junio de 2003 [C-0211]; Expediente Único INGEMMET correspondiente a la concesión minera “Don José” No. 01-01751-00 2 – 5, 31 – 33, 39 – 40 [C-0212]; Expediente Archivado de Asiento No. 8 de Partida Electrónica No. 11564463 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima en 6 [C-0213]; Expediente Archivado de Asiento No. C00001 de Partida Electrónica No. 11564463 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima en 12 [C-0214]; Asiento No. C00005 de Partida Electrónica No. 11564463 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima en 3 [C-0215]; Expedientes Únicos INGEMMET correspondientes a las concesiones mineras “Don Miguel Alberto” No. 01-00059-01 [C-0216]; Decreto Supremo No. 041-94-EM, 6 de octubre de 1994 [C-0217]; Expediente Archivado de Asiento No. 10 de Partida Electrónica No. 01186245 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Arequipa [C-0218]; Partida Electrónica No. 02002531 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima [C-0219]; Asiento No. 4 de Partida Electrónica No. 01186245 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Arequipa [C-0220]; Expedientes Únicos INGEMMET correspondientes a las concesiones mineras “La Solución” No. 14003327x01 [C-0221]; Expediente Archivado de Asiento No. 001 de Partida Electrónica No. 02021527 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima [C-0222]; Perfil Rubio, Leguía & Normand: <http://rubio.pe/Nosotros>, <http://rubio.pe/Abogados/Details/7> [C-0223]; Expedientes Únicos INGEMMET correspondientes a las concesiones mineras “Mojica 1” No. 01-02296-93 [C-0224]; Memorial para Gale Curtis Knutsen, Memoriales de la Sociedad Geológica de los Estados Unidos, diciembre de 1996 [C-0225]; Partida Electrónica No. 02021527 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima 1, 3, 5, 8, 12 [C-0226]; Informe Anual de Monterrico Metals Plc 2002 [C-0227]; Expediente Archivado de Asiento No. 0010 de Partida Electrónica No. 02021527 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima [C-0228]; Asiento No. 1 de Partida Electrónica No. 03026941 del Registro de Poderes otorgados por sociedades extranjeras del Registro Público [C-0229].

⁴³⁴ C-II ¶ 264; Art. 812.1(c) TLC Canadá-Perú [C-0001]; Primer Informe Flury ¶ 64 [CEX-006].

349. Tal como confirmara el Testigo de la Demandante, el entonces Ministro de Minas Gala, el Decreto Supremo No. 032 no fue diseñado y aplicado para proteger un legítimo objetivo de bienestar público. Fue impulsado por el Sr. Aduviri del FDRN como parte de su plataforma política. La Demandada implementó el Decreto Supremo No. 032 en un esfuerzo por calmar la presión política, lo que no constituye un legítimo objetivo de bienestar público. El hecho de que la Demandada haya adoptado el Decreto Supremo No. 032 con otras medidas interconectadas destinadas a abordar las diversas protestas no es más que un intento solapado de legitimar el decreto claramente inconstitucional⁴³⁵. Incluso los funcionarios gubernamentales de la Demandada han afirmado que la resolución de la Concesión Minera Santa Ana debido a protestas políticas era ilegal e inconstitucional⁴³⁶. El Tribunal también debería recordar que el Tribunal Constitucional de Lima concluyó que las protestas no podían atribuirse a acciones u omisiones de la Demandante⁴³⁷.
350. Aun si el Decreto Supremo No. 032 no fuera discriminatorio y hubiera sido diseñado y aplicado de manera apropiada, el total desconocimiento del debido proceso que permitió su emisión aún justificaría la conclusión de este Tribunal de que la Demandada expropió en forma indirecta la inversión de la Demandante. La Demandada tenía el deber de proteger tanto a sus ciudadanos como a los inversionistas extranjeros en su territorio. Por el contrario, emitió el Decreto Supremo No. 032 en violación de su Constitución, sin el debido proceso y por razones políticas. Es “*raro*” que un Estado desconozca de manera tan flagrante y consciente su propio marco jurídico, sus obligaciones legales internacionales y toda apariencia de debido proceso – y eso debería obligar al Tribunal a concluir que el Decreto Supremo No. 032 constituye una expropiación indirecta⁴³⁸.

⁴³⁵ C-I ¶¶ 130 – 138; C-II ¶¶ 137 – 140, 255, 264 – 266; R-I ¶¶ 130, 255; Tr. 1758 (C. Closing); TLC Canadá-Perú Art. 812.1(c) [C-0001]; *Diálogo no prosperó en Puno debido a intransigencia de los dirigentes*, MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS, 26 de mayo de 2011 [C-0095]; *MEM: Ejecutivo sigue abierto al diálogo con población de Puno*, RPP NOTICIAS, 27 de mayo de 2011 [C-0096]; *Huelga de aymaras termina en “cuarto intermedio,”* LOS ANDES, 1 de junio de 2011 [C-0099]; *“Yonhy Lescano: Concesión a la minera Santa Ana quedó sin efecto,”* RPP, 24 de junio de 2011 [C-0176]; Primer Informe Flury ¶ 64 [CEX-006].

⁴³⁶ Tr. 1758 – 1763 (C. Closing).

⁴³⁷ *Íd.* en 1763 (C. Closing).

⁴³⁸ C-II ¶¶ 255, 267 – 268; R-I ¶ 255; TLC Canadá-Perú [C-0001]; Decreto Supremo No. 032-2011-EM adoptado el 25 de junio de 2011 [C-0005]; Decisión de Amparo No. 28, Primer Tribunal Constitucional de Lima en el Caso, 12 de mayo de 2014 [C-0006]; *Diálogo no prosperó en Puno debido a intransigencia de los dirigentes*, MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS, 26 de mayo de 2011 [C-0095]; *Huelga de aymaras termina en “cuarto intermedio,”* LOS ANDES, 1 de junio de 2011 [C-0099]; Acta de Supervisión Ambiental, 25 de noviembre de 2011 [CL-0179]; Primer Informe Bullard ¶¶ 121, 122, 126, 165 [CEX-003].

351. En la medida en que la Demandada ha argumentado que el Decreto Supremo No. 032 fue emitido como parte de un amplio conjunto de medidas de buena fe⁴³⁹ y que otras concesiones también se vieron afectadas, la Demandante resalta que hay una diferencia sustancial cuando las concesiones no se ven simplemente “afectadas”, sino que son “confiscadas”⁴⁴⁰. Las declaraciones testimoniales confirmaron que ningún otro propietario de una concesión perdió en forma permanente sus derechos mineros tal como ocurrió con la Demandante⁴⁴¹.
352. En su Escrito Posterior a la Audiencia, en respuesta a la pregunta (f) del Tribunal, “¿[a] la Demandante se le negó el debido proceso en el procedimiento que derivó en la promulgación del Decreto Supremo No. 032 u otras medidas?”⁴⁴² [Traducción del Tribunal], la Demandante explicó que la Demandada promulgó el Decreto Supremo No. 032 en violación de los derechos de debido proceso de la Demandante. Aunque el Gobierno consideraba las exigencias de los detractores inconstitucionales, funcionarios se reunieron con los detractores sin la Demandante, a pesar de los reiterados pedidos de la Demandante a efectos de participar de estas reuniones⁴⁴³. Sobre la base de los documentos supuestamente presentados en los últimos días de las reuniones – documentos que no han sido exhibidos durante esta audiencia y que, del mismo modo, la Demandante nunca vio ni tuvo la oportunidad de responder, la Demandada consideraba que la Demandante había incurrido en una eventual violación constitucional⁴⁴⁴. En unas horas, el Gobierno decidió expropiar la inversión de la

⁴³⁹ Tr. 340 (R. Opening).

⁴⁴⁰ *Íd.* en 1808 – 1809.

⁴⁴¹ *Íd.* en ¶ 1780.

⁴⁴² RP-10 ¶ 2.1.4(f).

⁴⁴³ CPHB-I ¶¶ 55 – 56, 59; CPHB-II ¶ 1; Tr. 762:1 – 4, 764:1-5, 769:15-19, 772:9-16, 773:13-14, 776:9-14, 777:14 – 778:8, 779:1-8, 792:2-6, 794:12-20, 795:16 – 796:9, 797:6-14, 798:6-799:1, 810:12 – 811:1, 824:8 – 825:4, 836:6 – 838:3, 846:5-8, 849:8-11, 872:9-14 (Gala); 922:15 – 923:3, 978:19 – 981:10, 990:10 – 991:7, 994:8-11, 999:19 – 1001:2, 1025:11-19 (Zegarra); 1758 (C. Closing); Entrevista al Ing. Fernando Gala, Presidente del Consejo de Minería, Pontificia Universidad Católica del Perú, 18 de noviembre de 2013 pág. 114 [C-0197]; Segunda Declaración Gala ¶¶ 4, 5, 14, 19, 21, 23, 25, 27 [RWS-5]; Segunda Declaración Zegarra ¶¶ 15, 18, 20, 21 [RWS-7].

⁴⁴⁴ CPHB-I ¶ 57; Tr. 769:15-19, 772:9-16, 810:20 – 811:1, 846:5-8 (Gala); 978:19 – 980:8 (Zegarra); Solicitud de Bear Creek al MINEM solicitando autorización para adquirir derechos mineros ubicados en zona de frontera, 4 de diciembre de 2006 (ACTUALIZACIÓN presentada con C-III) págs. 80, 146, 154, 162 [C-0017]; Demanda interpuesta por el MINEM en contra de Bear Creek y la Sra. Villavicencio ante el Juzgado en lo Civil de Lima, 5 de julio de 2011 [C-0112]; Entrevista al Ing. Fernando Gala, Presidente del Consejo de Minería, Pontificia Universidad Católica del Perú, 18 de noviembre de 2013 pág. 114 [C-0197]; Segunda Declaración Gala ¶¶ 4, 5, 14, 19, 23, 25, 27 [RWS-5]; Segunda Declaración Zegarra ¶¶ 15, 18, 20, 21 [RWS-7].

Demandante. Todo lo que se sabe es que, entre las 9 o 10 p.m. del 23 de junio de 2011 y la 1:30 a.m. del 24 de junio de 2011, entre 15 y 19 Ministros del Consejo de Ministros fueron contactados y aceptaron revocar el Decreto Supremo No. 083, a tiempo para que el Presidente del Perú firmara la decisión a la 1:30 a.m.⁴⁴⁵. No se ha proporcionado documentación relativa a ningún debate vinculado a la expropiación, y la Demandada asevera que todos los documentos se han perdido⁴⁴⁶. Las declaraciones testimoniales orales mostraron una inconsistencia respecto de quién redactó el Decreto Supremo No. 032, en tanto el Sr. Gala señaló al Sr. Zegarra como el redactor y el Sr. Zegarra negó haber redactado el documento, insistiendo, en su lugar, en que solo había ofrecido asesoramiento jurídico en forma rápida y verbal⁴⁴⁷.

353. Para cumplir con los requisitos del debido proceso, incluso un acto discrecional del Estado relativo a la necesidad pública debe ser motivado⁴⁴⁸. Aun el testigo de la Demandada, el Viceministro Gala, explicó que la Demandada decidió a propósito no exponer motivos, porque consideró que hacerlo sería “*riesgoso en ese momento*”⁴⁴⁹ [Traducción del Tribunal]. Contrariamente a la afirmación de la Demandada, el Decreto Supremo No. 032 no es ni claro ni motivado⁴⁵⁰. Si bien la Demandada intenta excusar la falta de motivos y estas violaciones del debido proceso alegando que no hubo ni tiempo ni razones para llevar a cabo una diligencia amplia, las declaraciones testimoniales demuestran que la Demandada no llevó a cabo ninguno⁴⁵¹. La omisión en que incurriera la Demandada al no consultar a la Demandante constituye una flagrante violación del derecho internacional que no puede excusarse por vía de referencia al derecho interno⁴⁵². Por último, incluso si la información que la Demandada recibiera el 23 de junio de 2011 fuera precisa, la Demandada no puede aprovecharse de su propia

⁴⁴⁵ CPHB-I ¶ 58; CPHB-II ¶ 1; Tr. 837:2 - 838:4-17 (Gala); Tr. 928:13 – 931:6, 944:8-11978:19 – 980:8-11, 1012:11-19 (Zegarra); “*Yonhy Lescano: Concesión a la minera Santa Ana quedó sin efecto*,” RPP, 24 de junio de 2011 [C-0176].

⁴⁴⁶ CPHB-I ¶ 59; Tr. 232 (R. Opening); 777 – 779, 794, 798 – 799, 824 – 825, 836 – 837 (Gala); 979 – 981, 990 – 991, 1011 (Zegarra); Primer Informe Bullard ¶¶ 196 – 197 [CEX-003].

⁴⁴⁷ Tr. 1777 – 1778 (C. Closing).

⁴⁴⁸ CPHB-I ¶ 60; CPHB-II ¶ 5; Tr. 955 – 957 (Zegarra).

⁴⁴⁹ CPHB-II ¶ 7; Tr. 863:13 – 15 (Gala).

⁴⁵⁰ CPHB-II ¶¶ 5 – 7; Tr. 1775 – 1777 (C. Closing); 863:13 – 15 (Gala); 956:2-22, 957:1-7, 1003:15 – 1004:20 (Zegarra); Decreto Supremo No. 032-2011-EM adoptado el 25 de junio de 2011 [C-0005].

⁴⁵¹ CPHB-II ¶ 2; RPHB-I ¶¶ 85 – 87; Tr. 977:19-21, 1011:16-19 (Zegarra).

⁴⁵² CPHB-II ¶ 3; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 [CL-0040].

conducta ilícita simplemente porque la información era correcta. De todas formas, los hechos presentados en el presente arbitraje no sustentan los fundamentos de la Demandada para promulgar el Decreto Supremo No. 032⁴⁵³.

354. En su Escrito Posterior a la Audiencia, en respuesta a la pregunta (c) del Tribunal, “¿[c]uál fue el fundamento de la decisión de emitir el Decreto Supremo No. 032 y qué evidencia invocaron las autoridades del Estado?”⁴⁵⁴ [Traducción del Tribunal], la Demandante explicó que la Demandada afirma que emitió el Decreto Supremo No. 032 por dos razones: la posible violación por parte de la Demandante del Artículo 71 y la conmoción social. No se ha aportó prueba específica alguna en sustento de la primera afirmación. Los supuestos documentos planteados por el Congresista Lescano no se han presentado, y su existencia no se refleja en declaraciones contemporáneas⁴⁵⁵. La Demandante no incumplió el derecho peruano y, en todo caso, dio a conocer de manera adecuada su relación con la Sra. Villavicencio⁴⁵⁶. La Demandada no ha ofrecido ninguna prueba en sustento de su argumento de que la Demandante era culpable de las protestas sociales. La decisión adoptada en el caso *Cooper Mesa* brinda orientación acerca del tipo de conducta que puede indicar un nexo causal – no hay evidencia semejante en el expediente del presente arbitraje⁴⁵⁷.

⁴⁵³ CPHB-II ¶¶ 4, 8; RPHB-I ¶ 86; Solicitud de Bear Creek al MINEM solicitando autorización para adquirir derechos mineros ubicados en zona de frontera, 4 de diciembre de 2006 (ACTUALIZACIÓN presentada con C-III) págs. 83-94 [C-0017]; *Amco Asia Corp. c. Indonesia* (Primer Tribunal), Caso CIADI No. ARB/81/1, Laudo sobre el Fondo, 21 de noviembre de 1984, 24 I.L.M. 1022, 1038 (1985) ¶ 242 [CL-0137].

⁴⁵⁴ RP-10 ¶ 2.1.4(c).

⁴⁵⁵ CPHB-I ¶¶ 61 – 64; R-I ¶¶ 125 – 125; R-II ¶ 287; Tr. 810 – 811 (Gala); Tr. 977 (Zegarra); Primera Declaración Gala ¶¶ 33 – 38 [RWS-1]; Declaración Fernández ¶¶ 24, 28 [RWS-4]; Segunda Declaración Gala ¶ 17 [RWS-5]; Segunda Declaración Zegarra ¶ 20 [RWS-7].

⁴⁵⁶ CPHB-II ¶¶ 8 – 13; CPHB-I ¶¶ 24 – 26, 50 – 53, 71 – 73; C-II ¶¶ 31 – 34 C. Closing págs. 46 – 58; RPHB-I ¶¶ 61, 64, 66, 86; Tr. 408, 413 (Swarthout); Tr. 964, 1015 (Zegarra); Tr. 1764 – 1771 (Demandante); Solicitud de Bear Creek al MINEM solicitando autorización para adquirir derechos mineros ubicados en zona de frontera, 4 de diciembre de 2006 (ACTUALIZACIÓN presentada con C-III) págs. 80, 87-163, 165-87 [C-0017]; Informe No. 157-2006/MEM-AAM/EA, 22 de junio de 2006 [C-0139]; Informe No. 170-2006/MEM-AAM/EA, 10 de julio de 2006 [C-0140]; Informe No. 265-2006/MEM-AAM/EA/RC, 12 de octubre de 2006 [C-0141]; Solicitud de J. Karina Villavicencio de Aprobación de la Declaración Jurada de Exploración Minera Categoría “B”, 9 de junio de 2006 [C-0287]; Resolución aprobatoria de la primera modificación de la Evaluación Ambiental del proyecto de exploración minera “Santa Ana”, Resolución Directorial No. 216-2008-MEM/AAM [R-036]; Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Art. 35 (2001) (Actualizado en 2008) Art. 4(1) [CL-0030].

⁴⁵⁷ CPHB-II ¶ 14; *Copper Mesa Mining Corporation c. República del Ecuador*, Caso CPA No. 2012-2, Laudo, 15 de marzo de 2016 ¶¶ 4.105, 4.173, 4.179 – 90, 4.214-230, 4.251, 4.286 [CL-0237].

(b) Argumentos de la Demandada

355. El Anexo 812.1 del TLC define expresamente la expropiación indirecta como una medida que tiene “*un efecto equivalente a la expropiación directa sin una transferencia formal de título*”. El Decreto Supremo No. 032 no canceló ni transfirió la propiedad. En cambio, revocó la declaración de necesidad pública que le concedía a la Demandante permiso para adquirir o poseer las concesiones. Como máximo, el Decreto Supremo No. 032 hizo efectiva una expropiación indirecta, ya que la Demandante conserva el título respecto de las concesiones Santa Ana⁴⁵⁸.

(i) Argumentos Relativos al Anexo 812.1(b)

356. Agregar el segundo criterio en virtud del Anexo 812.1(b) (que ordena una investigación de caso por caso del impacto económico de la medida, el grado en que la medida interfiere con expectativas y el carácter de la medida) no reduce la carga de la Demandante⁴⁵⁹.

357. El argumento de la Demandada es que, en virtud del Anexo 812.1 “*la reclamación de expropiación indirecta de la Demandante fracasará a menos que la Demandante pueda probar que la promulgación del Decreto Supremo No. 032: (i) representa una ‘rara circunstancia’, (ii) es discriminatoria; o (iii) no fue diseñada para proteger la seguridad pública*”⁴⁶⁰. [Traducción del Tribunal]

(ii) Argumentos Relativos al Anexo 812.1(c) y a las Preguntas (c) y (f) del Tribunal

358. La Demandante pretende inventar un estándar de expropiación más bajo – uno que ignore el requisito de transferencia del título. Argumenta que el tribunal del caso *Quiborax* resolvió que la acción del Estado solo tendría que “*tener el efecto de transferir el título*” [Traducción del Tribunal] para

⁴⁵⁸ R-I ¶ 253; R-II ¶¶ 466 – 468; TLC Canadá-Perú Anexo 812.1 [C-0001]; Decreto Supremo No. 032-2011-EM adoptado el 25 de junio de 2011 [C-0005]; Demanda interpuesta por el MINEM en contra de Bear Creek y la Sra. Villavicencio ante el Juzgado en lo Civil de Lima, 5 de julio de 2011 [C-0112]; *El Paso c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011 [CL-0095]; *Enron Corporation, Ponderosa Assets, L.P., c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Laudo, 22 de mayo de 2007 [CL-0150]; Nigel Blackaby, Constantine Partasides, y otros, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 6a. edición (2015) [CL-0183].

⁴⁵⁹ R-II ¶ 477.

⁴⁶⁰ Respuesta de la Demandada a la Presentación de Canadá (18 de agosto de 2016) pág. 2.

constituir una expropiación directa⁴⁶¹. En ese caso, y a diferencia del caso que nos ocupa, el Estado revocó expresamente las concesiones mineras de la demandante por decreto⁴⁶². En el marco del caso *Quiborax*, hubo una transferencia de título, y el tribunal resolvió que “*para que exista una expropiación directa, debe haber una confiscación forzosa o transferencia de título al Estado que prive al inversionista de su inversión*”⁴⁶³. [Traducción del Tribunal]

359. La Demandante simplemente se equivoca cuando argumenta que la Demandada expropió el decreto de necesidad pública de 2007, que la Demandante describe como un “*componente esencial*” [Traducción del Tribunal] de sus derechos⁴⁶⁴. Primero, este es un argumento en favor de la expropiación “*indirecta*”, y no directa. Segundo y más importante – el Decreto Supremo No. 083 no le otorgó a la Demandante derechos mineros específicos. Por el contrario, le concedió a la Demandante permiso para adquirir concesiones mineras. Las concesiones– y no la declaración de necesidad pública contenida en el Decreto Supremo – le permiten a la Demandante solicitar permisos y autorizaciones. Aquí, puesto que la Demandante todavía detenta el título respecto de las concesiones, no se han transferido derechos valiosos específicos, y la Demandante no tiene reclamación alguna de expropiación directa⁴⁶⁵.
360. La reclamación de expropiación indirecta de la Demandante fracasará porque la Demandante no puede probar que el Decreto Supremo No. 032 reúne cualquiera de los tres elementos requeridos en virtud del Anexo 812.1(c) del TLC, a saber, que (i) representa una rara circunstancia, (ii) es discriminatorio, o (iii) no estaba diseñado para proteger legítimos objetivos de bienestar público⁴⁶⁶.

⁴⁶¹ R-II ¶¶ 469 – 470 (que cita C-II ¶ 316, que cita *Quiborax S.A. y otros c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Laudo, 16 de septiembre de 2015 ¶ 229 [CL-0184]).

⁴⁶² R-II ¶ 471.

⁴⁶³ *Íd.* en ¶ 472; *Quiborax S.A. y otros c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Laudo, 16 de septiembre de 2015 ¶¶ 228 – 229 [CL-0184].

⁴⁶⁴ R-II ¶ 473; *Saluka c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 ¶¶ 318 – 321 [CL-0091].

⁴⁶⁵ R-II ¶¶ 473 – 475; Demanda interpuesta por el MINEM en contra de Bear Creek y la Sra. Villavicencio ante el Juzgado en lo Civil de Lima, 5 de julio de 2011 [C-0112]; *Saluka c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 ¶¶ 318 – 321 [CL-0091].

⁴⁶⁶ R-II ¶¶ 476 – 478; R-I ¶ 254; TLC Canadá-Perú Anexo 812.1(c) [C-0001].

El Decreto Supremo No. 032 es una medida no discriminatoria, adoptada en ausencia de “*raras circunstancias*”, en aras de promover intereses soberanos legítimos⁴⁶⁷.

361. Primero, el Decreto Supremo No. 032 no representa una “*rara circunstancia*” de expropiación indirecta mediante una medida gubernamental de buena fe. Este es un umbral elevado – y el hecho de que el Estado soberano actúe para proteger a sus ciudadanos no tiene nada de “*raro*”⁴⁶⁸. Una rara circunstancia podría incluir una demostración de mala fe por parte del Estado⁴⁶⁹. Aunque la Demandante alega mala fe, sus alegaciones carecen de fundamento, en particular, a la luz del estándar jurídico, que presume que el ente regulador actúa de buena fe⁴⁷⁰. La Demandada no tuvo conocimiento del alcance o los detalles de la estrategia ilegal a través del cual la Demandante adquirió las Concesiones Santa Ana hasta junio de 2011, cuando los detractores plantearon la cuestión ante el Gobierno⁴⁷¹. La interpretación que hace la Demandante de la redacción de las “*raras circunstancias*” es disparatada. Conforme a la teoría de la Demandante, cualquier demandante potencial podría pasar la prueba de las “*raras circunstancias*” presentando simplemente un puñado de hechos que son específicos de su argumento. Esto no puede ser lo que las Partes Contratantes pretendieron cuando aceptaron el lenguaje contenido en el Anexo 812.1(c) del TLC, y, por lo tanto, el argumento de la Demandante debe rechazarse⁴⁷².

362. Segundo, el Decreto Supremo No. 032 no es discriminatorio. Por el contrario, la Demandada realizó una acción específica vinculada a Santa Ana sobre la base de sus circunstancias extraordinarias, a saber, su adquisición sospechosa y su carácter de pararrayos de la protesta⁴⁷³. Si bien la Demandante

⁴⁶⁷ R-II ¶ 485.

⁴⁶⁸ *Íd.* en ¶ 479; R-I ¶ 255; *Tza Yap Shum c. La República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/07/6, Laudo, 7 de julio de 2011 ¶ 125 [RLA-041]; *Conocophillips Petrozuata B.V., Conocophillips Hamaca B.V. y Conocophillips Gulf of Paria B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/30, Decisión sobre Jurisdicción y Fondo, 3 de septiembre de 2013 ¶ 275 [RLA-049].

⁴⁶⁹ R-I ¶¶ 253, 255; TLC Canadá-Perú Anexo 812.1(c) [C-0001]; *Tza Yap Shum c. La República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/07/6, Laudo, 7 de julio de 2011 ¶ 125 [RLA-041].

⁴⁷⁰ R-I ¶ 256; *Tza Yap Shum c. La República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/07/6, Laudo, 7 de julio de 2011 ¶ 125 [RLA-041]; *Conocophillips Petrozuata B.V., Conocophillips Hamaca B.V. y Conocophillips Gulf of Paria B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/30, Decisión sobre Jurisdicción y Fondo, 3 de septiembre de 2013 ¶ 275 [RLA-049].

⁴⁷¹ R-I ¶¶ 257 – 258; Primera Declaración Gala ¶ 35 [RWS-1]; Primera Declaración Zegarra ¶ 27 [RWS-3].

⁴⁷² R-II ¶¶ 480 – 481.

⁴⁷³ *Íd.* en ¶ 482.

señala que ninguna otra compañía minera perdió su derecho de titularidad y operación de las concesiones mineras, la Demandante no identifica una sola compañía minera comparable que fuera el objetivo de protestas o que utilizara un esquema similar al de la Demandante para adquirir derechos de concesión. A menos que la Demandante pueda identificar otra compañía minera en circunstancias similares y hasta ese momento, su argumento en materia de discriminación no amerita consideración alguna⁴⁷⁴. Las protestas en la zona sur de Puno se concentraron directamente en el Proyecto Santa Ana, y, por ende, realizar acciones con respecto a Santa Ana en particular era una elección regulatoria lógica. En cualquier caso, las acciones de la Demandada en el sector minero no se limitaron a la Demandante. La Demandada suspendió todos los proyectos mineros nuevos en Puno durante 36 meses y exigió consulta previa para todos los proyectos en la región, incluidos aquellos que no pertenecían a extranjeros⁴⁷⁵.

363. Tercero, el Decreto Supremo No. 032 se refiere a un legítimo objetivo de bienestar público – promover la seguridad pública y salvaguardar la integridad del sistema constitucional y regulatorio de la Demandada en materia de recursos naturales. La insinuación de que el Decreto Supremo No. 032 tenía una motivación política carece de sustento, es ilógica y no se corresponde con varias declaraciones testimoniales⁴⁷⁶.

364. La Demandante invita al Tribunal a visualizar la creación del Decreto Supremo No. 032 “*a través del lente clínico de cinco años hacia atrás en vez de apreciar la situación extraordinaria en la que econtraba el gobierno*”⁴⁷⁷. En ese momento, el Congresista Yohnny Lescano, quien representa a la población aymara en la zona sur de Puno, presentó documentación que demostraba el esquema ilícito de la Demandante ante una sala llena de detractores. Los hechos se consideraron veraces en ese momento (y, en retrospectiva, también lo eran). La Demandante podría haber interrogado a la ex Primera Ministro Rosario Fernández, quien presidía el Consejo de Ministros y el Ministro de Justicia

⁴⁷⁴ *Íd.* en ¶¶ 482 – 483.

⁴⁷⁵ R-I ¶ 259; Tr. 1885 – 1887 (R. Closing); Carta del Presidente Regional de Puno al Ministro de Energía y Minas, Carta No. 520-2011-GR-PUNO/PR (26/04/2011) [R-018]; Primera Declaración Gala ¶ 24 [RWS-1].

⁴⁷⁶ R-I ¶¶ 260 – 262; R-II ¶ 484; Resolución DGAAM No. 162-2011-MEM-AAM, 30 de mayo de 2011 [C-0098]; Primera Declaración Gala ¶ 42 [RWS-1]; Primera Declaración Zegarra ¶¶ 25 – 26 [RWS-3].

⁴⁷⁷ Tr. 1907– 1908 (R. Closing).

en ese momento, a fin de obtener más información acerca del proceso deliberativo que tuvo como resultado el Decreto Supremo No. 032, pero la Demandante eligió no hacerlo⁴⁷⁸.

365. En respuesta a la pregunta (f) del Tribunal “¿A la Demandante se le negó el debido proceso en el procedimiento que derivó en la promulgación del Decreto Supremo No. 032 u otras medidas?”⁴⁷⁹, la Demandada explicó que cumplió con todos los requisitos procesales cuando emitió el Decreto Supremo No. 032⁴⁸⁰. El hecho de que la Demandante no fuera consultada durante el breve proceso decisorio no redundó en violación de los derechos de debido proceso de la Demandante⁴⁸¹. El Consejo de Ministros goza de amplia discrecionalidad para emitir, reconsiderar o dejar sin efecto una resolución que declare una inversión extranjera de necesidad pública⁴⁸². El Consejo de Ministros no tiene la obligación de consultar a una parte privada que podría verse afectada por un Decreto semejante⁴⁸³. Aquí, el Gobierno respondió a una crisis de manera adecuada y expedita, realizando exclusivamente la acción que era necesaria para abordar la ilegalidad aparente y la crisis de Puno⁴⁸⁴. A la luz de las circunstancias existentes cuando se emitió el Decreto Supremo, habría sido inapropiado y/o imposible que la Demandada hubiera solicitado las opiniones de la Demandante antes de emitir el Decreto⁴⁸⁵. Incluso si la Demandada lo hubiera hecho, el resultado no habría cambiado, en tanto la Demandante no puede negar los hechos pertinentes que constituyeron el fundamento de la emisión del Decreto, a saber, que la Demandante utilizó a su propio empleado para adquirir las concesiones que exploraba y detentaba la posesión *de facto* de las concesiones a través del empleado⁴⁸⁶.

⁴⁷⁸ Tr. 1875 – 1883 (R. Closing); Tr. 938, 988, 1039 (Zegarra).

⁴⁷⁹ RP-10 ¶ 2.1.4(f).

⁴⁸⁰ RPHB-I ¶ 116; RPHB-II ¶ 25.

⁴⁸¹ RPHB-II ¶ 26.

⁴⁸² RPHB-I ¶ 117; RPHB-II ¶ 28; § IV, Primer Informe Eguiguren ¶¶ 63 – 64 [REX-001]; Informe Danos § IV.A ¶¶ 2, 123 [REX-006]; Segundo Informe Eguiguren ¶¶ 19 – 20, 23 – 30 [REX-007].

⁴⁸³ RPHB-I ¶ 117; Primer Informe Eguiguren ¶ 65 [REX-001].

⁴⁸⁴ RPHB-II ¶¶ 27, 29; Tr. 1875 – 1883 (R. Closing); Tr. 938:10 – 11, 19 – 20 (Zegarra).

⁴⁸⁵ RPHB-I ¶ 118; Tr. 1021:11 – 1022:5 (Zegarra); Primera Declaración Gala ¶¶ 34 – 35 [RWS-1]; Declaración Fernández ¶ 24 [RWS-4].

⁴⁸⁶ RPHB-I ¶¶ 119 – 120.

366. El Consejo de Ministros no tenía medidas de transición o menos definitivas a su disposición, en tanto ya se había intentado una suspensión del Proyecto que no había logrado calmar la situación⁴⁸⁷. En la noche del 23 de junio de 2011, el Gobierno se encontraba en un estado de necesidad, en el sentido del derecho peruano⁴⁸⁸. La Demandada no ha alegado la “*necesidad*” en el sentido del Artículo 25 del Proyecto de Artículos de la CDI, dado que la emisión de un Decreto de Necesidad Pública constituye un acto discrecional del Gobierno, por lo que no es necesario invocar los Artículos de la CDI⁴⁸⁹. Luego de emitir el Decreto Supremo No. 032, la Demandada inició un procedimiento a fin de garantizar la determinación judicial – con el debido proceso – de si la Demandante violó la Constitución. Dicho procedimiento judicial está todavía en trámite⁴⁹⁰. Si bien la Demandante ahora afirma que el Decreto Supremo No. 032 constituyó un acto de expropiación, ya habían abandonado el sitio y completado las acciones requeridas a efectos de la aprobación del ESIA⁴⁹¹.
367. En su Escrito Posterior a la Audiencia, en respuesta a la pregunta (c) del Tribunal, “¿[c]uál fue el fundamento de la decisión de emitir el Decreto Supremo No. 032 y qué evidencia invocaron las autoridades del Estado?”⁴⁹², la Demandada explicó que la decisión de emitir el Decreto Supremo No. 032 se basó en (1) el descubrimiento de la posesión inconstitucional por parte de la Demandante de las concesiones Santa Ana, y (2) la crisis social y las protestas en contra del Proyecto Santa Ana⁴⁹³. Con respecto al primer punto, el Gobierno en oportunidad de una reunión celebrada en Lima en junio de 2011 tomó conocimiento de que la Demandante había operado en la región fronteriza y detentado la posesión de las concesiones mediante un apoderado representante – la Sra. Villavicencio – antes de recibir su declaración de necesidad pública, cuando un funcionario elegido presentó documentos que lo probaban⁴⁹⁴. Aunque los documentos no están más en poder de la Demandada, su contenido

⁴⁸⁷ *Íd.* en ¶ 118; Tr. 830:1 – 832:3 (Gala); Tr. 1883 – 1884 (R. Closing); Tr. 1916 – 1921 (Respuesta de la Demandada al Árbitro Sands).

⁴⁸⁸ Tr. 1921, 1923 (Respuesta de la Demandada al Árbitro Sands).

⁴⁸⁹ *Íd.* en 1922 – 1924 (Respuesta de la Demandada al Árbitro Sands).

⁴⁹⁰ RPHB-II ¶ 29.

⁴⁹¹ Tr. 1884 – 1885 (R. Closing)

⁴⁹² RP-10 ¶ 2.1.4(c).

⁴⁹³ RPHB-I ¶ 79.

⁴⁹⁴ *Íd.* en ¶¶ 82 – 84; Tr. 801, 808 (Gala); Tr. 923 (Zegarra); “Juliaca: Seis muertos tras violenta jornada de protesta” *Diario La República* [R-050]; Segunda Declaración Gala ¶ 20 [RWS-5]; Declaración Fernández ¶ 24 [RWS-4]; Segunda Declaración Gala ¶ 17 [RWS-5]; Segunda Declaración Zegarra ¶ 20 [RWS-7].

es confirmado por declaraciones testimoniales⁴⁹⁵. La información contenida en los documentos era precisa⁴⁹⁶. Con respecto al segundo punto, y puesto que el público tenía conocimiento de la violación constitucional, el Gobierno ya no podía sostener la declaración de necesidad pública de la Demandante. En su parte sustancial, la fuente de la crisis social fue la oposición de la comunidad al Proyecto Santa Ana⁴⁹⁷. El tiempo era esencial, y quedaba claro que la Demandante había perdido todo apoyo comunitario⁴⁹⁸.

(c) Razonamiento del Tribunal

368. Al comienzo de sus consideraciones, el Tribunal recuerda que el TLC contiene disposiciones expresas relativas a la expropiación indirecta.
369. En primer lugar, el artículo 812.1 del TLC incluye de manera manifiesta la expropiación indirecta con la siguiente redacción:

Ninguna de las Partes podrá nacionalizar o expropiar una inversión cubierta, sea directa o indirectamente, mediante medidas que tengan un efecto equivalente a la nacionalización o expropiación (en adelante “expropiación”), salvo por propósito público⁴, de conformidad con el debido proceso, de una manera no discriminatoria y mediante una indemnización pronta, adecuada y efectiva.

⁴⁹⁵ RPHB-I ¶¶ 83, 85, 86; Tr. 231 – 232 (R. Opening); Tr. 413:2-8 (Swarthout); Tr. 764, 777, 806 – 807 (Gala); Tr. 923, 971 – 973 (Zegarra); Segunda Declaración Gala ¶ 20 [RWS-5]; Declaración Fernández ¶ 24 [RWS-4]; Segunda Declaración Zegarra ¶ 20 [RWS-7].

⁴⁹⁶ RPHB-I ¶ 86; Tr. 413:2-8 (Swarthout).

⁴⁹⁷ RPHB-I ¶¶ 87 – 89; Tr. 615 (Swarthout); Tr. 794 (Gala); Tr. 923 – 924 (Zegarra); Resolución DGAAM No. 162-2011-MEM-AAM, 30 de mayo de 2011 [C-0098]; Ayuda Memoria “Acciones Realizadas por el Ejecutivo en los Conflictos en el Departamento de Puno” (7/2011) 5 [R-010]; Memorial presentado por el Frente de Defensa y las Comunidades Campesinas de Kelluyo ante el Congreso, Memorial No. 0005-2011-CO-FDRN-RSP [R-015]; Memoriales presentados por el Frente de Defensa y las Comunidades Campesinas de Kelluyo ante el Presidente del Perú, Memorial No. 0001-2011-CO-FDRN-RSP [R-016]; Memoriales presentados por el Frente de Defensa y las Comunidades Campesinas de Kelluyo ante el Ministro de Energía y Minas, Memorial No. 0002-2011-CO-FDRN-RSP [R-017]; Carta del Presidente Regional de Puno al Ministro de Energía y Minas, Carta No. 520-2011-GR-PUNO/PR (26/04/2011) [R-018]; Resolución que crea la Comisión Multisectorial, Resolución Suprema No. 131-2011-PCM [R-024]; Decreto que suspende la admisión de Petitorios Mineros en el territorio de las provincias de Chucuito, El Collao, Puno y Yunguyo del departamento de Puno, Decreto Supremo No. 026-2011-EM [R-025]; Resolución que amplía los alcances de la Comisión Multisectorial, Resolución No. 142-2011-PCM [R-026]; Carta de la Comunidad de Kelluyo que pregunta por el Proyecto [R-053]; Carta AA de la Comunidad de Desaguadero [R-411]; Memorial de las Autoridades de Kelluyo al Ministerio de Energía y Minas [R-423]; Primera Declaración Gala ¶ 24, 33 [RWS-1]; Declaración Fernández ¶¶ 24, 26 [RWS-4]; Segunda Declaración Gala ¶ 16 [RWS-5].

⁴⁹⁸ RPHB-I ¶¶ 89 – 90; Tr. 764 (Gala) Tr. 923 – 924 (Zegarra); Declaración Fernández ¶ 26 [RWS-4].

370. Las notas al pie incluidas en el Artículo 812.1 establecen:

Nota al pie 3. Para mayor certeza, el párrafo (1) del Artículo 812 será interpretado de acuerdo con lo dispuesto en el Anexo 812.1.

Nota al pie 4. El término “propósito público” se interpretará de conformidad con el derecho internacional. No se pretende crear ninguna inconsistencia con los mismos o similares conceptos en el derecho nacional de las Partes.

371. Asimismo, el Anexo 812.1, mencionado en la nota al pie 3, reza:

Anexo 812.1 Expropiación Indirecta

Las Partes confirman su común entendimiento que:

- (a) La expropiación indirecta es el resultado de una medida o una serie de medidas de una Parte que tienen un efecto equivalente a la expropiación directa sin una transferencia formal de título o del derecho de dominio;*
- (b) La determinación de si una medida o una serie de medidas de una Parte constituyen una expropiación indirecta requiere de una investigación factual y de caso por caso en la que se considere, entre otros factores:
 - (i) el impacto económico de la medida o serie de medidas, aunque el solo hecho de que una medida o una serie de medidas de una Parte tenga un efecto adverso en el valor económico de una inversión, no determina que ha ocurrido una expropiación indirecta,*
 - (ii) el grado en que la medida o serie de medidas interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión, y*
 - (iii) el carácter de la medida o serie de medidas;**
- (c) Salvo en raras circunstancias, como cuando una medida o serie de medidas son demasiado severas a la luz de su objetivo que no pueden ser consideradas de manera razonable como que fueron adoptadas y aplicadas de buena fe, las medidas no discriminatorias de una Parte que son diseñadas y aplicadas para proteger los legítimos objetivos de bienestar público, como salud, seguridad y medio ambiente, no constituyen una expropiación indirecta.*

372. Mediante estas disposiciones, el TLC contiene definiciones y reglas más extensas y detalladas que la mayoría de los otros TBI. Por lo tanto, el Tribunal considera que su análisis de si el Decreto Supremo 032 constituyó una expropiación indirecta por parte de la Demandada debe centrarse en estas disposiciones específicas, las cuales son aplicables en el presente caso.

373. El Decreto Supremo 032, a través de su Artículo 1, deroga expresamente el Decreto Supremo 083 el cual, de manera manifiesta:

- declaraba en su Artículo 1 que la inversión privada de la Demandante en actividades mineras era una “*necesidad pública*” de conformidad con los requisitos del Artículo 71 de la Constitución del Perú,
- autorizaba en su Artículo 2 a la Demandante a adquirir siete derechos mineros definidos ubicados en el departamento de Puno,
- ordenaba en su Artículo 3 que la autoridad minera de la Demandada “otorgar[a] las autorizaciones” para las actividades mineras de la Demandante en los derechos mineros a los que se refiere el Artículo 2.

(i) **Análisis de los “factores” establecidos por el Anexo 812.1 del TLC**

374. A continuación, el Tribunal procederá ahora a examinar si estos efectos del Decreto Supremo 032 corresponden a los “*factores*” que el Anexo 812.1 del TLC menciona en su inciso (b) para determinar si una medida constituye una expropiación indirecta.
375. Al aplicar el **primero de estos factores** mencionados en el inciso (i), el Tribunal concluye que se generó un obvio “*impacto económico*” a partir del Decreto Supremo 032 al revocar las mencionadas autorizaciones del Decreto Supremo 083, el cual privó a la Demandante de todos los derechos legales más relevantes que había obtenido y que necesitaba para la realización de su Proyecto minero.
376. Al aplicar el **segundo de estos factores** mencionado en el inciso (ii), el Tribunal considera que las “*expectativas inequívocas y razonables*” sobre las que la Demandante podía basarse respecto de las resoluciones del Decreto Supremo 083 fueron “*interferidas*”. Tal como señala⁴⁹⁹ la Demandante y tal como resulta evidente para el Tribunal, la Demandante se basó en la autorización expresa del Gobierno mediante el Decreto Supremo 083 al ejercer sus opciones para adquirir las Concesiones Mineras Karina en diciembre de 2007. Sin dichas autorizaciones, no se podía esperar que la Demandante invirtiera los importes que indudablemente invirtió en el período comprendido entre 2007 y 2011.
377. Al aplicar el **tercero de estos factores** mencionados en el inciso (iii), el Tribunal a continuación examinará en detalle el “*carácter de la medida*” teniendo en cuenta la redacción y el razonamiento establecidos en el Decreto Supremo 032 y las circunstancias en virtud de las cuales fue resuelto y emitido.

⁴⁹⁹ C-II ¶ 208.

(ii) **Resumen de las circunstancias de hecho que derivaron en el Decreto Supremo 032**

378. En primera instancia, el Tribunal resumirá las circunstancias **fácticas** que conllevaron al Decreto Supremo 032 al evaluar y arribar a conclusiones a partir de las pruebas disponibles del expediente y de la Audiencia.
379. Hasta la reunión celebrada el 23 de junio de 2011, todas las autoridades que declararon para la Demandada argumentaron que consideraban que el procedimiento adoptado por la Demandante y las autorizaciones concedidas a la Demandante eran de naturaleza lícita. La solicitud de la Demandante para la declaración de necesidad pública incluía los Contratos de Opción y revelaba la relación de la Demandante con la Sra. Villavicencio. El MINEM⁵⁰⁰, el Ministerio de Defensa⁵⁰¹ y el Viceministro Secretario General de Relaciones Exteriores⁵⁰² revisaron la solicitud. Después de aproximadamente un año de revisión, se emitió el Decreto Supremo 083. Incluía expresamente las autorizaciones y los derechos mencionados *supra* y fue firmado por el Presidente Constitucional del Perú, el Presidente del Consejo de Ministros y Ministro de Justicia, el Ministro de Defensa y el Ministro de Energía y Minas⁵⁰³. Durante un período de aproximadamente tres años a partir de ese momento, tal como se analizará con mayor detalle más adelante en este Laudo, la Demandada apoyó el Proyecto de la Demandante de varias maneras. La Demandada aprobó el PPC de la Demandante y reconoció públicamente que la revocación del Decreto Supremo 083 sería “totalmente ilegal[]⁵⁰⁴”. Además, el testigo de la Demandada, el Viceministro Gala, reconoció en una entrevista que los disturbios sociales en la región de Puno no eran una razón suficiente para derogar el Decreto Supremo 083⁵⁰⁵.

⁵⁰⁰ Resolución emitida por el MINEM al Ministerio de Defensa relativa a la Autorización para la Adquisición de Derechos Mineros presentada por Bear Creek Mining Company, 12 de marzo de 2007 [C-0044].

⁵⁰¹ Carta del Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas del Perú al Secretario General del Ministerio de Defensa, 26 de julio de 2007 [C-0045].

⁵⁰² Carta del Viceministro Secretario General de Relaciones Exteriores al Ministerio de Minas, 26 de septiembre de 2007 [C-0046].

⁵⁰³ Decreto Supremo No. 083-2007-EM publicado el 29 de noviembre de 2007 [C-0004].

⁵⁰⁴ *Diálogo no prosperó en Puno debido a intransigencia de los dirigentes*, MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS, 26 de mayo de 2011 [C-0095].

⁵⁰⁵ Entrevista al Ing. Fernando Gala, Presidente del Consejo de Minería, Pontificia Universidad Católica del Perú, 18 de noviembre de 2013 [C-0197].

380. Cuando durante el período comprendido entre el 17 y el 23 de junio de 2011, el Primer Ministro y otros funcionarios del gobierno se reunieron con representantes de los manifestantes en Lima; estas reuniones y particularmente la reunión del 23 de junio de 2011 se organizaron indiscutiblemente para lidiar con los disturbios sociales. El Tribunal aprecia que, en ese momento, el Gobierno estaba sometido a fuertes presiones políticas y buscaba urgentemente medidas que pudieran, según lo esperado, mejorar la situación. El Tribunal también considera políticamente plausible que el Gobierno no invitara a la Demandante a asistir a la reunión porque dicha asistencia podría haber tornado más difícil el debate en la reunión. A partir de la evidencia, queda claro que los representantes de la Demandada, así como también los demás participantes, buscaban desesperadamente arribar a una decisión útil, pero tuvieron grandes dificultades para llegar a un acuerdo. En virtud de tales circunstancias, cuando alrededor de las 9 o 10 de la noche el congresista Lescano intervino y alegó que la Demandante había obtenido ilegalmente el Decreto Supremo 083 involucrando a la Sra. Villavicencio sin revelárselo a la Demandada, parece que los que participaban de la reunión “saltaron” por esa razón para derogar el Decreto Supremo 083. La Demandada alega que el congresista Lescano presentó nuevos documentos que por primera vez reflejaban dicha acusación. La declaración testimonial de los testigos de la Demandada, el Viceministro Gala y el Sr. Zegarra, proporcionan algunos detalles sobre lo que ocurrió en tal sentido en la reunión del 23 de junio de 2011⁵⁰⁶. El Sr. Zegarra declaró que, en su carácter de Director de la Oficina del Asesor Jurídico del Ministerio de Minas, participó de la reunión como observador y brindó asesoramiento jurídico en la reunión. También testificó que los documentos fueron revisados “*muy rápidamente*”⁵⁰⁷ y que no recordaba “*exactamente la secuencia de los acontecimientos*”⁵⁰⁸. [Traducción del Tribunal]

381. Ni la naturaleza de estos documentos, ni las personas que los examinaron posteriormente, pudieron aclararse completamente en la Audiencia. La Demandada no ha podido presentar tales documentos y ha alegado que ellos se perdieron en el proceso subsiguiente. Esto resulta difícil de entender en vista de la supuesta alta relevancia de los documentos como base para una importante decisión del Gobierno, es decir, el Decreto Supremo 032. Por consiguiente, el Tribunal concluye que la

⁵⁰⁶ Tr. 762:1-4 (Gala), y 930 y ss. (Zegarra).

⁵⁰⁷ Tr. 973:18 (Zegarra).

⁵⁰⁸ Tr. 974:20 – 977 (Zegarra, preguntas y respuestas con el Presidente Böckstiegel).

Demandada no ha cumplido con su carga de la prueba en tal sentido y no puede basarse en dichos documentos.

382. Existe acuerdo respecto de que, luego de que los supuestos documentos se hubieran mostrado en la reunión alrededor de las 9 o 10 pm del 23 de junio, según lo aducido por el testigo de la Demandada, el Sr. Zegarra, ya para la 1 o las 2 de la mañana, la primera y la última versión del Artículo 1 del Decreto Supremo 032 (que derogó al Decreto Supremo 083) fueron redactadas por una persona que no pudo identificar. Asume que, a pesar de no poder brindar detalles, a la 1:30 de la madrugada, entre 15 y 19 ministros del Consejo de Ministros pudieron ser contactados, aprobaron el borrador sin ver los supuestos documentos, y que el Presidente de la República firmó el Decreto Supremo. Ni el Sr. Gala ni el Sr. Zegarra pudieron brindar detalles de dicho proceso tal como se desarrollara durante esas horas de la noche⁵⁰⁹.
383. No se discute que la Demandante no fue contactada y que no se le otorgó la oportunidad de hacer observaciones antes de que se emitiera el Decreto Supremo 032.

(iii) Evaluación de legalidad

384. Teniendo en cuenta el resumen que antecede sobre la evolución de los hechos hasta el dictado del Decreto Supremo 032, el Tribunal se abocará a continuación a la **evaluación de legalidad**.
385. Las Preguntas del Tribunal presentes en la sección 2.1.4 (c) y (d) de la RP-10 abordan el fundamento legal del Decreto Supremo 032 y las Partes contestaron a tales preguntas en sus Escritos Posteriores a la Audiencia.
386. El Decreto Supremo 032 contiene expresamente las siguientes referencias sobre las pruebas en que se basa:

Que en mérito a los documentos presentados, se expidió el Decreto Supremo N° 083-2007-EM;

Que, se ha hecho de conocimiento circunstancias que implicarían la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del mencionado acto;

[...]

⁵⁰⁹ Tr. 863 (Gala) y 1019 – 1025 (Zegarra).

Que, en tal sentido, ante la existencia de estas nuevas circunstancias se hace necesario dictar el acto correspondiente; [...]

387. No queda claro si esta cita se refiere a los documentos supuestamente presentados en la reunión del 23 de junio de 2011. Pareciera probable en vista de las referencias a que “*se ha hecho de conocimiento circunstancias*” y “*estas nuevas circunstancias*”. Tal como concluyera *supra* el Tribunal, la existencia y el contenido de dichos documentos no han sido demostrados y el Tribunal, por lo tanto, no puede basarse en ellos. Asimismo, la Demandada no ha presentado otros nuevos documentos a los que pueda dirigirse la referencia citada *supra*. Por ende, el Tribunal debe concluir que la citada referencia en el Decreto Supremo 032 a “*documentos*” y “*circunstancias*” no proporciona una justificación probatoria para el Decreto.
388. Además, el Decreto Supremo 032 establece expresamente dos razones legales en las que se basa:
- 1) la existencia de las supuestas “*nuevas circunstancias*” ya abordadas *supra*.
 - 2) “*Que, asimismo, se ha considerado pertinente disponer que el Poder Ejecutivo, con la finalidad de resguardar las condiciones ambientales y sociales en las áreas de los distritos de Huacullani y Kelluyo en la provincia de Chucuito del departamento de Puno*”
389. Tal como se explicará a continuación en mayor grado de detalle, ninguna de tales justificaciones fue suficiente para fundamentar la derogación del Decreto Supremo 083.

(iv) ¿Justificó la derogación del Decreto 083 la participación de la Sra. Villavicencio en la Demandante?

390. El primer motivo, las “*nuevas circunstancias*”, se basa en la supuesta inconstitucionalidad recientemente descubierta del Decreto Supremo 083 debido a la participación de la Sra. Villavicencio.
391. Como ya se mencionara *supra*, las pruebas aportadas por la Demandada no demuestran que se hubieran presentado nuevos documentos en la reunión del 23 de junio de 2011 que reflejaran la existencia de nuevas circunstancias. En consecuencia, el Tribunal debe examinar si el expediente existente en este arbitraje justificaría la alegación de inconstitucionalidad.

392. En este contexto, resulta útil recordar la línea de tiempo de los sucesos pertinentes presentada por la Demandante⁵¹⁰ que se encuentran disponibles en el expediente:

⁵¹⁰ C-III págs. 30 – 34.

2003	Jenny Karina Villavicencio se encuentra registrada como empleada de Bear Creek en el Ministerio de Trabajo del Perú ¹²⁹ .
21 de agosto de 2003	La SUNARP registró el Poder de la Sra. Villavicencio en su carácter de apoderada legal de Bear Creek para fines específicos ¹³⁰ .
26 de mayo de 2004	La Sra. Villavicencio presentó una solicitud ante el INACC para adquirir cuatro concesiones mineras (Karina 9A, 1, 2, y 3) ¹³¹ .
17 de noviembre de 2004	La Sra. Villavicencio y Bear Creek celebraron un Contrato de Opción para la futura transferencia de las concesiones mineras Karina 9A, 1, 2 y 3, en el caso de que Bear Creek cumpliera con los requisitos legales del Perú ¹³² .
29 de noviembre de 2004	La Sra. Villavicencio presentó una Solicitud al INACC para adquirir las concesiones mineras de Karina 5, 6 y 7 ¹³³ .
5 de diciembre de 2004	La Sra. Villavicencio y Bear Creek celebraron un Contrato de Opción para la futura transferencia de las concesiones mineras Karina 5, 6 y 7, en el caso de que Bear Creek cumpliera con los requisitos legales del Perú ¹³⁴ .
28 de junio de 2005	La Sra. Villavicencio y Bear Creek solicitaron que la SUNARP registrara el Contrato de Opción de fecha 17 de noviembre de 2004 que cubría las concesiones mineras KARINA 9A, 1, 2 y 3 en aras de divulgar públicamente los contratos y su contenido ¹³⁵ . Dicha solicitud incluía copias de las solicitudes de la Sra. Villavicencio respecto de las concesiones mineras ¹³⁶ .
7 de noviembre de 2005	La SUNARP emitió una resolución que confirmaba que el Contrato de Opción no transfería la titularidad de las concesiones mineras de la Sra. Villavicencio a Bear Creek y, por consiguiente, no violaba el Artículo 71 de la Constitución del Perú ¹³⁷ .
22 de diciembre de 2005	La SUNARP publicó su decisión en el Boletín Oficial, el cual "notifica al público" ¹³⁸ . [Traducción del Tribunal]
8 de marzo de 2006	Si bien la solicitud de la Sra. Villavicencio respecto de las concesiones se encontraba pendiente ante el INACC, el INACC, en referencia al Contrato de Opción y su registro ante la

¹²⁹ La Sra. Villavicencio se encontraba registrada como empleada de Bear Creek en el Ministerio de Trabajo del Perú ya en el año 2002, como así también para el momento en el que solicitó las concesiones mineras. Véase Anexo Documental C-0283, Carta de A. Swarthout, Bear Creek, al Ministerio de Trabajo y Bienestar Social de fecha 16 de junio de 2002, en la que se solicita aprobación del Contrato de Trabajo a Plazo Fijo adjunto de fecha 2 de junio de 2002; Anexo Documental C-0284, Contrato de Trabajo a Plazo Fijo de fecha 2 de enero de 2003; Anexo Documental C-285, Carta de A. Swarthout, Bear Creek, al Ministerio de Trabajo y Bienestar Social de fecha 2 de julio de 2003, en la que se solicita aprobación del Contrato de Trabajo a Plazo Fijo adjunto de fecha 2 de julio de 2003; Anexo Documental C-0286, Contrato de Trabajo a Plazo Fijo de fecha 5 de marzo de 2004.

¹³⁰ Anexo Documental C-0017, Solicitud de Decreto Supremo, en 84.

¹³¹ Anexo Documental C-0029, Solicitud de Atribución de las Concesiones de Santa Ana, 9A, 1, 2 y 3, presentada por J. Karina Villavicencio Gardini al INACC, 26 de mayo de 2004.

¹³² Anexo Documental C-0016, Contratos de Opción.

¹³³ Anexo Documental C-0030, Solicitud de Atribución de las Concesiones de Santa Ana, 5, 6 y 7, presentada por J. Karina Villavicencio Gardini al INACC, 29 de noviembre de 2004.

¹³⁴ Anexo Documental C-0016, Contratos de Opción.

¹³⁵ Anexo Documental C-0039, Esquela de Observación de la SUNARP No. 2005-00041200, 5 de julio de 2005. Tal como lo explica el perito de la Demandada, el Sr. Rodríguez-Mariátegui, el Registro de la SUNARP "tiene como deber principal informar al público de la existencia y el contenido de las transacciones allí registradas ... su objetivo primordial es proporcionar información pública". REX-003, Primer Informe Rodríguez-Mariátegui ¶ 19.

¹³⁶ Anexo Documental C-0038, Resolución de la SUNARP en 1-2 (lista de documentos que Bear Creek y la Sra. Villavicencio presentaron a la SUNARP, que incluye *inter alia* el Contrato de Opción de fecha 17 de noviembre de 2004, la certificación de identificación nacional del solicitante y copias certificadas de las solicitudes de la Sra. Villavicencio para las concesiones mineras Karina 9A, 1, 2 y 3).

¹³⁷ Anexo Documental C-0038, Resolución de la SUNARP.

¹³⁸ Dúplica de la Demandada ¶ 107; Anexo Documental C-0038, Resolución de la SUNARP.

	SUNARP, emitió cuatro informes diferentes que confirmaban que las concesiones mineras Karina 9A, 1, 2 y 3 no estaban ubicadas dentro de la región protegida Aymara Lupaca, que no se transfería su titularidad por la mera suscripción del Contrato de Opción, y que el proceso de solicitud de la Sra. Villavicencio debía continuar avanzando ¹³⁹ .
9 de junio de 2006	La Sra. Villavicencio presentó ante el MINEM una Solicitud para la Aprobación de una Declaración Jurada de Exploración Minera Categoría B en la cual declaró que su correo electrónico era bearcreek@speedy.com.pe ¹⁴⁰ . Asimismo, la Sra. Villavicencio mencionó explícitamente que Bear Creek sería responsable por la provisión de determinados recursos para las actividades de exploración ¹⁴¹ .
22 de junio de 2006	La Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del MINEM (DGAAM) revisó el acuerdo de uso de las tierras de la Sra. Villavicencio celebrado con la Asociación de Agricultores de El Cóndor de Ancocahua y observó que la autorización para el uso de las tierras estaba firmada por Bear Creek, un tercero ajeno a la titular de los derechos mineros, la Sra. Villavicencio ¹⁴² . La DGAAM no planteó ninguna inquietud respecto a la participación de Bear Creek y simplemente solicitó a la Sra. Villavicencio que obtuviera o actualizara la autorización para el uso superficial de las tierras ¹⁴³ .
27 de junio de 2006	Bear Creek abonó las cuotas de minería subterránea al INGEMMER, en nombre de la Sra. Villavicencio, y el INGEMMET aceptó dichos pagos sin plantear ninguna objeción ¹⁴⁴ .
10 de julio de 2006	La Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del MINEM (DGAAM), a la hora de revisar las observaciones de la Sra. Villavicencio respecto del Informe No. 157-2006/MEM-AAM/EA, reconoció y aceptó la explicación de la Sra. Villavicencio relativa a que el acuerdo de uso de las tierras celebrado con el Fundo Ancocahua estaba firmada por Bear Creek en nombre y representación de la Sra. Villavicencio quien, en cualquier caso, informó a la DGAAM que iba a firmar el acuerdo antes de iniciar las operaciones ¹⁴⁵ . Una vez más, la DGAAM no planteó ninguna objeción respecto de la participación de Bear Creek.
5 de julio de 2006	El INGEMMET otorgó las concesiones mineras Karina 2 y 3 a la Sra. Villavicencio ¹⁴⁶ .
8 de agosto de 2006	El INGEMMET registró la concesión minera Karina 1 bajo el nombre de la Sra. Villavicencio ¹⁴⁷ .
9 de agosto de 2006	La SUNARP registró el Contrato de Opción de fecha 17 de noviembre de 2004 ¹⁴⁸ .

¹³⁹ Anexo Documental C-0249, Informe No. 3129-2006-INACC-DGCM-UL para Karina 1 emitido por el INACC, 8 de marzo de 2006; Anexo Documental C-0250, Informe No. 3128-2006-INACC-DGCM-UL para Karina 2 emitido por el INACC, 8 de marzo de 2006; Anexo Documental C-0251, Informe No. 3127-2006-INACC-DGCM-UL para Karina 3 emitido por el INACC, 8 de marzo de 2006; Anexo Documental C-0252, Informe No. 3111-2006-INACC-DGCM-UL para Karina 9A emitido por el INACC, 8 de marzo de 2006.

¹⁴⁰ Anexo Documental C-0287, Solicitud de J. Karina Villavicencio para la aprobación de la Declaración Jurada de Exploración Minera Categoría B, 9 de junio de 2006.

¹⁴¹ *Id.*

¹⁴² Anexo Documental C-0139, Informe No. 157-2006/MEM-AAM/EA, 22 de junio de 2006 en 6.

¹⁴³ *Id.* en 6.

¹⁴⁴ Anexo Documental C-0201, Carta de A. Swarthout y K. Villavicencio al Banco de Crédito, 27 de junio de 2006; Réplica de la Demandante ¶ 32.

¹⁴⁵ Anexo Documental C-0140, Informe No. 170-2006/MEM-AAM/EA, 10 de julio de 2006 en 1.

¹⁴⁶ Anexo Documental C-0034, Anotación de Inscripción de las Concesiones Karina 2 y Karina 3, 5 de julio de 2006.

¹⁴⁷ Anexo Documental C-0035, Anotación de Inscripción de la Concesión Karina 1, 8 de agosto de 2006.

¹⁴⁸ Anexo Documental C-0041, Anotación de Inscripción de la SUNARP de Derechos Mineros, 9 de agosto de 2006.

19 de septiembre de 2006	La Sra. Villavicencio y Bear Creek solicitaron que la SUNARP registrara el Contrato de Opción de fecha 5 de diciembre de 2004 relativo a las concesiones mineras Karina 5, 6 y 7 en aras de notificar al público ¹⁴⁹ .
26 de septiembre de 2006	El INGEMMET registró la concesión minera Karina 9A bajo el nombre de la Sra. Villavicencio ¹⁵⁰ .
3 de noviembre de 2006	La SUNARP registró el Contrato de Opción de fecha 5 de diciembre de 2004 ¹⁵¹ .
5 de diciembre de 2006	Bear Creek solicitó la declaración de necesidad pública, con la inclusión en su solicitud de, <i>inter alia</i> , (i) los Contratos de Opción, (ii) prueba de su registro de los Contratos de Opción, (iii) copias de las solicitudes de la Sra. Villavicencio de las reclamaciones de derechos mineros y prueba del registro de las concesiones que la Sra. Villavicencio había obtenido a dicha fecha (Karina 9A, 1, 2 y 3) y (v) una delegación ratificada ante notario de los facultades a fines bancarios de Bear Creek a la Sra. Villavicencio registrada ante la SUNARP ¹⁵² .
5 de diciembre de 2006 – 29 de noviembre de 2007	El MINEM, el Ministerio de Defensa y el Viceministro Secretario General de Relaciones Exteriores revisaron y realizaron un “análisis cuidadoso” ¹⁵³ de la solicitud de Bear Creek a lo largo de aproximadamente un año ¹⁵⁴ .
8 de febrero de 2007	El MINEM solicitó información adicional respecto de la solicitud de Bear Creek de declaración de necesidad pública en relación con la ubicación y las vías de acceso al Proyecto Santa Ana, así como también de la constitución y nacionalidad de Bear Creek ¹⁵⁵ . En el párrafo 4 de dicha carta, el MINEM reconoció el poder de representación que Bear Creek concedió al Dr. Miguel Grau y que se incluía en la página 80 de la Solicitud de Bear Creek de un Decreto Supremo ¹⁵⁶ . En la parte superior de dicha página 80, constaba el poder de representación que Bear Creek otorgó a la Sra. Villavicencio ¹⁵⁷ .
16 de febrero de 2007	Bear Creek respondió a la solicitud de información adicional del MINEM en relación con su solicitud de una declaración de necesidad pública ¹⁵⁸ .
20 de junio de 2007	Bear Creek abonó las cuotas de minería subterránea al INGEMMER, en nombre de la Sra. Villavicencio ¹⁵⁹ .
29 de noviembre de 2007	Luego de un año de revisión y análisis de la solicitud de Bear Creek por parte del MINEM, el Ministerio de Defensa y el Viceministro Secretario General de Relaciones Exteriores, a lo largo de un plazo de aproximadamente un año, el Gobierno promulgó el Decreto Supremo 083 a los fines de declarar que el desarrollo de las Concesiones del Proyecto Santa Ana era una

¹⁴⁹ Anexo Documental C-0017, Solicitud de Decreto Supremo en 187.

¹⁵⁰ Anexo Documental C-0288, Anotación de Inscripción de la Concesión Minera Karina 9A, a J. Karina Villavicencio, 26 de septiembre de 2006.

¹⁵¹ Anexo Documental C-0017, Solicitud de Decreto Supremo en 187.

¹⁵² Anexo Documental C-0017, Solicitud de Decreto Supremo.

¹⁵³ Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 29. RWS-003, Declaración Testimonial de César Zegarra, 6 de octubre de 2015 en ¶¶ 6-7 (“Declaración Testimonial Zegarra”).

¹⁵⁴ Réplica de la Demandante ¶ 208.

¹⁵⁵ Anexo Documental C-0042, Carta de J.C. Pinto Najjar, MINEM, a Bear Creek Mining Company, 8 de febrero de 2007; Réplica de la Demandante ¶ 36.

¹⁵⁶ Anexo Documental C-0042, Carta de J.C. Pinto Najjar, MINEM, a Bear Creek Mining Company, 8 de febrero de 2007.

¹⁵⁷ Anexo Documental C-0017, Solicitud de Decreto Supremo en 80.

¹⁵⁸ Anexo Documental C-0043, Carta de M Grau Malachowski, Bear Creek, a MINEM, 26 de febrero de 2007; Réplica de la Demandante ¶ 36.

¹⁵⁹ Anexo Documental C-0202, Carta de D. Volkert y K. Villavicencio al Banco de Crédito, 20 de junio de 2007; Réplica de la Demandante ¶ 32.

	necesidad pública y para aprobar la adquisición por parte de Bear Creek de las concesiones ¹⁶⁰ .
3 de diciembre de 2007	Bear Creek y la Sra. Villavicencio suscribieron los Contratos de Transferencia para las concesiones Karina 9A, 1, 2 y 3 ¹⁶¹ .
1 de febrero de 2008	La SUNARP registro el Contrato de Transferencia de las concesiones mineras Karina 9A, 1, 2 y 3 ¹⁶² .
28 de febrero de 2008	El INGEMMET registró las concesiones mineras Karina 5, 6 y 7 a nombre de la Sra. Villavicencio ¹⁶³ . La SUNARP registró el Contrato de Transferencia para las concesiones mineras Karina 5, 6 y 7 ¹⁶⁴ .

¹⁶⁰ Anexo Documental C-0004, Decreto Supremo 083-2007-EM promulgado el 29 de noviembre de 2007.

¹⁶¹ Anexo Documental C-0015, Contratos de Transferencia, Anexo Documental C-0019, Contratos ratificados ante notario para la Transferencia de Derechos Mineros entre J. Karina Villavicencio Gardini y Bear Creek Mining Company, Sucursal del Perú, 6 de diciembre de 2007; Réplica de la Demandante ¶ 19.

¹⁶² Anexo Documental C-0020, Anotación de Inscripción de la SUNARP de los Contratos de Transferencia para las Concesiones de Santa Ana 9A, 1, 2 y 3, 1 de febrero de 2008.

¹⁶³ Anexo Documental C-0036, Anotación de Inscripción de las Concesiones Karina 5, Karina 6 y Karina 7, 28 de febrero de 2008.

¹⁶⁴ Anexo Documental C-0021, Anotación de Inscripción de la SUNARP de los Contratos de Transferencia para las Concesiones de Santa Ana 5, 6 y 7, 28 de febrero de 2008.

393. La aprobación de la necesidad pública por parte del Decreto Supremo 083 promulgado por el Presidente de la República se otorgó sobre la base de la Solicitud de Autorización de la Demandante para Adquirir Derechos Mineros ubicados en la Zona Fronteriza recibida por el MINEM el 5 de diciembre de 2006⁵¹¹. La Solicitud y sus Anexos I a XI contenían todos los detalles exigidos de manera expresa por las disposiciones legales pertinentes en relación con las concesiones mineras de Santa Ana, incluidos documentos que confirmaban que la señora Villavicencio era apoderada de Bear Creek y titular de dichas concesiones, y que la Demandante había celebrado Contratos de Opción con la Sra. Villavicencio en noviembre y diciembre de 2004, los cuales estipulaban que la Demandante podría adquirir las concesiones si se recibía una Declaración de Necesidad Pública de la Demandada. En los anexos VIII y IX de la Solicitud se adjuntaban copias de los documentos relativos a los Contratos de Opción. Mediante carta de fecha 8 de febrero de 2008, el MINEM confirmó haber recibido la Solicitud y requirió información adicional. No obstante, el MINEM, ni en esa carta, ni más adelante, solicitó más información sobre la participación de la Sra. Villavicencio.

⁵¹¹ Solicitud de Bear Creek al MINEM en la que se solicita la autorización para adquirir derechos mineros ubicados en la zona fronteriza, 4 de diciembre de 2006 (ACTUALIZACIÓN presentada con C-III) [C-0017].

394. Luego de casi un año de lo que la propia Demandada califica como un “*análisis cuidadoso por parte de las autoridades gubernamentales*”⁵¹², el 28 de noviembre de 2007, la Demandada aprobó la Solicitud a través del Decreto Supremo 083 firmado por el Presidente Constitucional del Perú, el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Energía y Minas, y el Ministro de Defensa. El Decreto fue publicado al día siguiente y expresamente declaró la Necesidad Pública requerida en virtud del Artículo 71 de la Constitución y autorizó a la Demandante a adquirir las siete concesiones mineras. Luego de ello, la Sra. Villavicencio transfirió a la Demandante las concesiones del modo en que se establecía en los siete acuerdos de opción⁵¹³. Dichos contratos de transferencia fueron registrados por la SUNARP los días 1 y 28 de febrero de 2008⁵¹⁴.
395. A partir de estas pruebas, queda claro que la participación de la Sra. Villavicencio fue revelada en la Solicitud, en el momento en el que fuera examinada por las diversas autoridades gubernamentales. La Demandada no niega haber recibido esta información; sin embargo, afirma que fue “*brindada en partes separadas para entidades distintas o divisiones dentro del MINEM. Ningún funcionario conoció el alcance total de las relaciones y contratos de Bear Creek con la Sra. Villavicencio*”⁵¹⁵ y que “*solo [...] una única hoja enterrada en la página 83 de unas 200 páginas de la solicitud reflejaba que era apoderada legal de Bear Creek para fines específicos, pero no que ella era empleada*”. [Traducción del Tribunal]⁵¹⁶. El Tribunal no está convencido por dichas objeciones. La Sra. Villavicencio estaba registrada como empleada de Bear Creek ante el Ministerio de Trabajo del Perú desde 2003. También en el año 2003, la SUNARP registró el Poder de la Sra. Villavicencio en su carácter de apoderada legal para la Demandante en lo relativo a ciertos asuntos. Los Contratos de Opción presentados con la Solicitud reflejaban que la Sra. Villavicencio, ciudadana peruana, debía transferir las concesiones a la Demandante, inversionista extranjero, una vez que el Gobierno hubiera confirmado la necesidad pública en virtud del Artículo 71 de la Constitución. La Demandada no ha

⁵¹² R-I ¶ 29.

⁵¹³ Contratos de Transferencia de Derechos Mineros entre Jenny Karina Villavicencio Gardini y Bear Creek Mining Company, Sucursal del Perú, 3 de diciembre de 2007 [C-0015]; Contratos de Transferencia de Derechos Mineros entre Jenny Karina Villavicencio Gardini y Bear Creek Mining Company, Sucursal del Perú, registrados ante Notario, 6 de diciembre de 2007 [C-0019].

⁵¹⁴ Anotación de Inscripción de SUNARP del Contrato de Transferencia para las Concesiones Santa Ana 9A, 1, 2 y 3, 1 de febrero de 2008 [C-0020]; Anotación de Inscripción de SUNARP del Contrato de Transferencia para las Concesiones Santa Ana 5, 6 y 7, 28 de febrero de 2008 [C-0021]

⁵¹⁵ R-II ¶ 66.

⁵¹⁶ *Íd.* en ¶ 68.

podido señalar ningún requisito de divulgación legal que fuera omitido por la Sra. Villavicencio o por la Demandante en su Solicitud. No obstante, durante el “análisis cuidadoso por parte de las autoridades gubernamentales”⁵¹⁷ a lo largo de un período de casi un año, la información disponible relativa a la participación de la Sra. Villavicencio mencionada *supra* no pudo haber sido omitida por las agencias gubernamentales involucradas en el proceso y, al menos, debería haber sido observada. El supuesto descuido, si existiera, debe atribuirse a la Demandada y no a la Demandante. Por ende, el Tribunal no encuentra ninguna razón por la cual el proceso, tal como se llevara a cabo, tornaría inconstitucional la Solicitud o el Decreto Supremo 083 derivado de ella.

396. Dicha conclusión queda confirmada por la Sentencia del Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, de fecha 12 de mayo de 2014⁵¹⁸. Su parte dispositiva se encuentra redactada de la siguiente manera:

DECLARAR VIGENTES:

1. *El reconocimiento de la inversión privada a efectuar por BEAR CREEK en el desarrollo del proyecto minero Santa Ana como una de necesidad pública; y*
2. *La titularidad de BEAR CREEK sobre los siguientes derechos mineros ubicados en el departamento de Puno, en zona de frontera con Bolivia: i) KARINA 9A con código 01-01462-04; ii) KARINA 1 con código 01-01463-04; iii) KARINA 2 con código 01-01464-04; iv) KARINA 5 con código 01-03676-04; v) KARINA 6 con código 01-03678-04; and vi) KARINA 7 con código 01-03677-04.*

397. Y en particular, su razonamiento en la sección 11.3. expresa:

En el presente caso a la demandante se le otorgó derechos mineros de Karina 9A, Karina 1, Karina 2, Karina 3, Karina 5, Karina 6 y Karina 7 al haber cumplido con los requisitos exigidos legalmente para su obtención dentro de los cincuenta kilómetros de frontera al haberse declarado de necesidad pública y que originó la inversión del proyecto Santa Ana que llevó consigo la autorización por parte de la Directora General de Asuntos Ambientales Mineros respecto del Estudio de Impacto Ambiental [...]

398. La Demandada interpuso un recurso contra la decisión, pero la apelación no prosperó porque la Demandante retiró su demanda al iniciar este procedimiento de arbitraje CIADI. No obstante, este Tribunal considera que dicha decisión es pertinente para su propio análisis. Sirve al menos como confirmación por parte de un juzgado con experiencia y jurisdicción específica en lo relativo a la

⁵¹⁷ R-I ¶ 29.

⁵¹⁸ Sentencia por Acción de Amparo No. 28, Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, 12 de mayo de 2014 [C-0006].

Constitución del Perú para la propia conclusión del Tribunal de que el Decreto Supremo 083 no era inconstitucional debido al proceso de solicitud de la Demandante.

399. En conclusión, el Tribunal considera que el primer motivo mencionado en el Decreto Supremo 032 y en los argumentos de la Demandada, es decir, que la Demandante había obtenido ilegalmente la declaración de necesidad pública mediante el Decreto Supremo 083 a través de la participación de la Sra. Villavicencio, no es válido.

(v) **¿El conflicto social justificó la derogación del Decreto Supremo 083?**

400. En este momento el Tribunal procede a analizar el **segundo motivo** esgrimido en el Decreto Supremo 032 y en los argumentos de la Demandada, es decir que el **conflicto social** en el departamento de Puno exigió la derogación del Decreto Supremo 083.
401. No se controvierte que este conflicto social existió y que efectivamente constituyó el motivo para las reuniones en Lima que culminaron en las decisiones adoptadas durante la noche del 23 y las primeras horas del 24 de junio de 2011. En este sentido, el Tribunal recuerda su resumen *supra* de las situaciones de hecho en lo que se refiere a la fuerte presión política que existiera sobre la Demandada en ese momento. El Tribunal reconoce que el Gobierno buscaba de manera desesperada una solución que resolviera el conflicto. Sin embargo, aunque sea políticamente plausible que un gobierno adopte una medida esperando que produzca dicho efecto, el tema que debe dirimir el presente Tribunal es determinar si el conflicto fue ocasionado por la Demandante o es atribuible a ella o si la acción de la Demandada que privó a la Demandante de los derechos que le habían sido concedidos mediante el Decreto Supremo 083 estuvo legalmente justificada.
402. En la RP No. 10, el Tribunal les solicitó a las Partes que respondieran a la siguiente pregunta en la sección 2.1.4. (a) (iii): *¿Qué medidas eran necesarias legalmente para que la Demandante pudiera obtener una Licencia Social? ¿La Demandante tomó dichas medidas?* Además, en la RP 10, el Tribunal les solicitó a las Partes que respondieran a la siguiente pregunta 2.1.4.(a) (iv): *En el presente caso, ¿cuáles eran las responsabilidades de las autoridades estatales en relación con la obtención de una Licencia Social? [Traducción del Tribunal]*

403. En respuesta a esa primera pregunta, la Demandante describe en detalle las medidas que adoptó⁵¹⁹ y el Tribunal reconoce que sus múltiples esfuerzos incluyeron una variedad de acciones de divulgación y contacto con las comunidades locales tanto por sí misma como en cooperación con las autoridades de la Demandada. La Demandada alega que estas medidas no fueron suficientes para cumplir con los requisitos legales⁵²⁰.
404. En efecto, el Tribunal considera que habrían sido posibles y viables medidas más allá de aquellas adoptadas por la Demandante.
405. Los acontecimientos del año 2008 demuestran que la oposición al Proyecto fue expresada en forma clara y reiterada por determinados sectores de la comunidad local y esa oposición se centró no solo en el Proyecto sino en el rol de la Demandante:
- 4 de mayo de 2008: uno de los integrantes del personal de la Demandante recibió ataques y amenazas en el Distrito de Kelluyo, en el curso de los esfuerzos por explicar el programa de gestión ambiental de la empresa⁵²¹;
 - 4 de septiembre de 2008: Los empleados de la Demandante fueron detenidos físicamente durante varias horas en la Comunidad Ancomarca, en tanto se demandaba mayor apoyo y servicios extras para las comunidades locales⁵²²;
 - 14 de octubre de 2008: Existía un conflicto continuo, incluido el saqueo e incendio de un campamento de la Demandante. En el proceso, el Gerente de Relaciones Comunitarias en el Proyecto Santa Ana fue obligado a caminar de rodillas y a afirmar (al tiempo que se lo filmaba) “*que se retiren los extranjeros y no regresen*”⁵²³. Durante el interrogatorio afirma también que desde que se incorporó a la empresa en el año 2004, siempre ha existido oposición a Santa Ana por parte de los líderes/grupos que ocasionaron los disturbios en el mes de octubre de 2008⁵²⁴.
406. Aunque el concepto de “*licencia social*” no se define claramente en el derecho internacional, todos los instrumentos relevantes son claros al establecer que deben realizarse consultas con las comunidades indígenas al efecto de obtener el consentimiento de todas las comunidades

⁵¹⁹ CPHB-I págs. 5 – 18.

⁵²⁰ RPHB-I págs. 20 – 25.

⁵²¹ Manifestación de León Jorge Aguilar Gómez, en el Expediente Penal No. 277-2008-PE de la Segunda Fiscalía Provincial de Chucuito Desaguadero (20/10/2008) ¶ 8 [R-342].

⁵²² *Íd.* en ¶ 6.

⁵²³ *Íd.* en ¶ 4.

⁵²⁴ *Íd.* en ¶ 6.

involucradas⁵²⁵. En su solicitud de una declaración de necesidad pública, la Demandante enumeró a 5 comunidades que se encontraban dentro del área de influencia directa del Proyecto y 21 comunidades dentro del área de influencia indirecta del Proyecto⁵²⁶. Continuamente la Demandante hizo hincapié – incluso durante la Audiencia – en que fue más allá de los requisitos mínimos del Artículo 4 de la Resolución Ministerial No. 304⁵²⁷ al llevar a cabo, entre otras cosas, más de 130 talleres de divulgación y contacto con la comunidad. Aun así, la pregunta sigue siendo si la Demandante adoptó las medidas adecuadas y necesarias para involucrar a todas las comunidades locales involucradas y que probablemente se verían afectadas, y si su enfoque contribuyó de manera significativa a la naturaleza y alcance de la oposición que siguió. Las pruebas relevantes incluyen, por ejemplo:

- El Anexo C-155: da cuenta de los talleres celebrados en el año 2009, se recomendó llevar a cabo más talleres al efecto de evitar el conflicto social⁵²⁸, ya que “*la comunidad tiene desconfianza de*” la empresa, debido a la falta de información y talleres⁵²⁹.
- El programa de empleos/rotación se implementó de manera tal de procurar beneficiar deliberadamente solo a aquellas comunidades muy cercanas al Proyecto, y parece haberse implementado como medio de compensar a aquellas comunidades locales por los derechos de uso de la tierra. Las comunidades más distantes, incluido aquellas que probablemente se verían afectadas por el uso y contaminación del agua, no fueron incorporadas al proceso y no se les ofrecieron empleos ni otras formas de recompensa⁵³⁰.

⁵²⁵ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas Art. 32 [R-108].

⁵²⁶ Solicitud de Bear Creek al MINEM solicitando autorización para adquirir derechos mineros ubicados en la zona de frontera, 4 de diciembre de 2006 (ACTUALIZACIÓN presentada con C-III) [C-0017]; Mapa de distancias de los núcleos de población de las Comunidades Campesinas al área de influencia de Santa Ana [R-312] (Mapa obtenido directamente del EIAS para exploración de la Demandante. El mapa muestra una serie de comunidades en relación con el Proyecto Santa Ana propuesto (azul) y muestra cuáles fueron consultados (verde) y cuáles no (rojo).

⁵²⁷ Resolución Ministerial que regula el Proceso de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, Resolución Ministerial No. 304-2008-MEM-DM Art. 4 [R-153].

⁵²⁸ Ausenco Vector, Plan de Participación Ciudadana (“PPC”) de Bear Creek Anexo 3 Actas Taller de Apertura EIA pág. 2 [C-0155].

⁵²⁹ *Íd.* en págs. 25 y 53.

⁵³⁰ Véase, por ejemplo. R-II ¶¶ 81 y ss., Carta del Primer Teniente Gobernador del Distrito de Huacullani a Juan José Alvarez Delgado, Consejo Regional Puno, 4 de abril de 2011 [C-0181]; Carta del Primer Teniente Gobernador del Distrito de Huacullani a Mauricio Rodríguez Rodríguez, Presidente del Gobierno Regional Puno, 4 de abril de 2011 [C-0182]; Honorio Pinto Herrera, *Mining Conflict in Santa Ana*, INVESTIGACIONES SOCIALES, Tomo 17 No. 31 pág. 212 [R-048]; Manifestación de León Jorge Aguilar Gómez, en el Expediente Penal No. 277-2008-PE de la Segunda Fiscalía Provincial de Chucuito Desaguadero (20/10/2008) [R-342]; Declaración Testimonial

407. Sobre la base de la evidencia parece que el apoyo al Proyecto provino de las comunidades que recibieron alguna forma de beneficio (es decir, empleos, pagos directos por el uso de la tierra, etc.) y que aquellas comunidades que permanecieron en silencio o se opusieron no recibieron beneficios, no estaban informadas, o ambos.
408. Aunque la Demandante podría haber dado un paso más en sus actividades de divulgación y contacto, la pregunta relevante para el Tribunal es determinar si la Demandada puede afirmar que esta mayor divulgación se exigía legalmente y que su ausencia ocasionó el conflicto social y contribuyó a este, como para justificar el Decreto Supremo 032.
409. El Tribunal observa que, al menos a comienzos del año 2011, las autoridades de la Demandada tenían conocimiento del descontento de la comunidad, tal como se demuestra en las comunicaciones a las autoridades del Gobierno:
- Octubre de 2010: cuatro meses antes de la audiencia pública celebrada en febrero de 2011, el Distrito de Kelluyo le escribió a la Jefa de la Defensoría del Pueblo Puno, informándole que celebrarían una reunión el 24 de octubre de 2010, con “*una empresa minera ‘Proyecto Santa Ana’*” y solicitando la presencia de un funcionario de Puno para aclarar la cuestión de la minería. Posteriormente siguió otra carta en el mes de noviembre de 2010, indicando que se celebraría otra reunión el 9 de enero de 2011 y solicitando que se realice un taller sobre actividad minera. En la carta, la comunidad aún hacía referencia a la Demandante como “*una empresa minera ‘Proyecto Santa Ana’*”⁵³¹. Esto parece confirmar que aún en esa etapa tardía, se estaba contactando solo por primera vez a una serie de comunidades, que el proceso para la obtención de la “*licencia social*” necesaria estaba lejos de completarse, y que algunas comunidades todavía no tenían en claro quién conducía el Proyecto.
 - Marzo de 2011: un memorial al Presidente, presentado por comunidades de Chucuito, El Collao, Puno y Yunguyo que solicitó (entre otras cosas) que se dejara sin efecto el EIA, debido a temores de contaminación⁵³²: “*el retiro definitivo de la empresa minera Bear Creek Mining Company (Proyecto Minero Santa Ana), y se pueda retirar de dicho lugar para así evitar los enfrentamientos entre los pobladores y que posteriormente se puedan generar en todas estas jurisdicciones*”⁵³³;

de Elsiario Antunez de Mayolo (28 de mayo de 2015) ¶ 7 [CWS-2]; Opinión de Experto de Antonio Alfonso Peña Jumpa (6 de octubre de 2015) ¶¶ 57 – 58, 65, 69 – 70, 96 [REX 002].

⁵³¹ Cartas de Kelluyo a la Defensoría, solicitando información acerca del Proyecto Santa Ana [R-347].

⁵³² Memoriales presentados por el Frente de Defensa y Comunidades Campesinas de Kelluyo al Presidente del Perú, Memorial No. 0001-2011-CO-FDRN-RSP [R-016].

⁵³³ Memoriales presentados por el Frente de Defensa y Comunidades Campesinas de Kelluyo al Ministro de Energía y Minas, Memorial No. 0002- 2011-CO-FDRN-RSP [R-017] (de fecha 10 de marzo de 2011: el mismo memorial que el Anexo R-016, pero dirigido al MINEM); Memorial presentado por el Frente de Defensa y

- 11 de marzo de 2011: carta de la Comunidad de Kelluyo/Alto Aracachi Quluyo a funcionarios de Puno⁵³⁴ que afirmaba que una reunión pública determinada fue una reunión a puertas cerradas, lo que significó que no todos pudieron participar, las preguntas no se abordaron de manera adecuada, y que la Demandante no había ofrecido previamente información sobre los acontecimientos;
- 25 de abril de 2011: comenzó una huelga anunciada previamente en la Ciudad de Desaguadero, después de que el Presidente Regional se negara a suscribir una ordenanza que prohibiera la totalidad de las actividades mineras en el sur de Puno;
- 26 de abril de 2011: El Presidente Regional de Puno solicitó la intervención del Gobierno central mediante la suspensión de las actividades del Proyecto Santa Ana operado por la Demandante; la carta al Ministro de Energía y Minas hizo referencia al descontento y rechazo en el distrito de Kelluyo y dio cuenta de las preocupaciones expresadas por las comunidades afectadas, que incluyeron falta de transparencia y las consultas necesarias⁵³⁵.

410. Para su evaluación jurídica, el Tribunal está de acuerdo con el Laudo de *Abengoa*, en el que el tribunal sostuvo lo siguiente: *“Para que la responsabilidad internacional del Estado pueda ser excluida o disminuida con base en una omisión o culpa del inversor, es necesario no solo que se pruebe dicha omisión o culpa, sino también que se establezca el nexo de causalidad entre la [omisión o culpa] y el daño sufrido. En otros términos, para que el argumento pueda prosperar, será necesario que hubiera evidencia de que, si un programa de comunicación social hubiese sido llevado a cabo desde 2003 de manera oportuna, no se hubieran producido los acontecimientos que en 2009 y 2010 condujeron a la pérdida de la inversión de las Demandantes”*⁵³⁶.

411. Según la opinión del Tribunal, la Demandada no ha podido demostrar este vínculo causal entre la actividad de la Demandante con relación al Proyecto Santa Ana y el Decreto Supremo 032. Por el contrario, la evidencia demuestra que las distintas autoridades de la Demandada involucradas en el procedimiento tenían conocimiento de las actividades de divulgación y contacto de la Demandante y

Comunidades Campesinas de Kelluyo al Congreso, Memorial No. 0005-2011-CO-FDRN-RSP [R-015] (de fecha 10 de marzo de 2011: el mismo memorial, pero dirigido al Congreso).

⁵³⁴ Lista de Participantes en la Audiencia Pública [R-055]; Carta de la Comunidad de Kelluyo solicitando información acerca del Proyecto [R-053]; Cartas del Distrito de Kelluyo sobre la Audiencia Pública de Santa Ana [R-304].

⁵³⁵ Carta del Presidente Regional de Puno al Ministro de Energía y Minas, Carta No. 520-2011-GR-PUNO/PR (26/04/2011) [R-018].

⁵³⁶ *Abengoa S.A. y Cofides S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/2, Laudo, 18 de abril de 2013 ¶¶ 670 – 671 [CL-0072].

no las objetaron y, desde el comienzo mismo hasta antes de la reunión de junio de 2011, aprobaron y con frecuencia incluso respaldaron estas actividades:

- Durante la Audiencia, el testigo de la Demandante Antúnez de Mayolo declaró lo siguiente: “*Una última pregunta: Antes de la sanción del decreto supremo 32, ¿el gobierno peruano le informó alguna vez a Bear Creek que la ejecución del mecanismo de participación ciudadana no era el correcto? A. No, nunca nos comunicó nada*”⁵³⁷.
- La Demandante trabajó con el MINEM, la DREM, y los representantes de salud y educación de la región de Puno para organizar actividades para las comunidades al efecto de mejorar su educación y capacitación⁵³⁸.
- A petición del MINEM, la DREM o las autoridades locales bajo la dirección de la DREM, presidieron cinco talleres organizados por la Demandante⁵³⁹. Tal como confirmara el testigo de la Demandada Ramírez Delpino, ni el MINEM ni la DREM dio alguna vez cuenta a la Demandante de las preocupaciones que pudieran tener respecto de los talleres⁵⁴⁰.
- El Decreto Supremo 028 dispuso que la DGAAM era responsable de analizar, en primera instancia, tanto el resumen ejecutivo como el PPC, y ostentaba la facultad de “*observa[r] o dispon[er] las modificaciones que resulten necesarias*”⁵⁴¹. Para diciembre de 2010, la Demandante había llevado a cabo más de 130 talleres en un total de 18 comunidades dentro de las áreas de influencia directa e indirecta, así como reuniones con autoridades nacionales, regionales y locales, para el distrito de Huacullani, el distrito de Kelluyo, provincia de Chucuito, tal como confirmara el testigo de la Demandada Antúnez de Mayolo⁵⁴². El 23 de diciembre de 2010, Bear Creek le presentó a la DGAAM su EIAS para la fase de explotación, conjuntamente con el Resumen Ejecutivo y el PPC⁵⁴³.

⁵³⁷ Tr. 572:12-18.

⁵³⁸ Ausenco Vector, Plan de Participación Ciudadana (“PPC”) de Bear Creek pág. 6 Sección 2.4.3 [C-0155].

⁵³⁹ Resolución que aprueba la primera modificación de la EIA para la exploración para el Proyecto Santa Ana, Resolución Directoral No. 216-2008-MEM/AAM [R-036]; Resolución que aprueba la segunda modificación de la EIA para la exploración para el Proyecto Santa Ana, Resolución Directoral No. 310-2009-MEM/AAM [R-037]; Resolución que aprueba la tercera modificación de la EIA para la exploración para el Proyecto Santa Ana, Resolución Directoral No. 280-2010-MEM/AAM [R-038].

⁵⁴⁰ Tr. 111:13-16 (Ramírez Delpino) (“*P. Usted nunca le indicó a Bear Creek que los cinco talleres propuestos no cumplían con la normativa aplicable R. No, no se le indicó nada*”).

⁵⁴¹ Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, Decreto Supremo No. 028-2008-EM Art. 14 [R-159].

⁵⁴² Tr. 562:9-18 (Antúnez de Mayolo) (“*P. Y fuera del área de influencia directa, fuera de esta figura que se ha circundado en negro, ¿Bear Creek llevó a cabo talleres fuera del área de influencia directa, o sea en el área de influencia indirecta? A. Correcto. Fuera del área de impacto directo y en estos círculos que aparecen acá, hicimos también talleres informativos, y también las actas y la relación de los talleres consta en el Plan de Participación Ciudadana*”.); 709:13-21 (Antúnez de Mayolo) (“*En las áreas indirectas, hicimos las comunicaciones y definimos muy clara y honestamente, dijimos que los beneficios que podían tener toda el área indirecta [...]*”).

⁵⁴³ Solicitud de Bear Creek Mining Corporation a la DGAAM para la aprobación del EIAS, 23 de diciembre de 2010

- En diciembre de 2010, el OEFA visitó Santa Ana y el Informe OEFA No. 008-2010 expresamente estableció lo siguiente: “*Las relaciones con las comunidades en torno al proyecto de exploración Santa Ana no muestran ningún conflicto de tipo social, entendiéndose una relación armoniosa*”⁵⁴⁴.
- El 7 de enero de 2011, la DGAAM aprobó el PPC de la Demandante y el Resumen Ejecutivo de su EIAS para explotación⁵⁴⁵. El Sr. Ramírez Delpino declaró que la DGAAM podría haber rechazado el Resumen Ejecutivo o el PPC en lugar de aprobar cualquiera de los dos, pero que, en este caso, ambos documentos cumplían con las regulaciones aplicables, y la DGAAM no había planteado preocupaciones⁵⁴⁶. En este contexto, el Tribunal observa que la DGAAM determinó expresamente que los mecanismos de participación ciudadana que proponía implementar la Demandante durante la evaluación del EIAS y durante la ejecución del proyecto minero resultaron “*apropiados de acuerdo con las características particulares del área de influencia de la actividad minera, del proyecto y su magnitud y de la población involucrada de conformidad con el Artículo No. 6 del Decreto Supremo No. 028*”⁵⁴⁷ [.]
- Cuando se preparaba la Audiencia Pública, el 21 de enero de 2011, el Sr. Antúnez de Mayolo le informó a la DGAAM que la Demandante había cumplido con la totalidad de los requisitos⁵⁴⁸.
- La audiencia pública se celebró el 23 de febrero de 2011. Fue presidida por Kristiam Veliz Soto, abogado del MINEM, quien fuera auxiliado por Jesús Obed Álvarez Quispe, Presidente de la DREM. Un Fiscal Especial en Cuestiones Ambientales, el Dr. Alejandro Tapia Gómez, también estuvo presente en la audiencia. Por el informe contemporáneo en la evidencia, la audiencia pública fue un éxito. El MINEM incluso emitió un comunicado de prensa con posterioridad a la audiencia que indica que el encuentro había finalizado de manera satisfactoria⁵⁴⁹. La Demandada ha alegado que la audiencia no resultó satisfactoria, pero tampoco ha exhibido el video que se realizara de la audiencia ni ha presentado evidencia de algún participante en la audiencia⁵⁵⁰. Por lo tanto, el Tribunal no encuentra evidencia suficiente que demostraría que el desarrollo y los resultados de la audiencia no cumplirían con los requisitos legales.

[C-0072].

⁵⁴⁴ Informe OEFA No. 008-2010 MA-SE/EP&S en lo respecta al Proyecto Santa Ana, enero de 2011 en pág. 4 [C-0143]; véase también Informe OEFA No. 0011-2011 MA-SR/CONSORCIO STA en lo que respecta al Proyecto Santa Ana, 31 de diciembre de 2011 [C-0180].

⁵⁴⁵ Informe No. 013-2011-MEM-AAM/WAL/AD/KVS, 7 de enero de 2011 [C-0161].

⁵⁴⁶ Tr. 1105:2-4 y 1106:9-12.

⁵⁴⁷ Informe No. 013-2011-MEM-AAM/WAL/AD/KVS, 7 de enero de 2011 en págs. 2 – 4, puntos 15.2 y 15.3 [C-0161].

⁵⁴⁸ Carta de Bear Creek a la DGAAM, 21 de enero de 2011 [C-0162].

⁵⁴⁹ Acta de la Audiencia Pública – Subsector Minería No. 007-2011/MEM-AAM – Audiencia Pública del EIA del Proyecto Minero “Santa Ana”, 23 de febrero de 2011 [C-0076]; MINEM, Comunicado de Prensa 093-2011, 2 de marzo de 2011 [C-328].

⁵⁵⁰ RPHB-I págs. 20 – 28.

- El Viceministro de Energía y Minas Fernando Gala escribió en su ayuda memoria que la Demandante “*pudo realizar sin problemas el 23 de febrero de 2011 en la Ciudad de Huacullani la Audiencia Pública para el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Santa Ana*”⁵⁵¹.
- Durante una reunión celebrada el 17 de mayo de 2011, el Sr. Ramírez Delpino narró “*el armonioso desarrollo de la presentación del estudio de impacto ambiental*”⁵⁵².
- Durante la Audiencia en el presente arbitraje, el Sr. Ramírez Delpino confirmó que, si la DGAAM hubiera considerado que era necesario comunicar información adicional a las comunidades locales en aras de aclarar cualquier malentendido o calmar cualquier preocupación, le habría ordenado a la Demandante que realizara talleres adicionales con posterioridad a la audiencia pública⁵⁵³.
- En mayo de 2011, el Viceministro Gala reconoció públicamente que derogar el Decreto Supremo 083 sería “*completamente ilegal*”⁵⁵⁴[.]

412. La evidencia sintetizada *supra* demuestra que desde un principio hasta el momento que precedió a la reunión de fecha 23 de junio de 2011, todas las actividades de divulgación por parte de la Demandante fueron de conocimiento de las autoridades de la Demandada y se realizaron con su aprobación, apoyo, y respaldo, que las autoridades no plantearon objeción alguna en este contexto. Aunque, tal como se mencionara *supra*, habrían sido viables más acciones por parte de la Demandante, sobre la base de la coordinación continua con las autoridades de la Demandada y el respaldo de estas, el Tribunal arriba a la conclusión de que la Demandante pudo dar por hecho haber cumplido con todos los requisitos legales en lo que se refiere a su divulgación y contacto con las comunidades locales. La Demandada, después su aprobación y respaldo continuo a la conducta de la Demandante, no puede afirmar en retrospectiva que esta conducta fue contraria al Convenio 169 de la OIT o insuficiente, y que ocasionó el conflicto social en la región o contribuyó a este.

413. Esta conclusión se ve confirmada por la sentencia del Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima que confirmó la validez del Decreto Supremo 083 y en particular, en su

⁵⁵¹ Ayuda memoria “Acciones realizadas por el Ejecutivo en los Conflictos en el Departamento de Puno” (7/2011) [R-010].

⁵⁵² Puno: prueba de fuego, REVISTA PODER 360°, junio de 2011 [C-0078].

⁵⁵³ Tr. 1114-1115 (*en referencia al* MINEM, Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros, Certificación Ambiental para Actividades de Explotación Mediana y Gran Minería [C-0156]); véase también Resolución Ministerial que regula el Proceso de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, Resolución Ministerial No. 304-2008-MEM-DM Art. 1 [R-153].

⁵⁵⁴ Diálogo no prosperó en Puno debido a intransigencia de los dirigentes, MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS, 26 de mayo de 2011 [C-0095]; Entrevista al Ing. Fernando Gala, Presidente del Consejo de Minería, Pontificia Universidad Católica del Perú, 18 de noviembre de 2013 [C-0197].

razonamiento en el capítulo titulado *NOVENO: Respecto a la afectación al principio de seguridad jurídica se tiene*: expresado en el apartado 5:

La emisión del Decreto Supremo No. 032-2011-EM que deroga el decreto citado en el punto anterior, como ya se ha analizado, no imputa responsabilidad alguna a la actora, sino carece de una debida motivación, pues atribuye su emisión a ‘circunstancias que implicarían la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del mencionado acto’. Esto es, no señala las circunstancias (por las publicaciones se colige que son las violentas manifestaciones y sus ataques ilícitos a la propiedad pública y privada en el departamento de Puno y; respecto a la desaparición de las condiciones del citado decreto, se argumenta en una condicional incierta ‘implicarían’; por lo tanto, la emisión del Decreto Supremo No. 032-2011-EM es un acto del Estado que no se encuentra dentro de los márgenes de razonabilidad y proporcionalidad, que es exigible para que no vulnere el principio de seguridad jurídica; puesto que, como se repite, estas circunstancias no son imputables a la demandante, en cuyo caso, si es justificable la emisión de un decreto como el emitido si fuera la actora quien hubiese cometido u omitido acciones que impliquen la desaparición de las condiciones exigidas y de la lectura del mismo no se advierte en el citado decreto ninguna de estas razones. Es decir, no existe un fin razonado que origine que un acto del Estado derogue los derechos otorgados a BEAR CREEK MINING COMPANY SUCURSAL DEL PERÚ, los cuales se otorgaron siguiendo los procedimientos correspondientes y cumpliendo con los requisitos exigidos⁵⁵⁵.

414. Teniendo en cuenta las consideraciones esgrimidas *supra*, el **Tribunal concluye** que también el **segundo motivo** establecido en el Decreto Supremo 032, es decir “*la finalidad de resguardar las condiciones ambientales y sociales*”, tratadas por las Partes como “*conflicto social*”, no justifica la derogación del Decreto Supremo 083 y que, por lo tanto, ninguno de los dos motivos establecidos en el Decreto puede constituir un fundamento para la derogación.

(vi) **Conclusión en materia de expropiación indirecta**

415. De las consideraciones esgrimidas *supra*, el Tribunal arriba a la conclusión de que se cumplen los tres “factores” previstos expresamente en el Anexo 812.1(b) del TLC para la identificación de una expropiación indirecta:

- en aplicación del apartado (i), existe un “*impacto económico*” ya que el Decreto Supremo 032 tiene una incidencia negativa en el valor económico de la inversión de la Demandante,
- en aplicación del apartado (ii), el Decreto Supremo 032 interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión de la Demandante,

⁵⁵⁵ Sentencia en la Acción de Amparo No. 28, Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, 12 de mayo de 2014 [C-0006].

- en aplicación del apartado (iii), el carácter de la medida no justifica la confiscación, ya que el Decreto Supremo 032 se basó en motivos que fueron declarados ilegales en virtud del derecho peruano y no justifican la violación del TLC.

416. Por lo tanto, el Tribunal arriba a la conclusión de que el Decreto Supremo 032 constituyó una expropiación indirecta en el sentido del Artículo 812 y el Anexo 812.1 del TLC.

3. Si el Decreto Supremo 032 llevó a cabo una expropiación directa

(a) Argumentos de la Demandante

417. Independientemente de si se lo clasifica como una expropiación directa o indirecta, el Decreto Supremo 032 constituye una confiscación ilegal de bienes⁵⁵⁶. El Decreto Supremo 032 revocó el derecho de la Demandante a adquirir y ser titular de las concesiones mineras Santa Ana que consagrara el Decreto Supremo 083. El Decreto Supremo 083 constituyó el *sine qua non* de todo el Proyecto Santa Ana – y, tal como explica el Prof. Bullard, fue un componente intrínseco y esencial del derecho de propiedad de la Demandada en el Proyecto Santa Ana. Sin el Decreto Supremo 083, no se le permite a la Demandante llevar a cabo ninguna actividad relacionada con las concesiones. Según la Demandada, la Demandante no ostenta más que un título nominal inoperante⁵⁵⁷. La derogación del Decreto Supremo 083 por parte de la Demandada constituye una confiscación forzosa e ilícita de la propiedad de la Demandante, por la que la Demandada debe compensar a la Demandante⁵⁵⁸. La legalidad de la expropiación directa de la inversión de la Demandante debe medirse contra el Artículo 812, y la Demandante incorpora sus argumentos relacionados con estos requisitos legales por vía de referencia⁵⁵⁹.

418. La Demandada se equivoca al alegar que la reclamación de expropiación directa de la Demandante no prospera porque “*la expropiación directa requiere de la transferencia de titularidad*” [Traducción del Tribunal], y la Demandante retiene la titularidad⁵⁶⁰. Sin embargo, el Decreto Supremo 083 le

⁵⁵⁶ C-II ¶ 242.

⁵⁵⁷ Tr. 1778 – 1779 (C. Closing).

⁵⁵⁸ C-I ¶ 24, C-II ¶¶ 245, 312, 318 – 321; R.Prov.M.-II ¶ 28; R-I ¶ 27; Decreto Supremo No. 083-2007-EM adoptado el 29 de noviembre de 2007 Art. 1 – 3 [C-0004]; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 [CL-0040]; Primer Informe Bullard ¶¶ 165 – 166 [CEX-003]; Segundo Informe Bullard ¶¶ 3.b, 10, 133 [CEX-005].

⁵⁵⁹ C-II ¶ 328.

⁵⁶⁰ C-I ¶ 123; C-II ¶ 312; R-I ¶¶ 250 – 251.

otorgó a la Demandante más que un simple “*derecho a solicitar un permiso para desarrollar y finalmente operar una mina de plata*” [Traducción del Tribunal], como alega la Demandada. Le otorgó a la Demandante el derecho a adquirir, ostentar la titularidad, y la posesión de las concesiones Santa Ana con posterioridad a la determinación de que el Proyecto Santa Ana constituía una necesidad pública. Los propios documentos oficiales de la Demandada – incluida la sentencia del Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima – confirman que el Decreto Supremo 083 le otorgó a la Demandante un conjunto inequívoco de derechos a:

- “*[E]xplorar y explotar los recursos minerales concedidos*”.
- “*[E]l uso y disfrute de los recursos naturales concedidos y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos que se extraigan*”.
- “*[U]n derecho real...consistente en la suma de los atributos que esta Ley reconoce al concesionario.*”
- *Estos derechos son irrevocables en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta ley o la legislación especial exigen para mantener su vigencia*⁵⁶¹. [Traducción del Tribunal]

419. Por ende, el Decreto Supremo 083, constituye un componente fundamental del derecho de propiedad de la Demandante⁵⁶².

420. El tribunal en *Enron c. Argentina* reconoció que la expropiación directa exige la transferencia de un componente esencial de derechos de propiedad, y esto es precisamente lo que hizo el Decreto Supremo 032 cuando revocó el derecho de la Demandante a ostentar la titularidad de las concesiones. En consecuencia, el Decreto Supremo 032 viola la prohibición del TLC respecto de la expropiación ilícita⁵⁶³.

⁵⁶¹ C-II ¶ 322; R-II ¶ 226; Segundo Informe Bullard ¶ 10 [CEX-005]; Decreto Supremo 014-92-EM [Bullard-031] (actualizado); Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero, Decreto Legislativo No. 708, de fecha 13 de noviembre de 1991 [Flury-002]; Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, Ley No. 26821 [R-0142].

⁵⁶² C-I ¶ 123; C-II ¶¶ 312 – 313, 322 – 324; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 [CL-0040]; *Enron Corporation, Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Laudo, 22 de mayo de 2007 ¶ 243 [CL-0150]; Segundo Informe Bullard ¶ 130 [CEX-005].

⁵⁶³ C-II ¶ 313; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 [CL-0040]; *Enron Corporation, Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Laudo, 22 de mayo de 2007 ¶ 243 [CL-0150]; Segundo Informe Bullard ¶ 130 [CEX-005].

421. El TLC no define la expropiación directa, pero en el marco del derecho internacional importa un intento de “*apropiación forzada por el Estado de la propiedad tangible o intangible*” reflejado en un decreto o acto formal al efecto de privar al titular de la propiedad mediante transferencia de titularidad o confiscación⁵⁶⁴. Otros tribunales internacionales han aplicado los estándares de expropiación directa aun cuando la medida en cuestión conlleve la derogación de un decreto o el efecto de transferir la titularidad de las concesiones al Estado⁵⁶⁵.
422. El Decreto Supremo 032 en forma abierta, directa e intencional revocó el derecho de la Demandante a adquirir, poseer y operar las Concesiones, volviendo la titularidad de la Demandante, en palabras de la Demandada, “*inoperantes*”⁵⁶⁶ [Traducción del Tribunal]. El Decreto Supremo 032 despojó a la Demandante de sus derechos de manera permanente a las concesiones Santa Ana y, por consiguiente, redundó en que se paralizara el Proyecto en su totalidad⁵⁶⁷.
423. Por último, “*el Decreto Supremo 032 tuvo el efecto de transferir la titularidad de las concesiones mineras a Perú... [Traducción del Tribunal]. [Tal] como el mismo Artículo 71 señala, la consecuencia de que un extranjero tenga propiedad dentro de los 50 kilómetros de la frontera sin contar la autorización exigida no es solo la imposibilidad de llevar a cabo la actividad minera, sino la pérdida completa del derecho en beneficio del Estado*”⁵⁶⁸. Debido a la conducta de la Demandada, la Demandante ni siquiera pudo vender el derecho de propiedad a terceros, pues su propiedad carece de autorización y ha sido declarada ilegal por el Estado⁵⁶⁹.

⁵⁶⁴ C-II ¶ 314; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 ¶ 113 [CL-0040]; Nigel Blackaby, Constantine Partasides, y otros, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 6a. edición (2015) ¶ 8.81 [CL-0183].

⁵⁶⁵ C-II ¶¶ 315 – 317; *Quiborax S.A. y otros c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Laudo, 16 de septiembre de 2015 ¶¶ 200 – 201, 227 – 229, 233 [CL-0184].

⁵⁶⁶ C-II ¶ 325 que cita R.Prov.M.-II ¶ 28.

⁵⁶⁷ C-I ¶ 56; C-II ¶ 326; Decreto Supremo No. 083-2007-EM adoptado el 29 de noviembre de 2007 [C-0004]; Segundo Informe Bullard ¶ 130 [CEX-005]; Primera Declaración de Swarthout ¶ 46 [CWS-1]; Segunda Declaración de Swarthout ¶¶ 43 – 58 [CWS-6].

⁵⁶⁸ C-II ¶ 327; Segundo Informe Bullard ¶ 131 [CEX-005].

⁵⁶⁹ *Íd.*; R.Prov.M.-II ¶ 28.

(b) Argumentos de la Demandada

424. Tal como aclarara el tribunal en *El Paso c. Argentina*, una expropiación directa exige una transferencia de titularidad. El Decreto Supremo 032 no conlleva transferencia de titularidad alguna – simplemente deroga el Decreto Supremo 083, que autorizara a la Demandante a adquirir concesiones mineras. La Demandante retiene la titularidad de las concesiones Santa Ana, aunque bajo la nube del juicio del MINEM que, en el supuesto de prosperar, revertiría a favor de la Demandada las concesiones, tal como especifica el Artículo 71. La Demandante no ha alegado que el juicio del MINEM constituya un acto expropiatorio⁵⁷⁰.
425. Un argumento de que el procedimiento de ineficacia del MINEM constituiría un acto expropiatorio sería insostenible. En primer lugar, el caso del MINEM se encuentra a años de resolverse, y una reclamación basada en una posible privación futura es precoz. En segundo lugar, el MINEM procura obtener la anulación – es decir, un fallo que determine que desde un principio la Demandante no recibió legalmente los derechos de concesión. En el supuesto de que prevalezca el MINEM, el fallo no le confiscaría nada a la Demandante, ya que declarararía que la Demandante nunca recibió legalmente las concesiones Santa Ana. No puede existir reclamación de expropiación alguna de una propiedad de la que uno nunca ostentó la titularidad. Por consiguiente, ni el juicio del MINEM ni el Decreto Supremo 032 pueden equivaler a una expropiación directa⁵⁷¹.
426. Aun en el supuesto de que el Tribunal determinara que el Decreto Supremo 032 fue expropiatorio, la reclamación de expropiación de la Demandante sin embargo se circunscribiría a los derechos que realmente poseía, es decir, el derecho a obtener el derecho a desarrollar la minería en el sitio. En el momento de la supuesta expropiación, la Demandante no había obtenido ninguna de las aprobaciones necesarias para la fase de explotación del Proyecto – se encontraba en las etapas iniciales de solicitud

⁵⁷⁰ R-I ¶¶ 250 – 251; Decreto Supremo No. 083-2007-EM adoptado el 29 de noviembre de 2007 [C-0004]; Decreto Supremo No. 032-2011-EM adoptado el 25 de junio de 2011 [C-0005]; *El Paso c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011 ¶¶ 265 – 266 [CL-0095].

⁵⁷¹ R-I ¶ 252; Demanda interpuesta por el MINEM contra Bear Creek y la Sra. Villavicencio ante el Juzgado especializado en lo Civil de Lima, 5 de julio de 2011 [C-0112]; *El Paso c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011 ¶ 266 [CL-0095]; *Achmea B.V. c. La República Eslovaca [II]*, Caso CPA No. 2013-12, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 2 de mayo de 2014 ¶ 236 [RLA-045]; *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009 ¶ 328 [RLA-046]; *El Gobierno de Kuwait c. The American Independent Oil Company (AMINOIL)*, Laudo Definitivo, 21 I.L.M. 976, 24 de marzo de 1982 pág. 1026 [RLA-048].

de las aprobaciones regulatorias y los acuerdos de uso de la tierra (de las 4 comunidades afectadas y más de 90 tenedores de tierra) que serían necesarios para construir y operar una mina. El recorrido regulatorio es difícil y la mayoría de las empresas mineras *junior* nunca avanzan más allá de la fase de aprobación regulatoria. Tal como ilustran otros proyectos mineros paralizados en Perú, la oposición de la comunidad puede frustrar un proyecto aun cuando la empresa minera cuente con una aprobación del EIAS⁵⁷².

427. La Demandada rechaza el argumento de la Demandante de que “*ostentaba la titularidad de*” los derechos a “*explorar y explotar los recursos minerales concedidos*” y el “*uso y disfrute de los recursos naturales concedidos y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos que se extraigan*”⁵⁷³ [Traducción del Tribunal]. El argumento de la Demandante parece ser que, aunque no se le permite construir y operar una mina y no podría estar segura de obtener el permiso de hacerlo aun en ausencia del Decreto Supremo 032, la Demandante ostenta sin embargo el derecho a hacerlo. Esta posición se basa “*en lecturas distorsionadas de las disposiciones inextricables de la legislación peruana, es confusa, poco clara e ilógica*”⁵⁷⁴. [Traducción del Tribunal]

428. Aun si la Demandante creyera que ostentaba un derecho contingente y futuro, eso no sería eficaz para la Demandante. El tribunal en *Generation Ukraine c. Ucrania* fue claro al determinar que las reclamaciones basadas en un derecho provisional futuro no se encuentran dentro de la jurisdicción del tribunal. La Demandante solo puede fundar su reclamación de expropiación en derechos que ostentaba en el momento de la supuesta expropiación y, en el presente caso, la Demandante solo ostentaba el derecho exclusivo a procurar obtener el derecho a desarrollar la minería en Santa Ana⁵⁷⁵.

(c) El razonamiento del Tribunal

429. El Tribunal ha determinado *supra* que el Decreto Supremo 032 constituyó una expropiación indirecta. Por lo tanto, no es necesario analizar si se trató asimismo de una expropiación directa. Las Partes no

⁵⁷² R-I ¶¶ 225 – 226; R-II ¶¶ 486 – 488; Primera Declaración de Ramírez ¶ 2 [RWS-2]; Primer Informe Rodríguez-Mariátegui ¶¶ 40, 47, 67, 107 – 108 [REX-003]; Informe Pericial Técnico de SRK Consulting (6 de octubre de 2015) (“Primer Informe SRK”) ¶¶ 90 – 92 [REX-005]; Segundo Informe Rodríguez-Mariátegui ¶¶ 74, 111, 133 [REX-009].

⁵⁷³ R-II ¶ 489.

⁵⁷⁴ *Íd.* en ¶ 490.

⁵⁷⁵ *Íd.* en ¶¶ 491 – 492; R-I ¶¶ 225 – 226; *Generation Ukraine Inc. c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/00/9, Laudo Definitivo, 16 de septiembre de 2003 ¶ 6.2 [RLA-080].

han planteado argumentos relacionados a las consecuencias legales de una determinación de expropiación directa, y una determinación tal efectivamente no modificaría ni se agregaría a aquellas que surgen de una expropiación indirecta.

4. Si el Decreto Supremo 032 fue lícito en virtud del Artículo 812 del TLC

(a) Argumentos de la Demandante

430. La siguiente exposición fue también relevante para la respuesta de la Demandante a la pregunta (e) del Tribunal “¿Cuáles son las sumas monetarias que el Tribunal debe otorgar a la Demandante si arribara a la conclusión de que: (i) la supuesta inversión de la Demandante fue lícitamente expropiada”⁵⁷⁶ [Traducción del Tribunal] Conforme al Artículo 812 del TLC, una expropiación solo puede ser lícita si se realiza por un propósito público, de conformidad con el debido proceso, de una manera no discriminatoria y mediante una indemnización pronta, adecuada y efectiva. En el presente caso no se ha reunido ninguno de estos elementos⁵⁷⁷.
431. Respecto del primer elemento, una expropiación no puede ser lícita a menos que se adopte por un “propósito público”, interpretado de conformidad con el derecho internacional⁵⁷⁸. La Demandada no puede determinar unilateralmente lo que significa propósito público por vía de referencia a su propio ordenamiento jurídico interno. La necesidad de un propósito público o interés público al efecto de legitimar una expropiación ha sido considerada durante mucho tiempo como parte del derecho internacional consuetudinario, y el requisito puede hallarse en casi todos los acuerdos de inversión⁵⁷⁹. Se trata de un requisito genuino, y el tribunal en *ADC c. Hungría* se pronunció en contra de considerar una “simple referencia al ‘interés público’” como prueba suficiente⁵⁸⁰ [Traducción del Tribunal].

⁵⁷⁶ RP-10 ¶ 2.1.4 (e).

⁵⁷⁷ C-II § IV; CPHB-I ¶ 87.

⁵⁷⁸ C-II ¶ 270; TLC Canadá-Perú Art. 812.1, 812 nota al pie 4 [C-0001]; A. Reinisch, *STANDARDS OF INVESTMENT PROTECTION*, (Oxford University Press, 2008) 178 [CL-0055].

⁵⁷⁹ C-I ¶¶ 130 – 132; TLC Canadá-Perú [C-0001]; A. Reinisch, *STANDARDS OF INVESTMENT PROTECTION*, (Oxford University Press, 2008) 178 [CL-0055]; R. Dolzer y C. Schreuer, *PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* (Oxford University Press, 2008) 91 [CL-0056]; F.V. Garcia-Amador, *State Responsibility: Fourth Report by the Special Rapporteur on International Responsibility*, UN Doc. A/CN.4/119, (1959) II Y.B. *Int'l. L. Comm'n.* 1 (1960) ¶ 59 [CL-0057].

⁵⁸⁰ C-I ¶ 134; C-II ¶ 271; *Siemens A. G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, 6 de febrero de 2007 ¶ 273 [CL-0031]; F.V. Garcia-Amador, *State Responsibility: Fourth Report by the Special Rapporteur on*

British Petroleum c. Libia arribó a la conclusión de que una expropiación era ilícita porque se había adoptado puramente por motivos políticos ajenos y, por lo tanto, no por un propósito público. En *LETCO c. Liberia*, un tribunal del CIADI determinó que la revocación de una concesión no fue por un propósito público en tanto no existía una política declarada de que las concesiones podían confiscarse por el bien común⁵⁸¹. En el caso que nos ocupa, la Demandada improvisa una serie de acontecimientos que parecen tener la apariencia de un propósito público legítimo, como para justificar el dictado del Decreto Supremo 032. Ninguna de las justificaciones *ex post facto* de la Demandada para el dictado del Decreto Supremo 032 – incluidas (1) la protección de la salud y seguridad de los ciudadanos, (2) la preservación de las relaciones con los estados colindantes, y (3) la protección de la integridad del proceso constitucional de la Demandada – se consideró realmente cuando se dictó el Decreto Supremo 032. Incluso la Demandada admite que, no fue “*hasta que un Congreso presentó documentos que divulgaban*” [Traducción del Tribunal] un supuesto incumplimiento del Artículo 71 que la Demandada halló un motivo para dictar el Decreto Supremo 032. Por lo tanto, todos los propósitos a los que la Demandada hiciera referencia para el dictado del Decreto Supremo 032 no son más que justificaciones *ex post facto* que el Tribunal debería desestimar⁵⁸².

432. Tal como se explicara *supra*, el Decreto Supremo 032 se adoptó al efecto de apaciguar la controvertida oposición política liderada por el Sr. Aduviri – no por un propósito público⁵⁸³. A pesar

International Responsibility, UN Doc. A/CN.4/119, (1959) II Y.B. *Int'l. L. Comm'n.* 1 (1960) ¶ 59 [CL-0057]; *BP Exploration Company (Libia) Ltd. c. Gobierno de la República Árabe Libia*, Laudo, 1 de agosto de 1974, 53 ILR 297, 329 [CL-0058]; *ADC Affiliate Limited, y otros c. La República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/03/16, Laudo, 2 de octubre de 2006 ¶ 432 [CL-0060]; Rudolf Dolzer y Christopher Schreuer, *PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* (Oxford University Press, 2da. edición 2012) 115 [CL-0168].

⁵⁸¹ C-I ¶ 133; *LETCO c. Gobierno de la República de Liberia*, Laudo, 31 de marzo de 1986, Informes del CIADI 2 (Cambridge University Press) [CL-0059].

⁵⁸² C-II ¶ 286; R-I ¶¶ 243, 247, 248; Entrevista al Ing. Fernando Gala, Presidente del Consejo de Minería, Pontificia Universidad Católica del Perú, 18 de noviembre de 2013 [C-0197]; Primer Informe Bullard [CEX-003]; Segundo Informe Bullard [CEX-005]; Primer Informe Flury [CEX-006].

⁵⁸³ C-II ¶¶ 272 – 274; C-I ¶¶ 2, 65 y ss. (*que presentan* los hechos relacionados con el Sr. Aduviri), ¶¶ 130 – 140 (*que presentan* argumentos relacionados con un “propósito público”); Puno: prueba de fuego, REVISTA PODER 360°, junio de 2011 [C-0078]; Comuneros dan plazo a presidente regional - firma ordenanza o lo revocan, LA REPÚBLICA, 23 de marzo de 2011 [C-0079]; Comunicado de Prensa, Los Andes, La Opinión Pública, 23 de marzo de 2011 [C-0081]; Alcalde del distrito de Huacullani ratificó que no participarán en la movilización de mañana, ONDA AZUL, 29 de marzo de 2011 [C-0082]; Rechazan intervención de dirigentes de zonas aledañas en tema de minera Santa Ana, LOS ANDES, 29 de marzo de 2011 [C-0083]; Carta No. 521-2011-GR-PUNO/PR de M. Rodríguez, Presidente Regional Puno, a P.E. Sánchez, Ministro de Energía y Minas, 28 de abril de 2011 [C-0089]; “Esperan que haya alguna víctima”, EL COMERCIO, 25 de mayo de 2011 [C-0090]; Comunicado de Prensa, Presidencia del Consejo de Ministros, Premier califica de inadmisibles bloqueos de carreteras en Puno y pide

de la clara naturaleza política de las protestas, en respuesta, la Demandada respondió en primer lugar dictando una suspensión por 12 meses del proceso de evaluación del EIAS de la Demandante. El Sr. Aduviri anunció una suspensión de la huelga indefinida hasta el 7 de junio de 2011, al efecto de evitar la interferencia en las elecciones presidenciales que oponían a Ollanta Humala a Keiko Fujimori. El Sr. Aduviri continuó instando al Gobierno peruano a derogar el Decreto Supremo 083 y, cuando retomó los paros el 7 de junio de 2011, esto condujo directamente al dictado del Decreto Supremo 032 el 25 de junio de 2011⁵⁸⁴. La Sentencia en la Acción de Amparo deja en claro que la Demandada no dictó el Decreto Supremo 032 por un propósito público, sino que, por el contrario, el Proyecto Santa Ana siguió siendo una necesidad pública en todos los momentos relevantes y no ocasionó cuestión ambiental ni conflicto social alguno en la zona. Las manifestaciones violentas no guardaron relación alguna con las acciones u omisiones de la Demandante. Por consiguiente, queda claro que cuando el Gobierno dictó el Decreto Supremo 032 no existía propósito público alguno que justifique la expropiación de los derechos de la Demandante sobre el Proyecto Santa Ana⁵⁸⁵.

433. De conformidad con la legislación peruana, los derechos de propiedad o posesión concedidos a los extranjeros en las zonas de frontera pueden restringirse solo por motivos de seguridad nacional⁵⁸⁶. En el caso que nos ocupa, el Decreto Supremo 032 nada dice respecto de (i) por qué motivo la minería

deponer acciones violentas, 18 de mayo de 2011 [C-0092]; *Entrevista de la Primer Ministro Rosario Fernandez*, Mira Quién Habla, Willax TV, 31 de mayo de 2011 [C-0097]; Alan García: Hay oscuros intereses políticos en protestas en Puno, La República.pe, 25 de junio de 2011 [C-0242]; Primera Declaración de Swarthout ¶ 47 [CWS-1]; Primera Declaración de Antúnez de Mayolo ¶ 16 [CWS-2]; Segunda Declaración de Swarthout ¶ 33 [CWS-6]; Segunda Declaración de Antúnez de Mayolo ¶ 31 [CWS-7].

⁵⁸⁴ C-I ¶ 135; C-II ¶ 275; Decreto Supremo No. 032-2011-EM adoptado el 25 de junio de 2011 [C-0005]; Puno: prueba de fuego, REVISTA PODER 360°, junio de 2011 [C-0078]; MEM: Ejecutivo sigue abierto al diálogo con población de Puno, RPP NOTICIAS, 27 de mayo de 2011 [C-0096]; Resolución de la DGAAM 162-2011-MEM-AAM, 30 de mayo de 2011 [C-0098]; Huelga de aymaras termina en “cuarto intermedio”, LOS ANDES, 1 de junio de 2011 [C-0099]; Volvió tensión con huelga aimara, LA REPÚBLICA, 9 de junio de 2011 [C-0100].

⁵⁸⁵ C-I ¶¶ 136 – 138; Sentencia en la Acción de Amparo No. 28, Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, 12 de mayo de 2014 [C-0006]; Carta de M. Grau Malachowski, Bear Creek, a J. K. Villavicencio Gardini, 30 de noviembre de 2007 [C-0018]; Contratos de Transferencia de Derechos Mineros entre Jenny Karina Villavicencio Gardini y Bear Creek Mining Company, Sucursal del Perú, registrados ante Notario, 6 de diciembre de 2007 [C-0019]; Anotación de Inscripción de SUNARP del Contrato de Transferencia para las Concesiones Santa Ana 9A, 1, 2 y 3, 1 de febrero de 2008 [C-0020]; Resolución del MINEM No. 021-2011/MEM-AAM, 7 de enero de 2011 [C-0073]; Primer Informe Bullard ¶¶ 18.r, 136, 182, 183, 185 – 190 [CEX-003]; Primera Declaración de Antúnez de Mayolo ¶ 34 [CWS-2].

⁵⁸⁶ C-II ¶ 276; Decreto Supremo No. 032-2011-EM adoptado el 25 de junio de 2011 [C-0005]; Diálogo no prosperó en Puno debido a intransigencia de los dirigentes, MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS, 26 de mayo de 2011 [C-0095]; El diálogo primará en Puno, EL PERUANO, 27 de mayo de 2011 [C-0236]; Segundo Informe Bullard ¶¶ 3(g), 41 [CEX-005].

en la zona de frontera ya no constituye una necesidad pública, (ii) la necesidad de la Demandada de restablecer el orden en toda la región, o (iii) de qué manera el dictado del Decreto Supremo 032 constituía una medida necesaria y proporcionada para satisfacer las supuestas necesidades de la Demandada. En efecto, la vaguedad del documento, así como el reconocimiento de la Demandada de que no existe ningún documento contemporáneo que pudiera explicar qué podría constituir “*nuevas circunstancias*” que justifiquen el dictado del Decreto Supremo 032, demuestran la ausencia de un propósito público legítimo. En el presente caso, la Demandada simplemente le solicita al Tribunal que deduzca, sobre la base de informes de prensa y justificaciones *ex post facto*, que las manifestaciones condujeron al dictado del Decreto Supremo 032. Sin embargo, los funcionarios de la Demandada han admitido que la Demandada “*no tenía motivos para quitarle la concesión a la empresa*”⁵⁸⁷. [Traducción del Tribunal]

434. El marco jurídico de la Demandada no autoriza las expropiaciones para evitar el conflicto social. En consecuencia, la derogación del Decreto Supremo 083 “*carece del argumento adecuado*” y “*no se encuentra dentro de los márgenes de razonabilidad y proporcionalidad exigidos para no violar el principio de seguridad jurídica*”⁵⁸⁸. [Traducción del Tribunal]
435. La situación de la Demandante es similar a aquella en la que se encontraba la demandante en *Tecmed c. México*, donde la demandante alegó que la demandada expropió su inversión al negarse a renovar la autorización para operar un confinamiento de la demandante. Al analizar si las medidas de la demandada eran razonables, el tribunal afirmó que “*El acto o medida no debe imponer una carga o peso excesivo en el inversor extranjero en relación con la finalidad perseguida por el acto reputado como expropiatorio*”. Además de determinar que las operaciones de la demandante no “*hacen peligrar de manera grave o inminente el equilibrio ecológico o la salud humana*”, el tribunal de *Tecmed* determinó que era relevante que las protestas no tuvieran como origen la conducta de la

⁵⁸⁷ C-II ¶¶ 276 – 277; Decreto Supremo No. 032-2011-EM adoptado el 25 de junio de 2011 [C-0005]; Sentencia en la Acción de Amparo No. 28, Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, 12 de mayo de 2014 [C-0006]; Diálogo no prosperó en Puno debido a intransigencia de los dirigentes, MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS, 26 de mayo de 2011 [C-0095]; Carta de R. Wong, Secretario General del MEM, a E. Antúnez, Bear Creek Mining Company, 19 de agosto de 2011 [C-0111]; Entrevista al Ing. Fernando Gala, Presidente del Consejo de Minería, Pontificia Universidad Católica del Perú, 18 de noviembre de 2013 [C-0197]; El diálogo primará en Puno, EL PERUANO, 27 de mayo de 2011 [C-0236]; Segundo Informe Bullard ¶¶ 3(g), 41 [CEX-005].

⁵⁸⁸ C-II ¶ 278; Sentencia en la Acción de Amparo No. 28, Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, 12 de mayo de 2014 [C-0006]; Segundo Reporte Experto de Alfredo Bullard González ¶ 126(c) (6 de enero de 2016) [CEX-005].

demandante. Al determinar que no había existido situación urgente, crisis, necesidad o emergencia social grave, el tribunal de *Tecmed* determinó que la oposición al confinamiento y la presión de las autoridades no constituían justificaciones suficientes para que el Estado prive a la demandante de su inversión sin que medie compensación. El presente Tribunal podría arribar a la misma conclusión en el caso que nos ocupa⁵⁸⁹.

436. En lo que respecta al segundo elemento del Artículo 812, una expropiación o nacionalización lícita de una inversión protegida debe realizarse de conformidad con el debido proceso⁵⁹⁰. El silencio de la Demandada sobre este tema confirma que a la Demandante simplemente no se le concedió un debido proceso en relación con el dictado del Decreto Supremo 032. La Demandada no observó el debido proceso al dictar el Decreto Supremo 032 en cinco aspectos:

- (i) *el Decreto Supremo 032 no fue la manera adecuada de derogar el Decreto Supremo 083—un acto administrativo que no podía derogarse—y revocar el derecho de Bear Creek a ser titular de minas y derechos mineros en Santa Ana;*
- (ii) *el Decreto Supremo 032 no se dictó en el contexto de ningún procedimiento jurídico definido dentro del MINEM;*
- (iii) *Nunca se notificó por anticipado a Bear Creek del Decreto Supremo 032 ni se le brindó una oportunidad de ser oída;*
- (iv) *el Gobierno no proporcionó ninguna justificación creíble para el Decreto Supremo 032; y*
- (v) *el Decreto Supremo 032 violó los principios jurídicos de seguridad jurídica y prohibición de arbitrariedad, tal como reconociera el Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, 12 de mayo de 2014⁵⁹¹. [Traducción del Tribunal]*

⁵⁸⁹ C-II ¶¶ 279 – 284; C-I ¶¶ 2, 65 y ss. (*que describen las motivaciones políticas para el Decreto Supremo 032*); Decreto Supremo No. 032-2011-EM adoptado el 25 de junio de 2011 [C-0005]; Sentencia en la Acción de Amparo No. 28, Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, 12 de mayo de 2014 [C-0006]; Bear Creek Mining Corporation, *Gestión ambiental* [C-0069]; Ausenco Vector, Informe de la Evaluación de Impacto Ambiental para el Proyecto Santa Ana, diciembre de 2010 [C-0071]; Carta de R. Wong, Secretario General del MEM, a E. Antúnez, Bear Creek Mining Company, 19 de agosto de 2011 [C-0111]; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 [CL-0040]; *ADC Affiliate Limited, y otros c. La República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/03/16, Laudo, 2 de octubre de 2006 ¶ 432 [CL-0060]; Primera Declaración de Swarthout ¶ 50 [CWS-1]; Segunda Declaración de Swarthout ¶ 33 [CWS-6]; Segunda Declaración de Antúnez de Mayolo ¶ 31 [CWS-7].

⁵⁹⁰ C-II ¶ 287.

⁵⁹¹ *Íd.* en 288 – 289; C-I ¶ 139; Sentencia en la Acción de Amparo No. 28, Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, 12 de mayo de 2014 [C-0006]; Carta de E. Antúnez, Bear Creek, a F. Ramírez, DGAAM, 1 de febrero de 2011 [C-0187]; *ADC Affiliate Limited, y otros c. La República de Hungría*, Caso CIADI No.

437. Las medidas de la Demandada fueron desproporcionadas para el interés público supuestamente protegido. Que otras medidas de aplicación general fueran adoptadas en el mismo momento solo resalta las motivaciones políticas de la Demandada de las que fuera blanco la Demandante. La Demandada no permitió que estas medidas generales se desarrollaran antes de seleccionar a la Demandada en su juego político⁵⁹².
438. En virtud de la legislación peruana, una vez que los derechos o intereses son conferidos a una parte privada, estos no pueden modificarse ni sustituirse por “*motivos de oportunidad, fondo o conveniencia*” [Traducción del Tribunal]. En tanto no se le brindó a la Demandante una oportunidad de ser oída con anterioridad al dictado del Decreto Supremo 032, se trata de una desviación de poder que contraviene los principios de legalidad y razonabilidad. Además, tal como fuera confirmado en la sentencia en la Acción de Amparo, el Decreto Supremo 032 carece del argumento y motivación adecuados y, por consiguiente, viola los principios de razonabilidad, proporcionalidad y seguridad jurídica – todos partes de un principio más amplio de debido proceso. En tanto viola el principio jurídico de certeza y proporcionalidad jurídica, viola la prohibición de arbitrariedad. En consecuencia, el presente Tribunal debería determinar que la Demandada actuó de manera arbitraria y en violación del debido proceso al momento de dictar el Decreto Supremo 032, que expropió los derechos de la Demandante⁵⁹³.
439. En lo que se refiere al tercer elemento del Artículo 812 del TLC, las medidas discriminatorias no son lícitas. El Decreto Supremo 032 solo estuvo dirigido a la Demandante y ninguna otra empresa minera perdió su derecho a desarrollar la minería en virtud del Decreto Supremo 032. Los argumentos

ARB/03/16, Laudo, 2 de octubre de 2006 [CL-0060].

⁵⁹² C-II ¶ 285; R-I ¶ 246; Comunidades de Huacullani dan luz verde al Proyecto minero Santa Ana, EL GRAN SUR, LA REPÚBLICA, 18 de marzo de 2011 [C-0077]; MEM: Ejecutivo sigue abierto al diálogo con población de Puno, RPP NOTICIAS, 27 de mayo de 2011 [C-0096]; Huelga de aymaras termina en “cuarto intermedio”, LOS ANDES, 1 junio de 2011 [C-0099]; El diálogo primará en Puno, EL PERUANO, 27 de mayo de 2011 [C-0236]; Alan García: Hay oscuros intereses políticos en protestas en Puno, La Republica.pe, 25 de junio de 2011 [C-0242]; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 ¶ 122 [CL-0040]; Primera Declaración de Swarthout ¶ 50 [CWS-1]; Primera Declaración de Antúnez de Mayolo ¶ 19 [CWS-2].

⁵⁹³ C-I ¶¶ 141 – 144; Sentencia en la Acción de Amparo No. 28, Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, 12 de mayo de 2014 [C-0006]; Primer Informe Bullard ¶¶ 120, 124.b, 161, 178, 181, 196, 199 [CEX-003].

relacionados con la discriminación se presentan *supra* y se incorporan a este punto por vía de referencia⁵⁹⁴.

440. En lo que respecta al último elemento del Artículo 812 del TLC, las medidas expropiatorias de la Demandada no fueron adoptadas mediando una indemnización pronta, adecuada y efectiva. Los Artículos 812.2 y 812.3 prevén las condiciones que esa indemnización debe cumplir para que sea considerada “*pronta, adecuada y efectiva*”. Conforme a estas, se le exige a la Demandada pagar, sin demora, indemnización a la Demandante en la suma equivalente al VJM del Proyecto Santa Ana, con más intereses desde la fecha de expropiación hasta la efectivización del pago. No se controvierte que la Demandada no ha pagado forma alguna de indemnización a la Demandante y, por lo tanto, la expropiación del Proyecto Santa Ana por parte de la Demandada constituye un acto ilícito en virtud del TLC y el derecho internacional⁵⁹⁵.

(b) Argumentos de la Demandada

441. La Demandada no ha planteado argumento alguno en relación con el Artículo 812 del TLC, independientemente de sus otros argumentos. La Demandada niega todas las acusaciones no admitidas específicamente⁵⁹⁶.

(c) El razonamiento del Tribunal

442. El Artículo 812.1 del TLC dispone lo siguiente:

*Ninguna de las Partes podrá nacionalizar o expropiar una inversión cubierta, sea directa o indirectamente, mediante medidas que tengan un efecto equivalente a la nacionalización o expropiación (en adelante “expropiación”), salvo por propósito público, de conformidad con el debido proceso, de una manera no discriminatoria y mediante una indemnización pronta, adecuada y efectiva*⁵⁹⁷.

⁵⁹⁴ C-II ¶ 264, *que cita también* C-II ¶¶ 46 – 65; TLC Canadá-Perú Art. 812.1(c) [C-0001]; Primer Informe Flury ¶ 64 [CEX-006].

⁵⁹⁵ C-I ¶¶ 127 – 129; C-II ¶ 269; TLC Canadá-Perú [C-0001]; *Siemens A. G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, 6 de febrero de 2007 ¶ 273 [CL-0031]; Tali Levy, *NAFTA’s Provision for Compensation in the Event of Expropriation: A Reassessment of the “Prompt, Adequate and Effective”* 31 *Stan. J. Int’l L.* 423 (1995) [CL-0054]; Arnaud de Nanteuil, *Droit international de l’investissement* (Pedone, 2014) ¶¶ 741, 743 [CL-0181].

⁵⁹⁶ R-II ¶ 36.

⁵⁹⁷ TLC Canadá-Perú Art. 812.1 [C-0001] (notas al pie internas omitidas).

443. Las condiciones establecidas en el Artículo 812.1 son acumulativas. Dada esta redacción, resulta claro que, si no existe un debido proceso legal o si no se ha pagado “*una indemnización pronta, adecuada y efectiva*”, un acto de expropiación directa o indirecta violará el TLC.
444. El Tribunal ya ha manifestado *supra* su entendimiento del hecho de que la Demandada no invitara a la Demandante a las reuniones celebradas entre el 20 y el 23 de junio de 2011 sobre la base de que la asistencia de la Demandante podría haber dificultado el debate con los grupos organizadores de las protestas sociales y el Gobierno enfrentaba una fuerte presión política para encontrar una solución afable.
445. No obstante, el Tribunal también ha descrito el procedimiento apresurado durante la reunión del 23 de junio de 2011. Con fundamento en nuevos documentos, los cuales, según se afirma, se han perdido luego de dicha reunión razón por la cual no pudieron ser presentados por la Demandada en este arbitraje, supuestamente presentados entre las 9 y las 10 p.m., y luego de una revisión por parte de personas no identificadas, según la Demandada a la 1:30 am, se pudieron ubicar entre 15 y 19 Ministros del Consejo de Ministros. Tales ministros fueron aparentemente contactados y entonces aprobaron el borrador sin ver los supuestos documentos. Posteriormente, el Presidente de la República firmó el Decreto Supremo. No se discute que no se hizo ningún esfuerzo por contactar a la Demandante por adelantado, y que la Demandante no tuvo oportunidad de hacer comentarios antes de que se emitiera el Decreto Supremo 032.
446. Tal como se concluyera *supra*, el Decreto Supremo 032 concretó una expropiación indirecta al revocar el Decreto Supremo 083. El Tribunal considera que, aun frente a la evidente presión política a la que dieron lugar las manifestaciones y los disturbios, la Demandante tenía derecho a ser oída antes de que una decisión tan fundamental fuera tomada en consideración y adoptada. Esto resulta aún más cierto en circunstancias en las que la decisión adoptada se basó expresamente -en el Decreto Supremo 032- en una conducta supuestamente inconstitucional por parte de la Demandante en el proceso de obtención de los derechos concedidos por el Decreto Supremo 083. La Demandada debería haber hecho un esfuerzo para contactar y escuchar a la Demandante, incluso ante la presión política para alcanzar a una solución expedita. No se ha presentado al Tribunal ninguna prueba que explique por qué esto no podría haber ocurrido y por qué no sucedió. Tampoco se ha demostrado si, en lugar de una derogación, la mera suspensión de los derechos de la Demandante, tal como fuera ordenada poco después mediante el Decreto Supremo 033, el cual suspendió toda otra solicitud nueva de concesiones mineras en Puno, podría haber sido suficiente para calmar las protestas sociales. No es

tarea de este Tribunal determinar si en virtud del derecho peruano dicho procedimiento podría haber sido legalmente posible por otras razones como las dadas en el Decreto Supremo 032. No obstante, el Tribunal debe aplicar el Artículo 812.1 del TLC, el cual dispone expresamente que una expropiación debe realizarse de conformidad con el debido proceso legal. El proceso de emisión del Decreto Supremo 032 no cumple con este requisito.

447. Por lo tanto, el Tribunal concluye que la Demandada ha violado el TLC al dictar el Decreto Supremo 032 sin conceder a la Demandante el debido proceso legal.
448. Asimismo, el Artículo 812.1 del TLC establece que una expropiación, para ser lícita, debe efectuarse de manera no discriminatoria y con una indemnización pronta, adecuada y efectiva. Resulta indiscutible que el Decreto Supremo 032 no otorgó ninguna indemnización al Demandante. Por consiguiente, también por tal motivo, el Decreto constituye una violación del TLC. A la luz de las conclusiones expuestas *supra*, no es necesario que el Tribunal analice si se ha emitido también de manera no discriminatoria, debido a que dicha conclusión no modificará ni ampliará las consecuencias jurídicas de la medida.
449. Habida cuenta de tales consideraciones, el Tribunal resuelve que el Decreto Supremo 032 constituyó una expropiación indirecta ilícita, en violación del artículo 812.1 del TLC.

5. Si el Decreto Supremo 032 constituyó un ejercicio válido de los poderes de policía

(a) Argumentos de la Demandante

450. Los tribunales arbitrales internacionales tienen la jurisdicción – y el deber – de determinar si las medidas adoptadas violan las obligaciones internacionales⁵⁹⁸.
451. La defensa de la Demandada de que el Decreto Supremo 032 no fue expropiatorio porque representa un ejercicio legítimo de los poderes de policía de la Demandada, no resulta efectiva. El ejercicio de los poderes soberanos de policía no es una defensa absoluta respecto a la expropiación en virtud del TLC y, en cualquier caso, los poderes de policía del Estado no son ilimitados. Una expropiación lícita en virtud del TLC debe cumplir con el Artículo 812(1) del TLC, el cual circunscribe expresamente

⁵⁹⁸ C-II ¶ 290.

cualquier ejercicio de los poderes de policía de la Demandada al llamado comportamiento regulatorio⁵⁹⁹. El Decreto Supremo 032 no puede considerarse un ejercicio adecuado de los poderes de policía, debido a que se emitió sin cursar notificación de ello a la Demandante, violando así el derecho de defensa de la Demandante y sin el pago de una indemnización y la aplicación del debido proceso⁶⁰⁰.

452. La doctrina de los poderes de policía no es una figura del arbitraje internacional de inversión que sea generalmente aplicable y que permita a los Estados regular sin indemnizar a los propietarios de bienes. Contrariamente a los argumentos de la Demandada, el Tribunal del caso *Tecmed* reconoció la existencia de la doctrina de los poderes de policía en el plano nacional y afirmó su deber de examinar si las medidas en cuestión en dicho caso violaban el tratado o el derecho internacional. Ese tribunal luego interpretó el TBI y determinó que los actos y las medidas de naturaleza regulatoria no estarían inicialmente excluidos de los actos expropiatorios⁶⁰¹. En pos de determinar si la doctrina de los poderes soberanos debe desempeñar algún papel en el presente análisis, el Tribunal debe interpretar y aplicar el TLC, que no excluye las expropiaciones resultantes del ejercicio de los poderes de policía⁶⁰². Al interpretar el TLC de conformidad con su sentido corriente, en virtud del Artículo 31(1) de la CVDT, existen cuatro elementos específicos que deben cumplirse para que una expropiación sea considerada lícita: la expropiación debe efectuarse (i) por propósito público, (ii) de conformidad con el debido proceso, (iii) de una manera no discriminatoria y (iv) mediante una indemnización pronta, adecuada y efectiva. Las medidas regulatorias no están excluidas de la definición. Ante la ausencia de esta condición expresa, la legalidad de la expropiación por parte de la Demandada de la inversión de la Demandante solo puede evaluarse en comparación con estos cuatro elementos. Dado

⁵⁹⁹ *Íd.* en ¶¶ 244, 308; Entrevista al Ing. Fernando Gala, Presidente del Consejo de Minería, Pontificia Universidad Católica del Perú, 18 de noviembre de 2013 [C-0197]; Primer Informe Bullard ¶ 18(n) [CEX-003]; Segundo Informe Bullard ¶ 3(c) [CEX-005].

⁶⁰⁰ C-II ¶ 327; R-I ¶ 134 (*que describe* las manifestaciones relacionadas a la minería aurífera); R.Prov.M.-II ¶¶ 28, 30 (*donde se establece* que no es posible para las Demandantes vender su derecho de propiedad a terceros); *Quiborax S.A. y otros c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Laudo, 16 de septiembre de 2015 [CL-0184]; Segundo Informe Bullard ¶¶ 111, 131 [CEX-005]; Primera Declaración Swarthout ¶ 50 [CWS-1].

⁶⁰¹ C-II ¶¶ 291 – 293; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 ¶¶ 119 – 122 [CL-0040]; *Ronald S. Lauder c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 3 de septiembre de 2001 ¶ 198 [RLA-028].

⁶⁰² C-II ¶¶ 290, 294; TLC Canadá-Perú Art. 812 [C-0001]; Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, Art. 31(1) [CL-0039].

que la Demandada no cumplió con estos cuatro requisitos, es responsable por haber llevado a cabo una expropiación ilícita⁶⁰³.

453. La Demandada admite que el poder de policía tiene límites y no permite a los Estados regular y expropiar con impunidad. Los casos citados por la Demandada, incluidos los casos *Tza Yap Shum c. Perú*, confirman que un Estado solo puede ejercer su autoridad regulatoria sujeto a ciertas condiciones, lo que incluye asegurar que una medida es proporcional a su propósito y que cumple con el debido proceso⁶⁰⁴. El Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, así como otras autoridades peruanas, ha reconocido que el Decreto Supremo 032 era una medida arbitraria, no proporcional a su objetivo, y se dictó sin el debido proceso legal⁶⁰⁵. Incluso si este Tribunal analizara este caso en virtud de la doctrina de los poderes de policía, debería concluir que el Decreto Supremo 032 no constituyó un ejercicio legítimo de los poderes de policía de la Demandada y constituye una violación de las obligaciones internacionales de la Demandada⁶⁰⁶.
454. El Decreto Supremo 032 es una medida con un objetivo específico que fue diseñada para despojar a la Demandante de su inversión – y, por lo tanto, se encuentra fuera del alcance de la doctrina de los poderes de policía⁶⁰⁷. La mayoría de los casos en los que se basa la Demandada son inapropiados, ya que se refieren a medidas regulatorias de aplicación general. En el presente caso, la conducta en

⁶⁰³ *Íd.*

⁶⁰⁴ C-II ¶ 309; *Saluka c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 ¶ 255 [CL-0091]; *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo Parcial, 7 de agosto de 2002 ¶ 7 [RLA-030]; *Invesmart, B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo (Redactado), 26 de junio de 2009 ¶¶ 497 – 499 [RLA-040]; *Tza Yap Shum c. la República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/07/6, Laudo, 7 de julio de 2011 ¶ 174 [RLA-041].

⁶⁰⁵ C-II ¶ 310; Sentencia por Acción de Amparo No. 28, Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, 12 de mayo de 2014 [C-0006]; Comunicado de Prensa, Presidencia del Consejo de Ministros, *Premier califica de inadmisibles bloqueos de carreteras en Puno y pide deponer acciones violentas*, 18 de mayo de 2011 [C-0092]; *MEM: Ejecutivo sigue abierto al diálogo con población de Puno*, RPP NOTICIAS, 27 de mayo de 2011 [C-0096]; *El diálogo primará en Puno*, EL PERUANO, 27 de mayo de 2011 [C-0236].

⁶⁰⁶ C-II ¶ 311.

⁶⁰⁷ *Íd.* en ¶¶ 137 – 140 (respecto del “fin público”), 295; C-I ¶¶ 130 – 138 (respecto del “fin público”); Decreto Supremo No. 032-2011-EM adoptado el 25 de junio de 2011 [C-0005]; Sentencia por Acción de Amparo No. 28, Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, 12 de mayo de 2014 [C-0006]; *Saluka c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 [CL-0091]; *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo Parcial, 7 de agosto de 2002 ¶ 7 [RLA-030]; *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo, 16 de diciembre de 2002 ¶ 103 [RLA-031]; Primer Informe Bullard ¶¶ 175 y ss. [CEX-003]; Segundo Informe Bullard ¶¶ 10, 122, 127, 130, 135, 145 [CEX-005].

cuestión es un decreto con un objetivo específico dirigido a una sola sociedad⁶⁰⁸. Ni siquiera los casos *Invesmart* o *Saluka* apoyan la posición de la Demandada de que puede aplicarse una excepción a los poderes de policía en los casos relativos a la revocación de permisos concedidos a un único inversionista⁶⁰⁹. En el caso *Invesmart*, en el cual la revocación de la licencia de Union Bank estaba autorizada por ley para los casos en los que un banco admitiera que se enfrentaba a la falta de liquidez y a la imposibilidad de continuar operando, el tribunal consideró que dicha normativa bancaria constituía “una norma no discriminatoria bona fide dirigida al bienestar general”⁶¹⁰ [Traducción del Tribunal]. Es dentro de dicho contexto que el tribunal del caso *Invesmart* resolvió que “en ningún caso se pretende que los tratados de inversión descarten el derecho de sus firmantes a ejercer su facultad regulatoria”⁶¹¹. [Traducción del Tribunal]

455. En mayor contraste con el caso *Invesmart*, ni el Artículo 71 de la Constitución ni el Decreto Supremo 083 describen las circunstancias en las que se permitiría la revocación del Decreto Supremo 083. Por el contrario, el Decreto Supremo 032 solo hace una vaga afirmación de que “se ha hecho de conocimiento circunstancias que implicarían la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del [Decreto Supremo 083]”. El Decreto Supremo 032 no fue promulgado en pos de implementar un marco legal establecido en el Artículo 71 o incluso en el Decreto Supremo 083. La Demandada eludió intencionalmente la normativa peruana que establece requisitos procesales y sustantivos para revocar la autorización otorgada por el Decreto Supremo 083 al etiquetar su decisión como una “derogación” más que como un acto administrativo⁶¹². El contexto de la emisión del

⁶⁰⁸ C-I ¶¶ 130 – 138 (respecto del “fin público”); C-II ¶¶ 137 – 140 (respecto del “fin público”), 290, 295; Decreto Supremo No. 032-2011-EM adoptado el 25 de junio de 2011 [C-0005]; Sentencia por Acción de Amparo No. 28, Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, 12 de mayo de 2014 [C-0006]; *Saluka c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 [CL-0091]; *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo Parcial, 7 de agosto de 2002 ¶ 7 [RLA-030]; *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo, 16 de diciembre de 2002 ¶ 103 [RLA-031]; Primer Informe Bullard ¶¶ 175 y ss. [CEX-003]; Segundo Informe Bullard ¶¶ 10, 122, 127, 130, 135, 145 [CEX-005].

⁶⁰⁹ C-II ¶ 296.

⁶¹⁰ *Íd.* en ¶¶ 298 – 299; *Saluka c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, de marzo de 17, 2006 ¶ 264 [CL-0091]; *Invesmart, B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo (Redactado), 26 de junio 2009 ¶¶ 496 – 498, 500, 504 [RLA-040].

⁶¹¹ *Íd.*

⁶¹² C-II ¶¶ 300 – 301; Decreto Supremo No. 083-2007-EM adoptado el 29 de noviembre de 2007 [C-0004]; Decreto Supremo No. 032-2011-EM adoptado el 25 de junio de 2011 [C-0005]; Constitución del Perú, Art. 71 [C-0024]; *Invesmart, B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo (Redactado), 26 de junio de 2009 ¶ 504 [RLA-040]; Segundo Informe Bullard [CEX-005].

Decreto Supremo 032 deja en claro que la Demandada decidió arbitrariamente privar a la Demandante de su inversión⁶¹³. Esto queda confirmado por las declaraciones de altos funcionarios peruanos realizadas en ese momento, incluido el Presidente⁶¹⁴. Por lo tanto, no puede considerarse “*una norma no discriminatoria bona fide dirigida al bienestar general*”⁶¹⁵. [Traducción del Tribunal]

456. La invocación del caso *Saluka* por parte de la Demandada también se encuentra fuera de lugar⁶¹⁶. El tribunal del caso *Saluka*, al observar la ausencia de una prueba de interpretación inequívoca (*bright-line test*) dentro del tratado, analizó el contexto y las circunstancias de la medida en cuestión para determinar si se trataba de una expropiación y no de una actividad regulatoria válida⁶¹⁷. Luego de examinar la medida razonada en cuestión, el tribunal comentó que la decisión se encontraba “*plenamente motivada*” y que fue confirmada por una junta administrativa de apelación y por el Tribunal de la Ciudad de Praga en dos ocasiones⁶¹⁸. En el presente caso, el Decreto Supremo 032 no se encuentra razonado o “*plenamente motivado*”. Es vago y no ofrece ninguna explicación sobre cuáles son las presuntas “*nuevas circunstancias*” que “*implicarían la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del mencionado acto*”. Debido que no existe legislación para anular las concesiones lícitamente otorgadas, no es posible realizar un análisis fáctico o jurídico. Una medida que derogara el Decreto Supremo 083 sería inadmisibles e inconstitucional. El Decreto Supremo 032 fue condenado -no ratificado- por el Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima. En consecuencia, la decisión del caso *Saluka* no asiste en ningún modo a la Demandada, sino que pone de relieve las graves deficiencias del Decreto Supremo 032⁶¹⁹.

⁶¹³ C-II ¶ 302; C-I ¶¶ 130 – 138 (respecto del “fin público”), C-II ¶¶ 137 – 140 (respecto del “fin público”) Decreto Supremo No. 032-2011-EM adoptado el 25 de junio de 2011 [C-0005]; *Comuneros exigen pronunciamiento de PCM*, LA REPÚBLICA, de mayo de 19, 2011 [C-0093]; *MEM: Ejecutivo sigue abierto al diálogo con población de Puno*, RPP NOTICIAS, 27 de mayo de, 2011 [C-0096]; *El diálogo primará en Puno*, EL PERUANO, 27 de mayo de 2011 [C-0236]; *Saluka c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 ¶ 264 [CL-0091]; *Invesmart, B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo (Redactado), 26 de junio de 2009 ¶ 500 [RLA-040].

⁶¹⁴ *Íd.*

⁶¹⁵ C-II ¶ 303; C-I ¶¶ 140 – 144 (respecto del debido proceso); *Invesmart, B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo (Redactado), 26 de junio de 2009 ¶ 497 [RLA-040].

⁶¹⁶ C-II ¶ 304; *Saluka c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 ¶¶ 263, 264, 270, 271, 274 [CL-0091].

⁶¹⁷ *Íd.*

⁶¹⁸ *Íd.*

⁶¹⁹ C-II ¶ 305; Decreto Supremo No. 032-2011-EM promulgado el 25 de junio de 2011 [C-0005]; *Comuneros exigen pronunciamiento de PCM*, LA REPÚBLICA, 19 de mayo de 2011 [C-0093]; *MEM: Ejecutivo sigue abierto al*

457. Independientemente del tipo de deferencia que el Decreto Supremo 032 pueda recibir -ya sea una presunción de legitimidad o un “*margen de apreciación*” - ello no puede significar que existe una prohibición de revisión de las acciones de la Demandada. Los tribunales de inversión han resuelto que un Estado, incluso en el ejercicio de sus facultades soberanas, debe actuar de conformidad con el estado de derecho. En este caso, esto requiere, como mínimo, la observancia del debido proceso y la adopción de medidas no discriminatorias⁶²⁰.
458. Tal como reconocen los tribunales de los casos *Saluka* y *ADC c. Hungría*, la doctrina de las facultades soberanas no es ilimitada⁶²¹. Incluso en los casos en los que un Estado goza de amplia discrecionalidad, tal discrecionalidad del Estado no puede ejercerse arbitrariamente. Incluso si el Decreto Supremo 032 se encontrara dentro del alcance de los poderes de policía de la Demandada, no cabe duda de que el Decreto Supremo 032 fue arbitrario, desproporcional y que se emitió sin tener en cuenta el debido proceso⁶²².

(b) Argumentos de la Demandada

459. La Demandante tiene la carga de demostrar que las medidas regulatorias de la Demandada eran incompatibles con un ejercicio legítimo de los poderes de policía⁶²³.
460. Los tribunales de inversión han sostenido repetidamente que un Estado no es responsable por las tomas que puedan derivarse de los ejercicios legítimos del poder inherente del Estado de regular para

diálogo con población de Puno, RPP NOTICIAS, 27 de mayo de 2011 [C-0096]; *El diálogo primará en Puno*, EL PERUANO, 27 de mayo de 2011 [C-0236]; Segundo Informe Bullard ¶ 142 [CEX-005].

⁶²⁰ C-II ¶ 306; TLC Canadá-Perú Art. 812 [C-0001]; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 ¶ 139 [CL-0040]; *Tza Yap Shum c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/07/6, Decisión sobre Anulación, 12 de febrero de 2015 ¶¶ 195 – 197 [CL-0182]; *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo Parcial, 7 de agosto de 2002 ¶ 7 [RLA-030]; *Invesmart, B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo (Redactado), 26 de junio de 2009 [RLA-040]; *Tza Yap Shum c. la República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/07/6, Laudo, 7 de julio de 2011 [RLA-041].

⁶²¹ C-II ¶ 307; *ADC Affiliate Limited, et. al., c. la República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/03/16, Laudo, 2 de octubre de 2006 ¶¶ 423 – 424 [CL-0060]; *Saluka c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 ¶ 258 [CL-0091].

⁶²² *Íd.*

⁶²³ R-I ¶ 241; *Les Laboratoires Servier, S.A.S., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres S.A.S. c. la República de Polonia*, CNUDMI, Laudo (Redactado), 14 de febrero de 2012 ¶¶ 582 – 584 [RLA-044].

la protección de la seguridad y el orden público; es decir, los poderes de policía del Estado⁶²⁴. La doctrina de los poderes de policía constituye un principio fundamental del derecho internacional que se aplica incluso ante la ausencia de una referencia expresa a dichos poderes en el instrumento internacional pertinente. Tal como fuera tempranamente reconocido ya en 1941 por el Prof. Herz, el derecho de un Estado a ejercer su poder de policía ha sido reconocido por el derecho internacional general⁶²⁵. El Prof. Christie⁶²⁶ explicó que las razones de un Estado para una toma de control de acuerdo con la doctrina de los poderes de policía solo tienen que ser “*válidas y tener alguna relación plausible con la medida adoptada*” y que “*no se puede hacer una búsqueda más profunda para determinar si el Estado estaba impulsado por algún motivo ilícito*”. [Traducción del Tribunal]. La literatura académica también reconoce que la doctrina de los poderes de policía permite al Estado regular con el fin del bien común sin otorgar una indemnización a los propietarios afectados⁶²⁷. Actualmente, la doctrina es una herramienta clave del arbitraje internacional de inversión⁶²⁸. El argumento de la Demandante de que este principio fundamental no es aplicable debido a que el TLC no contiene ninguna excepción expresa hace caso omiso del alcance y la extensión de la doctrina de los poderes de policía, que prevé una excepción general para ciertos ejercicios del accionar de un Estado, más allá de las excepciones expresas que se incluyen en un tratado. El tribunal del caso *Saluka* incluso ratificó la aplicabilidad de la doctrina de los poderes de policía como una cuestión de derecho internacional consuetudinario. Los tribunales internacionales han confirmado reiteradamente que se

⁶²⁴ R-I ¶ 227; *Chemtura Corporation c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo, 2 de agosto de 2010 ¶ 266 [CL-0066]; *Total S.A. c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/1, Decisión sobre Responsabilidad, 27 de diciembre de 2010 ¶ 197 [CL-0096]; *Suez c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/17, Decisión sobre Responsabilidad, 30 de julio de 2010 ¶ 128 [CL-0102]; *CME c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 13 de septiembre de 2001 ¶ 603 [CL-0103]; *Ronald S. Lauder c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 3 de septiembre de 2001 ¶ 198 [RLA-028]; *Fireman's Fund Insurance Co. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/02/01, Laudo, 17 de julio de 2006 ¶ 176(j) [RLA-029]; *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo Parcial, 7 de agosto de 2002 ¶ 7 [RLA-030]; *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo, 16 de diciembre de 2002 ¶ 103 [RLA-031].

⁶²⁵ R-I ¶ 227; John H. Herz, *Expropriation of Foreign Property*, 35 AM. J. INT'L L. 243 págs. 251 – 252 [RLA-032].

⁶²⁶ R-I ¶ 229; G. C. Christie, *What Constitutes a Taking of Property Under International Law?*, 38 BRIT. Y.B. INT'L L. 307 pág. 338 [RLA-034].

⁶²⁷ R-I ¶ 232; George H. Aldrich, *What Constitutes a Compensable Taking of Property? The Decisions of the Iran-United States Claims Tribunal*, 88 AM. J. INT'L L. 585 p. 609 [RLA-037]; Andrew Newcombe, *The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law*, 20 ICSID REV. 1 22 [RLA-038]; J. Salacuse, *THE LAW OF INVESTMENT TREATIES*, pág. 56 [RLA-039].

⁶²⁸ R-I ¶¶ 227 – 230; R-II ¶¶ 433 – 434; John H. Herz, *Expropriation of Foreign Property*, 35 AM. J. INT'L L. 243 [RLA-032]; L.B. Sohn & R.R. Baxter, *Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens*, 55 AM. J. INT'L L. 515 [RLA-033].

aplica la excepción de los poderes de policía, con prescindencia de que exista o no una disposición explícita en el tratado⁶²⁹. Este enfoque es coherente con el CVDT que exige que la interpretación del TLC tenga en cuenta “*toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes*”⁶³⁰.

461. Como fundamento de su nueva teoría sobre los poderes de policía, la Demandante se basa en el caso *Tecmed*, pero afirma que el tribunal del caso *Tecmed* analizó un tratado sin una excepción manifiesta a los poderes de la policía y decidió que los poderes de policía no eran aplicables. La Demandante tergiversa el caso *Tecmed*, el cual confirmó que, además de aplicar las disposiciones de un tratado, el tribunal debe resolver una controversia mediante la aplicación de disposiciones del derecho internacional. El caso *Tecmed* examinó si el accionar del Estado era expropiatorio con fundamento en el “principio indiscutido que el ejercicio por el Estado de facultades soberanas bajo el poder de policía puede ocasionar perjuicios económicos a los administrados sin compensación alguna”. El caso *Tecmed* no fundamenta el argumento de la Demandante; ratifica lo contrario⁶³¹.
462. Incluso si este Tribunal llegara a la conclusión de que la defensa de los poderes de policía solo resulta aplicable en los casos en los que un tratado así lo establece expresamente, el Capítulo 22 del TLC contiene una excepción respecto de las medidas necesarias para proteger la vida o la salud humana.

⁶²⁹ R-I ¶¶ 230 – 232; R-II ¶¶ 435 – 437; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 ¶ 119 [CL-0040]; *Chemtura Corporation c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo, 2 de agosto de 2010 ¶ 266 [CL-0066]; *Saluka c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 ¶¶ 254 – 255 [CL-0091]; *Total S.A. c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/1, Decisión sobre Responsabilidad, 27 de diciembre de 2010 ¶ 197 [CL-0096]; *Suez c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/17, Decisión sobre Responsabilidad, 30 de julio de 2010 ¶ 128 [CL-0102], *CME c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 13 de septiembre de 2001 ¶ 603 [CL-0103]; *Ronald S. Lauder c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 3 de septiembre de 2001 ¶ 198 [RLA-028]; *Fireman’s Fund Insurance Co. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/02/01, Laudo, 17 de julio de 2006 ¶ 176(j) [RLA-029]; *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo Parcial, 7 de agosto de 2002 ¶ 7 [RLA-030]; *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo, 16 de diciembre de 2002 ¶ 103 [RLA-031]; George H. Aldrich, *What Constitutes a Compensable Taking of Property? The Decisions of the Iran-United States Claims Tribunal*, 88 AM. J. INT’L L. 585 pág. 609 [RLA-037]; Andrew Newcombe, *The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law*, 20 ICSID REV. 1 22 [RLA-038]; J. Salacuse, *THE LAW OF INVESTMENT TREATIES* pág. 56 [RLA-039].

⁶³⁰ R-II ¶ 438; Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969 Art. 31(3)(c) [CL-0039]; *Saluka c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 ¶ 254 [CL-0091].

⁶³¹ R-II ¶¶ 439 – 441; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 ¶¶ 116, 118 – 122 [CL-0040].

Éste es precisamente el tipo de excepción explícita y textual que, según la Demandante, es necesaria para que la doctrina de los poderes de policía resulte de aplicación⁶³².

463. La doctrina de los poderes de policía se aplica a la normativa de aplicación general, así como a las medidas que ejecutan normas generalmente aplicables. El argumento de la Demandante de que la excepción de los poderes de policía no puede aplicarse a medidas dirigidas a inversores específicos carece de bases jurídicas o fácticas; y el Tribunal debe rechazarlo por su falta de fundamento jurídico. No obstante, cabe señalar que, si bien el Decreto Supremo 032 contaba con elementos de aplicación específica, (1) cumplía con el Artículo 71 de la Constitución del Perú de aplicación general y (2) establecía que toda extracción mineral realizada en los distritos de Puno estaría prohibida en virtud de normas futuras. No queda claro cómo se aplicaría la excepción de los poderes de policía al Artículo 71 de la Constitución (tal como admitiera la Demandante), pero no así al Decreto Supremo 032, medida destinada a confirmar y hacer cumplir el Artículo 71⁶³³.
464. La posición de la Demandada de que la doctrina de los poderes de policía se aplica a medidas de aplicación específica encuentra fundamento en la jurisprudencia de los tratados de inversión. Por ejemplo, en el caso *Invesmart*, el tribunal sostuvo que la revocación por parte del Estado de una única licencia bancaria constituía un acto regulatorio no expropiatorio, basado en “*el concepto de derecho internacional consuetudinario de que una privación puede justificarse si resulta de la adopción de medidas regulatorias dirigido a la preservación del orden público*” [Traducción del Tribunal]. Resulta evidente que el tribunal del caso *Invesmart* aplicó la doctrina de los poderes de policía a la revocación de una licencia específica y concluyó que el Estado no expropió la inversión⁶³⁴.
465. En la medida en que la Demandante pretende distinguir al caso *Invesmart* sobre la base de que el marco jurídico en virtud del cual se emitió el Decreto Supremo 032 no es comparable con el marco jurídico de dicho caso, cabe señalar que el tribunal del caso *Invesmart* se centró exclusivamente en la

⁶³² R-II ¶¶ 442 – 443; Tratado de Libre Comercio entre Canadá y la República del Perú (Extractos) Art. 2201.3 [R-390].

⁶³³ R-II ¶¶ 444 – 446; Decreto Supremo No. 032-2011-EM adoptado el 25 de junio de 2011 [C-0005].

⁶³⁴ R-I ¶¶ 233 – 235; R-II ¶¶ 447 – 449; *Invesmart, B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo (Redactado), 26 de junio de 2009 ¶¶ 498, 501, 504, 520 [RLA-040].

decisión específica de los reguladores. El caso *Invesmart* no se basó en un análisis del marco jurídico nacional y, por lo tanto, la distinción sugerida por la Demandante resulta irrelevante⁶³⁵.

466. En el caso *Saluka*, el tribunal concluyó que una medida regulatoria adoptada contra un único banco constituía una privación sustancial, pero que no se debía abonar ninguna indemnización. Incluso si resultara cierto que los procedimientos propios del caso *Saluka* fueron más transparentes que aquellos aplicados por la Demandada al revocar la declaración de necesidad pública de la Demandante, ello es totalmente irrelevante para el argumento de la Demandante respecto de la inaplicabilidad de la excepción de poderes de policía. El tribunal del caso *Saluka* determinó que la medida que se aplicaba específicamente a dicha demandante era lícita. Por consiguiente, incluso si el Decreto Supremo 032 pudiera caracterizarse como un acto regulatorio específico, la Demandante no ha proporcionado ningún fundamento para excluir actos regulatorios específicos del ámbito de la excepción relativa a los poderes de policía⁶³⁶.
467. La doctrina de los poderes de policía otorga un margen de apreciación a las decisiones soberanas del Estado. En consecuencia, debe concederse a la decisión de la Demandada de promulgar el Decreto Supremo 032 una “*presunción de legitimidad*” o un “*margen de apreciación*”. El carácter adecuado de tal deferencia es evidente en estas circunstancias, en las que la Constitución confiere al máximo órgano Ejecutivo del Estado la facultad discrecional de evaluar cuestiones de “*necesidad pública*” a la luz de los intereses externos e internos de seguridad nacional⁶³⁷.
468. El tribunal del caso *S.D. Myers* reconoció la “*alta medida de deferencia que el derecho internacional generalmente otorga al derecho de las autoridades nacionales a regular asuntos dentro de sus propias fronteras*” [Traducción del Tribunal]. En el caso *Levy c. Perú*, el tribunal estuvo de acuerdo en que “*es inadmisibile que un Tribunal Arbitral ‘se ponga en los zapatos’ del organismo [el que sea] [...] y cuestione a posteriori sus medidas*”. La Demandante, no obstante, le solicita a este Tribunal

⁶³⁵ R-II ¶¶ 450 – 451; *Invesmart, B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo (Redactado), 26 de junio de 2009 ¶ 520 [RLA-040].

⁶³⁶ R-I ¶¶ 236 – 237; R-II ¶¶ 452 – 454; *Saluka c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 ¶¶ 275 – 276 [CL-0091].

⁶³⁷ R-I ¶¶ 238 – 239; R-II ¶ 455; *Invesmart, B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo (Redactado), 26 de junio de 2009 ¶ 484 [RLA-040]; *Tza Yap Shum c. la República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/07/6, Laudo, 7 de julio de 2011 ¶ 95 [RLA-041]; *S.D. Myers Inc. c. el Gobierno de Canadá*, CNUDMI Primer Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000 ¶ 261 [RLA-043].

que se ponga en los zapatos de las autoridades peruanas; una tarea que va más allá del mandato del Tribunal. El así llamado perito en derecho constitucional de la Demandante aduce que la Demandada debería haber, en cambio, “*impuesto el orden mediante la intercesión de la Policía Nacional*”. [Traducción del Tribunal]. Esto no solo constituye un cuestionamiento posterior a los hechos rechazado en el derecho internacional, sino que demuestra una falta de comprensión de las decisiones relativas a políticas que enfrentaron las autoridades peruanas y una falta de consideración del uso histórico de la Policía Nacional por parte de la Demandada, el cual ha intensificado los conflictos y conllevado a un aumento de lesiones y muertes⁶³⁸. La sugerencia de la Demandante de que la Demandada debería haber emitido una medida temporal es engañosa: La Demandada adoptó medidas provisionales, incluida la suspensión durante el plazo de un año de la revisión por parte de la DGAAM de la EIAS de la Demandante y la suspensión durante el plazo de un año del otorgamiento de concesiones mineras en la zona de Puno a través del Decreto Supremo 026. Dichas medidas no lograron apaciguar las protestas. Las protestas continuaron hasta que el Gobierno promulgó el Decreto Supremo 032⁶³⁹. Resulta inapropiado que la Demandante sugiera que la Demandada debió haber confiado exclusivamente en medidas temporales, especialmente al considerar que la Demandante objetó a la suspensión temporal de su EIAS en juzgados especializados en lo administrativo del Perú y continúa objetando a dicha suspensión hoy como una violación de las protecciones de TJE del TLC⁶⁴⁰.

469. La doctrina de los poderes de policía resulta de aplicación puesto que la Demandada promulgó el Decreto Supremo 032 (1) en pos de proteger a sus ciudadanos frente a meses de violentas protestas

⁶³⁸ R-I ¶¶ 239 – 240; R-II ¶¶ 456 – 458, 462; TLC Canadá-Perú Art. 2201(3), 2202 [C-0001]; “Protestas con seis muertos”, *Diario La República Edición Sur (español)* [R-085]; “Rechazo causa aprobación de estudio ambiental de Tía María en Perú”, *Americaeconomica* [R-333]; “Tía María, el largo conflicto del sur”, *La República* [R-334]; “Protests in Perú Against Copper Mine Project Leaves One Dead”, *The Wall Street Journal* [R-335]; *Saluka c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 ¶¶ 273, 284 [CL-0091]; *Electrabel c. Hungría*, Caso CIADI No. ARB/07/19, Decisión sobre Jurisdicción, Derecho Aplicable y Responsabilidad, 30 de noviembre de 2012 ¶ 8.35 [CL-0092]; *Tza Yap Shum c. la República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/07/6, Laudo, 7 de julio de 2011 ¶ 95 [RLA-041]; *Renée Rose Levy de Levi c. la República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/10/17, Laudo, 26 de febrero de 2014 ¶ 161 [RLA-042]; *S.D. Myers Inc. c. el Gobierno de Canadá*, CNUDMI Primer Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000 ¶ 263 [RLA-043]; Primer Informe Bullard ¶¶ 6 – 15 [CEX-003].

⁶³⁹ R-II ¶¶ 459 – 460; Resolución DGAAM 162-2011-MEM-AAM, 30 de mayo de 2011 [C-0098]; Decreto que suspende la admisión de Petitorios Mineros en el territorio de las provincias de Chucuito, El Collao, Puno y Yunguyo del departamento de Puno, Decreto Supremo No. 026-2011-EM [R-025]; “Protestas con seis muertos”, *Diario La República Edición Sur* [R-085]; Primera Declaración Zegarra ¶¶ 23 – 26 [RWS-3]; Segunda Declaración Gala ¶ 6 [RWS-5].

⁶⁴⁰ R-II ¶ 461; Carta de Bear Creek a la DGAAM, 17 de junio de 2011 [C-0166].

que amenazaban su salud y seguridad y desestabilizaban la frontera internacional y (2) para salvaguardar la integridad de su Constitución y la soberanía de la Demandada sobre los recursos naturales. La emisión del Decreto Supremo 032 era necesaria para mantener la cortesía internacional con Bolivia. Estas son justificaciones legítimas para la invocación de los poderes de policía del Estado, y el Tribunal debe rechazar la reclamación de expropiación de la Demandante. La decisión soberana y discrecional de la Demandada merece ser respetada por el derecho internacional. La posición de la Demandante de que el Decreto Supremo 032 fue adoptado simplemente para aplacar a una pequeña minoría política liderada por el Sr. Aduviri simplemente no resulta razonable. El Decreto Supremo 032 fue emitido por un Gobierno saliente con solamente un mes más de mandato. La Demandante no ha explicado qué ventaja política podría haber obtenido un Gobierno saliente al promulgar el decreto⁶⁴¹.

470. Cabe recordar que la Demandante, como empresa minera, fue al menos en parte responsable de la protesta social, ya que también es responsable de establecer y mantener relaciones positivas con las comunidades circundantes. El hecho de que la Demandante favoreciera a algunos grupos sobre otros creó la tensión que se manifestó de maneras violentas, incluido un ataque en el año 2008 en la oficina y el campamento de la Demandante. La oposición pública al Proyecto Santa Ana creció y alcanzó un punto violento entre los meses de marzo y junio de 2011. Ante la escalada de la violencia, las protestas cada vez más generalizadas y las crecientes amenazas a la seguridad pública, la Demandada tomó las medidas apropiadas. Dichas medidas incluyeron no solo el Decreto Supremo 032, sino también el Decreto Supremo 033, el cual suspendió todas las nuevas solicitudes de concesión minera en Puno. Las intervenciones de la Demandada fueron eficaces para detener las protestas, las huelgas y la violencia que habían paralizado la región⁶⁴².

⁶⁴¹ R-I ¶¶ 242 – 244, 247 – 249; R-II ¶¶ 428, 431, 432, 463 – 465, 493; Solicitud de Bear Creek al MINEM en la que se solicita la autorización para adquirir derechos mineros ubicados en la zona de frontera, 4 de diciembre de 2006 (ACTUALIZACIÓN presentada con C-III) [C-0017]; Defensoría del Pueblo del Perú, 56° Reporte de Conflictos Sociales (31/10/2008) [R-049]; Resolución No. 468-2008-MP-2da-FPMCH-DESAGUADERO (17/10/2008) [R-051]; Nota de Protesta del Gobierno de Bolivia (7/6/2011) [R-075]; *Invesmart, B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo (Redactado), 26 de junio de 2009 [RLA-040].

⁶⁴² R-I ¶¶ 244 – 246; Solicitud de Bear Creek al MINEM en la que se solicita la autorización para adquirir derechos mineros ubicados en la zona de frontera, 4 de diciembre de 2006 (ACTUALIZACIÓN presentada con C-III) [C-0017]; Ayuda Memoria “Acciones Realizadas por el Ejecutivo en los Conflictos en el Departamento de Puno” (7/2011) pág. 5 [R-010]; Decreto Supremo sobre los Ajustes de los Petitorios Mineros y la Suspensión de las Admisiones de Petitorios Mineros, Decreto Supremo No. 033-2011-EM [R-011]; Memorial presentado por el Frente de Defensa y las Comunidades Campesinas de Kelluyo al Congreso, Memorial No. 0005-2011-CO-FDRN-

(c) **Razonamiento del Tribunal**

471. En este contexto, el Tribunal ha tomado nota de las observaciones recibidas del Gobierno de Canadá citadas *supra*, en particular: “*No se requiere que un Estado indemnice a una inversión por cualquier pérdida sufrida como consecuencia de la imposición de una medida regulatoria no discriminatoria diseñada y aplicada para proteger los legítimos objetivos de bienestar público*”⁶⁴³. [Traducción del Tribunal] y: “*Una medida no discriminatoria que se encuentra diseñada para proteger los legítimos objetivos de bienestar público no constituye expropiación indirecta, excepto en raras circunstancias en las que sus efectos sean tan severos a la luz de su fin que no pueda considerarse razonablemente que han sido adoptadas y aplicadas de buena fe*”⁶⁴⁴. [Traducción del Tribunal] El Tribunal no está en desacuerdo con esta evaluación general, pero considera que debe tenerse en cuenta dentro del contexto de las disposiciones específicas previstas en el TLC.

472. El artículo 2201.1 del TLC prevé las siguientes “Excepciones”:

3. *Para efectos del Capítulo Ocho (Inversión), sujeto al requisito de que tales medidas no sean aplicadas en una manera que constituya una discriminación arbitraria o injustificada entre inversiones o entre inversionistas, o una restricción disfrazada en comercio o inversión internacional, nada en este Tratado será interpretado en el sentido de impedir que una Parte adopte o haga cumplir las medidas necesarias:*
 - (a) *para proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal, las cuales las Partes entienden que incluyen medidas ambientales necesarias para proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal;*

RSP [R-015]; Memoriales presentados por el Frente de Defensa y las Comunidades Campesinas de Kelluyo al Ministro de Energía y Minas, Memorial No. 0002- 2011-CO-FDRN-RSP [R-017]; Carta del Presidente Regional de Puno al Ministro de Energía y Minas, Carta No. 520-2011-GR-PUNO/PR (26/04/2011) [R-018]; MINEM, “Por falta de seguridad en Puno se frustró diálogo entre Comisión de Alto Nivel y Dirigentes” [R-022]; Honorio Pinto Herrera, *Conflicto Minero en Santa Ana*, INVESTIGACIONES SOCIALES, Tomo 17 No. 31 [R-048]; Defensoría del Pueblo del Perú, 56° Reporte de Conflictos Sociales (31/10/2008) [R-049]; Resolución No. 468-2008-MP-2da-FPMCH-DESAGUADERO (17/10/2008) [R-051]; “Proponen eliminar minería en Puno”, *Diario La República Edición Sur* [R-057]; Asociación de Derechos Humanos y Medio Ambiente, Cronología: Lucha Antiminera en la Zona Sur-2011 [R-058]; “Paro antiminero generará grandes pérdidas a sector turismo en Puno”, *Diario La República Edición Sur* [R-059]; “1700 concesiones mineras”, *Diario La República Edición Sur* [R-061]; “Volvió tensión con huelga aimara”, *Diario La República Edición Sur* [R-062]; “Comuneros cierran frontera”, *Diario La República Edición Sur* [R-063]; “Huelguistas marcharán a Puno por ordenanza” *Diario La República Edición Sur* [R-064]; “Dan paso al diálogo en Puno”, *Diario La República Edición Sur* [R-072]; “Ira aimara desborda en Puno”, *Diario La República Edición Sur* [R-073]; Primera Declaración Gala ¶¶ 23, 25 [RWS-1].

⁶⁴³ Presentación de Canadá de Conformidad con el Artículo 832 del Tratado de Libre Comercio Canadá-Perú (9 de junio de 2016) ¶ 5.

⁶⁴⁴ *Íd. en* ¶ 6.

- (b) *para asegurar el cumplimiento de leyes y reglamentos que no sean incompatibles con este Tratado; o*
- (c) *para la conservación de recursos naturales vivos o no vivos, agotables.*

473. El Tribunal considera que el propio título del Artículo 2201 “Excepciones Generales” demuestra que, de lo contrario, el Capítulo Ocho (inversión) sigue siendo aplicable, lo que incluye su Artículo 812 y, por la nota al pie expresa al título del Artículo 812, el Artículo 812.1. Además, la lista no está introducida por ninguna redacción (por ejemplo, los términos “*tal como*”) que podría implicar que se trata tan solo de un ejemplo. Por lo tanto, debe entenderse que es una lista no taxativa. También en lo sustancial, habida cuenta de las disposiciones ampliamente detalladas del TLC en relación con la expropiación (Artículo 812 y Anexo 812.1) y con respecto a las excepciones del artículo 2201 expresamente asignadas al “Capítulo Ocho (Inversión)”, la interpretación del TLC debe conducir a la conclusión de que ninguna otra excepción del derecho internacional general o de otra fuente puede considerarse aplicable en este caso.
474. Por consiguiente, no resulta necesario entrar en un debate entre las Partes sobre la jurisprudencia relativa a cualquier excepción de poder de policía para las medidas dirigidas a las inversiones.
475. Incluso si, en vista del malestar social existente en dicho momento se interpretara que el Decreto Supremo 032 se encontraba bajo la citada excepción del Artículo 2201 por su fin de protección de la vida o la salud humana, el Tribunal observa particularmente que el Decreto Supremo 032 no realiza ninguna mención de tal protección como justificación del Decreto. Por el contrario, el Decreto Supremo 032 se refiere expresamente solo a “*circunstancias*” y “*nuevas circunstancias*” que supuestamente se han dado a conocer en la reunión del 23 de junio de 2011, y a las protestas sociales. Tal como se resolviera *supra*, ninguna de las dos razones invocadas en este contexto justifica la derogación por parte de la Demandada del Decreto Supremo 083 y de los derechos allí otorgados a la Demandante, y la Demandada no puede alegar que la Demandante causó o contribuyó al malestar social.
476. Podría argumentarse que el Decreto Supremo 032, el cual se refiere exclusivamente a la inversión de la Demandante al derogar el Decreto Supremo 083, no está cubierto por el Artículo 2201 porque puede calificar para la excepción expresa de Excepción como “*una discriminación arbitraria o injustificada entre inversiones o entre inversionistas[.]*”. Pero en efecto, en el Decreto figuraba una disposición que, al menos para el futuro, preveía una aplicación más general:

Disposición Complementaria

*Única.– Disponer que, bajo responsabilidad, en un plazo no mayor de sesenta (60) días calendario se dicten disposiciones con el objeto de prohibir las actividades mineras en las áreas de los distritos de Huacullani y Kelluyo en la provincia de Chucuito del departamento de Puno*⁶⁴⁵.

477. Además, el Tribunal observa que la Demandada emitió no solo el Decreto Supremo 032, sino también el Decreto Supremo 033, el cual suspendía todas las nuevas solicitudes de concesión minera en Puno, y que las intervenciones de la Demandada parecen haber sido efectivas para detener las protestas, las huelgas y la violencia que paralizaban la región. No obstante, incluso si estos dos Decretos juntos tuvieran que ser considerados justificados por la excepción presente en el Artículo 2201 del TLC, la Demandada no explica las demás razones que se establecen *supra* como violatorias del Artículo 812 del TLC: La Demandada no ha explicado que no fuera posible escuchar a la Demandante antes de emitir el Decreto Supremo 032 y que la excepción también justificaba el incumplimiento de la obligación de debido proceso establecida en el Artículo 812 del TLC. Y puesto que la excepción del Artículo 2201 no ofrece ninguna renuncia a la obligación del Artículo 812 de otorgar una indemnización por la expropiación, la Demandada tampoco ha explicado por qué era necesario para la protección de la vida humana no ofrecer una indemnización a la Demandante por la derogación del Decreto Supremo 083.
478. Por lo tanto, el Tribunal concluye que, independientemente de la eventual aplicabilidad de la Excepción en el Artículo 2201 del TLC, dos de los incumplimientos del Artículo 812 del TLC establecidos *supra* permanecen y, en consecuencia, el Decreto Supremo 032 debe considerarse una violación del TLC.

B. SI LA DEMANDADA OTORGÓ UN TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

479. Las secciones del TLC a las que hacen referencia las Partes se reproducen aquí por motivos de referencia y conveniencia y de manera independiente a su significado o aplicabilidad:

Artículo 105: Definiciones de Aplicación General

Para los efectos de este Tratado, a menos que se especifique algo distinto:

[...]

⁶⁴⁵ Decreto Supremo No. 032-2011-EM adoptado el 25 de junio de 2011 [C-0005].

medida incluye cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica;

Artículo 804²: Trato de Nación Más Favorecida

1. *Cada Parte otorgará a los inversionistas de la otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas de un país que no sea Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio.*
2. *Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de inversionistas de un país que no sea Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio.*
3. *Para mayor certeza, el trato otorgado por una Parte bajo este Artículo significa, con respecto a un gobierno subnacional, el trato otorgado, en circunstancias similares, por ese gobierno subnacional a inversionistas e inversiones de inversionistas de un país que no sea Parte.*

[Nota al pie 2: El artículo 804 deberá ser interpretado de acuerdo con el Anexo 804.1]

Artículo 805: Nivel Mínimo de Trato

1. *Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.*
2. *Los conceptos de trato “justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” contenidos en el párrafo 1 no requieren un trato adicional o más allá del requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario.*
3. *La determinación de que se ha violado otra disposición de este Tratado, o de otro acuerdo internacional independiente, no significa que se haya violado este Artículo.*

Artículo 808: Reservas y Excepciones

1. *Los Artículos 803, 804, 806 y 807 no se aplican a:*
 - (a)# *ninguna medida disconforme existente que sea mantenida por*
 - (i)# *un gobierno nacional, tal como figura en su Lista del Anexo I, o*
 - (ii)# *un gobierno subnacional;*
 - (b)# *la continuación o pronta renovación de alguna medida no conforme mencionada en el subpárrafo (a); o*

- (c)# *la modificación de cualquier medida disconforme referida en el subpárrafo (a) siempre que dicha modificación no disminuya el grado de conformidad de la medida, tal como estaba en vigencia inmediatamente antes de la modificación, con los Artículos 803, 804, 806 y 807.*
2. *Los Artículos 803, 804, 806 y 807 no se aplican a ninguna de las medidas que adopte o mantenga una Parte en conexión con los sectores, subsectores o actividades, tal como se indica en su Lista del Anexo II.*

[...]

Anexo 804.1 Trato de Nación Más Favorecida

Para mayor claridad, el trato “con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, gestión, conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones” referidas en los párrafos 1 y 2 del Artículo 804 no comprende los mecanismos de solución de controversias, como los mencionados en la Sección B, que se establecen en los tratados internacionales o acuerdos comerciales.

Anexo II al TLC Perú-Canadá, Primera Reserva de Perú⁶⁴⁶

[...]

Perú se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que otorgue trato diferenciado a países de conformidad con cualquier tratado internacional bilateral o multilateral en vigencia o suscrito con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de este Tratado.

[...]

- 1. Si la Demandada otorgó al Demandante un Trato Justo y Equitativo conforme lo exigido por el TLC**
- (a) El alcance de la protección ofrecido por el Nivel Mínimo de Trato internacional (“NMT”)**
- (i) El Gobierno de Canadá**

480. El Artículo 805 no requiere un trato adicional o más allá del NMT. En aras de establecer el contenido del NMT, se debe recurrir al derecho internacional consuetudinario. La carga de probar una norma de derecho internacional consuetudinario en virtud del Artículo 805 recae en la parte que invoca esa disposición, la cual debe demostrar que una norma específica relativa al trato del inversionista o de su inversión se ha cristalizado en una práctica amplia y coherente de los Estados que surge desde un

⁶⁴⁶ Anexo II al TLC Perú-Canadá, Primera Reserva de Perú [R-056].

sentido de obligación jurídica. Las decisiones y los laudos de las cortes y los tribunales internacionales no constituyen ejemplos de la práctica de los Estados, pero son pertinentes en la medida en que incluyen una examinación de la práctica de los Estados y de la *opinio juris*. En palabras del tribunal del caso *Cargill c. México*, estos laudos “no crean derecho internacional consuetudinario, sino que, como máximo, son un reflejo de [él]”⁶⁴⁷.

(ii) Argumentos de la Demandante

481. Las Partes acuerdan que, de conformidad con el Artículo 805 del TLC, la Demandada estaba obligada a conceder a la Demandante y a su inversión un TJE conforme al NMT. Las Partes no están de acuerdo sobre la interpretación y la aplicación apropiadas de dicho estándar⁶⁴⁸. El Artículo 805 es similar al Artículo 1105 (1) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“TLCAN”) y al Artículo 10.5(1) del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana y Centroamérica (“DR-CAFTA”). El contenido del NMT evoluciona con el tiempo y la jurisprudencia relativa a tratados de inversión brinda un buen indicio de los estándares actuales de protección de inversiones dentro del marco del NMT⁶⁴⁹.
482. El Tribunal debe acordar que el NMT incluye protecciones sustantivas y procesales. El NMT, por consiguiente, protege a los inversores de una conducta del Estado que sea arbitraria, gravemente inequitativa, injusta o idiosincrásica, discriminatoria, que implique una falta de debido proceso que

⁶⁴⁷ Presentación de Canadá de Conformidad con el Artículo 832 del Tratado de Libre Comercio Canadá-Perú (9 de junio de 2016) ¶¶ 7 – 10; *Caso relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos (Fr. c. EE.UU.)*, 1952 C.I.J. 176, 200 (Sentencia del 27 de agosto de 1952) [RLA-058]; *Caso Asylum (Colombia c. Perú)*, 1950 CIJ 266, pág. 276 (Sentencia del 20 de noviembre de 1950); *North Sea Continental Shelf (República Federal de Alemania c. Países Bajos/Dinamarca)*, 1969 CIJ 3, ¶ 74 (Sentencia del 20 de febrero de 1969); *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos*, (Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2) Laudo, 18 de septiembre de 2009, ¶ 277 [RLA-053].

⁶⁴⁸ C-I ¶ 145; C-II ¶ 329.

⁶⁴⁹ C-I ¶ 146; Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Art. 1105(1) [CL-0061]; República Dominicana - Tratado de Libre Comercio de Centroamérica, Art. 10.5(1) [CL-0062]; *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1, Laudo, 22 de septiembre de 2014 ¶ 567 [CL-0063]; *Railroad Development Corporation c. Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/07/23, Laudo, 29 de junio de 2012 ¶ 218 [CL-0064]; *Ulysseas, Inc. c. la República del Ecuador*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 12 de junio de 2012 ¶ 245 [CL-0065]; *Chemtura Corporation c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo, de 2 agosto de 2010 ¶ 122 [CL-0066]; *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1, Laudo, 9 de enero de 2003 ¶ 179 [CL-0067]; *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo, 11 de octubre de 2002 ¶ 123 [CL-0068].

conduzca a un resultado que ofende la adecuación jurídica o contraviene las expectativas legítimas del inversionista. Esta norma general fue desarrollada por el Tribunal del caso *Waste Management II* y ha sido reconocida por los tribunales de los recientes casos *Bilcon c. Canadá* y *Teco c. Guatemala* como una norma de particular influencia. Es menos gravosa que el caso *Neer* y no contiene ningún requisito de que la conducta objetada alcance el nivel de un comportamiento “sorprendente” o “escandaloso”, aunque sostiene que “[u]na obligación básica del Estado conforme al Artículo 1105(1) [TLCAN] es actuar de buena fe y forma y no proponerse deliberadamente destruir o frustrar la inversión por medios inadecuados”. El estándar del NMT concede una serie de derechos procesales a los inversionistas, incluido el derecho a tener acceso al sistema judicial, el derecho a audiencias imparciales, el derecho a participar en audiencias y el derecho a una sentencia en virtud de la ley del Estado dentro de un plazo razonable. El Demandada ha violado cada uno de dichos estándares⁶⁵⁰.

483. La Demandada desea que este Tribunal aplique un criterio draconiano, restrictivo -y altamente injusto e inequitativo- del estándar de NMT relativo a una conducta “sorprendente” o “escandaloso” [Traducción del Tribunal] que surge del caso *Neer*. El Tribunal, sin embargo, debe ver esto por lo que es: una admisión de que la Demandada violó el NMT y un intento de escapar a la responsabilidad a través de una regresión del NMT que lo vaciaría de cualquier significado real⁶⁵¹.

484. La posición de la Demandada de que el caso *Neer* articuló un concepto del NMT es defectuosa, ya que tanto la jurisprudencia como la doctrina rechazan la proposición de que el estándar del caso *Neer* fuera una declaración exacta del NMT. Incluso si hubiera generado una declaración exacta del NMT cuando se resolviera en el año 1926, el estándar ha evolucionado desde entonces. Los hechos del caso *Neer* no guardan ninguna relación con la protección de la inversión extranjera. Más bien, la cuestión en ese caso era si se había producido una denegación de justicia. Lejos de reflejar el NMT, el estándar consagrado en *Neer* es relevante solo en los casos en que no se arrestó ni sancionó a actores privados

⁶⁵⁰ C-I ¶¶ 147 – 151; C-II ¶¶ 330, 351 – 356; *GAMI Investments, Inc. c. Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN CNUDMI, Laudo Definitivo, 15 de noviembre de 2004 ¶ 95 [CL-0034]; *Railroad Development Corporation c. Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/07/23, Laudo, 29 de junio de 2012 ¶ 219 [CL-0064]; *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004 ¶¶ 98 – 99, 138 [CL-0069]; *Teco Guatemala Holdings LLC c. la República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/10/17, Laudo, 19 de diciembre de 2013 ¶¶ 454 – 456 [CL-0070]; *William Ralph Clayton y otros c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 17 de marzo de 2015 ¶¶ 442 – 444 [CL-0071]; *Abengoa S.A. y Cofides S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/2, Laudo, 18 de abril de 2013 ¶¶ 642 – 643 [CL-0072].

⁶⁵¹ C-II ¶ 331.

por crímenes contra extranjeros. Puede a lo sumo proporcionar una declaración sobre la interpretación del derecho internacional consuetudinario respecto de la denegación de justicia en 1926. En su fallo, el tribunal del caso *Neer* declaró que “*el trato de un extranjero, para considerarse un acto de delincuencia internacional, debe constituir un ultraje, mala fe, negligencia manifiesta o insuficiencia de acción gubernamental, tan alejado de las normas internacionales que cualquier hombre razonable e imparcial sería capaz de reconocer de inmediato su insuficiencia*”. [Traducción del Tribunal]. El tribunal del caso *Neer* nunca pretendió establecer una fórmula precisa para determinar los casos en que la conducta de un Estado es internacionalmente inaceptable. Los principales doctrinarios han considerado que el caso *Neer* y su progenie no pueden interpretarse como un reflejo del NMT bajo en virtud del derecho internacional consuetudinario. No analizaba ni la práctica de los Estados ni la *opinio juris*, y la totalidad de su razonamiento y decisión abarca tres páginas⁶⁵².

485. El Artículo 805 del TLC establece la relación entre el TJE y el NMT. No hace referencia al estándar del caso *Neer* en absoluto, y no existe una redacción que establezca el marco jurídico del NMT fijándolo al momento del caso *Neer* (1926). En cambio, el Artículo 805 se refiere al NMT del “*derecho internacional consuetudinario*”. El derecho internacional consuetudinario ha evolucionado desde 1926 y continuará haciéndolo. Por lo tanto, los Tribunales que aplican el TLC están obligados a aplicar el contenido “*contemporáneo*” del NMT, tal como se refleja en el derecho internacional consuetudinario recogido, *inter alia*, de las decisiones de los tribunales constituidos en virtud de tratados de inversión que aplican el NMT⁶⁵³.

⁶⁵² *Íd.* en ¶¶ 335 – 339; Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, con comentarios, Art. 35 (2001) (Actualizado en 2008) [CL-0030]; *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1, Laudo, 9 de enero de 2003 ¶¶ 179 – 181 [CL-0067]; *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo, 11 de octubre de 2002 ¶¶ 114 – 115, 123 – 125 [CL-0068]; *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004 ¶ 93 [CL-0069]; *Pope & Talbot, Inc. c. Canadá*, CNUDMI (TLCAN), Laudo sobre Daños, 31 de mayo de 2002 ¶¶ 58 – 66 [CL-0151]; W. Michael Reisman, *Canute Confronts the Tide: States versus Tribunals and the Evolution of the Minimum Standard in Customary International Law*, ICSID REV., Tomo 30, No. 3 (2015) págs. 616 – 634 [CL-0185]; Judge Stephen M. Schwebel, *Is Neer Far From Equitable?*, International Arbitration Club, Londres (5 de mayo de 2011) [CL-0186]; Jan Paulsson & Georgios Petrochilos, *Neer-ly Mised?*, FOREIGN INV. L. J. Tomo 22, No. 2, págs. 242-257 (2007) ¶¶ 247 – 252 [CL-0187]; *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Gobierno de Canadá*, Laudo, 31 de marzo de 2010 ¶¶ 207 – 208 [CL-0188]; *LFH Neer y Pauline Neer (EE. UU.) c. Estados Unidos Mexicanos* (1926), 4 RIAA 60 [RLA-051].

⁶⁵³ C-I ¶ 146; C-II ¶¶ 332 – 334; *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1, Laudo, 22 de septiembre de 2014 ¶ 567 [CL-0063]; *Railroad Development Corporation c. Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/07/23, Laudo, 29 de junio de 2012 ¶ 218 [CL-0064]; *Ulysseas, Inc. c. la República de Ecuador*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 12 de junio de 2012 ¶ 245 [CL-0065]; *Chemtura Corporation*

486. Incluso si el estándar del caso *Neer* representara una vez una declaración exacta del NMT, la abrumadora mayoría de los tribunales y académicos coinciden en que el NMT hoy no es lo que era hace 90 años, ya que el derecho internacional consuetudinario es un cuerpo de leyes en evolución. Por ejemplo, el tribunal del caso *Mondev c. Estados Unidos* - con base en la práctica de los Estados y la *opinio juris* que fuera destilada de un relevamiento de decisiones arbitrales, TBI y numerosos tratados de amistad y comercio - analizó el NMT dentro del contexto de una reclamación relativa al TLCAN y rechazó la idea de que el NMT hoy es igual al estándar articulado en *Neer*. El tribunal del caso *ADF Group c. Estados Unidos* estuvo de acuerdo y se basó en el caso *Mondev*. En el caso *ADF*, el Gobierno de Canadá -Parte Contratante- sostuvo en ese proceso que el NMT ha evolucionado desde el caso *Neer*, aunque sigue siendo un umbral elevado. Sobre la base de su análisis exhaustivo de la práctica de los Estados, de las decisiones y los comentarios sobre el NMT dentro del marco del TLCAN y otras autoridades del derecho internacional, el Tribunal del caso *Merrill & Ring* concluyó que el NMT es más amplio hoy que el estándar definido en el caso *Neer* y su progenie - y otros tribunales, doctrinarios, y otros profesionales del derecho están de acuerdo⁶⁵⁴.
487. Incluso los casos en los que se basa la Demandada, incluidos *Thunderbird* y *Cargill*, reconocen que el NMT ha evolucionado desde *Neer*. El laudo del caso *Thunderbird* reafirmó la decisión del caso

c. Gobierno de Canadá, CNUDMI, Laudo, 2 de agosto de 2010 ¶ 122 [CL-0066]; *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1, Laudo, 9 de enero de 2003 ¶¶ 179, 184 [CL-0067]; *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo, 11 de octubre de 2002 ¶¶ 119, 123 [CL-0068]; W. Michael Reisman, *Canute Confronts the Tide: States versus Tribunals and the Evolution of the Minimum Standard in Customary International Law*, ICSID REV., Tomo 30, No. 3 (2015) págs. 616 – 634 [CL-0185]; *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009 ¶ 601 [RLA-046]; *LFH Neer y Pauline Neer (EE. UU.) c. Estados Unidos Mexicanos* (1926), 4 RIAA 60 60 – 61 [RLA-051].

⁶⁵⁴ C-II ¶¶ 340 – 344, 349; *GAMI Investments, Inc. c. Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN CNUDMI, Laudo Definitivo, 15 de noviembre de 2004 ¶ 95 [CL-0034]; *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1, Laudo, 9 de enero de 2003 ¶ 179 [CL-0067]; *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo, 11 de octubre de 2002 ¶¶ 114 – 116, 123, 125 [CL-0068]; *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004 ¶ 93 [CL-0069]; *Pope & Talbot, Inc. c. Canadá*, CNUDMI (TLCAN), Laudo sobre Daños, 31 de mayo de 2002 ¶¶ 58 – 66 [CL-0151]; W. Michael Reisman, *Canute Confronts the Tide: States versus Tribunals and the Evolution of the Minimum Standard in Customary International Law*, ICSID REV., Tomo 30, No. 3 (2015) págs. 620 – 625 [CL-0185]; Judge Stephen M. Schwebel, *Is Neer Far From Equitable?*, International Arbitration Club, Londres (5 de mayo de 2011) [CL-0186]; Jan Paulsson & Georgios Petrochilos, *Neer-ly Mised?*, FOREIGN INV. L. J. Tomo 22, No. 2, págs 242 – 257 (2007) [CL-0187]; *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Gobierno de Canadá*, Laudo, 31 de marzo de 2010 ¶¶ 207 – 208, 213 [CL-0188]; *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1, Segunda Presentación de Canadá en virtud del TLCAN Artículo 1128, 19 de julio de 2002 ¶ 33 [CL-0189].

Waste Management II en lo relativo al punto de que, al analizar el estándar de NMT del TJE, las expectativas legítimas de un inversionista son relevantes. El laudo del caso *Cargill* incluso señaló que el estándar de TJE presente en incontables tratados puede elevar las expectativas internacionales sobre lo que constituye una buena gobernanza y citó los casos *ADF* y *Mondev* con aprobación. De hecho, el entendimiento del NMT por parte del Tribunal del caso *Cargill* está mucho más alineado con la posición de la Demandante que con aquella de la Demandada⁶⁵⁵.

488. La Demandada se basa en el caso atípico, *Glamis*, por la proposición de que la articulación del caso *Neer* del NMT sigue ofreciendo el nivel preciso de escrutinio. No obstante, incluso en sus propios términos, el respaldo del caso *Glamis* al nivel de escrutinio de aquel consagrado en el caso *Neer* fue atenuado por el reconocimiento de ese tribunal de que las nociones de las circunstancias que constituyen una conducta “*escandalosa*” han cambiado notablemente desde el caso *Neer*. En cualquier caso, *Glamis* no puede revivir el estándar de *Neer*. En el más reciente laudo relativo a un tratado de inversión que analizó el NMT, *Bilcon c. Canadá*, el tribunal señaló que los tribunales del TLCAN se han alejado de la posición expresada en el caso *Glamis* y acercado a una visión de que el NMT ha evolucionado hacia una mayor protección para los inversionistas⁶⁵⁶.
489. El NMT contemporáneo incluye un conjunto más amplio de protecciones que el que surge de *Neer*. Si bien la Demandada argumenta que su conducta debe alcanzar el nivel de “*sorprendente*” o “*flagrante*” y que debe ser indicativa de “*negligencia deliberada*” o “*mala fe*” para constituir un incumplimiento, el NMT ofrece significativamente más protecciones de aquellas que afirma la Demandada. Por ejemplo, los tribunales hoy rechazan unánimemente el requisito de “*mala fe*” alegado por la Demandada como requisito previo para determinar la violación del NMT⁶⁵⁷.

⁶⁵⁵ C-I ¶¶ 152 – 153; C-II ¶¶ 345 – 346; *International Thunderbird Gaming Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 26 de enero de 2006 ¶¶ 147, 194 [CL-0073]; *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009 ¶¶ 276, 281 – 282 [RLA-053].

⁶⁵⁶ C-II ¶ 347; W. Michael Reisman, *Canute Confronts the Tide: States versus Tribunals and the Evolution of the Minimum Standard in Customary International Law*, ICSID REV., Tomo 30, No. 3 (2015) págs. 616 – 634 [CL-0185]; *Bilcon c. Canadá*, Caso CPA No. 2009-04, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 17 de marzo de 2015 ¶¶ 434 – 435 [CL-0190]; *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009 ¶ 613 [RLA-046].

⁶⁵⁷ C-II ¶¶ 350, 355; *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1, Laudo, 9 de enero de 2003 ¶ 180 [CL-0067]; *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo, 11 de octubre de 2002 ¶ 116 [CL-0068]; *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos*

490. La lectura que hacen la Demandante y Canadá del Artículo 805 del TLC son en gran medida coherentes entre sí. Ambas coinciden en que los laudos arbitrales pueden reflejar el derecho internacional consuetudinario y la Demandante se basó en tales laudos -especialmente en *Waste Management II*- para informar su análisis del NMT. La Demandante explica que, “[r]especto del contenido del NMT, Canadá sostiene que el derecho internacional consuetudinario no reconoce un deber general de transparencia ni una obligación de proteger las expectativas legítimas del inversionista. En otros arbitrajes, Canadá ha aclarado su posición, al afirmar que la transparencia y las expectativas legítimas no son derechos aislados con derecho a protección, sino que pueden considerarse en el análisis general de las presuntas violaciones del NMT” [Traducción del Tribunal]. Esto contrasta con la posición de la Demandada, según la cual las expectativas legítimas y la transparencia son irrelevantes. Sin embargo, el NMT protege contra una completa falta de transparencia y las expectativas legítimas del inversionista son relevantes para evaluar un incumplimiento del NMT⁶⁵⁸.

(iii) Argumentos de la Demandada

491. En el Artículo 805 del TLC, las Partes Contratantes acordaron garantizar un TJE hasta - y sin exceder - el NMT. El NMT representa un umbral bajo para los Estados, pero sí es un gran obstáculo para los posibles demandantes. Tal como explicara el Prof. Borchard y fuera confirmado por el Tribunal del caso *Al Tamimi c. Omán*, el NMT establece un mínimo absoluto de trato, el cual garantiza que la acción del Estado no “caiga por debajo de un estándar civilizado”. Los tribunales adoptan un criterio

Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004 ¶¶ 116, 138 [CL-0069]; *The Loewen Group y otros c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo, 26 de junio de 2003 ¶¶ 57 – 58 [CL-0118]; *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Gobierno de Canadá*, Laudo, 31 de marzo de 2010 ¶¶ 208, 213 [CL-0188].

⁶⁵⁸ Respuesta de la Demandada a la Presentación de Canadá (18 de agosto de 2016) ¶¶ 10 – 12; (que cita C-II §§ V.A, V.B.; ¶¶ 329, 332 – 375; R-II ¶¶ 525 – 526, 528; *GAMI Investments, Inc. c. Gobierno de Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN CNUDMI, Laudo Definitivo, 15 de noviembre de 2004 ¶ 101 [CL-0034]; *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004 ¶¶ 89 – 99 [CL-0069]; *Teco Guatemala Holdings LLC c. la República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/10/17, Laudo, 19 de diciembre de 2013 ¶¶ 454 – 455 [CL-0070]; *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Gobierno de Canadá*, Laudo, 31 de marzo de 2010 ¶ 171 [CL-0188]; *Bilcon c. Canadá*, Caso CPA No. 2009-04, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, de 17 marzo de 2015 ¶¶ 401, 427 [CL-0190]; *Mesa Power Group, LLC c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2012-17, Laudo, 24 de marzo de 2016 ¶ 501 [CL-0236]; *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009 ¶ 10 [RLA-053].

deferente al evaluar la actuación del Estado en virtud del NMT, y el principio de la deferencia respecto de las decisiones soberanas de un Estado debe guiar el análisis de este Tribunal⁶⁵⁹.

492. El caso *Neer* representa la raíz histórica del NMT, el cual los tribunales subsiguientes han adoptado e interpretado. Si bien este Tribunal no está obligado a cumplir con el estándar *Neer* al pie de la letra, debe ser consciente del lugar de *Neer* como piedra basal del NMT moderno - un fundamento del que los últimos laudos arbitrales no se han desviado⁶⁶⁰. El caso *Neer* ha sido invocado por una serie de tribunales de inversión. Esta jurisprudencia colectiva, que incluye casos como *Thunderbird c. México* (2006), *Glamis Gold* (2009) e incluso casos fuera del contexto del TLCAN, tales como *Genin c. Estonia* representa el NMT moderno y establece dos puntos: (1) *Neer* sigue siendo relevante para el análisis del NMT moderno y (2) el umbral para determinar una violación del NMT sigue siendo alto⁶⁶¹.

493. A los fines de clarificar: no ha sido la postura de la Demandada que el Tribunal solo puede considerar *Neer*, sino por el contrario, que *Neer* sigue siendo relevante. Según el caso *Neer*, la determinación de

⁶⁵⁹ R-I ¶¶ 264 – 268; R-II ¶ 497 – 499; TLC Canadá-Perú Art. 805 [C-0001]; *International Thunderbird Gaming Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 26 de enero de 2006 ¶ 127 [CL-0073]; *The Loewen Group y otros c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo, 26 de junio de 2003 ¶ 132 [CL-0118]; *S.D. Myers Inc. c. el Gobierno de Canadá*, CNUDMI Primer Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000 ¶¶ 259, 261 [RLA-043]; *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009 ¶ 615 [RLA-046]; Edwin Borchard, *The “Minimum Standard” of the Treatment of Aliens*, 33 AM. SOC’Y OF INT’L L. PROC. 51 (1939) [RLA-050]; *LFH Neer and Pauline Neer (USA) c. Estados Unidos Mexicanos* (1926), 4 RIAA 60, 61 – 62 [RLA-051]; Jan Paulsson and Georgios Petrochilos: —*Neer-ly Mised?*, ICSID REVIEW-FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL (Otoño 2007) [RLA-052]; *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009 ¶ 296 [RLA-053]; *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. as A.S. Baltoil c. la República de Estonia*, Caso CIADI No. ARB/99/2, Laudo, 25 de junio de 2001 ¶ 367 [RLA-054]; *Adel A Hamadi Al Tamini c. Sultanato de Omán*, Caso CIADI No. ARB/11/33, Laudo, 27 de octubre de 2015 ¶¶ 382 – 383 [RLA-076].

⁶⁶⁰ R-I ¶¶ 270 – 274; R-II ¶ 507; *International Thunderbird Gaming Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 26 de enero de 2006 ¶ 194 [CL-0073]; *The Loewen Group y otros c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo, 26 de junio de 2003 ¶ 132 [CL-0118]; *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009 ¶¶ 614, 616 [RLA-046]; *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009 ¶ 296 [RLA-053]; *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. as A.S. Baltoil c. la República de Estonia*, Caso CIADI No. ARB/99/2, Laudo, 25 de junio de 2001 ¶ 367 [RLA-054]; *Adel A Hamadi Al Tamini c. Sultanato de Omán*, Caso CIADI No. ARB/11/33, Laudo, 27 de octubre de 2015 ¶ 390 [RLA-076].

⁶⁶¹ R-II ¶¶ 504 – 506, 545; *International Thunderbird Gaming Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 26 de enero de 2006 ¶ 194 [CL-0073]; *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009 ¶ 616 [RLA-046]; *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. as A.S. Baltoil c. la República de Estonia*, Caso CIADI No. ARB/99/2, Laudo, 25 de junio de 2001 ¶¶ 1 – 3, 316 – 317, 365, 372 – 373 [RLA-054].

una violación del NMT requiere una conducta que equivalga a “*un ultraje, mala fe, negligencia manifiesta o insuficiencia de acción gubernamental, tan alejado de las normas internacionales que cualquier hombre razonable e imparcial sería capaz de reconocer de inmediato su insuficiencia*”⁶⁶² [Traducción del Tribunal]. La Demandada nunca ha alegado que se requiere mala fe para probar una violación del NMT. Es suficiente, pero no es obligatorio, demostrar una violación del NMT⁶⁶³.

494. La Demandante intenta bajar el umbral para probar una violación del NMT, abogando por un estándar mínimo llamado “*contemporáneo*” [Traducción del Tribunal]. Los casos citados, sin embargo, apoyan la posición de la Demandada de que el NMT presenta un gran obstáculo para los demandantes⁶⁶⁴. Por ejemplo, el caso *Waste Management II* (2004) no respalda el argumento de la Demandante. Mediante el uso de modificadores adjetivos que evidencian un estándar estricto, tales como “*seriamente*”, “*manifiesto*” y “*completo*”, el tribunal de *Waste Management II* reconoció que las demandantes que alegan violaciones del NMT enfrentan una gran carga. Ese tribunal desestimó las reclamaciones de TJE de la demandante, al argumentar que las pruebas presentadas no apoyaban la conclusión de que el demandado actuó de una manera “*totalmente*” arbitraria o “*seriamente injusta*” [Traducción del Tribunal]. Los otros casos citados por la Demandante reconocieron que los demandantes que alegan una violación del NMT enfrentan una gran carga⁶⁶⁵.
495. Si el Tribunal se ve persuadido por el argumento de la Demandante de que “*nuevo es mejor*” y si Tribunal concediera mayor relevancia a los laudos más recientes, el Tribunal podría analizar otros casos no citados por la Demandante. Por ejemplo, el caso *Mobil c. Canadá* (2012) estableció que el

⁶⁶² R-I ¶¶ 269 – 270; R-II ¶¶ 500, 503; *LFH Neer and Pauline Neer (USA) c. Estados Unidos Mexicanos* (1926), 4 RIAA 60, 61 – 62 [RLA-051]; Jan Paulsson and Georgios Petrochilos: —*Neer-ly Mised?*, ICSID REVIEW-FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL (Otoño 2007) 242 – 257 [RLA-052].

⁶⁶³ R-I ¶ 263; R-II ¶ 509.

⁶⁶⁴ R-II ¶¶ 501 – 502, 508.

⁶⁶⁵ *Íd.* en 511 – 514; R-I ¶¶ 275 – 278; *GAMI Investments, Inc. c. Gobierno de Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN CNUDMI, Laudo Definitivo, 15 de noviembre de 2004 ¶ 97 [CL-0034]; *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo, 11 de octubre de 2002 ¶ 127 [CL-0068]; *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004 ¶¶ 98, 109, 115 [CL-0069]; *Teco Guatemala Holdings LLC c. la República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/10/17, Laudo, 19 de diciembre de 2013 ¶ 454 [CL-0070]; *International Thunderbird Gaming Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 26 de enero de 2006 ¶ 194 [CL-0073]; *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Gobierno de Canadá*, Laudo, 31 de marzo de 2010 ¶¶ 200, 213 [CL-0188]; *Bilcon c. Canadá*, Caso CPA No. 2009-04, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 17 de marzo de 2015 ¶¶ 427, 443 [CL-0190]; *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009 ¶ 614 [RLA-046].

estándar del NMT se “establece [...] a un nivel que protege contra un comportamiento atroz”⁶⁶⁶ [Traducción del Tribunal]. El fuerte lenguaje utilizado en el caso *Al Tamimi c. Omán* (2015) y en *Cargill c. México* (2009) respalda los argumentos fundamentales de la Demandada de que (1) el estándar estricto del caso Neer sigue siendo el fundamento de la jurisprudencia del NMT y (2) dicho estándar plantea una gran carga para los demandantes. La Demandante no ha cumplido y no puede cumplir este estándar elevado⁶⁶⁷.

496. Para demostrar una violación del Artículo 805 del TLC, la Demandante debe identificar una norma específica de derecho internacional consuetudinario que fuera violada por la Demandada. El establecimiento de una norma de derecho internacional consuetudinario exige que se demuestre (1) una práctica concordante de varios Estados aceptada por otros; y (2) una concepción de que esta práctica es requerida por la ley vigente o consistente con ella (*opinio juris*). Corresponde a la Demandante demostrar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario y la falta de identificación por parte de la Demandante de dicha norma persiste hasta la fecha. A falta de una norma específica de derecho internacional consuetudinario que rige un tipo específico de conducta, los Estados tienen la libertad de regular de la manera que consideren apropiada⁶⁶⁸.
497. En una nota al pie, la Demandante declaró que “el NMT es la norma específica del derecho internacional que regula la conducta de las Partes” y alegó que la Demandada no podía respaldar su

⁶⁶⁶ R-II ¶¶ 515 – 516; *Mobil Investments Canadá Inc. & Murphy Oil Corporation c. Canadá*, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/4, Decisión sobre Responsabilidad y sobre Principios de Cuantificación de Daños, 22 de mayo de 2012 ¶ 153 [RLA-077].

⁶⁶⁷ R-II ¶ 517 – 520; *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009 ¶ 61 [RLA-046]; *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009 ¶ 284 [RLA-053]; *Adel A Hamadi Al Tamini c. Sultanato de Omán*, Caso CIADI No. ARB/11/33, Laudo, 27 de octubre de 2015 ¶ 390 [RLA-076].

⁶⁶⁸ R-I ¶¶ 279 – 281; R-II ¶¶ 521 – 522; TLC Canadá-Perú Art. 805 [C-0001]; *Asian Agric. Prods., Ltd. (AAPL) c. Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, Laudo Definitivo, 27 de junio de 1990, 30 I.L.M. 580, (1991) ¶¶ 67 – 77 [CL-0036]; *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009 ¶ 602 [RLA-046]; *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009 ¶¶ 273, 274 [RLA-053]; *Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos)* (Fondo), C.I.J. REP. 14 (1986) ¶ 207 [RLA-055]; *Am. Mfg. & Trading, Inc. c. República de Zaire*, Caso CIADI No. ARB/93/1, Laudo, 21 de febrero de 1997 ¶ 6.06 [RLA-056]; *S.S. Lotus (Fr. c. Turquía)*, 1927 P.C.I.J. (SER. A) No. 10, 18 – 19 [RLA-057]; *Caso relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos (Fr. c. EE.UU.)*, 1952 C.I.J. 176, 200 (Sentencia), 27 de agosto de 1952 [RLA-058].

posición de que “se requiere una prueba de ‘reglas específicas’ más allá del contenido del NMT”⁶⁶⁹ [Traducción del Tribunal]. La Demandada no pide que la Demandante demuestre algo más allá del contenido del NMT según el derecho internacional consuetudinario. Por el contrario, la Demandada destaca que la Demandante no ha probado el contenido del NMT, y tal prueba recae sobre la Demandante⁶⁷⁰. Las decisiones arbitrales previas no pueden utilizarse para probar las normas consuetudinarias del derecho internacional. Las alusiones de la Demandante al NMT general y sus recitaciones de la jurisprudencia arbitral son insuficientes para (1) identificar una norma específica del derecho internacional consuetudinario y (2) probar que la práctica de los Estados y la *opinio juris* han convergido para elevar esa regla al canon del derecho internacional consuetudinario. Dado que la Demandante no lo ha hecho, su reclamación debe desestimarse⁶⁷¹.

498. La Demandada está totalmente de acuerdo con la posición de Canadá de que el Artículo 805 garantiza el trato de los inversionistas de conformidad con el NMT y que, en aras de establecer el contenido del NMT, la Demandante debe probar una norma específica del derecho internacional consuetudinario. Las vagas alusiones al NMT resultan insuficientes: La Demandante debe identificar y sustanciar la existencia (*a través de* la práctica de los Estados) de una norma “específica” en virtud del derecho internacional consuetudinario, y luego probar que el Estado violó dicha norma. La Demandada está de acuerdo con Canadá en que las decisiones y los laudos de los tribunales no constituyen ejemplos de la práctica de los Estados con el fin de brindar la existencia de una norma consuetudinaria. Existen varios puntos de acuerdo entre la Demandante, Canadá y la Demandada, y varios puntos en los que la Demandante no está de acuerdo con Canadá y la Demandada. La Demandada aduce que debe prevalecer el entendimiento común de las Partes Contratantes del TLC, respaldado tal como lo están por el precedente de derecho internacional⁶⁷².

⁶⁶⁹ R-II ¶ 523.

⁶⁷⁰ *Íd. en* ¶¶ 523 – 524.

⁶⁷¹ *Íd. en* 525 – 527; R-I ¶ 275; *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009 ¶ 605 [RLA-046]; *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009 ¶ 277 [RLA-053]; Robert Cryer, *Of Custom, Treaties, Scholars, and the Gavel: The Influence of the International Criminal Tribunals on the ICRC Customary Law Study*, 11 J. CONFLICT & SECURITY L. 239 (2006) [RLA-078]; Mohamed Shahabuddeen, PRECEDENT IN THE WORLD COURT [RLA-079].

⁶⁷² Respuesta de la Demandada a la Presentación de Canadá (18 de agosto de 2016) págs. 3 – 4; C-I ¶¶ 146 – 153; C-II ¶¶ 187, 329 – 355; R-I ¶¶ 279 – 280; R-II ¶¶ 521 y *ss.*; *S.S. Lotus (Fr. c. Turquía)*, 1927 P.C.I.J. (SER. A) No. 10 18 – 19 [RLA-057].

(b) Si el trato de la Demandante y su inversión por parte de la Demandada ha violado el NMT

(i) Argumentos de la Demandante

499. La conducta de la Demandada hacia la Demandante y su inversión no alcanza el NMT. La Demandada no respetó las expectativas legítimas de la Demandante, no trató la inversión de la Demandante de manera transparente y no actuó de buena fe con respecto a la inversión de la Demandante⁶⁷³. El Tribunal debe considerar la conducta de la Demandada dentro del contexto completo de la relación entre las Partes, al comenzar por (1) sus extensas evaluaciones ambientales y socioeconómicas y las negociaciones al inicio del Proyecto; (2) la solicitud de la Demandante de fecha 5 de diciembre de 2006 de un Decreto Supremo, (3) la revisión exhaustiva de aproximadamente un año de la solicitud de la Demandante durante un largo proceso de solicitud que involucró a múltiples agencias gubernamentales, incluido el Ministerio de Defensa, (4) la pronta cooperación de la Demandante con todos los aspectos del proceso de solicitud, y (5) la emisión del Decreto Supremo 083 mediante el que se declarara que el Proyecto Santa Ana era de necesidad pública y que autorizaba a la Demandante a adquirir las concesiones de Santa Ana y a proceder con el Proyecto Santa Ana⁶⁷⁴.
500. El análisis detallado del Proyecto Santa Ana por parte de la Demandada y la posterior emisión del Decreto Supremo 083 importaron garantías específicas que dieron lugar a la legítima expectativa de la Demandante de que se le permitiría explotar la concesión de Santa Ana y que, ante el surgimiento de cualquier controversia relativa a la Concesión, se cumpliría con el debido proceso para resolver cualquier disputa, de conformidad con las leyes aplicables⁶⁷⁵. Con base en el Decreto Supremo 083 y

⁶⁷³ C-I ¶¶ 176 – 181, n. 449 (*que señala* la reserva de la Demandante de los derechos para plantear una reclamación por la denegación de la justicia en relación con la demanda del MINEM perseguida por la Demandada); Solicitud de Bear Creek al MINEM en la que se solicita la autorización para adquirir derechos mineros ubicados en la zona de frontera, 4 de diciembre de 2006 (ACTUALIZACIÓN presentada con C-III) Anexo VI [C-0017].

⁶⁷⁴ *Íd. en* ¶¶ 176, 180; C-II ¶¶ 357 – 359; Decreto Supremo No. 083-2007-EM adoptado el 29 de noviembre de 2007 [C-0004]; Solicitud de Bear Creek al MINEM en la que se solicita la autorización para adquirir derechos mineros ubicados en la zona de frontera, 4 de diciembre de 2006 (ACTUALIZACIÓN presentada con C-III) Anexo II – XI [C-0017]; Carta de J.C. Pinto Najjar, MINEM, a Bear Creek Mining Company, 8 de febrero de 2007 [C-0042]; Resolución emitida por el MINEM al Ministerio de Defensa relativa a la Autorización para la Adquisición de Derechos Mineros presentada por Bear Creek Mining Company, 12 de marzo de 2007 [C-0044]; Carta del Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas del Perú al Secretario General del Ministerio de Defensa, 26 de julio de 2007 [C-0045]; Carta del Viceministro Secretario General de Relaciones Exteriores al Ministerio de Minas, 26 de septiembre de 2007 [C-0046].

⁶⁷⁵ C-II ¶ 359; Decreto Supremo No. 083-2007-EM adoptado el 29 de noviembre de 2007 [C-0004].

las confirmaciones anteriores de la Demandada de que la Demandante procedía con arreglo al derecho peruano, la Demandante “*invirtió decenas de millones de dólares en el Perú, realizó un extenso programa de exploración para el Proyecto Santa Ana, desarrolló y ejecutó un detallado Estudio de Factibilidad, llevó a cabo la EIAS, produjo el PPC (que la DGAAM aprobó junto con el Resumen Exclusivo [sic] de la EIAS), e implementó programas sustanciales de relaciones comunitarias, que el Gobierno confirmó resultaban suficientes*”⁶⁷⁶. [Traducción del Tribunal].

501. A pesar de esto, el 30 de mayo de 2011, el Gobierno suspendió de manera repentina, arbitraria e injusta el proceso de la EIAS de la Demandante, en una clara violación del marco jurídico aplicable y contra las expectativas legítimas de la Demandante⁶⁷⁷. Menos de un mes después, el 24 de junio de 2011, el Primer Ministro anunció que el Gobierno publicaría medidas para resolver protestas no relacionadas en el área de Puno. Al día siguiente, sin previo aviso ni oportunidad para que la Demandante fuera oída, el MINEM emitió el Decreto Supremo 032, que revocaba el Decreto Supremo 083 y expropiaba la inversión de la Demandante⁶⁷⁸. El Decreto Supremo 032 no explicó la decisión del Gobierno de revocar el Decreto Supremo 083. Esta revocación de un día para el otro se encuentra en marcado contraste con los meses de la evaluación y autorización detallada a la que la Demandada solicitó que la Demandante se sometiera para obtener la aprobación del Proyecto Santa Ana. La revocación fue también una violación manifiesta de la legislación peruana y, tal como lo confirman el perito Sr. Flury y el Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, evidencia “*una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo*”. Esto es lo que, según el caso *Waste Management II*, constituiría una violación del NMT y demostraría una violación de las expectativas legítimas de la Demandante. El hecho de que la revocación se llevara a cabo sin cursar notificación a la Demandante y sin proporcionar razones a la Demandante constituye una violación grave y evidente por sí misma del debido proceso y del trato justo⁶⁷⁹.

⁶⁷⁶ C-I ¶ 177; C-II ¶ 360; véase también Tr. 1781 (C. Closing); Decreto Supremo No. 083-2007-EM adoptado el 29 de noviembre de 2007 [C-0004]; Resolución del MINEM No. 021-2011/MEM-AAM, 7 de enero de 2011 [C-0073]; *Se rompió el diálogo con los Aymaras*, 21 de mayo de 2011 [C-0091].

⁶⁷⁷ C-II ¶ 361; Primer Informe Flury ¶ 81 [CEX-006].

⁶⁷⁸ C-II ¶ 362; *Elaboran cinco normas legales que resuelven crisis en Puno*, 24 de junio de 2011 [C-0108].

⁶⁷⁹ C-I ¶¶ 161, 178 – 179; C-II ¶¶ 363 – 364; Decreto Supremo No. 032-2011-EM adoptado el 25 de junio de 2011 [C-0005]; Sentencia por Acción de Amparo No. 28, Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, 12 de mayo de 2014 [C-0006]; Memorial de los Miembros del Distrito Huacullani al Primer Ministro del Perú, MINEM y Bear Creek Mining, *Memorial Por El Desarrollo y La Inclusión*, 15 de mayo de 2013 [C-0118];

502. Las medidas gubernamentales en cuestión en el caso *Waste Management II* quedaron muy por debajo del nivel de atrocidad exhibido por la conducta de la Demandada en este caso. A diferencia de ese caso, la Demandada no solamente evitó cumplir con obligaciones contractuales ni eludió la ejecución adecuada de una ordenanza municipal. En este caso, la Demandada violó el derecho nacional e internacional al revocar de manera injustificable, arbitraria y seriamente injusta los derechos de la Demandante de operar las concesiones sin conceder a la Demandante derechos fundamentales del debido proceso, tales como la notificación o la oportunidad de ser oída, aunque no existieran cambios en las circunstancias⁶⁸⁰. Asimismo, el caso *Thunderbird* no es factualmente análogo, ya que el tribunal determinó que *Thunderbird* fue concedido la oportunidad plena para ser oída y había aprovechado dicha oportunidad. Por el contrario, la Demandante no fue informada de la intención del Gobierno de revocar el Decreto Supremo 083 y no se le dio oportunidad de ser oída. En el caso *Thunderbird*, la decisión de las autoridades mexicanas era de 31 páginas y contenía un razonamiento detallado. En este caso, el Decreto Supremo 032 solo contiene una oración que establece que las circunstancias han cambiado, y el MINEM no ha podido aportar ninguna prueba de que la decisión se basara en un razonamiento o en una evaluación. Por lo tanto, las comparaciones con el caso *Thunderbird* sirven para apoyar la posición de la Demandante de que la Demandada violó el NMT⁶⁸¹.
503. Los hechos presentados ante este Tribunal son similares a aquéllos objeto de análisis por parte del tribunal del caso *Metalclad*. Inmediatamente luego de revocar el Decreto Supremo 083 sin cursar notificación alguna, la Demandada presentó una demanda para intentar anular formalmente las concesiones de la Demandante. Estos hechos por sí solos podrían fundamentar una determinación de

Memorial de los Miembros del Distrito Huacullani al MINEM, *Reactivación del Proyecto Santa Ana*, 27 de octubre de 2013 [C-0119]; Memorial de los Miembros del Distrito Huacullani al Primer Ministro del Perú, MINEM y Bear Creek Mining, *Reiterativo Por El Desarrollo y La Inclusión*, 24 de enero de 2014 [C-0120]; R. Dolzer & C. Schreuer, *PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* (Oxford University Press, 2008) 145 [CL-0056]; *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004 ¶¶ 98 – 99 [CL-0069]; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Laudo, 27 de agosto de 2009 ¶ 181 [CL-0077]; *Parkerings-Compagniet AS c. Lituania*, Caso CIADI No. ARB/05/08, Laudo, 11 de septiembre de 2007 ¶ 331 [CL-0093]; *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 14 de enero de 2010 ¶ 264 [CL-0094]; *El Paso c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011 ¶ 357 [CL-0095]; Primer Informe Bullard ¶ 18 [CEX-003]; Segundo Informe Bullard ¶¶ 3, 114, 120 – 122 [CEX-005]; Primer Informe Flury ¶¶ 66 – 68 [CEX-006]; Primera Declaración Antúnez de Mayolo ¶ 28 [CWS-2]; Segunda Declaración Antúnez de Mayolo ¶¶ 19, 21 [CWS-7].

⁶⁸⁰ C-II ¶ 373.

⁶⁸¹ *Íd. en* ¶¶ 374 – 375; *International Thunderbird Gaming Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 26 de enero de 2006 ¶ 198 [CL-0073].

violación del NMT. Además, en la medida en que se proporcionaron motivos, la única justificación de la Demandada relativa a su acto arbitrario fue que las circunstancias habían supuestamente cambiado. En respuesta a la solicitud de la Demandante de documentos relacionados con la emisión del Decreto Supremo 032, no obstante, la Demandada, a través del MINEM, respondió que no existían tales documentos. Esta incapacidad para presentar registros que demostraran un análisis de las circunstancias subyacentes a la revocación del Decreto Supremo 083 confirma el carácter arbitrario del acto del Gobierno y su falta de respeto al debido proceso frente a la Demandante. El propio juzgado de la Demandada, el Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, estuvo de acuerdo. Esto confirma la naturaleza *ex post facto* de las justificaciones que la Demandada pretende hoy presentar, a saber: (1) que las protestas motivadas políticamente a 135 km al norte de Santa Ana justificaban la revocación del Decreto Supremo 083 y (2) que la Demandante supuestamente adquirió su inversión en Santa Ana de manera ilícita y de mala fe. La Demandada solo comenzó a presentar su argumento con respecto al punto (2) luego de haber expropiado ilícitamente la inversión de la Demandante y, como fuera explicado, carece de fundamento de hecho o de derecho⁶⁸².

504. Los intentos de la Demandada de anular las concesiones de la Demandante al hacer que el MINEM interponga una demanda civil contra la Demandante el 5 de julio de 2011, mediante la cual cuestiona la adquisición de la inversión que el Gobierno aprobó con pleno conocimiento de todos los hechos relevantes, es otra manifestación de la violación por parte de la Demandante del NMT. Hechos similares llevaron al tribunal del caso *Bilcon c. Canadá* a determinar una violación del NMT. Dicho tribunal sostuvo que el inversionista tenía una expectativa legítima de que su Proyecto sería evaluado sobre el fondo de acuerdo con el estándar legal canadiense, no en base a los “*valores centrales de la comunidad*” - un factor no señalado en la ley aplicable como fundamento para denegar la solicitud para explotación. Los hechos del presente caso son mucho más atroces que los del caso *Bilcon*. A diferencia del caso *Bilcon*, la Demandante en este asunto no tuvo oportunidad de ser escuchada antes de la revocación nocturna de sus derechos mineros. La conducta arbitraria e ilícita de la Demandada hacia la Demandante carece incluso de una pretensión de TJE y de la observancia de los derechos

⁶⁸² C-II ¶¶ 365 – 368; Decreto Supremo No. 032-2011-EM adoptado el 25 de junio de 2011 [C-0005]; Sentencia por Acción de Amparo No. 28, Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, 12 de mayo de 2014 [C-0006]; Carta de R. Wong, Secretario General del MEM, a E. Antúnez, Bear Creek Mining Company, 19 de agosto de 2011 [C-0111]; Demanda iniciada por el MINEM contra Bear Creek y la Sra. Villavicencio ante el Juzgado Civil en Lima, 5 de julio de 2011 [C-0112]; *Metalclad c. México*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000 ¶¶ 90 – 94, 101 [CL-0105]; Segunda Declaración Antúnez de Mayolo ¶¶ 48, 49, 62 [CWS-7].

básicos de debido proceso, y constituye una violación de las obligaciones de la Demandante del NMT⁶⁸³.

505. Incluso si el estándar del caso *Neer* fuera una declaración precisa del NMT, las acciones de la Demandada constituirían una violación de dicho estándar. En este caso, el propio Gobierno es la parte que maltrató los derechos del inversionista en violación de sus obligaciones legales nacionales e internacionales. Tal como fuera explicado *supra*, las acciones de la Demandada luego de la expropiación - la Demanda del MINEM de 2011 - demuestran aún más que estaba actuando de mala fe⁶⁸⁴.

(ii) Argumentos de la Demandada

506. Incluso si la Demandante hubiera identificado y demostrado la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario que protegieran las expectativas legítimas y garantizara un trato no arbitrario, la Demandante no ha demostrado una violación del TJE en el marco del NMT. En palabras del caso *Al Tamimi c. Omán*, las acciones de la Demandada no fueron en modo alguno “atroces” o “flagrantes”⁶⁸⁵. Lejos de ser “escandalosa” o “sorprendente”, la acción de la Demandada con respecto a Santa Ana estuvo constituida por medidas racionales y no discriminatorias adoptadas en aras de proteger la seguridad pública y la integridad de su régimen regulatorio de recursos naturales⁶⁸⁶. No hubo un matiz injusto o inequitativo en las medidas que la Demandada promulgó; la Demandante

⁶⁸³ C-II ¶¶ 369 – 372; Carta borrador remitida por el Ministro J. Merino a E. Antúnez de Mayolo en el que se describen las medidas propuestas por el Gobierno para resolver la situación de Bear Creek en Santa Ana, 11 de diciembre de 2013 [C-0121]; Carta de E. Antúnez de Mayolo, Bear Creek, a J. Merino, Ministerio de Energía y Minas, y D. Figallo, Ministro de Justicia, 17 de diciembre de 2013 [C-0122]; *Gobierno busca evitar demanda millonaria de minera canadiense*, DIARIO EXPRESO, 29 de noviembre de 2013 [C-0123]; *Bilcon c. Canadá*, Caso CPA No. 2009-04, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 17 de marzo de 2015 ¶¶ 7 – 25, 447 – 454 [CL-0190]; Primera Declaración Swarthout ¶¶ 54 – 56, 58 [CWS-1]; Primera Declaración Antúnez de Mayolo ¶¶ 23 – 33 [CWS-2]; Segunda Declaración Antúnez de Mayolo ¶¶ 61 – 63 [CWS-7].

⁶⁸⁴ C-II ¶¶ 376 – 380; *Diálogo no prosperó en Puno debido a intransigencia de los dirigentes*, MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS, 26 de mayo de 2011 [C-0095]; Judge Stephen M. Schwebel, *Is Neer Far From Equitable?*, International Arbitration Club, Londres (5 de mayo de 2011) [CL-0186]; *LFH Neer y Pauline Neer (EE.UU.) c. Estados Unidos Mexicanos* (1926), 4 RIAA 60 – 61 [RLA-051].

⁶⁸⁵ R-II ¶ 528; *Adel A Hamadi Al Tamini c. Sultanato de Omán*, Caso CIADI No. ARB/11/33, Laudo, 27 de octubre de 2015 ¶ 390 [RLA-076].

⁶⁸⁶ R-I ¶ 282.

fue tratada de manera justa y equitativa y de acuerdo con las expectativas legítimas de la Demandante⁶⁸⁷.

507. La Demandante señala acertadamente que el análisis de TJE del Tribunal dependerá en gran parte de las expectativas legítimas de la Demandante⁶⁸⁸. El tribunal del caso *National Grid c. Argentina* concluyó que la protección de las expectativas legítimas de un demandante estaba sujeta a dos requisitos: (1) un inversionista no debe ser protegido contra el riesgo comercial ordinario y (2) las expectativas del inversionista deben haber sido razonables y legítimas en el contexto en el cual la inversión fue realizada⁶⁸⁹. Las acciones de la Demandada no violaron ninguna expectativa legítima que la Demandante pudiera haber tenido. En primer lugar, la supuesta expectativa de la Demandante de que “*se le permitiría realizar actividades mineras*” carece de fundamento razonable. Dada la manera ilegal con que la Demandante obtuvo sus derechos en Santa Ana, la Demandante no contaba con ningún fundamento razonable o legítimo para esperar que la Demandada honrara la inversión indefinidamente. Más bien, debería haber esperado que la Demandada rescindiera sus derechos una vez que descubriera el plan de la Demandante de eludir las restricciones constitucionales de la Demandada relativas a las inversiones en la zona fronteriza. En segundo lugar, la Demandante no tenía fundamento para suponer que su permiso especial para ser titular de derechos de concesión en la zona fronteriza del Perú era perpetuo o no podía ser revisado en circunstancias severamente modificadas. El Decreto Supremo 083 se basaba en una “*necesidad pública*” y la Demandante debería haber sabido que, si el interés nacional de la Demandada se veía amenazado bajo circunstancias modificadas, el Gobierno podría revocar el Decreto, tal como lo hizo. En tercer lugar, la supuesta certeza de que a la Demandante “*se le permitiría realizar actividades mineras*” hace caso omiso de los riesgos comerciales comunes asociados con el sector minero. Antes de que la Demandada pudiera siquiera considerar la concesión de permisos para que la Demandante realizara

⁶⁸⁷ *Íd.* en ¶ 283; R-II ¶¶ 528 – 529, 538, 546.

⁶⁸⁸ R-I ¶ 284; C-I ¶¶ 177, 181.

⁶⁸⁹ R-II ¶ 530; *National Grid c. Argentina*, CNUDMI, Laudo, 3 de noviembre de 2008 ¶ 175 [CL-0081]; *LG&E Energy Corp. y otros c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre de 2006 ¶ 130 [CL-0089]; *Saluka c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 ¶ 304 [CL-0091].

actividades mineras, la Demandante tuvo que resolver obstáculos regulatorios, legales y sociales, los cuales paralizan muchos proyectos mineros en esta fase de desarrollo⁶⁹⁰.

508. La Demandante también argumenta que la suspensión temporal de la revisión de la EIAS de la Demandante en mayo de 2011 violó sus expectativas legítimas. No violó ninguna expectativa razonable, y la doctrina de las expectativas legítimas no protege a los inversionistas de los riesgos ordinarios del negocio. La Demandante sabía o debería haber sabido que el proceso regulatorio de los proyectos mineros es complejo y propenso a retrasos, especialmente cuando se ven involucrados pueblos indígenas. La revisión de la EIAS fue suspendida temporalmente ante protestas sociales paralizantes contra el Proyecto Santa Ana, debido a la preocupación de que las circunstancias hostiles afectarían la integridad del proceso de revisión. La suspensión se realizó en beneficio de la Demandante porque una concesión de la EIAS habría iniciado un cronómetro sobre el Proyecto, durante una época en que la Demandante no tenía ninguna esperanza de obtener la licencia social necesaria por parte de las comunidades para proceder con ello⁶⁹¹.
509. La Demandante pretende argumentar que las protestas no tenían nada que ver con sus operaciones reales, sino que eran protestas más bien generales contra la minería. Sin embargo, las declaraciones testimoniales y los documentos presentados en la Audiencia demuestran que Santa Ana era un foco central de las protestas. Las protestas eran genuinas y se basaban en las preocupaciones legítimas de la población. Es decir: la población no confiaba en la Demandante y estaba preocupada por el eventual impacto del Proyecto en sus tierras⁶⁹².
510. La Demandada está de acuerdo en que la Demandante tenía una expectativa legítima de que “*si surgiera alguna controversia relativa a la Concesión en el futuro, se cumpliría con el debido proceso para resolver cualquier controversia de conformidad con las leyes aplicables*” [Traducción del

⁶⁹⁰ R-I ¶¶ 284 – 285, 287; R-II ¶¶ 530 – 534; Decreto Supremo No. 083-2007-EM adoptado el 29 de noviembre de 2007 [C-0004]; *National Grid c. Argentina*, CNUDMI, Laudo, 3 de noviembre de 2008 ¶ 175 [CL-0081]; *LG&E Energy Corp. y otros c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre de 2006 ¶ 130 [CL-0089]; *Saluka c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 ¶ 304 [CL-0091].

⁶⁹¹ R-I ¶¶ 286 – 287; R-II ¶¶ 535 – 536; *National Grid c. Argentina*, CNUDMI, Laudo, 3 de noviembre de 2008 ¶ 175 [CL-0081]; Primer Informe Rodríguez-Mariátegui ¶¶ 63, 107 y ss. [REX-003]; Segundo Informe Rodríguez-Mariátegui [REX-009]; Segunda Declaración Testimonial Felipe A Ramírez Delpino (4 de abril de 2016) (Corregido) (“Segunda Declaración de Ramírez”) ¶¶ 42 – 46 [RWS-6].

⁶⁹² Tr. 1855 – 1857 (R. Closing).

Tribunal]. La Demandante no ha explicado cómo se frustró dicha expectativa. Tanto la suspensión de la EIAS como la emisión del Decreto Supremo 032 se realizaron conforme a la legislación peruana. La Demandante “(i) *pretendió impugnar las acciones del gobierno en los juzgados peruanos; (ii) nunca ha alegado ninguna irregularidad en esos procedimientos; y (iii) no plantea una reclamación de denegación de justicia en este arbitraje*”, [Traducción del Tribunal] y (iv) se basa en el análisis de los juzgados peruanos repetidamente en sus presentaciones ante este Tribunal. Es difícil entender cómo se han frustrado las expectativas de la Demandante con respecto a la resolución de controversias⁶⁹³.

511. Las acciones de la Demandada no fueron arbitrarias. La Demandante parece basar su alegación de arbitrariedad en presuntas deficiencias procesales. Estas alegaciones en el marco del NMT se enfrentan a una carga elevada. De acuerdo con el caso *Cargill*, un procedimiento “*arbitrario*” viola el NMT cuando constituye “*una repudiación imprevista y chocante de los propios fines [...] de una política*”, “*subvierte gravemente una ley o política nacional; [...] o entraña[a] una falta absoluta del debido proceso que choca contra el sentido de idoneidad judicial*”. Aunque la Demandada reconoce que la Demandante pudo haber apreciado una notificación anticipada y la oportunidad de ser escuchada, esa preferencia no concede un derecho a la Demandante respecto de esas cortesías como cuestión de derecho internacional consuetudinario⁶⁹⁴.

512. El laudo del caso *Metalclad* no giró en torno a un hallazgo de arbitrariedad. *Metalclad* es un caso relativo a expectativas legítimas y se centró en las expectativas de la demandante derivadas del aseguramiento por parte de México de que el inversionista no requería más permisos para operar su vertedero. Dichas expectativas se vieron frustradas cuando, una vez que la construcción estaba casi terminada, el municipio local negó un permiso subsiguiente e impidió que el Proyecto avanzara. El caso *Metalclad* no giró sobre deficiencias procesales o una arbitrariedad. Del mismo modo, el caso *Bilcon c. Canadá* se refiere a las expectativas legítimas y no a la falta de notificación o a la falta de oportunidad para ser oído⁶⁹⁵.

⁶⁹³ R-II ¶ 537; C-II ¶ 367.

⁶⁹⁴ R-II ¶¶ 539 – 540; TLC Canadá-Perú Art. 2202(3) y 2202 [C-0001]; *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009 ¶ 296 [RLA-053].

⁶⁹⁵ R-II ¶¶ 541 – 542; *Metalclad c. México*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000 ¶¶ 85 – 91 [CL-0105]; *Bilcon c. Canadá*, Caso CPA No. 2009-04, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 17 de marzo de 2015 ¶¶ 447 – 454 [CL-0190]; J. Salacuse, THE LAW OF INVESTMENT TREATIES 238 [RLA-039bis].

513. A pesar de que los casos *Metalclad* y *Bilcon* no son particularmente relevantes, cabe destacar que ambos implicaban audiencias públicas, durante las cuales era habitual que los solicitantes comparezcan, presenten su proyecto y debatan. En este caso, sin embargo, no hubo un foro público al que la Demandante pudiera haber asistido para objetar a la emisión del Decreto Supremo 032. No queda claro qué “*debido proceso*” específico le fue denegado a la Demandante. La Demandante no puede haber esperado participar en las deliberaciones discrecionales de alto nivel realizadas en el Consejo de Ministros, las cuales tenían como objetivo debatir opciones para apaciguar las protestas. La Demandante tampoco ha proporcionado ningún punto de referencia respecto de la notificación que se suponía que debía haber recibido. Ausente cualquier fundamento legal respecto de su argumento de debido proceso, la demanda arbitraria de la Demandante no puede prosperar⁶⁹⁶.
514. Los hechos procesales de este caso son similares a aquellos examinados en *Genin c. Estonia*, caso en el que el demandado revocó la licencia del Estonian Innovation Bank. Al igual que la Demandante en el presente caso, el Estonian Innovation Bank no recibió ninguna notificación de la revocación, ninguna invitación a asistir a la sesión gubernamental que discutiera la revocación y ninguna oportunidad de impugnar la decisión antes de la emisión de la revocación. Dicho tribunal no estuvo de acuerdo en que ello violara el NMT. Al igual que el demandante del caso *Genin*, la Demandante no puede probar hechos suficientes para cumplir con la elevada carga que representa demostrar un trato injusto o inequitativo en el marco del NMT⁶⁹⁷.

2. Si la Demandada le otorgó a la Demandante un Trato Justo y Equitativo en virtud de un estándar autónomo

(a) el Gobierno de Canadá

515. El derecho internacional consuetudinario no contiene la obligación de proteger las expectativas legítimas del inversionista. Del mismo modo, el derecho internacional consuetudinario no incluye el deber general de transparencia ni una prohibición de la discriminación basada en la nacionalidad⁶⁹⁸.

⁶⁹⁶ R-II ¶¶ 543 – 544.

⁶⁹⁷ R-I ¶¶ 288 – 291; R-II ¶ 545; *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. as A.S. Baltoil c. la República de Estonia*, Caso CIADI No. ARB/99/2, Laudo, 25 de junio de 2001 ¶¶ 1 – 3, 316 – 317, 363 – 365, 372 – 373 [RLA-054].

⁶⁹⁸ Presentación de Canadá de Conformidad con el Artículo 832 del Tratado de Libre Comercio Canadá-Perú (9 de junio de 2016) ¶ 12; *Windstream Energy, LLC c. Canadá* (CNUDMI) Respuesta de Canadá a las Presentaciones

516. Además, “[l]as decisiones que interpretan un estándar autónomo de trato justo y equitativo, es decir, que no se encuentra condicionado por el derecho internacional consuetudinario, no crean ni reflejan el derecho internacional consuetudinario. Tal como lo determinara el tribunal del caso *Glamis Gold c. Estados Unidos*, los tribunales arbitrales que aplican ‘normas autónomas no proporcionan [] ninguna orientación en la medida en que todo el método de razonamiento no es aplicable a una investigación sobre la costumbre’. Tales laudos no son relevantes para determinar el contenido del estándar mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario a los efectos del Artículo 805 del TLC debido a que aplican un estándar diferente basado en la práctica relativa a los tratados de Estados que han ampliado la protección del inversionista más allá de lo exigido por el derecho internacional consuetudinario”⁶⁹⁹. [Traducción del Tribunal]

(b) Argumentos de la Demandante

517. Debido a que las acciones de la Demandada hacia la Demandante han sido tan escandalosas, el Tribunal no necesita abordar la cuestión de si a la Demandante le asiste el derecho a una protección en virtud de la forma más general y menos estricta del TJE, conocida como el estándar “autónomo” de TJE. Aparte del NMT que la Demandada está obligada a conceder a la Demandante en virtud del TLC, la Demandada debe otorgar a la Demandante protecciones conforme al estándar de TJE por operación de la Cláusula de NMF del TLC, contenida en el Artículo 804. La Demandada se ha comprometido a tratar a los inversionistas e inversiones canadienses de una manera no menos favorable que a los inversionistas y las inversiones de terceros Estados. En al menos veintitrés otros tratados de inversión de los que es parte, la Demandada otorga a los inversionistas el TJE disponibles en virtud del estándar autónomo, es decir, sin ninguna equivalencia impuesta por el tratado de la protección respecto del NMT. La Demandante tiene derecho a importar esas protecciones a través de la Cláusula de NMF. En consecuencia, a través del Artículo 804 del TLC, la Demandante importa el estándar de TJE que se establece en el Art. 2(2) del TBI Perú-Reino Unido: “*Las inversiones de*

sobre el Artículo 1128 de los Estados Unidos y México, 29 de enero de 2016, ¶¶ 33-36; *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2), Laudo, 18 de septiembre de 2009, ¶ 294 [RLA-053]; *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Gobierno de Canadá* (CNUDMI) Laudo, 31 de marzo de 2010, ¶ 231; *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América* (CNUDMI) Laudo Definitivo del Tribunal sobre Jurisdicción y Fondo, 3 de agosto de 2005, Parte IV, Capítulo C, ¶¶ 14-16.

⁶⁹⁹ Presentación de Canadá de Conformidad con el Artículo 832 del Tratado de Libre Comercio Canadá-Perú (9 de junio de 2016) ¶ 11; *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América* (CNUDMI) Laudo, 8 de junio de 2009, ¶ 608 [RLA-046].

nacionales o sociedades de cada Parte Contratante recibirán en todo momento un trato justo y equitativo”⁷⁰⁰. [Traducción del Tribunal]

518. Si bien las Partes convienen en que la Cláusula de NMF puede utilizarse para importar protecciones más favorables, las Partes no están de acuerdo en cuanto al conjunto de tratados a partir de los cuales la Demandante puede importar tales protecciones. Contrariamente a los argumentos de la Demandada, los términos del TLC no impiden la aplicación de la Cláusula de NMF a los tratados preexistentes. En consecuencia, la Demandante puede importar protecciones sustantivas más favorables de los tratados preexistentes, incluido el estándar autónomo de TJE⁷⁰¹.
519. El punto de partida del análisis es el texto de la Cláusula de NMF. Al interpretar este texto de buena fe de acuerdo con el sentido corriente que debe darse a sus términos dentro de su contexto a la luz de su objeto y fin, tal como exige el artículo 31(1) de la CVDT, resulta evidente que el Artículo 804 permite a los inversionistas y las inversiones cubiertos beneficiarse de un trato más favorable que se concede a los inversionistas y las inversiones de otros Estados⁷⁰². La limitación expresa a la Cláusula de NMF establecida en el Anexo 804.1 correspondiente aclara solamente que el trato de NMF no se extiende a los mecanismos de resolución de controversias. La aclaración guarda silencio sobre la cuestión de que el trato de NMF no abarca estándares sustantivos de trato, tales como el estándar de TJE. Como tal, no se impone ningún límite⁷⁰³.

⁷⁰⁰ C-I ¶¶ 154 – 156; C-II ¶¶ 381 – 383; TLC Canadá-Perú Art. 804 [C-0001]; R. Dolzer & C. Schreuer, PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW (Oxford University Press, 2008) 211 [CL-0056]; *Sr. Tza Yap Shum c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/07/6, Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, 19 de junio de 2009 ¶ 196 [CL-0074]; *Hesham Talaat M. Al-Warraq c. la República de Indonesia*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 15 de diciembre de 2014 ¶ 555 [CL-0075]; *ATA Construction, Industrial and Trading Company c. el Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI No. ARB/08/2, Laudo, 18 de mayo de 2010 ¶ 125 n. 16 [CL-0076]; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Laudo, 27 de agosto de 2009 ¶ 167 [CL-0077]; *Rumeli Telekom A.S. y otros c. República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo, 29 de julio de 2008 ¶ 575 [CL-0078]; Perú – Tratados Bilaterales de Inversión [CL-0079].

⁷⁰¹ C-II ¶ 383; *Sr. Tza Yap Shum c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/07/6, Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, 19 de junio de 2009 ¶ 196 [CL-0074]; *Hesham Talaat M. Al-Warraq c. la República de Indonesia*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 15 de diciembre de 2014 ¶ 555 [CL-0075]; *ATA Construction, Industrial and Trading Company c. el Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI No. ARB/08/2, Laudo, 18 de mayo de 2010 ¶ 125 nota al pie 16 [CL-0076]; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Laudo, 27 de agosto de 2009 ¶ 167 [CL-0077]; *Rumeli Telekom A.S. y otros c. República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo, 29 de julio de 2008 ¶ 575 [CL-0078].

⁷⁰² C-II ¶¶ 384 – 385; TLC Canadá-Perú [C-0001]; Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969 Art. 31(1), (2) [CL-0039].

⁷⁰³ C-II ¶¶ 386 – 387; TLC Canadá-Perú Anexo 804.1 [C-0001].

520. El argumento de la Demandada de que “*se reservaba el derecho de conceder a los inversionistas de Canadá un trato diferenciado*”, de manera que la Cláusula de NMF no pudiera utilizarse para importar estándares de trato más favorables de los tratados preexistentes depende de la “*Primera Reserva del Perú*” de la Demandada. No obstante, la Demandada malinterpreta el alcance de esta reserva y su función en el TLC. La reserva a la Cláusula de NMF en el Artículo 808 se refiere solamente a las medidas violatorias existentes y futuras que Canadá o el Perú puedan tener, puedan mantener o puedan adoptar. El texto del Artículo 808 no contiene una reserva u otra limitación a la Cláusula de NMF, ya que se refiere a estándares relevantes de trato más favorable. Tal como lo entiende la Demandada, los términos “*medida*” y “*trato*” son conceptualmente distintos. En el TBI Canadá-Perú, las reservas formuladas por la Demandada en virtud de la Cláusula de NMF de dicho TBI contenían claramente los estándares de trato presentes en los acuerdos internacionales preexistentes. Esto demuestra que los dos Estados contratantes sabían utilizar un lenguaje claro e inequívoco para limitar el alcance de la Cláusula de NMF, ya que se aplica a un “*trato*” más favorable, en contraposición a “*medidas*”. La ausencia deliberada de dicho lenguaje en el TLC confirma que no existe tal limitación. En consecuencia, no existen disposiciones en el TLC que impidan que la Demandante se base en la Cláusula de NMF para servirse de los estándares más favorables de trato concedidos a otros inversionistas e inversiones en tratados preexistentes⁷⁰⁴.
521. Debido a que la Cláusula de NMF se extiende a los estándares de trato, el Demandante puede utilizar la Cláusula de NMF para importar el TJE autónomo que no esté vinculado al NMT. El TJE autónomo requiere que la Demandada (1) proteja las expectativas legítimas de la Demandante, (2) trate la inversión de la Demandante de manera transparente, (3) garantice a la Demandante una adecuación procesal y el debido proceso, y (4) no deniegue la justicia al Demandante o a su inversión. El estándar autónomo de TJE también protege a la Demandante respecto de la conducta del Estado que: (1) carece de buena fe, (2) viola las obligaciones contractuales del Estado, (3) es desproporcionada, (4) constituye coerción o acoso, o (5) viola la obligación del Estado de “*abstenerse de hacer*”

⁷⁰⁴ C-II ¶¶ 388 – 392; TLC Canadá-Perú Anexo 808(1), (2) [C-0001]; Acuerdo celebrado entre Canadá y la República del Perú para la Promoción y la Protección de las Inversiones (“TBI Canadá-Perú”) [C-0247]; Tratado de Libre Comercio Canadá-Perú – Anexo I: Reservas en relación con medidas existentes y compromisos de liberalización (11 de septiembre de 2013) [CL-0191]; Tratado de Libre Comercio Canadá-Perú – Anexo I: Lista de Perú (31 de julio de 2015 y Lista de Canadá (11 de septiembre de 2013) [CL-0192]; Tratado de Libre Comercio Canadá-Perú – Anexo II: Reservas en relación con medidas futuras (11 de septiembre de 2013) [CL-0193]; Tratado de Libre Comercio Canadá-Perú – Anexo II: Lista de Perú (de fecha 11 de septiembre de 2013 y Lista de Canadá (29 de septiembre de 2013) [CL-0194].

daño”⁷⁰⁵[Traducción del Tribunal]. El TJE es inherentemente flexible y aplicable tanto a actos como

⁷⁰⁵ C-I ¶¶ 157 – 158; C-II ¶¶ 393 – 395; *Siemens A. G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, 6 de febrero de 2007 ¶ 290 [CL-0031]; *Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs c. Georgia*, Caso CIADI No. ARB/05/18 y No. ARB/07/15, Laudo, 3 de marzo de 2010 ¶ 440 [CL-0032]; *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/99/6, Laudo, 12 de abril de 2002 ¶ 143 [CL-0037]; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 ¶¶ 154, 162 [CL-0040]; C. Dugan & D. Wallace y otros, INVESTOR-STATE ARBITRATION (Oxford University Press, 2008) 523 [CL-0041]; *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1, Laudo, 22 de septiembre de 2014 ¶ 570, 572 [CL-0063]; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Laudo, 27 de agosto de 2009 ¶ 178 [CL-0077]; *Rumeli Telekom A.S. y otros c. República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo, 29 de julio de 2008 ¶ 609 [CL-0078]; *Anatolie Stati y otros c. Kazajstán*, Arbitraje de la CCE No. 116/2010, Laudo, 19 de diciembre de 2013 ¶ 943 [CL-0080]; *National Grid c. Argentina*, CNUDMI, Laudo, 3 de noviembre de 2008 ¶ 168 [CL-0081]; *Azurix c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo, 14 de julio de 2006 ¶ 360 [CL-0082]; *MTD Equity c. Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo, 25 de mayo de 2004 ¶ 113 [CL-0083]; *Swisslion c. Antigua República Yugoslava de Macedonia*, Caso CIADI No. ARB/09/16, Laudo, 6 de julio de 2012 ¶ 273 [CL-0084]; *Waguhi Elie George Siag y otros c. The República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/15, Laudo, 1 de junio de 2009 ¶ 450 – 455 [CL-0085]; *Spyridon Roussalis c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/06/1, Laudo, 1 de diciembre de 2011 ¶¶ 314, 316 [CL-0086]; *Alpha Projektholding GmbH c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/07/16, Laudo, 8 de noviembre de 2010 ¶ 420 [CL-0087]; *PSEG Global c. Turquía*, Caso CIADI No. ARB/02/5, Laudo, 19 de enero de 2007 ¶ 240 [CL-0088]; *LG&E Energy Corp. y otros c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre de 2006 ¶¶ 127, 128 [CL-0089]; *Eureko c. Polonia, Ad hoc*, Laudo Parcial, 19 de agosto de 2005 ¶ 235 [CL-0090]; *Saluka c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 ¶ 308 [CL-0091]; *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 14 de enero de 2010 ¶ 284 [CL-0094]; *Total S.A. c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/1, Decisión sobre Responsabilidad, 27 de diciembre de 2010 ¶ 338 [CL-0096]; *Frontier Petroleum c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 12 de noviembre de 2010 ¶ 301 [CL-0101]; *Bosh International y otros c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/08/11, Laudo, 25 de octubre de 2012 ¶ 212 [CL-0106]; *Bewater Gauff (Tanzania) Limited c. Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008 ¶ 602 [CL-0107]; *Jan Oostergetel y otros c. República Eslovaca*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 23 de abril de 2012 ¶ 227 [CL-0110]; *OI European Group B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/11/25, Laudo, 10 de marzo de 2015 ¶ 523 [CL-0111]; *Flughafen Zürich A.G. y otros c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/19, Laudo, 18 de noviembre de 2014 ¶ 376 [CL-0112]; *Mr. Franck Charles Arif c. República de Moldavia*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo, 8 de abril de 2013 ¶ 438 [CL-0113]; *Jan de Nul N.V. y otros c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Laudo, 6 de noviembre de 2008 ¶ 188 [CL-0114]; W. Michael Reisman, *Canute Confronts the Tide: States versus Tribunals and the Evolution of the Minimum Standard in Customary International Law*, ICSID REV., Tomo 30, No. 3 (2015) págs. 616-634 [CL-0185]; CNUCYD, *Fair and Equitable Treatment*, CNUCYD/ITE/IIT/11 (Tomo III) (1999) [CL-0195]; Ioana Tudor, *THE FAIR AND EQUITABLE TREATMENT STANDARD IN THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT* 153 (2008) [CL-0196]; *SGS Société Générale De Surveillance S.A. c. la República de Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/07/29, Decisión sobre Jurisdicción, 12 de febrero de 2010 ¶ 146 [CL-0197]; *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company c. la República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Laudo, 5 de octubre de 2012 ¶¶ 404 – 454 [CL-0198]; *Deutsche Bank AG c. República Socialista Democrática de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/09/02, Laudo, 31 de octubre de 2012 [CL-0199]; Andrew Newcombe and Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, (Wolters Kluwer Law & Business 2009) [CL-0200]; *Desert Line Projects LLC c. la República de Yemen*, Caso CIADI No. ARB/05/17, Laudo, 6 de febrero de 2008 [CL-0201]; *Occidental Exploration and Production Co. c. República del Ecuador*, Caso LCIA No. UN 3467, Laudo Definitivo, 1 de julio de 2004 ¶ 185 [RLA-005].

a omisiones⁷⁰⁶.

522. El estándar de TJE abarca las expectativas legítimas de los inversionistas en cuanto a los términos clave de su inversión y la estabilidad del marco jurídico y comercial del Estado receptor. El caso *Tecmed c. México* es considerado como la decisión fundamental sobre el TJE y el caso *Saluka c. República Checa* determinó que las expectativas legítimas constituyen el elemento dominante del TJE. La jurisprudencia de inversión identifica varias situaciones en las que la conducta del Estado receptor da lugar a las expectativas legítimas de un inversor. Un ejemplo de casos en los que los tribunales convienen en que una expectativa es “legítima” es cuando el Estado receptor ha asumido una obligación legal específica para el futuro. El tribunal del caso *Suez c. Argentina* destacó la importancia de que el inversionista pueda confiar en la estabilidad del entorno comercial o jurídico del Estado receptor como un elemento relativo a las expectativas legítimas. Una vez que se configuran las expectativas legítimas, la conducta del Estado receptor en sentido contrario constituye una violación del TJE. Sin embargo, la mala fe del Estado receptor no es necesaria. Recientemente, el tribunal del caso *Gold Reserve c. Venezuela* sostuvo que los cambios en una política del sector minero de un gobierno no excusan una conducta violatoria del TJE, por el contrario, los cambios de políticas impulsados por la política violan el TJE. Consecuentemente, no puede controvertirse que la conducta del Estado viola el TJE si eviscera los acuerdos en base a los cuales el inversionista extranjero fue inducido a invertir⁷⁰⁷.

⁷⁰⁶ C-I ¶ 158; *Waguih Elie George Siag y otros c. La República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/15, Laudo, 1 de junio de 2009 ¶ 450 [CL-0085].

⁷⁰⁷ C-I ¶¶ 159 – 166; *Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs c. Georgia*, Caso CIADI No. ARB/05/18 y No. ARB/07/15, Laudo, 3 de marzo de 2010 ¶ 440 [CL-0032]; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 ¶ 154 [CL-0040]; R. Dolzer & C. Schreuer, PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW (Oxford University Press, 2008) 145 [CL-0056]; *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1, Laudo, 22 de septiembre de 2014 ¶¶ 570, 572, 607, 609 [CL-0063]; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Laudo, 27 de agosto de 2009 ¶ 181 [CL-0077]; *Rumeli Telekom A.S. y otros c. República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo, 29 de julio de 2008 ¶ 609 [CL-0078]; *Spyridon Roussalis c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/06/1, Laudo, 1 de diciembre de 2011 ¶ 316 [CL-0086]; *Alpha Projektholding GmbH c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/07/16, Laudo, 8 de noviembre de 2010 ¶ 420 [CL-0087]; *PSEG Global c. Turquía*, Caso CIADI No. ARB/02/5, Laudo, 19 de enero de 2007 ¶ 240 [CL-0088]; *LG&E Energy Corp. y otros c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre de 2006 ¶¶ 125, 127 [CL-0089]; *Eureko c. Polonia, Ad hoc*, Laudo Parcial, 19 de agosto de 2005 ¶ 235 [CL-0090]; *Saluka c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 ¶¶ 301 – 302, 329 [CL-0091]; *Electrabel c. Hungría*, Caso CIADI No. ARB/07/19, Decisión sobre Jurisdicción, Derecho Aplicable y Responsabilidad, 30 de noviembre de 2012 ¶¶ 7.75, 7.78 [CL-0092]; *Parkerings-Compagniet AS c. Lituania*, Caso CIADI No. ARB/05/08, Laudo, 11 de septiembre de 2007 ¶ 331 [CL-0093]; *Joseph Charles*

523. El TJE también requiere que la Demandada trate las inversiones de manera transparente, es decir, sin ambigüedad ni opacidad administrativa. La transparencia está frecuentemente ligada a las expectativas legítimas del inversionista, y también significa que el marco jurídico para las operaciones del inversionista debe ser evidente a simple vista⁷⁰⁸.
524. El TJE también requiere que la Demandada actúe de buena fe. El principio de buena fe es reconocido como principio general de derecho en virtud del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Numerosos tribunales han confirmado que es un aspecto fundamental del estándar de TJE. La mala fe, sin embargo, no es necesaria para determinar una violación de la norma de TJE⁷⁰⁹.

Lemire c. Ucrania, Caso CIADI No. ARB/06/18, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 14 de enero de 2010 ¶ 264 [CL-0094]; *El Paso c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011 ¶¶ 357, 375 [CL-0095]; *Total S.A. c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/1, Decisión sobre Responsabilidad, 27 de diciembre de 2010 ¶ 117 [CL-0096]; Rudolf Dolzer, *Fair and Equitable Treatment: Today's Contours*, 12 SANTA CLARA J. INT'L L. en 17, 24 – 25 [CL-0097]; *Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. Líbano*, Caso CIADI No. ARB/07/12, Laudo, 7 de junio de 2012 ¶ 159 [CL-0098]; *Duke Energy c. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo, 18 de agosto de 2008 ¶ 340 [CL-0099]; *Micula c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/05/20, Laudo, 11 de diciembre de 2013 ¶ 528 [CL-0100]; *Frontier Petroleum c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 12 de noviembre de 2010 ¶ 285 [CL-0101]; *Suez c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/17, Decisión sobre Responsabilidad, 30 de julio de 2010 ¶¶ 207 – 208 [CL-0102]; *CME c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 13 de septiembre de 2001 ¶ 611 [CL-0103]; *Occidental Exploration and Production Co. c. República de Ecuador*, Caso LCIA No. UN 3467, Laudo Definitivo, 1 de julio de 2004 ¶¶ 180 – 192 [RLA-005].¶

⁷⁰⁸ C-I ¶¶ 167 – 169; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 ¶ 154 [CL-0040]; C. Dugan & D. Wallace and others, *INVESTOR-STATE ARBITRATION* (Oxford University Press, 2008) 519 [CL-0041]; R. Dolzer & C. Schreuer, *PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* (Oxford University Press, 2008) 149 [CL-0056]; *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1, Laudo, 22 de septiembre de 2014 ¶ 570 [CL-0063]; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Laudo, 27 de agosto de 2009 ¶ 178 [CL-0077]; *Rumeli Telekom A.S. y otros c. República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo, 29 de julio de 2008 ¶ 609 [CL-0078]; *Spyridon Roussalis c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/06/1, Laudo, 1 de diciembre de 2011 ¶ 314 [CL-0086]; *LG&E Energy Corp. y otros c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre de 2006 ¶ 128 [CL-0089]; *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 14 de enero de 2010 ¶ 284 [CL-0094]; *Micula c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/05/20, Laudo, 11 de diciembre de 2013 ¶¶ 864, 869 – 870 [CL-0100]; *Frontier Petroleum c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 12 de noviembre de 2010 ¶ 285 [CL-0101]; *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008 ¶ 178 [CL-0104]; *Metalclad c. México*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000 ¶ 76 [CL-0105]; *Bosh International y otros c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/08/11, Laudo, 25 de octubre de 2012 ¶ 212 [CL-0106]; *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008 ¶ 602 [CL-0107].

⁷⁰⁹ C-I ¶¶ 170 – 172; *Azurix c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo, 14 de julio de 2006 ¶ 372 [CL-0082]; *Waguih Elie George Siag y otros c. la República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/15, Laudo, 1 de junio de 2009 ¶ 450 [CL-0085]; *Spyridon Roussalis c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/06/1, Laudo, 1 de diciembre de 2011 ¶ 314 [CL-0086]; *El Paso c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011 ¶ 357 [CL-0095]; Rudolf Dolzer, *Fair and Equitable Treatment: Today's Contours*, 12 SANTA CLARA J. INT'L L. en

525. El TJE incluye la obligación de no denegar justicia. Para que prospere un reclamo de denegación de justicia en virtud del estándar de TJE, la demandante debe probar que el/los acto(s) ejecutados por un órgano del Estado en relación con la administración de justicia es tan improcedente y deshonroso como para constituir un trato injusto e inequitativo. La demandante también debe demostrar que ha agotado los recursos locales, salvo que no exista un recurso efectivo o ninguna posibilidad razonable de éxito⁷¹⁰.

526. La Demandante declara que la Demandada infringió el estándar TJE (y, en la medida en que se superponen, el NMT) al:

- *Arbitraria e injustificadamente suspender el proceso de la EIAS de la Demandante en Santa Ana el 30 de mayo de 2011;*
- *No ofrecer a la Demandante la oportunidad de apelar la decisión del Gobierno de suspender el proceso de EIAS respecto de Bear Creek;*
- *Revocar de manera no transparente el Decreto Supremo 083 de un día para el otro a través de la emisión del Decreto Supremo 032, sin cursar notificación a Bear Creek y sin ofrecerle una oportunidad para ser escuchado;*
- *Expropiar de forma injustificada la inversión de Bear Creek mediante la emisión del Decreto Supremo 032;*

16 – 17 [CL-0097]; *Frontier Petroleum c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 12 de noviembre de 2010 ¶ 301 [CL-0101]; *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008 ¶ 602 [CL-0107]; Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Art. 38(1) [CL-0108]; *Sempra Energy International c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, Laudo, 28 de septiembre de 2007 ¶¶ 298 – 299 [CL-0109]; *Jan Oostergetel y otros c. República Eslovaca*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 23 de abril de 2012 ¶ 227 [CL-0110].

⁷¹⁰ C-I ¶¶ 173 – 175; *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo, de octubre de 11, 2002 ¶ 127 [CL-0068]; *Waguih Elie George Siag y otros c. The República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/15, Laudo, 1 de junio de 2009 ¶¶ 454 – 455 [CL-0085]; *Duke Energy c. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo, 18 de agosto de 2008 ¶¶ 399 – 400 [CL-0099]; *OI European Group B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/11/25, Laudo, 10 de marzo de 2015 ¶¶ 523, 526 – 527 [CL-0111]; *Flughafen Zürich A.G. y otros c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/19, Laudo, 18 de noviembre de 2014 ¶ 376 [CL-0112]; *Mr. Franck Charles Arif c. República de Moldavia*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo, 8 de abril de 2013 ¶¶ 438, 445 [CL-0113]; *Jan de Nul N.V. y otros C. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Laudo, 6 de noviembre de 2008 ¶¶ 188, 258 [CL-0114]; Zachary Douglas, *International Responsibility for Domestic Adjudication: Denial of Justice Deconstructed*, 63(4) INT’L & COMP. L. QLY 867 en 3 – 4 [CL-0115]; *Robert Azinian y otros c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2, Laudo, 1 de noviembre de 1999 ¶¶ 102 – 103 [CL-0116]; *Iberdrola Energía S.A. c. la República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/09/5, Laudo, 17 de agosto de 2012 ¶ 444 [CL-0117]; *The Loewen Group y otros c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo, 26 de junio de 2003 ¶ 132 [CL-0118]; Jan Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW (Cambridge University Press, 2005) 111 [CL-0119]; *Saipem S.p.A. c. la República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/7, Laudo, 30 de junio de 2009 ¶ 182 [CL-0120].

- *No proporcionar a la Demandante una notificación u oportunidad de ser oída antes de la expropiación del Gobierno de la inversión de Bear Creek a través del Decreto Supremo 032;*
- *No ofrecer a la Demandante la oportunidad de apelar la decisión del Gobierno de expropiar la inversión de Bear Creek;*
- *No proporcionar ningún razonamiento significativo que sea subyacente a su revocación unilateral e inesperada del Decreto Supremo 083, la cual se produjo luego de que la Demandante ya hubiera dedicado tres años y medio en desarrollar e invertir millones de dólares estadounidenses en el Proyecto Santa Ana en base al Decreto Supremo 083 y las declaraciones y la motivación del Gobierno*
- *Frustrar la expectativa legítima de la Demandante de que sería propietaria y operadora del Proyecto Santa Ana;*
- *Expropiar la inversión de la Demandante sin pagar a la Demandante indemnización alguna; y*
- *Tratar de manera injustificada de anular las concesiones de Bear Creek al hacer que el MINEM interponga una acción civil contra Bear Creek*⁷¹¹. [Traducción del Tribunal]

527. Además, las acciones de la Demandada hacia la Demandante han violado la obligación de la Demandada en virtud del estándar autónomo de TJE de actuar de buena fe y abstenerse de hacer daño. La “buena fe” se entiende como la obligación del Gobierno de “actuar de manera coherente, libre de ambigüedad y totalmente transparente”. Tal como se explicara, la expropiación arbitraria por parte de la Demandada de la inversión de la Demandante sin el debido proceso y con pleno conocimiento de que actuaba ilícitamente viola dicho estándar. Del mismo modo, el intento de la Demandada de evitar responder por sus acciones ilícitas al acusar infundadamente a la Demandante de adquirir sus inversiones de manera irregular y de intentar anular las concesiones a través de la acción civil del MINEM equivale a una mala fe. La Demandante se enfrentaba a una situación similar a la del caso *Bayindir*; las supuestas justificaciones que la Demandada ha ofrecido por su conducta ilícita solo enmascaran la verdadera motivación: el interés político del Gobierno en la expropiación de la inversión de la Demandante. Tal mala fe constituye una clara violación del TJE⁷¹².

⁷¹¹ C-I ¶¶ 161, 176 – 180; C-II ¶¶ 395 – 396; Solicitud de Bear Creek al MINEM en la que se solicita la autorización para adquirir derechos mineros ubicados en la zona de frontera, 4 de diciembre de 2006 (ACTUALIZACIÓN presentada con C-III) Anexo VI [C-0017].

⁷¹² C-II ¶¶ 397 – 399; *Diálogo no prosperó en Puno debido a intransigencia de los dirigentes*, MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS, 26 de mayo de 2011 [C-0095]; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 ¶ 154 [CL-0040]; Rudolf Dolzer and Christopher Schreuer, *PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* (Oxford University Press, 2nd

528. La Demandada también violó el requisito en virtud del TJE autónomo de “*abstenerse de hacer daño*”, definido en el caso *Vivendi II*. Resulta indiscutible que la Demandada intentó “*desprestigiar y menoscabar una concesión*” al emitir el Decreto Supremo 032 de conformidad con las condiciones enumeradas en *Vivendi II*⁷¹³. Por lo tanto, a través de sus actos y omisiones de carácter deliberado, resulta manifiesto que la Demandada no trató a la Demandante de manera justa y equitativa, lo cual resultó en la evisceración de la inversión de la Demandante⁷¹⁴.

(c) Argumentos de la Demandada

529. La Demandante no puede importar un estándar autónomo de TJE porque (i) el TLC excluye los tratados preexistentes del alcance de su Cláusula de NMF y (ii) la importación de un estándar autónomo de TJE entraría en conflicto con la voluntad expresa de las Partes Contratantes. El cambio en el énfasis y en los argumentos de la Demandante demuestra que reconoce que es el estándar de NMT, y no un estándar autónomo de TJE, el que se aplica a esta controversia⁷¹⁵.

530. Los estándares autónomos de TJE solo aparecen en los tratados que la Demandada firmó antes del TLC, y la Demandada excluyó las obligaciones preexistentes al tratado del alcance de la Cláusula de NMF del TLC. Mediante su reserva, la Demandada excluye “*cualquier medida que otorgue trato diferenciado*” en virtud de (2) “*cualquier tratado internacional bilateral o multilateral en vigencia o suscrito con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de [el TLC]*”. El TLC define una “*medida*” como “*cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica*”. Mediante su reserva, la Demandada se reservó el derecho de conceder a los inversionistas de Canadá un “*trato diferenciado*” en comparación con los inversionistas de otros países que están sujetos a tratados preexistentes. El argumento semántico de la Demandante sobre el uso del término “*trato*” ha puesto de relieve una distinción sin diferencia. Cualquier trato que la Demandada pueda proporcionar está necesariamente vinculado de manera directa con una “*medida*”, es decir, cualquier “*ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica*” que concede un trato. La Demandada específicamente excluyó este tipo de

ed. 2012) 156 [CL-0168]; *Bayindir c. Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005 ¶¶ 242 – 243, 250 [CL-0202].

⁷¹³ C-II ¶ 400; *Bayindir c. Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005 ¶ 250 [CL-0202].

⁷¹⁴ C-II ¶ 401.

⁷¹⁵ R-II ¶¶ 547 – 548.

“medida que otorg[a] trato diferenciado” de la Cláusula de NMF del TLC. En consecuencia, la reserva de la Demandada excluye el requisito de proporcionar o la práctica de proporcionar un estándar autónomo de TJE en virtud de un TBI preexistente. La Demandante no puede aprovechar la Cláusula de NMF para importar un estándar autónomo de TJE de un tratado que es anterior al TLC de 2009⁷¹⁶.

531. La importación de un estándar autónomo de TJE entraría en conflicto con la voluntad de las Partes Contratantes. Cuando las Partes negociaron el TLC, específicamente y de manera deliberada acordaron en el Artículo 805 limitar sus obligaciones de TJE al NMT, y esta elección fue consistente con un cambio más amplio en la práctica de tratados de la Demandada que comenzó con posterioridad al año 2000. De prosperar, el argumento de la Demandante dejaría sin sentido un cambio claro y deliberado en la práctica de tratados de la Demandada. La Demandante no ha intentado impugnar el hecho de que las Partes Contratantes, tal como se indica en el Artículo 805, pretendían garantizar el TJE solo hasta el NMT en virtud del derecho internacional. Este Tribunal debe hacer cumplir la voluntad de las Partes Contratantes y rechazar el intento de la Demandante de importar un estándar más favorable⁷¹⁷.

532. La postura de la Demandante se contrapone con las declaraciones que el Gobierno de Canadá emitió durante sus negociaciones del TLC con la Demandada. Canadá estaba segura de que el capítulo de inversión del TLC sería coherente con el TBI. La Demandada entiende que tanto el TBI como el TLC excluyen la importación de estándares más favorables de tratados preexistentes, aunque cada disposición utiliza un lenguaje diferente. Los dos textos son coherentes entre sí: sería muy improbable que las partes en el tratado reviertan fundamentalmente sus posiciones en los 11 meses transcurridos entre la firma del TBI y el posterior TLC. Además, también sería incompatible con la práctica de la mayoría de los demás Estados en ese momento en el que no se excluirían los acuerdos anteriores, ya que las partes del TBI y del TLC trabajan típicamente para restringir las limitaciones de las Cláusulas

⁷¹⁶ *Íd.* en ¶¶ 549 – 551; R-I ¶¶ 292 – 297; TLC Canadá-Perú Art. 804 [C-0001]; Anexo II al TLC Perú-Canadá, Primera Reserva de Perú [R-056]; CNUCYD Lista de Tratados Bilaterales de Inversión en los cuales Perú es Parte [R-088]; Tratado de Libre Comercio entre Canadá y la República del Perú (Extractos) [R-390].

⁷¹⁷ R-I ¶¶ 298 – 301; R-II ¶¶ 559 – 562; CNUCYD Lista de Tratados Bilaterales de Inversión en los cuales Perú es Parte [R-088]; TLCAN Comisión de Libre Comercio, Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11, Art. B(3) [R-131]; Carta de Meg Kinnear, Asesor General, División de Derecho Comercial, Canadá, al Tribunal del caso *Pope & Talbot* [R-132].

de NMF y no para debilitarlas⁷¹⁸. Canadá también comparte el entendimiento de la Demandada de que una Cláusula de NMF no puede alterar el estándar explícito de TJE del tratado. Esto se desprende claramente de la interpretación que hace Canadá de sus obligaciones en materia de TJE en virtud del TLCAN. Al invocar el NMT, Canadá y sus co-signatarios del TLCAN aclararon que el estándar de TJE que surge del NAFTA es equivalente al estándar de TJE establecido en el TLC⁷¹⁹. Más tarde, la Sra. Kinnear, entonces de la División de Derecho Mercantil del Gobierno de Canadá, confirmó que un demandante no puede invocar la Cláusula de NMF del TLCAN para eludir la limitación expresa de las partes de sus obligaciones de TJE al NMT. Canadá dejó en claro su postura: una vez que las partes contratantes definen el alcance de la protección de TJE de un tratado, el demandante no puede ampliar esas protecciones al invocar una Cláusula de NMF. Este Tribunal debe hacer efectiva esta interpretación y rechazar el intento de la Demandante de importar un estándar autónomo de TJE⁷²⁰.

3. Razonamiento del Tribunal

533. El Tribunal ha concluido *supra* que el Decreto Supremo 032 constituyó una expropiación indirecta ilícita. Por consiguiente, no existe necesidad de examinar si también constituyó un incumplimiento de la obligación de conceder a la Demandante un trato justo y equitativo. Las Partes no han presentado argumentos relacionados con las consecuencias jurídicas de tal determinación, y dicha determinación, de hecho, no se modificaría ni se sumaría a las que resulten de una expropiación indirecta ilícita.

C. SI LA DEMANDADA OTORGÓ A LA DEMANDANTE PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PLENAS (“PSP”)

534. A continuación, se reproducen las secciones del TLC citadas por las Partes en este procedimiento, a modo de referencia y conveniencia, sin perjuicio de su significado o aplicabilidad:

⁷¹⁸ R-I ¶ 295; R-II ¶¶ 552 – 558; TLC Canadá-Perú Art. 804 [C-0001]; Acuerdo celebrado entre Canadá y la República del Perú para la Promoción y la Protección de las Inversiones (“TBI Canadá-Perú”) Art. 9(3) y Anexo III(1) [C-0247]; Anexo II al TLC Perú-Canadá, Primera Reserva de Perú [R-056]; Un TLC con los países de la Comunidad Andina de Colombia y Perú: Análisis Económico Cualitativo, junio de 2007 [R-298]; Negociaciones de Libre Comercio entre Canadá y la Comunidad Andina, Informe Inicial de Evaluación Ambiental, enero de 2008 [R-299]; Tratado de Libre Comercio entre Canadá y la República del Perú (Extractos) Art. 105 [R-390].

⁷¹⁹ R-I ¶¶ 301 – 302; TLCAN Comisión de Libre Comercio, Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11, Art. B(3) [R-131].

⁷²⁰ R-I ¶¶ 303 – 304; Carta de Meg Kinnear, Asesora General, División de Derecho Comercial, Canadá, al Tribunal del caso *Pope & Talbot* [R-132].

Artículo 804²: Trato de Nación Más Favorecida

1. *Cada Parte otorgará a los inversionistas de la otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas de un país que no sea Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio.*
2. *Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de inversionistas de un país que no sea Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio.*
3. *Para mayor certeza, el trato otorgado por una Parte bajo este Artículo significa, con respecto a un gobierno subnacional, el trato otorgado, en circunstancias similares, por ese gobierno subnacional a inversionistas e inversiones de inversionistas de un país que no sea Parte.*

[Nota al pie 2: El artículo 804 deberá ser interpretado de acuerdo con el Anexo 804.1].

Artículo 805: Nivel Mínimo de Trato

1. *Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.*
2. *Los conceptos de trato “justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” contenidos en el párrafo 1 no requieren un trato adicional o más allá del requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario.*
3. *La determinación de que se ha violado otra disposición de este Tratado, o de otro acuerdo internacional independiente, no significa que se haya violado este Artículo.*

1. Argumentos de la Demandante

535. La Cláusula de NMF, contenida en el Artículo 804 del TLC, le permite a la Demandante beneficiarse de otros niveles de trato sustanciales que la Demandada ofrezca a otros inversionistas en virtud de otros tratados internacionales de los que sea parte. La Demandada firmó, al menos, siete TBI en los cuales promete brindar a los inversionistas y a las inversiones cubiertas protección y seguridad plenas (“PSP”)—el nivel de trato independiente que no está vinculado al NMT del derecho internacional consuetudinario. Mediante el Artículo 804 del TLC, la Demandante tiene derecho al estándar de PSP establecido en el Artículo 2(2) del TBI Perú-Reino Unido: “*Las inversiones realizadas por nacionales*

*o compañías de cada Parte Contratante [...] gozarán de la plena protección y seguridad en el territorio de la otra Parte Contratante*⁷²¹.

536. PSP requiere que la Demandada tome todos los recaudos que sean necesarios para proteger y garantizar la seguridad jurídica y física de las inversiones realizadas por inversionistas protegidos en su territorio. PSP protege a los inversionistas y sus inversiones frente a amenazas físicas, como también medidas legales y administrativas injustificadas, adoptadas por un gobierno, que vulneran los derechos legales del inversionista o la inversión. El tribunal de *Siemens c. Argentina* definió seguridad jurídica como “cualidad del ordenamiento jurídico que implica la certeza de sus normas y, consiguientemente, la previsibilidad de su aplicación”. Si bien PSP impone al Gobierno una obligación de vigilancia y debida diligencia, no es necesario demostrar malicia o negligencia para establecer una violación del estándar de PSP⁷²².

537. Al declarar el Proyecto Santa Ana una necesidad pública y sancionar el Decreto Supremo 083, la Demandada acordó brindar a la inversión de la Demandante la seguridad jurídica de la que está dotado el Supremo Decreto peruano. Tal como explica el Prof. Bullard, el hecho de permitir al Gobierno modificar su decisión sobre la declaración de necesidad pública por razones de mera conveniencia política sería contrario al principio de seguridad jurídica. La Demandada violó el estándar de PSP al expropiar la inversión de la Demandante mediante la sanción del Decreto Supremo 032⁷²³.

⁷²¹ C-I ¶¶ 154 – 155, 182 – 183; C-II ¶ 402; TLC Canadá-Perú [C-0001]; Tratados Bilaterales de Inversión del Perú: (tratados bilaterales de inversión de los que el Perú es parte y que otorgan protección y seguridad plenas: Perú-República Checa, Art. 2(2); Perú-Dinamarca, Art. 3(1); Perú-Francia Art. 5(1); Perú-Alemania, Art. 4(1); Perú-Malasia, Art. 2(2); Perú-Países Bajos, Art. 3(2); y Perú-Reino Unido, Art. 2(2)) [CL-0079]; Tratado entre la República Oriental del Uruguay y los Estados Unidos de América relativo a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones [CL-0121].

⁷²² C-I ¶ 186, C-II ¶¶ 402 – 404; *Siemens A. G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, 6 de febrero de 2007 ¶ 303 [CL-0031]; *Asian Agric. Prods., Ltd. (AAPL) c. Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, Laudo Definitivo, 27 de junio de 1990, 30 I.L.M. 580, (1991) ¶ 77 [CL-0036]; *Azurix c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo, 14 de julio de 2006 ¶¶ 406 – 408 [CL-0082]; *Spyridon Roussalis c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/06/1, Laudo, 1 de diciembre, 2011 ¶ 321 [CL-0086]; *Frontier Petroleum c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 12 de noviembre de 2010 ¶ 263 [CL-0101]; *CME c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 13 de septiembre de 2001 ¶ 613 [CL-0103]; *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008 ¶¶ 729 – 730 [CL-0107]; *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Sentencia, I.C.J. Reports 1989 ¶¶ 109 -111 [CL-0122]; *Am. Mfg. & Trading, Inc. c. República de Zaire*, Caso CIADI No. ARB/93/1, Laudo, 21 de febrero de 1997 ¶¶ 6.05 – 6.08 [RLA-056].

⁷²³ C-I ¶¶ 177, 187; C-II ¶ 405; Resolución No. 28 sobre Acción de Amparo, Primer Juzgado Constitucional de Lima, 12 de mayo de 2014 [C-0006]; Segundo Reporte Bullard ¶¶ 163 – 165 [CEX-005].

538. Si bien la Demandada tiene la facultad de revocar Decretos Supremos ya emitidos, lo debe hacer de acuerdo con la legislación peruana. Según explica el Prof. Bullard, dicha limitación a los derechos de propiedad debe respetar las causales establecidas en el Artículo 203.2 de la Ley 27444 y no debe responder a razones de oportunidad, mérito o conveniencia de las autoridades. Tal como confirmaran el Prof. Bullard y el Primer Juzgado Constitucional de Lima, no existe ningún motivo razonable para el Decreto Supremo 032: los derechos de la Demandante resultaron vulnerados “por este acto a todas luces arbitrario; tanto más, que para su expedición, no se le dio la oportunidad a la Demandante de acreditar que las circunstancias respecto a sus obligaciones asumidas no se habían descuidado”⁷²⁴. Incluso suponiendo, a meros fines argumentativos, que la Demandada tuviera una razón válida para revocar el Decreto Supremo 083, esta revocación arbitraria a través de procesos ilícitos no constituye una “medida de prevención razonable que pudiera esperarse que ejerciera un gobierno bien administrado en circunstancias similares” [Traducción del Tribunal], tal como exige el estándar de PSP⁷²⁵. El intento de la Demandada de anular las concesiones de la Demandante mediante la acción civil del MINEM en 2011 constituye otro ejemplo de su violación del estándar de PSP⁷²⁶.

2. Argumentos de la Demandada

539. La reclamación de la Demandante relacionada con el estándar de PSP es infundada porque (i) la Demandante no puede utilizar la Cláusula de NMF del TLC para importar un estándar de PSP independiente más favorable y (ii) la disposición de PSP del TLC no garantiza la seguridad jurídica⁷²⁷.
540. Por las mismas razones expuestas en los argumentos de la Demandada con respecto al TJE, la Demandante no puede importar un estándar de PSP independiente porque el TLC excluye las obligaciones preexistentes del alcance de su Cláusula de NMF. Cada uno de los acuerdos que menciona la Demandante se firmó antes de que el TLC entrara en vigencia el 1 de agosto de 2009.

⁷²⁴ C-II ¶ 407; Resolución No. 28 sobre Acción de Amparo, Primer Juzgado Constitucional de Lima, 12 de mayo de 2014 [C-0006]; Primer Reporte Bullard ¶¶ 124(b) [CEX-003].

⁷²⁵ C-I ¶¶ 177, 187; C-II ¶¶ 406 – 408; Resolución No. 28 sobre Acción de Amparo, Primer Juzgado Constitucional de Lima, 12 de mayo de 2014 [C-0006]; *Asian Agric. Prods., Ltd. (AAPL) c. Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, Laudo Definitivo, 27 de junio de 1990, 30 I.L.M. 580, (1991) ¶ 77 [CL-0036].

⁷²⁶ C-I ¶¶ 177, 187; Resolución No. 28 sobre Acción de Amparo, Primer Juzgado Constitucional de Lima, 12 de mayo de 2014 [C-0006].

⁷²⁷ R-I ¶ 306; R-II ¶ 564.

Los 10 acuerdos de inversión que suscribió la Demandada después de la fecha de entrada en vigor del TLC no ayudan a la Demandante porque cada uno de ellos, al igual que el Artículo 805 del TLC, limita la PSP al NMT⁷²⁸.

541. Para alegar violación del NMT para PSP, la Demandante debe identificar y cimentar una norma del derecho internacional consuetudinario que la Demandada supuestamente haya violado, y demostrar (i) una práctica concordante de varios Estados aprobada por otros y (ii) una concepción de que la práctica es exigida por la legislación vigente y coherente con esta (*opinio juris*). La Demandante no pudo demostrar eso ni citó un solo caso en el que se analizara la PSP conforme al NMT. Dado que la Demandante no cumplió con su deber probatorio, su reclamación no puede prosperar⁷²⁹.
542. No está para nada claro que un estándar de PSP independiente abarque reclamaciones de “*seguridad jurídica*” de la Demandante contra cambios gubernamentales en la aplicación de la ley, aunque la Demandante pudiera importar uno. Si bien algunos tribunales han considerado dicha expansión del estándar de PSP, muchos—incluso el de *Gold Reserve* y *Suez c. Argentina*—rechazaron esa innovación y concluyeron que la PSP está relacionada con el daño físico. La Demandante no alegó que la Demandada no hubiera protegido la integridad física de sus activos peruanos y, por lo tanto, se debe desestimar su reclamación de PSP⁷³⁰.

⁷²⁸ R-I ¶¶ 307 – 308; R-II ¶¶ 565 – 566; Anexo II de TLC Perú-Canadá, Primea Reserva del Perú [R-056]; Lista de la CNUCYD de Tratados Bilaterales de Inversión firmados por el Perú [R-088]; Tratado de Libre Comercio entre el Perú y los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio, suscrito el 14 de julio de 2010 [R-090]; Tratado de Libre Comercio entre el Perú y Corea, suscrito el 14 de noviembre de 2010, Capítulo 9 Art. 9.5 [R-092]; Tratado de Libre Comercio entre el Perú y México, suscrito el 6 de abril de 2011, Capítulo 11 Art. 11(6) [R-101]; Tratado de Libre Comercio entre el Perú y Costa Rica, suscrito el 21 de mayo de 2011, Capítulo 12 Art. 12.4 [R-125]; Tratado de Libre Comercio entre el Perú y Panamá, suscrito el 25 de mayo de 2011, Capítulo 12 Art. 12.4 [R-126]; Tratado de Libre Comercio entre el Perú y Japón, suscrito el 31 de mayo de 2011 [R-127]; Tratado de Libre Comercio entre el Perú y Guatemala, suscrito el 12 de junio de 2011, Capítulo 12 Art. 12.4 [R-128]; Tratado de Libre Comercio entre el Perú, Colombia y la UE, suscrito el 26 de junio de 2012 [R-129]; Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, suscrito el 10 de febrero de 2014, Capítulo 10 Art. 10.6 [R-130].

⁷²⁹ R-I ¶¶ 309 – 312; R-II ¶¶ 567 – 570; TLC Canadá-Perú Art. 805(1) [C-0001]; *Asian Agric. Prods., Ltd. (AAPL) c. Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, Laudo Definitivo, 27 de junio de 1990, 30 I.L.M. 580, (1991) ¶¶ 67 – 77 [CL-0036]; *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009 ¶ 602 [RLA-046]; *Caso relativo a actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos)* (Fondo), I.C.J. REP. 14 (1986) ¶ 207 [RLA-055]; *Am. Mfg. & Trading, Inc. c. República de Zaire*, Caso CIADI No. ARB/93/1, Laudo, 21 de febrero de 1997 ¶ 6.06 [RLA-056]; *Derechos de Nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos (Fr. c. EE.UU.)*, 1952 C.I.J. 176, 200 (Sentencia), 27 de agosto de 1952 [RLA-058].

⁷³⁰ R-I ¶ 312; R-II ¶¶ 571 – 572; *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1, Laudo, 22 de septiembre de 2014 ¶ 622 [CL-0063]; *PSEG Global c. Turquía*, Caso CIADI No.

543. Aunque el Tribunal decida buscar una norma del derecho internacional consuetudinario que garantice la seguridad jurídica, no encontraría violación del estándar de PSP, ya que no se privó a la Demandante de seguridad jurídica. El Decreto Supremo 032 fue un reflejo de la misma autoridad discrecional amplia con la que se dictó el Decreto Supremo 083, y la Demandante no tenía ninguna “garantía” conforme al derecho peruano de que nunca se podría volver a examinar una determinación discrecional. Es más, la Demandante adquirió sus supuestos derechos a las concesiones de Santa Ana de manera ilegal. La Demandada no está obligada a proporcionar seguridad jurídica a inversiones ilegales⁷³¹.

3. El razonamiento del Tribunal

544. El Tribunal concluyó *supra* que el Decreto Supremo 032 constituyó una expropiación indirecta ilícita. Por ende, no es necesario analizar si también constituyó un incumplimiento del deber de otorgar a la Demandante protección y seguridad plenas. Las Partes no presentaron argumentos acerca de las consecuencias legales de dicha conclusión, la cual no cambiaría ni se sumaría a las conclusiones derivadas de una expropiación indirecta ilícita.

D. SI LA DEMANDADA CUMPLIÓ CON ALGÚN DEBER DE BRINDAR PROTECCIÓN A LA DEMANDANTE FRENTE A MEDIDAS IRRAZONABLES O DISCRIMINATORIAS (“MID”)

545. A continuación, se reproducen las secciones del TLC citadas por las Partes en este procedimiento, a modo de referencia y conveniencia, sin perjuicio de su significado o aplicabilidad:

Artículo 804²: Trato de Nación Más Favorecida

1. *Cada Parte otorgará a los inversionistas de la otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas de un país que no sea Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio.*
2. *Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de inversionistas de un país que no sea Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión,*

ARB/02/5, Laudo, 19 de enero de 2007 ¶ 258 [CL-0088]; *Saluka c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 ¶¶ 483 – 484 [CL-0091]; *Suez c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/17, Decisión sobre Responsabilidad, 30 de julio de 2010 ¶ 167 [CL-0102].

⁷³¹ R-I ¶ 313; R-II ¶ 573.

administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio.

3. *Para mayor certeza, el trato otorgado por una Parte bajo este Artículo significa, con respecto a un gobierno subnacional, el trato otorgado, en circunstancias similares, por ese gobierno subnacional a inversionistas e inversiones de inversionistas de un país que no sea Parte.*

[Nota al pie 2: El artículo 804 deberá ser interpretado de acuerdo con el Anexo 804.1]

1. Argumentos de la Demandante

546. La Demandada es parte de, al menos, catorce acuerdos internacionales en los que se compromete a proteger a los inversionistas y las inversiones cubiertas frente a MID. Mediante la Cláusula de NMF contenida en el Artículo 804 del TLC, la Demandada tiene derecho a la protección contra MID establecida en el Artículo 2(2) del TBI Perú-Reino Unido: “*Ninguna Parte Contratante afectará con medidas arbitrarias o discriminatorias la gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición de las inversiones realizadas en su territorio por los nacionales o compañías de la otra Parte Contratante*”. La Demandada violó esta protección sustancial⁷³².
547. Por lo general, se entiende por protección contra MID aquella que debe ofrecer el Estado frente a cualquier medida que, en palabras del tribunal del frecuentemente citado caso *EDF c. Rumania*, “*cause daño al inversionista sin ningún objetivo legítimo claro; una medida que no se base en normas legales sino en discreción, prejuicio o preferencia personal; una medida adoptada por razones distintas a aquellas que propone la persona que toma la decisión; o una medida adoptada sin tener en cuenta el debido proceso y el procedimiento adecuado*”⁷³³ [Traducción del Tribunal]. La violación de cualquiera de estas facetas de protección contra MID bastaría para demostrar que la Demandada violó el TLC. La Demandada violó todas esas facetas⁷³⁴. Con respecto a las medidas irrazonables, el

⁷³² C-I ¶¶ 154 – 155, 182, 184, 185; C-II ¶ 402; Tratados Bilaterales de Inversión del Perú: (Perú-Argentina, Art. 2(3); Perú-Bolivia, Art. 3(1); Perú-Cuba, Art. 3(1); Perú-Dinamarca, Art. 3(1); Perú-Ecuador, Art. 3(1); Perú-Finlandia, Art. 2(2); Perú-Alemania, Art. 2(2); Perú-Italia, Art. 2(3); Perú-Países Bajos, Art. 3(1); Perú-Paraguay, Art. 4(1); Perú-España, Art. 3(1); Perú-Suecia, Art. 2(2); Perú-Suiza, Art. 3(1); Perú-Reino Unido, Art. 2(2); and Perú-Venezuela, Art. 3(1)) [CL-0079]; Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Oriental del Uruguay sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones [CL-0121].

⁷³³ C-II ¶ 409; *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 14 de enero de 2010 ¶ 262 [CL-0094]; *Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. Libano*, Caso CIADI No. ARB/07/12, Laudo, 7 de junio de 2012 ¶ 157 [CL-0098]; *EDF (Services) Limited c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/05/13, Laudo, 8 de octubre de 2009 ¶ 303 [CL-0124].

⁷³⁴ *Íd.*

tribunal de *AES c. Hungría* explicó que las medidas deben ser razonables, debe existir un correlato entre el objetivo de orden público del Estado y la medida adoptada para lograrlo. En cuanto a las medidas discriminatorias, el tribunal de *Ulysseas c. Ecuador* señaló que basta con que dos situaciones similares reciban un trato diferente—no se requiere intención discriminatoria⁷³⁵.

548. El Prof. Bullard y el Primer Juzgado Constitucional de Lima están de acuerdo en que la expropiación de la inversión de la Demandante por parte de la Demandada de un día para otro, mediante procesos ilegítimos y sin previo aviso, la oportunidad a ser oída o una apelación, ocasionó daños a la Demandante sin ninguna finalidad legítima⁷³⁶. El Prof. Bullard concluyó que esta medida “*tuvo sustento en razones de oportunidad, mérito o conveniencia*”, y el Primer Juzgado Constitucional de Lima sostuvo que dado que el Decreto Supremo 032 correspondía a la inversión de la Demandante, fue arbitrario y contrario al derecho peruano⁷³⁷. Estas medidas, no solo ocasionaron daños sin ninguna finalidad legítima clara sino que, además, por extensión, las medidas de la Demandada contrarias a la ley peruana “*no se basan en normas legales sino en discreción, prejuicio o preferencias personales*” y se “*adoptaron por razones distintas a las que propuso la persona que tomó la decisión*”, en la medida que el Decreto Supremo 032 y el Gobierno peruano no ofrecieron ninguna razón⁷³⁸. Nunca se explicaron a la Demandante las supuestas “*circunstancias que implican que las*

⁷³⁵ C-I ¶¶ 188 – 190; *Siemens A. G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, 6 de febrero de 2007 ¶ 321 [CL-0031]; *Ulysseas, Inc. c. La República del Ecuador*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 12 de junio de 2012 ¶ 293 [CL-0065]; *National Grid c. Argentina*, CNUDMI, Laudo, 3 de noviembre de 2008 ¶ 197 [CL-0081]; *Azurix c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo, 14 de julio de 2006 ¶ 391 [CL-0082]; *Waguïh Elie George Siag y otros c. La República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/15, Laudo, 1 de junio de 2009 ¶ 457 [CL-0085]; *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 14 de enero de 2010 ¶¶ 260, 262 [CL-0094]; *Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. Libano*, Caso CIADI No. ARB/07/12, Laudo, 7 de junio de 2012 ¶ 157 [CL-0098]; *AES Summit Generation Limited y otros c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/07/22, Laudo, 23 de septiembre de 2010 ¶¶ 10.3.2, 10.3.9 [CL-0123]; *EDF (Services) Limited c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/05/13, Laudo, 8 de octubre de 2009 ¶ 303 [CL-0124]; *Antoine Goetz y otros c. República de Burundi*, Caso CIADI No. ARB/95/3, Laudo, 10 de febrero de 1999 ¶ 121 [CL-0125]; *Eastern Sugar B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Caso CCE No. 088/2004, Laudo Parcial, 27 de marzo de 2007 ¶ 338 [CL-0126].

⁷³⁶ C-II ¶ 410; Resolución No. 28 sobre Acción de Amparo, Primer Juzgado Constitucional de Lima, 12 de mayo de 2014 [C-0006]; Primer Reporte Bullard ¶ 178 [CEX-003].

⁷³⁷ *Íd.*

⁷³⁸ *Íd.*

*condiciones legalmente requeridas para la sanción del Decreto Supremo 083 ya no existen*⁷³⁹.
[Traducción del Tribunal]

549. Es indiscutible que, al expropiar la inversión de la Demandante, sin previo aviso ni oportunidad de ser oída, la Demandada ignoró intencionalmente el debido proceso y el procedimiento adecuado. Por ende, este Tribunal debe concluir que la Demandada violó sus obligaciones en virtud del TLC de brindar a la Demandante y a su inversión protección frente a medidas arbitrarias y discriminatorias⁷⁴⁰.
550. Además, el Decreto Supremo 032 fue irrazonable porque, en vez de perseguir un fin público legítimo, *“tuvo el efecto de privar a las comunidades locales y a Perú, en general, de ingresos y oportunidades esenciales”*, y *“se dictó con el objeto de apropiarse, de forma gratuita, de un proyecto minero de primera clase”*⁷⁴¹. [Traducción del Tribunal]
551. La sanción del Decreto Supremo 032 y la acción civil que inició el MINEM en el año 2011 afectaron la *gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición* de la inversión de la Demandante en el Perú y fueron discriminatorias. El arreglo entre la Demandante y la Sra. Villavicencio para adquirir las concesiones mediante Acuerdos de Opción es un arreglo habitual en el sector minero del Perú, que se emplea para evitar la interferencia de otros y, a la vez, obtener la autorización para adquirir el título, tal como establece el Artículo 71 de la Constitución. La Demandada no apuntó hacia otro inversionista que haya adquirido derechos mineros en áreas de frontera de modo similar. La Demandante fue el único foco de las violaciones del derecho internacional por parte de la Demandada⁷⁴².

2. Argumentos de la Demandada

552. El TLC no tiene una cláusula independiente de MID y la Demandante no puede crear esa protección invocando la Cláusula de NMF. En primer lugar, la Cláusula de NMF no se aplica a protecciones bajo tratados suscritos antes de que el TLC entrara en vigor el 1 de agosto de 2009. Todos los tratados

⁷³⁹ C-I ¶ 191.

⁷⁴⁰ C-II ¶ 411.

⁷⁴¹ C-I ¶ 191.

⁷⁴² *Íd.* en ¶¶ 192 – 193.

en los que la Demandante funda su pretensión de MID entraron en vigencia antes de esa fecha⁷⁴³. Ninguno de los acuerdos de inversión que celebró la Demandada después de la fecha de entrada en vigencia del TLC incluye una disposición de NMF⁷⁴⁴. La Demandante no refuta estos puntos y, en consecuencia, se debe desestimar su pretensión de MID⁷⁴⁵.

3. El razonamiento del Tribunal

553. El Tribunal concluyó *supra* que el Decreto Supremo 032 constituyó una expropiación indirecta ilícita. Por ende, no es necesario analizar si también constituyó un incumplimiento del deber de brindar a la Demandante protección frente a medidas irrazonables o discriminatorias. Las Partes no presentaron argumentos acerca de las consecuencias legales de dicha conclusión, la cual no cambiaría ni se sumaría a las conclusiones derivadas de una expropiación indirecta ilícita.

E. ARGUMENTOS SOBRE CULPA CONCURRENTES Y RESPONSABILIDAD

554. Los siguientes argumentos se esgrimieron en respuesta a las preguntas del Tribunal durante la Audiencia y a la siguiente pregunta contenida en la RP-10:

*(e) (iv) Si el Tribunal concluyera que la Demandante había contribuido al malestar social presente en la primavera de 2011—ya sea por acción u omisión—, ¿cómo debería tenerse en cuenta dicha contribución al determinar cuestiones de responsabilidad y/o cuantificación de daños?*⁷⁴⁶

⁷⁴³ R-I ¶ 314; R-II ¶ 574; Lista de la CNUCYD de Tratados Bilaterales de Inversión firmados por el Perú [R-088].

⁷⁴⁴ R-I ¶ 315; R-II ¶ 575; Tratado de Libre Comercio entre el Perú y los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio, suscrito el 14 de julio de 2010 [R-090]; Tratado de Libre Comercio entre el Perú y Corea, suscrito el 14 de noviembre de 2010 [R-092]; Tratado de Libre Comercio entre el Perú y México, suscrito el 6 de abril de 2011 [R-101]; Tratado de Libre Comercio entre el Perú y Costa Rica, suscrito el 21 de mayo de 2011 [R-125]; Tratado de Libre Comercio entre el Perú y Panamá, suscrito el 25 de mayo de 2011 [R-126]; Tratado de Libre Comercio entre el Perú y Japón, suscrito el 31 de mayo de 2011 [R-127]; Tratado de Libre Comercio entre el Perú y Guatemala, suscrito el 12 de junio de 2011 [R-128]; Tratado de Libre Comercio entre el Perú, Colombia y la UE, suscrito el 26 de junio de 2012 [R-129]; Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, suscrito el 10 de febrero de 2014 [R-130].

⁷⁴⁵ R-II ¶ 576.

⁷⁴⁶ RP-10 ¶ 2.1.4 (e)(iv).

1. Argumentos de la Demandante

555. La teoría de la culpa concurrente no puede excusar o reducir la responsabilidad de la Demandada por su violación del TLC, pues la Demandante no provocó el conflicto social en la zona sur de Puno. Sin embargo, si el Tribunal resolviera que la Demandante contribuyó al conflicto social, la doctrina de la culpa concurrente en el derecho internacional requiere que la parte que aboga por su aplicación demuestre—además de la contribución al daño del inversionista—que la conducta u omisión voluntaria o negligente del inversionista contribuyó, en gran medida, al daño sufrido y fue, por lo tanto, causa directa de dicho daño. También debe existir una relación de causalidad suficiente entre la acción u omisión voluntaria o negligente y el daño, de acuerdo con el Artículo 31 de la CDI. La Demandada no puede satisfacer la carga de la prueba para que se llegue a esa conclusión⁷⁴⁷.
556. Aquí, la Demandante llevó a cabo 130 talleres de participación comunitaria e implementó varios programas sociales para beneficiar a las comunidades locales. El expediente demuestra que la Demandante fue receptiva ante las inquietudes planteadas y actuó de manera racional para atenderlas⁷⁴⁸. La Demandante trabajó con consultores externos que fueron diligentes en la implementación de proyectos mineros en el Perú y se benefició con sus conocimientos⁷⁴⁹. A medida

⁷⁴⁷ CPHB-I ¶¶ 93 – 96, *compárese* con CPHB-I ¶ 95 (*en el cual se relata* cómo la demandada en el caso *Copper Mesa* demostró el aporte de la demandante a las malas relaciones comunitarias a través de un conflicto armado que la propia demandante planificó y patrocinó); CPHB-II ¶ 62; Tr. 550 (Swarthout); 887 (Gala); Entrevista al Ing. Fernando Gala, Presidente del Consejo de Minería, Pontificia Universidad Católica del Perú, 18 de noviembre de 2013 [C-0197]; Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Art. 35 (2001) (actualizado en 2008) 110 [CL-0030]; *Abengoa S.A. y Cofides S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/2, Laudo, 18 de abril de 2013 [CL-0072]; *MTD Equity c. Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo, 25 de mayo de 2004 ¶¶ 242 – 246 [CL-0083]; *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Laudo, Oct. 5, 2012 ¶¶ 667 – 670 [CL-0198]; en términos generales, *Copper Mesa Mining Corporation c. República del Ecuador*, Caso CPA No. 2012-2, Laudo, 15 de marzo de 2016 [CL-0237]; *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, *Decisión sobre Anulación*, 21 de marzo de 2007 ¶ 101 [CL-0238]; *Yukos Universal Limited (Isla de Man) c. Federación Rusa*, Caso CPA No. AA 227, Laudo Definitivo, 18 de julio de 2014 ¶¶ 1595 – 1600 [RLA-018].

⁷⁴⁸ CPHB-I ¶ 97, Tr. 472 – 474, 550 – 551 (Swarthout); Ausenco Vector, *Plan de Participación Ciudadana* (“PPC”) de Bear Creek, Información de Talleres Participativos 2007-2010, Anexo 2 [C-0155]; Acuerdo entre Cóndor Aconcagua y Bear Creek, 23 de mayo de 2009 [C-0177]; Acuerdo entre Ancomarca y Bear Creek, 2 de julio de 2009 [C-0178]; Estudio de Impacto Ambiental 2010 (PPC), Anexo 2: Información de Talleres Participativos 2007-2010 [R-229].

⁷⁴⁹ CPHB-I ¶ 98, Tr. 459 – 460 (Swarthout); 722 (Antúnez de Mayolo).

que avanzó el Proyecto, la Demandante llevó a cabo una participación comunitaria responsable, que el MINEM respaldó mediante la aprobación del PPC de la Demandante⁷⁵⁰.

557. A diferencia de las actividades de la Demandante, la DGAAM de la Demandada—el organismo a cargo de determinar el PPC más adecuado—se rehusó a participar y realizar visitas en la zona antes de la presentación del ESIA por parte de la Demandante y, en cambio, delegó la cuestión a las autoridades regionales. Los testimonios también confirmaron que la DGAAM nunca informó a la Demandante acerca de cualquier defecto en el PPC⁷⁵¹.
558. La Demandada no logró demostrar que el programa de relaciones comunitarias de la Demandante haya contribuido, en gran medida, al conflicto social, tal que, de no haber sido por las supuestas acciones u omisiones negligentes de la Demandante, el conflicto nunca habría ocurrido y la Demandada no habría emitido el Decreto Supremo 032. Incluso el Juzgado Constitucional de la Demandada resolvió que la Demandante no es responsable por el conflicto social en la zona sur de Puno⁷⁵². Dado que los manifestantes exigían la revocación de las concesiones de todos los titulares, la Demandada no puede demostrar ese escenario contrafáctico de que si no hubiera existido el programa de participación de la Demandante, nunca se habría producido el conflicto social en la zona⁷⁵³. A la luz de todas las circunstancias, la Demandada perdió el control de los hechos y ni siquiera intentó mediar, con lo cual incumplió sus responsabilidades en virtud del Decreto Supremo 028 y la correspondiente Resolución Ministerial No. 304⁷⁵⁴. En particular, la Demandada no cumplió con sus obligaciones establecidas en el Decreto Supremo 028 de “*guiar, dirigir, conducir los procesos de participación ciudadana con el propietario de los derechos mineros e informar a la*

⁷⁵⁰ CPHB-I ¶ 99; Tr. 460 (Swarthout).

⁷⁵¹ CPHB-I ¶ 100; Tr. 550 (Swarthout); 1083 – 1084, 1087 – 1090, 1101 – 1102 (Ramírez Delpino).

⁷⁵² CPHB-I ¶¶ 101, 102 (*compárese* con el caso *Abengoa*, en el que el Tribunal resolvió que el conflicto social fue consecuencia de las acciones agresivas y engañosas de quienes se opusieron a la inversión, no de los esfuerzos de integración comunitaria supuestamente insuficientes de la demandante. Para que prospere un reclamo de culpa concurrente, la Demandada debe demostrar que si se hubiera implementado un programa de integración social de manera oportuna, los hechos que desencadenaron en la expropiación no habrían ocurrido. Véase *Abengoa S.A. y Cofides S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/2, Laudo, 18 de abril de 2013 ¶¶ 660, 670 – 672 [CL-0072]); CPHB-II ¶ 62; Resolución No. 28 sobre Acción de Amparo, Primer Juzgado Constitucional de Lima, 12 de mayo de 2014 págs. 20-21 [C-0006].

⁷⁵³ CPHB-I ¶ 103.

⁷⁵⁴ Tr. 1967 – 1968 (C. Response).

poblacion involucrado ”⁷⁵⁵ . Eso no sucedió: el Estado abandonó al inversionista, con las consecuencias que ya vimos⁷⁵⁶.

559. Aun si el Tribunal resuelve que, no obstante, la Demandante contribuyó con su conducta, en gran medida, al conflicto social y a la expropiación de su inversión, y que su accionar fue causa directa de ello, dicha conclusión no afectaría la responsabilidad, sino solo la cuantificación de los daños⁷⁵⁷.

2. Argumentos de la Demandada

560. El conflicto social fue consecuencia directa de la conducta de la Demandante⁷⁵⁸.

561. La falta de declaración completa y sincera por parte de la Demandante en la solicitud del mes de diciembre de 2006 afectaría la responsabilidad. La derogación del Decreto Supremo 083 el 23-24 de junio de 2011 se basó en (1) la protesta que imposibilitó mantener ese Decreto y (2) las falsas declaraciones que se anunciaron públicamente en la reunión entre los aymaras, el MINEM y otros miembros del Gobierno. El Decreto Supremo 032 no se adoptó repentinamente, sino que fue consecuencia de las falsas declaraciones de la Demandante⁷⁵⁹. No puede haber responsabilidad porque la revocación no fue arbitraria, sino que fue la única medida racional que el Gobierno podía tomar dadas las circunstancias⁷⁶⁰. Las falsas declaraciones de la Demandante también presentan graves consecuencias para las comunidades⁷⁶¹. El Sr. Swarthout, testigo de la Demandante, confirmó

⁷⁵⁵ Tr. 2009 (C. Response).

⁷⁵⁶ *Íd.* en 1976 (C. Response).

⁷⁵⁷ CPHB-I ¶ 104; *MTD Equity c. Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo, 25 de mayo de 2004 ¶ 243 [CL-0083]; *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Laudo, 5 de octubre de 2012 ¶¶ 680, 687 [CL-0198]; *Copper Mesa Mining Corporation c. República del Ecuador, Caso CPA No. 2012-2, Laudo, 15 de marzo de 2016 ¶¶ 6.91 – 6.92 [CL-0237]*; *Yukos Universal Limited (Isla de Man) c. Federación Rusa*, Caso CPA No. AA 227, Laudo Definitivo, 18 de julio de 2014 ¶ 1594 [RLA-018].

⁷⁵⁸ RPHB-I ¶ 114.

⁷⁵⁹ Tr. 1941 – 1945 (Intercambio de la Demandada con el Árbitro Sands).

⁷⁶⁰ *Íd.* en 1945 (Intercambio de la Demandada con el Árbitro Sands).

⁷⁶¹ *Íd.* en 1945 – 1947 (Intercambio de la Demandada con el Árbitro Sands).

en su testimonio oral que hubo una confusión con respecto a quién se haría cargo de proporcionar qué a las poblaciones afectadas⁷⁶².

562. La contribución de la Demandante es importante con respecto a sus expectativas legítimas: el Artículo 71 es una excepción y los inversionistas extranjeros no pueden tener la expectativa legítima de que se mantendrá la excepción si no actúan de conformidad con la Constitución o las disposiciones del Decreto de Necesidad Pública. Si el inversionista no obtiene la licencia social o no cumple con el resto de sus obligaciones, no puede tener la expectativa legítima de que conservará los derechos otorgados en virtud del Artículo 71 de la Constitución⁷⁶³.
563. La Demandada no niega que tuviera una función conforme al Decreto Supremo 028, pero las Partes sí discrepan en cuanto a la función de las autoridades peruanas. La Demandada considera que su función era aprobar los mecanismos y procesos o aprobar el camino por el cual la Empresa podía obtener la confianza de las comunidades. Sin embargo, la aprobación de un PPC no constituye aprobación de cómo se implementó. La implementación entra en el ámbito de responsabilidades de la empresa. Las autoridades locales brindaron todo su apoyo a la Demandante. Si bien debe existir cooperación entre las autoridades, el punto no es si la población confía en el Gobierno, sino si la población confía en el inversionista y el proyecto en cuestión. La empresa debe explicar su Proyecto a las comunidades y ganarse su confianza⁷⁶⁴.
564. Los casos que cita la Demandante demuestran que el Tribunal debería considerar la culpa concurrente, no meramente el escenario contrafáctico, y debe reducir el cálculo de los daños en conformidad con ello⁷⁶⁵.

⁷⁶² *Íd.* en 1965 – 1966 (Intercambio de la Demandada con el Árbitro Sands) (con cita de Tr. 436 – 437 (Swarthout)).

⁷⁶³ *Íd.* en 1948 – 1949 (Intercambio de la Demandada con el Árbitro Sands).

⁷⁶⁴ *Íd.* en 1968 – 1974 (Intercambio de la Demandada con el Árbitro Pryles).

⁷⁶⁵ RPHB-II ¶¶ 50, 53 – 54; *Anatolie Stati y otros. c. Kazajstán*, Arbitraje CCE No. 116/2010, Laudo, 19 de diciembre de 2013 ¶ 1331 [CL-0080]; *MTD Equity c. Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo, 25 de mayo de 2004 ¶¶ 245 – 246 [CL-0083]; *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Laudo, 5 de octubre de 2012 ¶¶ 687, 825 [CL-0198]; *Copper Mesa Mining Corporation c. República del Ecuador*, Caso CPA No. 2012-2, Laudo, 15 de marzo de 2016 ¶¶ 6.133, 7.30, 7.32, 10.7 [CL-0237]; *Yukos Universal Limited (Isla de Man) c. Federación Rusa*, Caso CPA No. AA 227, Laudo Definitivo, 18 de julio de 2014 ¶ 1637 [RLA-018]; *Antione Goetz y otros c. República de Burundi [III]*, Caso CIADI No. ARB/01/2, Laudo ¶ 258 [RLA-098].

3. El razonamiento del Tribunal

565. Las Partes discrepan en relación con sus respectivas funciones y obligaciones de divulgación y contacto con las comunidades locales y la aplicación del Decreto Supremo 028⁷⁶⁶.
566. La Demandada alega que “ese papel fue de aprobar mecanismos y procesos o dar aprobación al camino por el cual tuvo que pasar la empresa para ganar la confianza de las comunidades”⁷⁶⁷. Sin embargo, aclara que la aprobación de un PPC no constituye aprobación del modo en que se implementó. La implementación entra en el ámbito de responsabilidades de la empresa. Las autoridades locales brindaron todo su apoyo a la Demandante⁷⁶⁸.
567. Cabe recordar que, cuando el Tribunal analizó con mayor detenimiento las actividades de divulgación de la Demandante, la conclusión *supra* fue:

Con respecto a la participación de la Sra. Villavicencio: *en un “análisis cuidadoso por parte de las autoridades gubernamentales” a lo largo de un período de casi un año, la información disponible relativa a la participación de la Sra. Villavicencio mencionada supra no pudo haber sido omitida por las agencias gubernamentales involucradas en el proceso y, al menos, debería haber sido observada. El supuesto descuido, si existiera, debe atribuirse a la Demandada y no a la Demandante. Consecuentemente, el Tribunal no encuentra ninguna razón por la cual el proceso, tal como se llevara a cabo, tornaría inconstitucional la Solicitud o el Decreto Supremo 083 derivado de ella.*

Y con respecto a las actividades de divulgación de la Demandante: *“La evidencia resumida supra demuestra que desde un principio hasta el momento que precedió a la reunión de fecha 23 de junio de 2011, todas las actividades de divulgación por parte de la Demandante fueron de conocimiento de las autoridades de la Demandada y se realizaron con su aprobación, apoyo, y respaldo, que las autoridades no plantearon objeción alguna en este contexto. Aunque, tal como se ha mencionado supra, habrían sido viables más acciones por parte de la Demandante, sobre la base de la coordinación continua con las autoridades de la Demandada y el respaldo de estas, el Tribunal arriba a la conclusión de que la Demandante pudo dar por hecho haber cumplido con todos los requisitos legales en lo que se refiere a su divulgación a las comunidades locales. La Demandada, después de su aprobación y respaldo continuo a la conducta de la Demandante, no puede afirmar en retrospectiva que esta conducta fue contraria al Convenio 169 de la OIT o insuficiente, y que ocasionó el conflicto social en la región o contribuyó a este”.*

⁷⁶⁶ Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, Decreto Supremo No. 028-2008-EM [R-159].

⁷⁶⁷ Tr. 2004 (Intercambio de la Demandada con el Árbitro Pryles).

⁷⁶⁸ *Íd.* en 1970 – 1973 (Intercambio de la Demandada con el Árbitro Pryles).

568. Tal como señalara correctamente la Demandante⁷⁶⁹, la Demandada tenía el deber de demostrar que sus violaciones del TLC, que el Tribunal confirmó en sus considerandos de este Laudo, fueron en cierta medida provocadas por la Demandante. En vista de las conclusiones del Tribunal citadas *supra*, la Demandada no cumplió con su carga de la prueba.

569. Por lo tanto, el Tribunal concluye que no hubo culpa concurrente ni responsabilidad por parte de la Demandante.

X. DAÑOS

570. La pregunta del Tribunal en la sección 2.1.4 (e) de la RP-10 fue la siguiente:

¿Cuáles son las sumas monetarias que el Tribunal debe otorgar a la Demandante si llegara a la conclusión de que:

- i. la supuesta inversión de la Demandante fue lícitamente expropiada?*
- ii. la supuesta inversión de la Demandante fue ilícitamente expropiada?*
- iii. la Demandada violó sus obligaciones en virtud del TLC respecto del TJE u otras obligaciones en virtud de otras disposiciones del TLC?*
- iv. Si el Tribunal concluyera que la Demandante había contribuido al malestar social presente en la primavera de 2011 -ya sea por acción u omisión-, ¿cómo debería tenerse en cuenta dicha contribución al determinar cuestiones de responsabilidad y/o cuantificación de daños?*⁷⁷⁰

571. Las secciones pertinentes del TLC establecen:

Artículo 812³: Expropiación

- 1. Ninguna de las Partes podrá nacionalizar o expropiar una inversión cubierta, sea directa o indirectamente, mediante medidas que tengan un efecto equivalente a la nacionalización o expropiación (en adelante “expropiación”), salvo por propósito público, de conformidad con el debido proceso, de una manera no discriminatoria y mediante una indemnización pronta, adecuada y efectiva.*
- 2. Dicha indemnización será equivalente al valor justo de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que la expropiación se haya llevado a cabo (“fecha de expropiación”), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de evaluación incluirán el valor de empresa en funcionamiento, el*

⁷⁶⁹ CPHB-I ¶¶ 93 – 96.

⁷⁷⁰ RP-10 ¶ 2.1.4 (e)(i) – (iii).

valor del activo incluyendo el valor fiscal declarado de la propiedad tangible y otros criterios, según corresponda, para determinar el valor justo de mercado.

3. *La indemnización será pagada sin demora y será completamente liquidable y libremente transferible. La indemnización será pagadera en una moneda libremente convertible e incluirá un interés de una tasa comercialmente razonable para dicha moneda a partir de la fecha de expropiación hasta la fecha de pago.*

A. EL ESTÁNDAR DE INDEMNIZACIÓN / SI LA INDEMNIZACIÓN SE LIMITA A LOS MONTOS INVERTIDOS / RESPUESTAS A LAS PREGUNTAS (E)(I) – (IV) DEL TRIBUNAL

1. Argumentos de la Demandante

572. La Demandante solicita que el Tribunal adjudique a la Demandante, al menos, USD 296,6 millones si resuelve que Santa Ana fue objeto de expropiación lícita. Si el Tribunal descubre otra violación del Tratado o expropiación ilícita, el Tribunal debería otorgarle, al menos, USD 522,2 millones⁷⁷¹.
573. La Demandante tiene derecho al equivalente monetario de las inversiones ilícitamente expropiadas por la Demandada⁷⁷². Para calcular la indemnización que la Demandada adeuda a la Demandante, el Tribunal debe, en primer lugar, consultar la *lex specialis* del TLC y, a falta de *lex specialis*, las normas del derecho internacional consuetudinario. Para las expropiaciones lícitas, la *lex specialis* está plasmada en el Artículo 812 del TLC. En cuanto a las expropiaciones ilícitas, no hay ninguna disposición al respecto en el TLC y se aplica el derecho internacional consuetudinario para cubrir esa laguna⁷⁷³.
574. El argumento de la Demandante acerca de la aplicación del estándar del derecho internacional consuetudinario contenido en el caso *Fábrica de Chorzów* fue:

Perú debe ser condenado a pagar la reparación íntegra, es decir, en palabras del caso

⁷⁷¹ CPHB-I ¶¶ 78, 88.

⁷⁷² C-I ¶ 195; Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Art. 35 (2001) (actualizado en 2008) Art. 31 [CL-0030].

⁷⁷³ C-I ¶¶ 127 – 129, 198 – 200, 223 – 231; CPHB-I ¶¶ 88, 92; CPHB-II ¶ 59; Tr. 141 – 142 (C. Opening); *Amoco International Finance Corp. c. República Islámica de Irán, Tribunal de Reclamaciones Irán-EE. UU.*, Caso No. 56, Cámara 3, Laudo No. 310-56-3, Laudo Parcial, 14 de julio de 1987, 27 I.L.M. 1314 (1988) ¶¶ 112, 189, 193 – 199 [CL-0053]; *ADC Affiliate Limited, y otros c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/03/16, Laudo, 2 de octubre de 2006 ¶¶ 481, 483 [CL-0060]; *Caso Relativo a la Fábrica de Chorzów* (Alemania c. Polonia), 1928 P.C.I.J. (ser. A) No. 17 (13 de septiembre de 1928) pág. 47 [CL-0205].

Fábrica de Chorzów, una suma que “elimine todas las consecuencias del hecho ilícito y restablezca la situación en la que estaría el Estado afectado, de no haber sucedido el hecho ilícito”. El Artículo 31 de los Artículos de la CDI explica que esto abarca “todo daño, tanto material como moral” causado por la expropiación ilícita. Esto incluiría no solo el daño causado por Bear Creek en relación con el Proyecto Santa Ana en sí, sino también los daños por pérdidas sufridas con respecto al Proyecto Corani, resultantes de la expropiación por parte de Perú del Proyecto Santa Ana y otras violaciones del TLC. El Artículo 36 de los Artículos de la CDI, a su vez, dispone que esta indemnización “cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado”⁷⁷⁴. [Traducción del Tribunal]

575. Según el caso *Fábrica de Chorzów*, los tribunales están obligados a otorgar el valor más alto, ya sea el valor a la fecha de expropiación con más los intereses correspondientes o el valor a la fecha del laudo. Eso se ajusta al principio de derecho de que el delincuente no se debe beneficiar con el acto ilícito. Cualquier otra decisión implicaría retribuir absurdamente la conducta ilícita⁷⁷⁵.
576. Además, es coherente con el principio enunciado en *Chorzów* de que la indemnización que corresponde a una demandante con respecto a una toma ilícita no se debe limitar al “valor del proyecto al momento de la desposesión con más sus intereses, dado que dicha limitación podría colocar a la demandante en una posición más favorable de la que habría gozado si el Estado hubiera cumplido con sus obligaciones jurídicas”⁷⁷⁶. En el caso de las expropiaciones ilícitas, se presta atención a la

⁷⁷⁴ C-I ¶ 197; véase, también, C-I ¶¶ 195 – 196, 202 – 205; Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Art. 35 (2001) (actualizado en 2008) Art. 31, 36 [CL-0030]; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo, 20 de agosto de 2007 ¶ 8.2.5 [CL-0038]; *Amoco International Finance Corp. c. República Islámica de Irán, Tribunal de Reclamaciones Irán-EE. UU.*, Caso No. 56, Cámara 3, Laudo No. 310-56-3, Laudo Parcial, 14 de julio de 1987, 27 I.L.M. 1314 (1988) ¶¶ 191 – 193 [CL-0053]; *ADC Affiliate Limited, y otros c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/03/16, Laudo, 2 de octubre de 2006 ¶¶ 493, 497 [CL-0060]; *Rumeli Telekom A.S. y otros c. República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo, 29 de julio de 2008 ¶ 792 [CL-0078].

⁷⁷⁵ C-I ¶¶ 201, 205 – 210; *Siemens A. G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, 6 de febrero de 2007 ¶¶ 351 – 353 [CL-0031]; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo, 20 de agosto de 2007 ¶ 8.2.5 [CL-0038]; *Amoco International Finance Corp. c. República Islámica de Irán, Tribunal de Reclamaciones Irán-EE. UU.*, Caso No. 56, Cámara 3, Laudo No. 310-56-3, Laudo Parcial, Jul. 14, 1987, 27 I.L.M. 1314 (1988) ¶ 18 n. 22 [CL-0053]; *ADC Affiliate Limited, y otros c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/03/16, Laudo, 2 de octubre de 2006 ¶¶ 495 – 499, 518 [CL-0060]; *Caso Relativo a la Fábrica de Chorzów (Alemania c. Polonia)*, Sentencia, 13 de septiembre de 1928 (“Caso *Fábrica de Chorzów*”), 1928 P.C.I.J. (ser. A), No. 17 (13 de septiembre) 43 – 44 [CL-0127]; William C. Lieblich, *Determinations by International Tribunals for the Economic Value of Expropriated Enterprises*, 7(1) J. Int’l. Arb. 37 (1990) n. 36 [CL-0128].

⁷⁷⁶ C-I ¶ 210.

“situación financiera [subjctiva] en la que habría estado la persona lesionada si no se hubiese cometido el hecho ilícito”. En cuanto a las expropiaciones lícitas—a diferencia con lo que ocurre en este caso—, se centra la atención en el “valor [objetivo] del bien en cuestión” [Traducción del Tribunal]. La diferencia de indemnización por expropiación lícita o ilícita es intuitiva y, por lo general, aceptada⁷⁷⁷.

577. Dado que la Demandada cometió una expropiación ilícita, el estándar de indemnización es la indemnización plena, que tiene por objeto volver a colocar a la Demandante en la situación financiera en la que se encontraba antes de la expropiación ilícita por parte de la Demandada⁷⁷⁸. Las pruebas demuestran que la Demandante podría haber continuado con sus actividades y pasado a la fase de producción, incluso con las eventuales demoras causadas por las protestas⁷⁷⁹. Además, y en relación con la pregunta del Tribunal (d) “De las dos razones invocadas por la Demandada para el Decreto 032, ¿podría este Decreto haber sido emitido también legalmente, si solo pudiera establecerse una de las dos razones?: i. solo la supuesta ilegalidad de la Solicitud de la Demandante?”, la Demandante alegó que, con respecto a sus reclamaciones ajenas a la expropiación, las pruebas reflejan que (1) la Demandante no violó la ley peruana y (2) aunque lo hubiera hecho, la Demandada la habría eximido de responsabilidad si la Demandante hubiese tenido la oportunidad de abordar la acusación⁷⁸⁰. El Estado no puede impunemente violar el derecho internacional por el solo hecho de que termine teniendo la razón acerca de los motivos que justifican la violación: toda acción estatal realizada sin

⁷⁷⁷ *Íd.* en ¶¶ 211 – 213; *SEDCO, Inc. y National Iranian Oil Company*, Laudo Interlocutorio No. ITL 55-129-3 (28 de octubre de 1985) (“Laudo Interlocutorio *SEDCO*”), reimpresso en 9 IRAN-U.S. C.T.R 248 y Laudo No. 309-129-3 (7 de julio de 1987), reimpresso en 15 IRAN-U.S. C.T.R 23) 180, 189, 205, n. 40 [CL-0052]; Caso *Fábrica de Chorzów* 40 [CL-0127]; I. Marboe, *CALCULATION OF COMPENSATION AND DAMAGES IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* 34 (Oxford University Press 2009) 34 – 36, 68 [CL-0130]; D. W. Bowett, *State Contracts with Aliens*, 59 Brit. Y.B. Int’l. L. 47, 61 (1988) [CL-0131]; Ignaz Seidl-Hohenveldern, *L’évaluation des dommages dans les arbitrages transnationaux*, 33 *Annuaire Français de Droit International* 7, 12 (1987) [CL-0132].

⁷⁷⁸ CPHB-I ¶ 89.

⁷⁷⁹ *Íd.* en ¶ 90; Tr. 145 – 173 (C. Opening); Segundo Informe FTI ¶¶ 7.33 – 7.34, 7.40 – 7.44 [CEX-004].

⁷⁸⁰ RP-10 ¶ 2.1.4 (d)(i); CPHB-I ¶¶ 69 – 70; CPHB-II ¶ 60; Resolución No. 28 sobre Acción de Amparo, Primer Juzgado Constitucional de Lima, 12 de mayo de 2014 [C-0006]; Decreto Supremo No. 083-2007-EM y Fundamentos ¶ 62 [Bullard 02].

cumplir el debido proceso genera responsabilidad internacional para el Estado, sin perjuicio de si la medida se pudo haber justificado o no en el fondo de la cuestión⁷⁸¹.

578. Aunque la expropiación de sus bienes hubiese sido lícita, la Demandante también habría tenido derecho a indemnización pronta, adecuada y efectiva, de acuerdo con el Artículo 812 del TLC. El Artículo 812 del TCL explica los estándares de “*justa y eficaz*” y “*pronta, adecuada y efectiva*”, pero no define el término “*valor justo de mercado*” (“VJM”)⁷⁸². El estándar de indemnización por expropiación en el derecho internacional consuetudinario es la indemnización “*plena*”. En *CME*, el tribunal señaló que el objetivo de tales disposiciones en los TBI es garantizar que “*cuando un Estado se apropia de bienes extranjeros, debe pagar indemnización plena*”⁷⁸³. Esta interpretación cuenta con el respaldo de otros tribunales, que advirtieron que la indemnización “*plena*” hace referencia a la indemnización “*pronta, adecuada y efectiva*”⁷⁸⁴. El perito de la Demandante define VJM como “*el*

⁷⁸¹ CPHB-II ¶¶ 61; *Rumeli Telekom A.S. y otros c. República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo, 29 de julio de 2008 ¶¶ 615 – 619 [CL-0078]; *Amco Asia Corp. c. Indonesia* (Primer Tribunal), Caso CIADI No. ARB/81/1, Laudo sobre el Fondo, 21 de noviembre de 1984, 24 I.L.M. 1022, 1038 (1985) ¶¶ 198 – 199, 202 – 203 [CL-0137].

⁷⁸² C-I ¶¶ 214 – 217; TLC Canadá-Perú Art. 812(1) – (3) [C-0001]; Informe Pericial FTI (29 de mayo de 2015) (“Primer Informe FTI”) ¶ 7-3 [CEX-001].

⁷⁸³ *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, Laudo Definitivo, 14 de marzo de 2003 [CL-0133].

⁷⁸⁴ C-I ¶¶ 218 – 222; CPHB-I ¶¶ 78 – 79; TLC Canadá-Perú Art. 812(1) [C-0001]; *Asian Agric. Prods., Ltd. (AAPL) c. Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, Laudo Definitivo, 27 de junio de 1990, 30 I.L.M. 580, (1991) ¶ 577 [CL-0036]; *Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton c. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*, Laudo No. 141-7-2 (29 de junio de 1984), reimpresso en 6 IRAN-U.S. C.T.R. 219 4 [CL-0050]; Laudo Interlocutorio *SEDCO* 634 [CL-0052]; *Metalclad c. México*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000 ¶ 122 [CL-0105]; *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, Laudo Definitivo, 14 de marzo de 2003 ¶ 497 [CL-0133]; *S.D. Myers, Inc. c. Canadá*, CNUDMI (TLCAN), Segundo Laudo Parcial, 21 de octubre de 2002 (“Segundo Laudo Parcial *S.D. Myers*”), Capítulo VI en 59 [CL-0134]; Banco Mundial, “Directrices sobre el Tratamiento de la Inversión Extranjera Directa”, reimpresso en 7 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal (1992) 303 [CL-0135]; *Biloune y Marine Drive Complex Ltd c. Ghana Investments Centre y el Gobierno de Ghana*, CNUDMI, Laudo sobre Daños y Costas, 20 de junio de 1990, 95 I.L.R. 210-211 (1994) [CL-0136]; *Amco Asia Corp. c. Indonesia* (Primer Tribunal), Caso CIADI No. ARB/81/1, Laudo sobre el Fondo, 21 de noviembre de 1984, 24 I.L.M. 1022, 1038 (1985) ¶¶ 280, 1038 [CL-0137]; *Amco Asia Corp. c. Indonesia* (Nueva presentación), Caso CIADI No. ARB/81/1, Laudo, 31 de mayo de 1990 ¶ 267 [CL-0138]; John A. Westberg, *Compensation in Cases of Expropriation and Nationalization: Awards of the Iran-United States Claims Tribunal*, 5(2) ICSID Rev.– Foreign Inv. L.J. 256, 280-82 (1990) [CL-0139]; John A. Westberg, *Applicable Law, Expropriatory Takings and Compensation in Cases of Expropriation; ICSID and Iran-United States Claims Tribunal Case Law Compared*, 8(1) ICSID Rev.– Foreign Inv. L.J. 1, 16-18 (1993) [CL-0140]; *American Int’l. Group, Inc. c. Irán*, Caso No. 2 del Tribunal de Reclamaciones Irán-EE. UU., Laudo No. 93-2-3, 19 de diciembre de 1983, 4 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 96 (1983) [CL-0141]; Peter Schaufelberger, *LA PROTECTION JURIDIQUE DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX DANS LES PAYS EN DEVELOPPEMENT* 85 (1993) [CL-0142]; Brice M. Claggett, *Just Compensation in International Law: The Issues Before the Iran-United States Claims Tribunal*, en 4 THE VALUATION OF NATIONALIZED PROPERTY IN INTERNATIONAL LAW 31, 71-79 (Richard B. Lillich

precio, expresado en términos de equivalentes de efectivo, al que se intercambiaría un bien entre un vendedor y comprador hipotéticos, dispuestos y aptos, en una transacción de libre competencia en un mercado abierto y sin restricciones, ambos sin estar obligados a vender o comprar y con conocimiento razonable de los hechos relevantes” [Traducción del Tribunal]⁷⁸⁵. Ambas Partes están de acuerdo con esta definición⁷⁸⁶ y la Demandada “no cuestiona el hecho de que el valor justo de mercado sea el estándar apropiado en este caso”⁷⁸⁷ [Traducción del Tribunal]. Los argumentos de ambas Partes establecen que (1) la adjudicación de los montos invertidos no es un cálculo apropiado del VJM y (2) el método de FCD brinda un cálculo confiable del VJM, sobre todo teniendo en cuenta que este caso versa sobre un proyecto/bien minero⁷⁸⁸.

579. EL TLC no hace ninguna excepción para las inversiones que el Estado considera que no habrían tenido éxito⁷⁸⁹. Aun si se pudiera decir que hubo “falta de licencia social” (que la Demandante cuestiona), siempre existe la posibilidad de que la oposición local afecte al proyecto. Esta posibilidad se contempla en el VJM. Un comprador hipotético del Proyecto Santa Ana habría obtenido la licencia

ed., Universidad de Virginia 1987) [CL-0143]; James Crawford, THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION’S ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY: INTRODUCTION, TEXT AND COMMENTARIES 225 (2002) [CL-0144]; *Starrett Housing Corp. c. Irán*, Caso No. 24 del Tribunal de Reclamaciones Irán-EE. UU., Laudo Interlocutorio No. ITL32-24-1, 19 de diciembre de 1983, 23 I.L.M. 1090 (1984) [CL-0145].

⁷⁸⁵ CPHB-I ¶ 79; Primer Informe FTI ¶ 7.3, nota al pie 210 [CEX-001].

⁷⁸⁶ CPHB-I ¶ 79; R-II ¶¶ 590 – 594.

⁷⁸⁷ CPHB-I ¶ 78; R-II ¶ 590.

⁷⁸⁸ CPHB-I ¶¶ 82; Tr. 732 – 733 (McLeod-Seltzer); *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo, 20 de agosto de 2007 ¶¶ 8.3.4, 8.3.8, 8.3.10 [CL-0038]; *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1, Laudo, 22 de septiembre de 2014 ¶ 690 [CL-0063]; *Waguieh Elie George Siag y otros c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/15, Laudo, 1 de junio de 2009 ¶¶ 563, 576 [CL-0085]; *Quiborax S.A. y otros c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Laudo, 16 de septiembre de 2015 ¶¶ 343 – 347 [CL-0184]; *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/84/3, Laudo, 20 de mayo de 1992 ¶¶ 214 – 215 [RLA-060]; *Mohammad Ammar Al-Bahloul c. República de Tayikistán*, Caso CCE No. V064/2008, Laudo Definitivo, 8 de junio de 2010 ¶¶ 74 – 75 [RLA-061]; *Gemplus, S.A., SLP, S.A. y Gemplus Industrial, S.A. de C.V. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/3 y ARB(AF)/04/4, Laudo, 16 de junio de 2010 ¶¶ 13-73 – 13-75 [RLA-064]; *Sociedad Minera El Brocal S.A.A., Estados Contables al 31 de diciembre de 2011*, 3 de febrero de 2012, Tabla 2 [BR-57].

⁷⁸⁹ CPHB-II ¶ 48; Tr. 1798 (C. Closing).

social si se le hubiera dado la oportunidad de invertir tiempo y dinero para ello. Sin embargo, la conducta de la Demandada impidió el desarrollo natural del Proyecto Santa Ana⁷⁹⁰.

580. En el caso poco probable de que este Tribunal resuelva que la Demandada no expropió la inversión de la Demandante, el Tribunal debe, de todos modos, otorgar indemnización a la Demandante porque la Demandada violó una o varias de las protecciones sustantivas del TLC. Tales acciones se asemejan a una expropiación ilícita y están sujetas a indemnización sobre la misma base de los mismos principios⁷⁹¹. El tribunal de *Vivendi II* advirtió que esta es una base generalmente aceptada para la indemnización⁷⁹². La cuantificación de la indemnización plena por violaciones no expropiatorias varía de un caso a otro⁷⁹³. Sin embargo, hay una nueva tendencia a basar dicha indemnización en el estándar del VJM, más las pérdidas históricas o determinadas, según sea el caso⁷⁹⁴. En especial, el tribunal de *Gold Reserve c. Venezuela* sostuvo que la indemnización adeudada debe reflejar la gravedad de la violación⁷⁹⁵.
581. Dado que “[1] las prácticas empleadas para evaluar los recursos y las reservas minerales están bien arraigadas; [2] el tiempo y los costos requeridos para desarrollar y procesar los minerales se pueden calcular con un grado razonable de precisión; [3] se habían realizado cálculos detallados del capital con respecto a Santa Ana; y [4] existen mercados internacionales bien desarrollados para los productos de metales procesados o semiprocesados que absorberán la producción de un proyecto de inmediato” [Traducción del Tribunal], los proyectos mineros y otros proyectos extractivos son distintos a los negocios no extractivos y se pueden valorar mediante una metodología de FCD, incluso antes de la fase de producción⁷⁹⁶. Los tribunales intervinientes en casos sobre inversiones, incluidos

⁷⁹⁰ CPHB-II ¶ 49; Tr. 757:3-15 (McLeod-Seltzer).

⁷⁹¹ C-I ¶¶ 176 – 181, 186 – 193, 223 – 224, 231; CPHB-I ¶ 92; CPHB-II ¶ 59; Caso *Fábrica de Chorzów* [CL-0127].

⁷⁹² C-I ¶ 225; CPHB-I ¶ 92; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo, 20 de agosto de 2007 ¶ 8.2.7 [CL-0038].

⁷⁹³ C-I ¶ 226; Segundo Laudo Parcial *S.D. Myers* ¶ 309 [CL-0134].

⁷⁹⁴ C-I ¶¶ 227 – 229; *National Grid c. Argentina*, CNUDMI, Laudo, 3 de noviembre de 2008 ¶¶ 269 – 270, 296 [CL-0081]; *Azurix c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo, 14 de julio de 2006 ¶¶ 424, 429 – 430 [CL-0082]; *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo de 2005 ¶ 410 [RLA-010].

⁷⁹⁵ C-I ¶ 230; *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1, Laudo, 22 de septiembre de 2014 ¶¶ 615, 680 [CL-0063].

⁷⁹⁶ C-II ¶ 419; CPHB-II ¶ 50; Primer Informe FTI ¶¶ 6.3, 7.12, 7.14 – 7.17 [CEX-001]; CIMVAL, Tabla 1 [FTI-04];

Gold Reserve, Quiborax, Al-Bahloul y Vivendi II, han reconocido que el método de FCD puede arrojar un cálculo confiable del VJM, incluso para negocios que no resulten completamente funcionales⁷⁹⁷. Si un comprador hubiera empleado el FCD para valorar Santa Ana en la fecha de expropiación—sin perjuicio de su etapa de desarrollo o historial de rentabilidad—, entonces no hay ningún fundamento en virtud del TLC que impida al Tribunal utilizar dicha valuación en este caso⁷⁹⁸. CIMVAL, los estándares internacionales de valuación de bienes minerales, respaldaron expresamente los métodos de valuación basada en los ingresos (como el FCD) para bienes clasificados como “*Activos de desarrollo*”, que es el caso de Santa Ana⁷⁹⁹.

582. La Demandada ignora los casos sobre tratados de inversión en los que el tribunal aprobó el FCD para proyectos en su fase inicial. En *Vivendi c. Argentina*, si bien el tribunal rechazó el modelo de FCD de la demandante, explicó de qué manera un modelo como ese se podría aceptar en circunstancias como las de la Demandante⁸⁰⁰. Dicho tribunal explicó que “un demandante podría llegar a establecer claramente que una inversión, como una Concesión, habría sido rentable mediante la presentación de suficientes pruebas de que su experiencia e historial probado de rentabilidad de concesiones operadas por él (o de hecho otros) en circunstancias similares”. Ese tribunal señaló que la falta de historial de rentabilidad no es impedimento absoluto para usar el método de valoración según el FCD. Para superar la falta de historial de rentabilidad, la demandante debe aportar pruebas convincentes de su capacidad para producir utilidades en las circunstancias específicas que le toque encarar. Dichas pruebas podrían incluir experiencia (propia o de expertos competentes) o registros societarios que establezcan, en base a las probabilidades, que se habrían obtenido utilidades de la Concesión de que se trate teniendo en cuenta los particulares riesgos involucrados⁸⁰¹.

Sociedad Minera El Brocal S.A.A., Estados Contables al 31 de diciembre de 2011, 3 de febrero de 2012. [BR-57].

⁷⁹⁷ CPHB-II ¶ 50; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo, 20 de agosto de 2007 ¶¶ 8.3.4, 8.3.8, 8.3.10 [CL-0038]; *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1, Laudo, 22 de septiembre de 2014 ¶¶ 830 – 831 [CL-0063]; *Quiborax S.A. y otros c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Laudo, 16 de septiembre de 2015 ¶¶ 343 – 347 [CL-0184]; *Mohammad Ammar Al-Bahloul c. República de Tayikistán*, Caso CCE No. V064/2008, Laudo Definitivo, 8 de junio de 2010 ¶¶ 74 – 75 [RLA-061].

⁷⁹⁸ C-II ¶ 419; Primer Informe FTI ¶¶ 6.3, 7.12, 7.14 – 7.17 [CEX-001].

⁷⁹⁹ *Íd.*, CPHB-I ¶ 81; CIMVAL, Tabla 1 [FTI-04].

⁸⁰⁰ Tr. 1802 – 1803 (C. Closing).

⁸⁰¹ C-II ¶ 421; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*, Caso CIADI No.

583. Según PwC, el sector minero es uno de los sectores en el cual los tribunales pueden y deben estar dispuestos a aceptar el FCD para nuevos emprendimientos, ya que ese sector se considera menos especulativo o incierto que, por ejemplo, una empresa nueva de tecnología con un modelo comercial no comprobado. En *Gold Reserve c. Venezuela*, el tribunal aplicó una valuación de FCD y otorgó USD 713 millones para dos concesiones mineras que nunca entraron en la fase de producción al momento de su revocación ilícita. En ese caso, Venezuela aceptó que el FCD es una herramienta válida y apropiada para medir el VJM⁸⁰². Ambos peritos presentaron valuaciones en las que utilizaron el método de FCD, si bien la expropiación ocurrió antes de que el Proyecto entrara en la fase de producción⁸⁰³. En este caso, los peritos también concuerdan que el FCD es apropiado⁸⁰⁴. Al igual que el tribunal de *Gold Reserve*, este Tribunal tiene suficientes datos como para preferir el método de FCD por sobre cualquier otro método, lo que permite al Tribunal determinar los flujos de fondos hipotéticos de la Demandante como si no hubiera ocurrido el acto ilícito de la Demandada⁸⁰⁵. En la Audiencia, la Demandante no pudo citar otros casos en que se hubiera utilizado la metodología de FCD para otros proyectos que alcanzaran un nivel de desarrollo similar al Proyecto Santa Ana⁸⁰⁶.
584. Los tribunales de *Siag* y *Al-Bahloul* reconocieron que no correspondía otorgar costos irrecuperables y que, en determinadas circunstancias, sería más apropiado emplear un método de FCD o un enfoque de mercado⁸⁰⁷. Al igual que en *Siag*, el valor de la inversión supera, en gran medida, las sumas que efectivamente desembolsó la Demandante. En ese caso, al igual que en este, las demandantes presentaron un modelo de FCD y un Modelo de Transacciones Comparables. Si bien ese tribunal

ARB/97/3, Laudo, 20 de agosto de 2007 ¶¶ 8.3.4., 8.3.8, 8.3.10 [CL-0038].

⁸⁰² C-II ¶ 422; CPHB-II ¶ 51; *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1, Laudo, 22 de septiembre de 2014 ¶¶ 830, 831 [CL-0063]; PwC, “2015 International Arbitration damages research” 8 [C-0243]; *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1, Laudo, 22 de septiembre de 2014 ¶ 690 [CL-0063]; John Y. Gotanda, *Recovering Lost Profits in International Disputes*, 36 G’TOWN J. INT’L LAW 61 (2004) 111 [CL-0203].

⁸⁰³ CPHB-I ¶ 83; *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1, Laudo, 22 de septiembre de 2014 ¶¶ 403, 416, 680 [CL-0063].

⁸⁰⁴ Tr. 1804 (C. Closing).

⁸⁰⁵ CPHB-II ¶ 52; Presentación de RPA, Diapositiva 17; Tr. 1438 – 1443 (RPA); Tr. 1607:10-15 (FTI); Ausenco Vector, Estudio de Factibilidad Actualizado – Proyecto Santa Ana – Puno, Perú – Informe Técnico NI 43-101, Actualización al 21 de octubre de 2010, Informe Técnico, 1 de abril de 2011 § 1.11 [C-0061].

⁸⁰⁶ Tr. 1962 – 1964 (Intercambio de la Demandada con el Árbitro Sands).

⁸⁰⁷ *Íd.* en 1798 (C. Closing).

rechazó el método de FCD, el valor otorgado fue, de todos modos, coherente con el Método de FCD. En *Al-Bahoul*, el tribunal no utilizó el método de FCD pero señaló que podría resultar apropiado en aquellos casos en que todavía no hubieran comenzado las actividades de la inversión pero hubiera datos suficientes para calcular los flujos de fondos futuros. Este caso tiene ese tipo de proyecciones⁸⁰⁸. Los tribunales de *SPP c. Egipto* y *Gemplus c. México* rechazaron el enfoque basado en costos⁸⁰⁹. En *Gemplus c. México*, el tribunal rechazó otros métodos distintos al FCD porque no contemplaban el activo más valioso: los flujos de ingresos futuros razonablemente previstos, y estos no se reflejaban en el precio de las acciones. Si bien el tribunal de *Gemplus* rechazó un método puro de FCD, aplicó una forma modificada del enfoque basado en los ingresos⁸¹⁰. En *SPP c. Egipto*, el tribunal señaló que era “*indiscutible*” que la inversión de la Demandante tenía un valor que superaba sus costos generales⁸¹¹.

585. La Demandante no está reclamando sus gastos de aproximadamente USD 2-3 millones antes de la emisión del Decreto Supremo 083. Sin embargo, estas actividades no fueron ilícitas, ya que la actividad de prospección no requiere permisos⁸¹².

586. Sería inapropiado e insuficiente otorgar a la Demandante solo su inversión irrecuperable. Tal como acordaran los peritos de las Partes, la adjudicación de las sumas invertidas es distinta al VJM: el Tribunal no puede adjudicar el VJM tal como lo exige el TLC a través de una adjudicación del costo de la inversión⁸¹³. Según los estándares CIMVAL, que requieren adoptar el Enfoque de Ingresos o de Mercado⁸¹⁴, el enfoque basado en los costos no es apropiado para Activos de desarrollo como Santa Ana, ni es coherente con los principios de valuación establecidos en el caso *Fábrica de Chorzów*. Dicha adjudicación implicaría incorrectamente que la inversión se realizó libre de riesgos y sin esperar ningún tipo de rentabilidad. El análisis demuestra que el enfoque basado en los costos que propone la Demandada otorgaría a la Demandante menos del 25% del valor de Santa Ana, lo que

⁸⁰⁸ *Íd.* en 1798 – 1801 (C. Closing).

⁸⁰⁹ *Íd.* en 1798 – 1799 (C. Closing).

⁸¹⁰ *Íd.* en 1801 – 1802 (C. Closing).

⁸¹¹ *Íd.* en 1802 (C. Closing).

⁸¹² *Íd.* en 1950 – 1951 (Intercambio de la Demandante con el Árbitro Sands).

⁸¹³ *Íd.*; CPHB-I ¶ 81; CPHB-II ¶ 57; Segundo Informe Brattle ¶¶ 21, 31, 32 [REX-010].

⁸¹⁴ Tr. 1812 (C. Closing).

permite a la Demandada capturar injustamente el aumento de valor del Proyecto Santa Ana que creó la Demandante⁸¹⁵. La metodología basada en los costos debe rechazarse en favor del FCD de FTI⁸¹⁶.

587. La representación de la Demandada malinterpreta el concepto de una “*empresa en marcha*”, que es “*una empresa comercial que se esperaba que continuase sus operaciones en el futuro previsible*”⁸¹⁷. En respuesta a la afirmación de la Demandada de que los analistas de la Demandante no son independientes, la Demandante recalcó que hay un muro ético dentro de los bancos de inversión que separa a los analistas del sector bancario de las inversiones de la entidad. Los peritos de la Demandada se basaron en los reportes de los analistas contenidos en sus propios informes. Canadá es un país bien controlado con reglamentaciones para analistas y un mercado bursátil bien desarrollado. Los analistas deben ser independientes y deben divulgar cualquier tipo de relación que tengan con la empresa que estén analizando⁸¹⁸. Tal como se confirmó en *Gold Reserve*, los informes de los analistas son “*referencias útiles para asegurar que la compensación otorgada sea razonable*”⁸¹⁹. Cada analista presentó un Valor Neto de los Activos (NAV) para Santa Ana a la fecha del Informe⁸²⁰. Hay siete valuaciones no litigiosas de terceros, contemporáneas e independientes con respecto al mismo activo, que se solicita al Tribunal que analice, y todas concuerdan con el FCD de FTI⁸²¹.

2. Argumentos de la Demandada

588. La Demandada inicialmente alegó que, en todo caso, el Tribunal debería otorgar a la Demandante únicamente las sumas que invirtió para Santa Ana: USD 21.827.687⁸²². En su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada modificó esto y dijo que, independientemente de que el Tribunal determinase si hubo expropiación lícita o ilícita o una violación no expropiatoria del Tratado, el

⁸¹⁵ C-II ¶ 423; Primer Informe FTI ¶¶ 7.10 – 7.17; 4.3, 5.10 – 5.11, 5.15 – 5.16 [CEX-001]; Informe de Valoración Pericial del Prof. Graham Davis y el Grupo Brattle (6 de octubre de 2015) (“Primer Informe Brattle”) Tablas 3 y 4 [REX-004].

⁸¹⁶ *Íd.*, CPHB-II ¶ 57; Segundo Informe Brattle ¶¶ 21, 31, 32 [REX-010].

⁸¹⁷ Tr. 1834 (C. Closing).

⁸¹⁸ *Íd.* en 1807 – 1810 (C. Closing).

⁸¹⁹ *Íd.* en 1839 (C. Closing).

⁸²⁰ *Íd.* en 1811 (C. Closing).

⁸²¹ *Íd.* en 1812 (C. Closing).

⁸²² R-I ¶ 331; R-II ¶ 594; Primer Informe Brattle ¶ 39 [REX-004]; Segundo Informe Brattle ¶ 248 [REX-010].

Tribunal debería otorgarle a la Demandante no más de USD 18.237.592: la suma que invirtió la Demandante luego de la declaración de necesidad pública⁸²³. Esta suma debe reducirse, según la violación. En el caso de las violaciones no expropiatorias—como la supuesta violación del TJE que alega la Demandante—, no puede haber indemnización, ya que los hechos en los que se funda el Decreto Supremo 032 fueron ciertos⁸²⁴. Las violaciones no expropiatorias requieren análisis individualizados de los daños y, hasta la fecha, no se presentó ninguno⁸²⁵.

589. La Demandada no cuestiona el hecho de que el VJM sea el estándar apropiado de indemnización en este caso. La cuestión es cómo calcular el VJM para un proyecto como Santa Ana, un proyecto que nunca (1) avanzó más allá de la fase de planificación, (2) recibió los permisos requeridos, (3) obtuvo una licencia social y apoyo comunitario, (4) procedió a la construcción o (5) produjo rentabilidad. Estas son todas las características que hace que cualquier medición, salvo el valor de las sumas invertidas, sea tan especulativa⁸²⁶. Aun suponiendo que el Tribunal resuelva que las medidas de la Demandada violaron el TLC, las declaraciones testimoniales demuestran que la mera falta de licencia social habría llevado el Proyecto Santa Ana al fracaso⁸²⁷.
590. Según antiguos precedentes del derecho internacional, el cálculo de la indemnización mediante un método basado en los ingresos—como el enfoque de FCD de FTI—es demasiado especulativo y, por ende, inapropiado para un activo que no es una “*empresa en marcha*” o que carece de historial de rentabilidad⁸²⁸. En *Wena c. Egipto*, el tribunal señaló que un hotel que había estado funcionando por

⁸²³ RPHB-I ¶¶ 110 – 111.

⁸²⁴ *Íd.* ¶¶ 112 – 113.

⁸²⁵ *Íd.* en ¶ 113; RPHB-II ¶ 47.

⁸²⁶ R-I ¶ 326; R-II ¶ 590.

⁸²⁷ RPHB-I ¶¶ 100, 101; RPHB-II ¶ 40.

⁸²⁸ R-I ¶¶ 321, 325 – 328; R-II ¶ 583; RPHB-I ¶¶ 101 – 102; RPHB-II ¶¶ 41, 43 – 45; Diapositiva 90 (R. Opening); Tr. 165:9 (C. Opening); Tr. 1911 (R. Closing); *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo, 20 de agosto de 2007 ¶ 8.3.3 [CL-0038]; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 ¶ 186 [CL-0040]; *Phelps Dodge Corp. y Overseas Private Investment Corp. c. República Islámica de Irán*, Laudo No. 217-99-2 (19 de marzo de 1986), reimpresso en 10 IRAN-US. C.T.R 121 ¶ 30 [CL-0051]; *PSEG Global c. Turquía*, Caso CIADI No. ARB/02/5, Laudo, 19 de enero de 2007 [CL-0088]; *Metalclad c. México*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000 ¶¶ 120 – 122 [CL-0105]; *Wena Hotels Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/98/4, Laudo, 8 de diciembre de 2000, 41 ILM 896 (2002) ¶¶ 123 – 125 [CL-0147]; *Tza Yap Shum c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/07/6, Laudo, 7 de julio de 2011 ¶¶ 262 – 263 [RLA-041]; *Levitt c. Irán*, Laudo No. 297-209-1, 14 Iran-U.S. C.T.R. 191, 22 de abril de 1987 ¶¶ 56 – 58, 209 – 210 [RLA-059]; *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. República Árabe de Egipto*,

un año y medio tuvo una base insuficiente para prever el crecimiento o la expansión de la inversión. Ese tribunal sostuvo que “*la mejor manera de calcular, en este caso, el valor de mercado de la inversión inmediatamente antes de su expropiación es por referencia a las inversiones reales de Wena*”⁸²⁹ [Traducción del Tribunal]. En el caso *PSEG c. Turquía*, en que los futuros ingresos de la demandante se establecieron en contratos, el tribunal rechazó los métodos basados en los ingresos y otorgó una indemnización en función de la suma que había invertido la demandante⁸³⁰. Esta jurisprudencia no puede desestimarse por considerarla una “*muestra pequeña*”⁸³¹ o una “*fuentes confiable de derecho*”⁸³². En situaciones especulativas, la forma correcta de indemnizar a la demandante afectada es otorgándole la suma que invirtió en el activo, compensándola por todas las pérdidas sufridas⁸³³. Estas decisiones revelan la naturaleza insostenible de la reclamación de la Demandante: si los historiales empresariales rentables de varios años son insuficientes para justificar un análisis de FCD, los planes de negocios incompletos y sin aprobar en los que se funda la Demandante no pueden justificar una valuación basada en los ingresos⁸³⁴. Muchos tribunales, incluso los de *Metalclad c. México* y *Mobil c. Venezuela*⁸³⁵, respaldan la decisión de otorgar los costos

Caso CIADI No. ARB/84/3, Laudo, 20 de mayo de 1992 ¶¶ 188 – 189 [RLA-060]; *Mohammad Ammar Al-Bahloul c. República de Tayikistán*, Caso CCE No. V064/2008, Laudo Definitivo, 8 de junio de 2010 ¶ 71 [RLA-061]; *Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd. y Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/27, Laudo, 9 de octubre de 2014 ¶¶ 382 – 385 [RLA-062]; *Siag y Vecchi c. Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/15, Laudo, 1 de junio de 2009 ¶¶ 566 – 570 [RLA-063]; *Gemplus, S.A., SLP, S.A. y Gemplus Industrial, S.A. de C.V. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/3 & ARB(AF)/04/4, Laudo, 16 de junio de 2010 ¶¶ 13-70 – 13-72 [RLA-064]; *Sola Tiles, Inc. c. Irán*, Laudo No. 298-317-1, 14 Iran-U.S. C.T.R. 224, 22 de abril de 1987 ¶¶ 60 – 64 [RLA-065]; *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/17, Laudo, 21 de junio de 2011 ¶¶ 380 – 381 [RLA-066]; Michael Pryles, “*Lost Profit and Capital Investment*,” WORLD ARBITRATION AND MEDIATION REVIEW (WAMR) -2007 Tomo 1 No. 1, 9 – 10 [RLA-067].

⁸²⁹ R-II ¶ 593; *Wena Hotels Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/98/4, Laudo, 8 de diciembre de 2000, 41 ILM 896 (2002) ¶¶ 124 – 125 [CL-0147].

⁸³⁰ R-I ¶ 324.

⁸³¹ R-II ¶ 584; C-II ¶ 421.

⁸³² RPHB-I ¶ 102; Tr. 165:9 (C. Opening).

⁸³³ R-I ¶ 321; *PSEG Global c. Turquía*, Caso CIADI No. ARB/02/5, Laudo, 19 de enero de 2007 ¶ 304 [CL-0088].

⁸³⁴ R-I ¶¶ 329 – 331; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 ¶¶ 186, 195, 201 [CL-0040]; *Wena Hotels Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/98/4, Laudo, 8 de diciembre de 2000, 41 ILM 896 (2002) ¶¶ 124 – 125 [CL-0147].

⁸³⁵ R-I ¶¶ 321 – 323; R-II ¶¶ 591 – 592; *Metalclad c. México*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000 ¶¶ 120 – 122 [CL-0105]; *Venezuela Holdings, B.V. Mobil Cerro Negro Holding, Ltd. Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/27, Laudo, 9 de

irrecuperables de proyectos aún documentados como Santa Ana. En otras palabras, nunca ningún Tribunal que entiende en controversias entre inversionistas y Estados otorgó indemnización sobre la base de un modelo de FCD para activos no productivos⁸³⁶.

591. Ninguno de los casos que cita la Demandante—*Vivendi II c. Argentina y Gold Reserve c. Venezuela*— respalda la afirmación de que el análisis de FCD es el método preferido de valuación de proyectos antes de generar ingresos⁸³⁷. *Vivendi II* rechazó, de forma inequívoca, el uso del método de FCD para valorar el activo en su etapa inicial en cuestión y otorgó indemnización sobre la base de las sumas que invirtieron las demandantes, debido a la naturaleza especulativa de las suposiciones y proyecciones. Ese caso, sin embargo, involucraba un activo bastante más predecible que las minas de plata inexistentes de la Demandante: una empresa de prestación de servicios de agua que estuvo en funcionamiento por más de dos años bajo un contrato de concesión a 30 años⁸³⁸.
592. A diferencia del caso que nos ocupa, en *Gold Reserve c. Venezuela*, ambas partes emplearon el método de FCD para calcular la cuantía de los daños y estuvieron de acuerdo con el modelo de FCD utilizado. Ese tribunal simplemente aplicó el método de valuación acordado. En cuanto a la pregunta de por qué Venezuela aceptó el método de FCD, una lectura detallada del laudo revela que probablemente Venezuela aceptó el método de FCD porque el análisis del flujo de efectivo que propuso su perito arrojó una valuación negativa. Es por eso que el hecho de que Venezuela defendiera el uso del análisis de FCD en ese caso fue una decisión estratégica para reducir su responsabilidad, más que una decisión basada en principios y arraigada en una creencia de que la valuación de FCD es apropiada para activos sin historial de funcionamiento rentable. *Gold Reserve* es, por lo tanto, irrelevante para la pregunta de si el análisis de FCD es preferible a otorgar las sumas invertidas en un bien no productivo como las minas hipotéticas en este caso⁸³⁹. Por último, la cita de *Gemplus c. México*, *SPP c. Egipto* y *Siag c. Egipto* por parte de la Demandante es confusa, ya que cada uno de

octubre de 2014 ¶¶ 85, 382, 385 [RLA-062]; Michael Pryles, “Lost Profit and Capital Investment,” WORLD ARBITRATION AND MEDIATION REVIEW (WAMR) -2007 Tomo. 1 No. 1 [RLA-067].

⁸³⁶ RPHB-II ¶¶ 43 – 45; Tr. 1911 (R. Closing).

⁸³⁷ R-II ¶¶ 584, 589.

⁸³⁸ *Íd.* en ¶¶ 585 – 586; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo, 20 de agosto de 2007 (Vivendi II) ¶¶ 4.5.5, 8.3.3, 8.3.11, 8.3.13, 8.3.20 [CL-0038].

⁸³⁹ R-II ¶¶ 587 – 588; *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1, Laudo, 22 de septiembre de 2014 ¶¶ 690, 830 [CL-0063].

los tribunales intervinientes en tales casos rechazó explícitamente las valuaciones basadas en FCD para inversiones con poco o sin historial operativo—como Santa Ana⁸⁴⁰.

593. Suponiendo, a meros fines argumentativos, que el Tribunal no encuentre ningún fundamento para atribuir responsabilidad, este Tribunal debe rechazar el análisis de FCD y, en cambio, adoptar el enfoque de las sumas invertidas, que se basa en un estándar de comparación concreto y observable, en vez de suposiciones, cálculos y especulaciones⁸⁴¹. La referencia al VJM en el TLC no debe afectar el análisis del Tribunal, ya que la mayoría de los casos analizados describieron las “*sumas invertidas*” como medición del “*valor de mercado*” de conformidad con las disposiciones del Tratado análogas al Artículo 812 del TLC⁸⁴².
594. El Tribunal no debe indemnizar a la Demandante por gastos efectuados con anterioridad al mes de noviembre de 2007—fecha en la cual la Demandante obtuvo un derecho a operar en Santa Ana⁸⁴³. Con anterioridad al año 2007, la Demandante invirtió USD 852.826 en Santa Ana y otros USD 2.986.112 durante 2007. La Demandada afirma que USD 3.590.095 (correspondientes a 11/12 de lo que se gastó en 2007 como indicador de los gastos hasta el 27 de noviembre de 2007, más USD 852.826 antes de 2007) es un cálculo apropiado de los gastos de la Demandante antes de emitirse la declaración. Por lo tanto, el Tribunal debe contemplar la suma de USD 18.237.592 (USD 21.827.687 de gasto total de la Demandante menos USD 3.590.095 por gastos previos al Decreto) como tope del eventual recupero de la Demandante⁸⁴⁴.

⁸⁴⁰ RPHB-II ¶ 42; *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/84/3, Laudo, 20 de mayo de 1992 ¶ 188 [RLA-060]; *Siag and Vecchi c. Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/15, Laudo, 1 de junio de 2009 ¶¶ 566 – 570 [RLA-063]; *Gemplus, S.A., SLP, S.A. y Gemplus Industrial, S.A. de C.V. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/3 & ARB(AF)/04/4, Laudo, 16 de junio de 2010 ¶¶ 13-70 – 13-72 [RLA-064].

⁸⁴¹ R-II ¶¶ 639 – 643; Michael Pryles, “*Lost Profit and Capital Investment*”, WORLD ARBITRATION AND MEDIATION REVIEW (WAMR) -2007 Tomo 1 No. 1 [RLA-067].

⁸⁴² R-I ¶ 331; R-II ¶ 594; Primer Informe Brattle ¶ 39 [REX-004]; Segundo Informe Brattle ¶ 248 [REX-010].

⁸⁴³ RPHB-I ¶ 106.

⁸⁴⁴ *Íd.* en ¶ 107; RPHB-II ¶ 46; Diapositiva 29 (R. Closing); *Bear Creek Mining Corporation, Informe Anual 2004* (15 de abril de 2005) [BR-04]; *Bear Creek Mining Corporation, Informe Anual 2005*, 11 de mayo de 2006 [BR-05]; *Bear Creek Mining Corporation, Estados Contables Consolidados al 31 de diciembre de 2006 y 2005*, 20 de marzo de 2007 [BR-06]; *Bear Creek Mining Corporation, Estados Contables Consolidados al 31 de diciembre de 2007 y 2006*, 28 de marzo de 2008 [BR-07]; *Bear Creek Mining Corporation, Estados Contables Consolidados al 31 de diciembre de 2008 y 2007*, 17 de marzo de 2009 [BR-08]; *Bear Creek Mining Corporation, Estados Contables Consolidados al 31 de diciembre de 2009 y 2008*, 29 de marzo de 2010 [BR-09]; *Bear Creek Mining Corporation,*

3. El razonamiento del Tribunal

595. El Tribunal recuerda que resolvió *supra* que la Demandada es responsable de una expropiación indirecta ilícita. El TLC no contiene ninguna regla acerca de la indemnización correspondiente en caso de dicha violación del TLC. En consecuencia, se aplica el estándar del derecho internacional general. El Tribunal señala que el Artículo 812.2 del TLC contiene una disposición específica acerca de la indemnización por expropiación lícita:

Dicha indemnización será equivalente al valor justo de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que la expropiación se haya llevado a cabo (“fecha de expropiación”), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de evaluación incluirán el valor de empresa en funcionamiento, el valor del activo incluyendo el valor fiscal declarado de la propiedad tangible y otros criterios, según corresponda, para determinar el valor justo de mercado.

596. Ambas Partes están de acuerdo y propusieron en este contexto utilizar el VJM para calcular la indemnización que debe otorgarse si el Tribunal resuelve—como hasta ahora—que hubo expropiación ilícita⁸⁴⁵. Dado que la indemnización por expropiación ilícita debe ser, al menos, tanto como la indemnización por expropiación lícita, en vista del enfoque conjunto de ambas Partes y la guía provista por el Artículo 812.2 del TLC, el Tribunal está de acuerdo en que el estándar de VJM puede ser un método apropiado de cuantificación en el presente caso.

597. Las Partes están de acuerdo con la definición de VJM que brinda el perito de la Demandante como “*el precio, expresado en términos de equivalentes de efectivo, al que se intercambiaría un bien entre un vendedor y comprador hipotéticos, dispuestos y aptos, en una transacción de libre competencia en un mercado abierto y sin restricciones, ambos sin estar obligados a vender o comprar y con conocimiento razonable de los hechos relevantes*”⁸⁴⁶ [Traducción del Tribunal]. El Tribunal no ve motivos para adoptar un criterio diferente. Sin embargo, las Partes discrepan en cuanto a si, para cumplir con esa definición en este caso, el cálculo se debe basar en las sumas invertidas o, en subsidio, en la rentabilidad potencial de la inversión calculada por el método de FCD.

Estados Contables Consolidados al 31 de diciembre de 2010 y 2009, 18 de marzo de 2011 [BR-10]; *Bear Creek Mining Corporation, Estados Contables Consolidados Provisorios, Segundo Trimestre finalizado el 30 de junio de 2011*, 15 de agosto de 2011 [BR-12].

⁸⁴⁵ C-I ¶¶ 214 – 217; R-I ¶ 325; R-II ¶ 590.

⁸⁴⁶ CPHB-I ¶ 79; Primer Informe FTI ¶ 7.3 [CEX-001]; R-II ¶ 590.

598. La jurisprudencia en que se fundan las Partes no brinda una regla general en este sentido, si bien hace hincapié en la necesidad de contemplar los hechos particulares de cada caso específico. En este contexto, el Tribunal considera oportuno centrarse en sí, dadas las circunstancias fácticas de este caso, se podría haber encontrado un comprador interesado que hubiera pagado un precio calculado mediante el método de FCD, tal como alega la Demandante. Según la opinión del Tribunal, la Demandante tiene la carga de la prueba con respecto a los daños que alega.
599. El Tribunal no está convencido de que la Demandante haya aportado pruebas suficientes para fundar su alegato de que un comprador hipotético del Proyecto Santa Ana habría podido obtener la licencia social necesaria para proceder con el Proyecto si se le hubiera dado la oportunidad de invertir el tiempo y los recursos necesarios. Dada la magnitud de la oposición, y los motivos aducidos al respecto, el Tribunal duda que el Proyecto pudiera, al menos, a corto plazo, considerarse viable para el momento en que se adoptó el Decreto Supremo 032.
600. El Tribunal advierte que el Proyecto Santa Ana aún se encontraba en una etapa inicial y que no había recibido muchas de las aprobaciones gubernamentales y permisos ambientales que requería para continuar. En vista de las pruebas ante sí, el Tribunal concluye que era poco probable que el Proyecto obtuviera la licencia social necesaria para continuar operando, aun suponiendo que hubiera recibido todos los permisos ambientales y demás autorizaciones. El Tribunal advierte que no hubo otros proyectos similares en la misma área y que no hay pruebas que avalen una trayectoria de operación exitosa o rentabilidad futura.
601. La Demandante señala que en los casos sobre tratados de inversión algunos tribunales aceptaron el FCD para proyectos en su fase inicial. En este contexto, la Demandante cita *Vivendi c. Argentina*, en el cual, si bien el tribunal rechazó el modelo de FCD, explicó de qué manera dicho modelo podía aceptarse en determinadas circunstancias⁸⁴⁷. Ese tribunal advirtió que la falta de historial de rentabilidad no impide totalmente el uso de la metodología de FCD, pero aclaró la necesidad de que “*un demandante podría llegar a establecer claramente que una inversión, como una Concesión, habría sido rentable mediante la presentación de suficientes pruebas de su experiencia e historial probado de rentabilidad de concesiones operadas por él (o de hecho otros) en circunstancias similares*”⁸⁴⁸. En el presente caso, la Demandante alega que para superar la falta de un historial de

⁸⁴⁷ Tr. 1802 – 1803 (C. Closing).

⁸⁴⁸ *Íd.* en 1803 (C. Closing).

rentabilidad, la demandante debe aportar pruebas convincentes de su capacidad para producir utilidades en las circunstancias específicas que le toque encarar. Dichas pruebas podrían incluir experiencia (propia o de expertos competentes) o registros societarios que establezcan, en base a las probabilidades, que se habrían obtenido utilidades de la Concesión de que se trate teniendo en cuenta los particulares riesgos involucrados⁸⁴⁹.

602. Según la opinión del Tribunal, la Demandante no produjo dichas pruebas convincentes. Más allá de las incertidumbres mencionadas *supra* acerca de la materialización del Proyecto, el Tribunal advierte que, en vista del conflicto social masivo relacionado con el Proyecto, la Demandada no solo emitió el Decreto Supremo 032, sino que, inmediatamente después del 25 de junio de 2011, también ordenó una suspensión general de las admisiones de peticiones mineras para el Departamento de Puno mediante el Decreto Supremo 033⁸⁵⁰ por un lapso de 36 meses y, luego, continuó esa suspensión por medio del Decreto Supremo 021-2014⁸⁵¹.
603. Por lo tanto, fue imposible prever el logro y la seguridad de la rentabilidad del Proyecto Santa Ana de la Demandante en el futuro cercano, si acaso. Es por eso que la Demandante no cumplió con la prueba que ella mismo introdujo al citar el caso *Vivendi*, ya que no logró “establecer que una inversión como una concesión podría haber sido rentable al presentar suficiente prueba de su conocimiento experto y una historia de rentabilidad de las concesiones que había operado o que otros habían operado en circunstancias parecidas”⁸⁵².
604. Por los motivos expuestos *supra*, el Tribunal concluye que el cálculo de la indemnización de la Demandante en el presente caso no puede realizarse por vía de referencia a la rentabilidad potencial prevista del Proyecto Santa Ana y el método de FCD. El Proyecto siguió siendo demasiado especulativo e incierto como para poder emplear dicho método. Al contrario, el Tribunal concluye

⁸⁴⁹ C-II ¶ 421; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo, 20 de agosto de 2007 ¶¶ 8.3.4., 8.3.8, 8.3.10 [CL-0038].

⁸⁵⁰ Decreto Supremo sobre la Adecuación de Petitorios Mineros y Suspensión de Admisión de Petitorios Mineros, Decreto Supremo No. 033-2011-EM [R-011].

⁸⁵¹ Decreto que amplía la Suspensión de Admisión de Petitorios Mineros en el territorio del departamento de Puno, Decreto Supremo No. 021-2014-EM [R-140].

⁸⁵² Tr. 1832 (C. Closing).

que la indemnización se debe calcular sobre la base de las sumas realmente invertidas por la Demandante.

B. ARGUMENTOS ACERCA DEL ANÁLISIS DE FCD / ANÁLISIS DE LA INDEMNIZACIÓN DE LA DEMANDANTE EN RELACIÓN CON EL PROYECTO SANTA ANA

1. Argumentos de la Demandante

605. Los peritos de la Demandante, los Sres. Rosen y Milburn de FTI, calcularon el VJM de Santa Ana en **USD 224,2 millones** el 23 de junio de 2011 o, según el precio alternativo de los *commodities* a largo plazo, **USD 333,7 millones**⁸⁵³.

(a) La fecha de valoración

606. Conforme al Artículo 812(2) del TLC, la indemnización por expropiación “*será equivalente al valor justo de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que la expropiación se haya llevado a cabo*”⁸⁵⁴. La forma más sencilla y objetiva de excluir los efectos del anuncio público del 24 de junio de 2011 es valorando Santa Ana al 23 de junio de 2011, tal como hiciera FTI⁸⁵⁵.

607. Al insistir que la fecha de valoración sea el 24 de junio de 2011 sin proponer ningún método para excluir los efectos del anuncio de expropiación, la Demandada y su perito agregan confusión a algo que debería ser simple e indiscutible: el Estado no se puede beneficiar con una reducción de valor debido al conocimiento previo de la expropiación antes de que esta se formalizara⁸⁵⁶. Al alegar que la fecha de valoración debe ser el 24 de junio de 2011, Brattle pretende que una caída del 1% en el precio de la plata justifique la caída drástica (de casi 25%) en el precio de las acciones de la

⁸⁵³ C-I ¶¶ 239 – 240, C-II ¶¶ 428 – 429; CPHB-I ¶¶ 74, 80; CPHB-II ¶ 54; Primer Informe FTI ¶¶ 7.27, 7.45 – 7.47, 7.53, 7.54, 7.57 Fig. 28 [CEX-001]; Informe de Réplica de FTI Consulting (8 de enero de 2016) (“Segundo Informe FTI”) ¶¶ 2.8 – 2.10, Figura 1 [CEX-004].

⁸⁵⁴ Tr. 1797 (C. Closing).

⁸⁵⁵ C-II ¶ 426.

⁸⁵⁶ *Íd.* en ¶ 425; Kenneth J. Vandavelde, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS (Oxford Univ. Press 2009) [CL-0204].

Demandante el 24 de junio, hacia el final del día, ya que el mercado procesó rápidamente el anuncio del decreto de expropiación inminente⁸⁵⁷.

(b) Valuación de FCD de la FTI

608. FTI es líder mundial en contabilidad forense y valoración de daños. Los expertos de FTI se basaron en parte en el informe pericial que preparó RPA, ampliamente reconocida como compañía especializada, elegida por su trabajo en relación con recursos y reservas, la cual ha valorado más de mil propiedades de exploración minera en sus casi 30 años de existencia⁸⁵⁸. RPA analizó la razonabilidad del supuesto de costos que se utilizó en relación con el Proyecto Santa Ana⁸⁵⁹. RPA concluyó que se puede llevar a cabo un análisis económico apropiado de Santa Ana con la información detallada del Estudio de Factibilidad Actualizado y los datos disponibles⁸⁶⁰. Para calcular la indemnización adeudada a la Demandante por las violaciones del TLC por parte de la Demandada, FTI y RPA emplearon la metodología de FCD, que suele utilizarse como evaluación de los daños en arbitrajes sobre tratados de inversión⁸⁶¹. La metodología de FCD emplea flujos de fondos futuros previstos y los descuenta a una fecha actual mediante la aplicación de una tasa de descuento ajustada en función del riesgo⁸⁶².
609. FTI calculó el VJM del Proyecto Santa Ana al 23 de junio de 2011 sobre la base de un modelo de flujo de fondos provisto por RPA. Aunque el modelo “*Caso de base actualizada*” de RPA solo incluía reservas, FTI calculó el VJM del Proyecto Santa Ana en función del “*Caso de vida extendida*” de RPA, que incluyó tanto reservas como recursos y, por ende, cumple con el requisito de inclusión de las normas CIMVAL en modelos de valoración⁸⁶³. El caso de vida extendida de la mina de RPA prolonga la vida de la mina de 11 a 24 años e incluye “*Recursos explotables*” adicionales, lo que

⁸⁵⁷ C-II ¶ 424; Primer Informe Brattle ¶ 46 [REX-004].

⁸⁵⁸ C-I ¶ 233; Primer Informe FTI ¶¶ 1.5, 1.7 [CEX-001]; Primer Informe RPA 4-1, § 18 [CEX-002].

⁸⁵⁹ C-I ¶ 234; Primer Informe RPA §§ 6 – 10 [CEX-002].

⁸⁶⁰ C-I ¶ 237; Primer Informe FTI ¶ 7.19 [CEX-001]; Primer Informe RPA 3-1 [CEX-002].

⁸⁶¹ C-I ¶ 236; Primer Informe FTI ¶¶ 6.3, 7.18 [CEX-001].

⁸⁶² *Íd.*

⁸⁶³ C-II ¶ 427; Primer Informe FTI ¶ 2.7 [CEX-001].

genera un volumen total de minerales a procesar de 81,3 millones de toneladas, que contienen 107,3 millones de onzas de plata⁸⁶⁴. FTI aplicó en el análisis de FCD los precios de contratos de futuros de plata de 2013 a 2015, porque los precios de los futuros representan precios basados en el mercado real para la compraventa de plata durante esos años hasta el 31 de diciembre de 2015. A partir del año 2016, FTI aplicó un cálculo de precios a largo plazo de USD 22,21 por onza (en dólares de 2011) sobre la base de una encuesta de PwC acerca de cómo los participantes del sector fijarían los precios de los metales al evaluar los proyectos mineros⁸⁶⁵. Tal como explicara la Demandante:

428. *FTI previó precios de commodities a corto plazo en función de la curva de futuros al 23 de junio de 2011. FTI basó los precios de los commodities a largo plazo en indicadores que utilizaron los participantes del sector, según una encuesta de mineros de plata. FTI también ofreció una metodología alternativa de precios a largo plazo en función de la curva de futuros más reciente disponible al 23 de junio de 2011. La tasa de descuento que aplicó FTI fue un costo de capital promedio ponderado (“CCPP”) desarrollado conforme a un enfoque de modelo de fijación de precios de bienes de capital (“CAPM”), lo que generó una tasa de descuento de 10,0%⁸⁶⁶. [Traducción del Tribunal]*

610. El análisis de FTI es razonable. FTI utilizó metodologías de valoración alternativas para verificar la razonabilidad de su cálculo de indemnización mediante la metodología de FCD. FTI analizó los datos sobre el precio de las acciones de la Demandante durante el período que culminó con la Fecha de Valoración e informes de analistas sobre la Demandante. El precio de las acciones de la Demandante bajó un 48% más que los indicadores del mercado durante el período inmediatamente anterior y posterior a la emisión del Decreto Supremo 032 (USD 260,9 millones). FTI considera que esta reducción de valor fue consecuencia de las acciones ilícitas de la Demandada⁸⁶⁷.

611. SRK se equivocó al criticar el análisis de RPA⁸⁶⁸. RPA no realizó ajustes en sus cálculos de costos y, a su vez, el TLC tampoco ajustó su modelo de FCD. El Tribunal debe desestimar las críticas de la Demandada y sus peritos por falta de fundamento⁸⁶⁹. Por ejemplo, la reducción de 35% de los costos

⁸⁶⁴ C-I ¶ 238; Primer Informe FTI ¶ 4-32 [CEX-001]; Primer Informe RPA 14-3 [CEX-002].

⁸⁶⁵ C-I ¶ 239; Primer Informe FTI ¶¶ 7.27, 7.45 – 7.47, 7.53 [CEX-001].

⁸⁶⁶ C-II ¶¶ 428 – 429 (énfasis agregado); Segundo Informe FTI ¶¶ 2.8 – 2.10 [CEX-004].

⁸⁶⁷ C-I ¶ 241; Primer Informe FTI ¶¶ 7.67, 7.78, 7.82, 7.84 – 7.86 [CEX-001].

⁸⁶⁸ C-II ¶ 430.

⁸⁶⁹ *Íd.* en ¶ 448.

operativos en el Informe RPA refleja un cambio de costos entre el Estudio de Factibilidad y la Actualización del Estudio de Factibilidad de 5,36 a 4,20⁸⁷⁰. Ya que ni Brattle ni la Demandada lo cuestionarán, la proyección del precio de la plata de FTI arroja una valoración inferior a aquella de Brattle⁸⁷¹.

612. SRK malinterpreta y aplica erróneamente los conceptos de ley de corte. Existen dos tipos de ley de corte: la ley de corte del “*punto de equilibrio*” (es decir, la ley de corte externa o de mina) y la ley de corte “*interna o de proceso*”. La ley de corte del punto de equilibrio es la cantidad de material redituable que cubrirá los costos de la minería, los costos administrativos del área de procesamiento, los costos de transporte fuera del sitio, y los costos de fundición y refinación. La ley de corte “*interna o de proceso*” “*se aplica cuando es necesario trasladar una tonelada de material desde una fosa abierta, a fin de evaluar el material por encima de la ley de corte del punto de equilibrio*” [Traducción del Tribunal]. La ley de corte interna o de proceso solo se aplica una vez cubiertos los costos mineros y, por ende, lo excluye. Contrariamente a la afirmación de SRK de que las leyes de corte del punto de equilibrio deberían utilizarse para informar acerca de los recursos y reservas mineras, RPA confirma que la práctica aceptada en el sector minero es, en primer lugar, calcular el volumen de material que se puede extraer y procesar según la ley de corte del punto de equilibrio y, luego, informar los recursos y reservas mineras dentro de ese volumen según la ley de corte interna o de proceso. Dado que los comentarios de SRK sobre el uso de leyes de corte en la determinación de recursos y reservas mineras se fundan en prácticas no utilizadas o aceptadas en la industria, RPA no ajustó su cálculo de recursos y reservas de Santa Ana⁸⁷². Al presentar su alegato de cierre, la Demandante señaló que la ley de corte es, en gran medida, irrelevante porque, en el caso de vida extendida que se utiliza para la valoración, resulta ser el mismo tonelaje de producción de minerales⁸⁷³.

⁸⁷⁰ Tr. 1813 – 1814 (C. Closing).

⁸⁷¹ *Íd.* en 1815 – 1816 (C. Closing).

⁸⁷² C-II ¶¶ 430 – 431, 434 – 438; Primer Informe Brattle ¶ 100 [REX-004]; RPA, Informe de Respuesta sobre el Proyecto Santa Ana y el Proyecto Corani, Puno Perú (6 de enero de 2016) (“Segundo Informe RPA”) ¶¶ 32 – 36, 52 – 59, 65 – 79, 124 [CEX-007].

⁸⁷³ Tr. 1814 – 1815 (C. Closing).

613. RPA afirma que SRK no aportó pruebas para fundar su alegato de que el factor de recuperación de plata (medición de la cantidad de metal contenido en el mineral que genera ingresos) se debe ajustar de 75% a 70% de la recuperación de plata calculada en el Estudio de Factibilidad actualizado⁸⁷⁴. Los datos disponibles no justifican mantener la tasa de recuperación en 70%. RPA brinda una explicación detallada de esto en su informe y concluye que se debería mantener la cifra de recuperación de plata recomendada de 75%⁸⁷⁵.
614. Los cronogramas de obtención de permisos, construcción y expansión de Santa Ana son razonables. RPA/FTI asumen que la construcción habría comenzado en el año 2011 y la producción hacia fines de 2012. Esto incluye nueve meses para que la Demandada analice el ESIA y otros seis meses para obtener los permisos, cuyo plazo supera los 6 a 12 meses que menciona SRK. Con respecto al conflicto social, si bien es cierto que la Demandada tuvo oposición para varios proyectos mineros, también hubo otros que continuaron sin demoras. RPA también menciona proyectos en el Perú de magnitud similar, que alcanzaron un cronograma de producción en línea con el de la Demandante⁸⁷⁶.
615. En respuesta a las críticas de SRK acerca del cronograma de construcción y expansión de la Demandante para Santa Ana, RPA explicó que “*es totalmente incorrecto comparar la tabla detallada de Gantt para Corani, que es una operación de molienda, con el cronograma de producción de Santa Ana, que es una simple operación de lixiviación en pilas*”, ya que *‘las operaciones de molienda son circuitos de procesamiento mucho más complicados que incluyen varias operaciones unitarias de mayor magnitud, más costosas y más complejas, como requisitos de compresión, trituración, flotación, lixiviación, espesamiento, filtración y almacenamiento de relaves’*”⁸⁷⁷ [Traducción del Tribunal]. RPA repasó las citas de contratistas de San Martín—quien operó en el Perú

⁸⁷⁴ C-II ¶¶ 439 – 440; Primer Informe SRK ¶ 83 [REX-005]; Segundo Informe RPA ¶¶ 97 – 103 [CEX-007].

⁸⁷⁵ *Íd.*

⁸⁷⁶ C-II ¶¶ 441 – 442; Segundo Informe RPA ¶¶ 113 – 118 [CEX-007], Primer Informe RPA, Figuras 5 – 6; Tabla 13-1 [CEX-002].

⁸⁷⁷ C-II ¶¶ 443 – 445; Primer Informe SRK ¶¶ 91 – 92 [REX-005]; Segundo Informe RPA ¶¶ 8 – 9, 85, 87 – 88, 122 [CEX-007].

durante 23 años y trabajó a grandes alturas—, y tales citas incorporan provisiones para la ubicación remota y la altura (tasa general de USD 1,68/t)⁸⁷⁸.

616. El costo de operación de USD 2,50 por tonelada extraída que recomienda SRK, en lugar de los USD 2,10 de RPA, solo se justificó mediante la sugerencia de SRK de que a mayor altura, mayores costos y menor productividad de los equipos y de la mano de obra. Tal como se indicara *supra*, sin embargo, San Martín desconoce los costos de producción de un proyecto a grandes alturas y, por lo tanto, citó las tasas con respecto a Santa Ana. Es por eso que RPA no realiza ningún ajuste en sus supuestos de costos operativos⁸⁷⁹.
617. En cuanto a los costos de capital, si bien Brattle alega que se subvaluaron, los peritos técnicos de la Demandada en SRK no presentaron esa crítica. En respuesta a ello, la Demandante señala que “FTI ofrece varios motivos por los cuales debería rechazarse el aumento de los costos de capital que propone Brattle”⁸⁸⁰. [Traducción del Tribunal]
618. Al igual que en cualquier proyecto minero, un comprador VJM hipotético contemplaría el riesgo de que la oposición local retrase o impida el pleno desarrollo de un proyecto⁸⁸¹. El argumento de la Demandada de que se debe imponer al Proyecto Santa Ana un “riesgo de licencia social” de 27 u 80% le quita valor a Santa Ana⁸⁸². Si realmente se justificara un riesgo de licencia social de 27 u 80%, se vería reflejado en las pruebas contemporáneas. En cambio, el aumento que propone la Demandada se crea con información retrospectiva⁸⁸³. La valoración de FCD de FTI aplica correctamente un ajuste por riesgos inherentes al sector minero y por el riesgo de licencia social a través de (1) la tasa de descuento, (2) la prima de riesgo país para operar en el Perú y (3) los gastos operativos iniciales por año en relación con las actividades tendientes a fomentar las relaciones con las comunidades en Santa Ana⁸⁸⁴.

⁸⁷⁸ C-II ¶ 444; Segundo Informe RPA ¶¶ 85 – 88 [CEX-007].

⁸⁷⁹ C-II ¶ 446; Primer Informe SRK ¶ 80 [REX-005]; Segundo Informe RPA ¶¶ 86 – 89 [CEX-007].

⁸⁸⁰ C-II ¶ 447; Primer Informe Brattle ¶ 101 [REX-004]; Segundo Informe FTI ¶¶ 7.35 – 7.39 [CEX-004].

⁸⁸¹ CPHB-II ¶ 49; Tr. 757:3-15 (McLeod Seltzer).

⁸⁸² CPHB-II ¶ 53.

⁸⁸³ CPHB-I ¶ 85; Tr. 1668 – 1669 (Brattle, F. Dorobantu).

⁸⁸⁴ CPHB-I ¶ 80; Tr. 1822 – 1823 (C. Closing).

619. En el Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandante explicó que el Tribunal puede verificar la razonabilidad de la valoración de FTI comparando siete evaluaciones independientes por parte de analistas del mercado ajenos al arbitraje—un enfoque que adoptó el tribunal de *Gold Reserve*⁸⁸⁵.

(c) **Argumentos relacionados con la valoración de FCD "moderna" de Brattle**

620. Brattle no logra identificar lo que su valoración de FCD "moderna" implicaría y no ofrece ninguna valoración alternativa en virtud de este método. Brattle cita meramente algunos escritos donde se menciona el FCD "moderno", uno de los cuales, de CIMVAL, señala que no es ampliamente utilizado o entendido, pero que está ganando aceptación. Según FTI, ningún analista parece haber valuado a Santa Ana mediante la aplicación de un FCD "moderno". A pesar de la preferencia de Brattle por el FCD "moderno", ha utilizado un FCD estándar en cada laudo publicado en el que ha actuado como perito. FTI concluye que, si bien puede ser relevante a otros fines, el FCD "moderno" es inadecuado dentro del contexto de determinación del VJM de un proyecto de minería⁸⁸⁶.

621. La única sugerencia concreta de Brattle es que FTI debería haber utilizado múltiples tasas de descuento para cada flujo de caja diferente y cada año, si bien no sugiere cuáles deberían ser dichas tasas de descuento. FTI concluye que "la preponderancia de supuestos adicionales necesarios para aplicar un enfoque de tasa de descuento múltiple solo serviría para generar una ilusión de un nivel de precisión que no existe"[Traducción del Tribunal], y FTI no ha visto pruebas de que esto realmente ocurra en la práctica. FTI concluyó que las modificaciones sugeridas por Brattle a la metodología FCD de FTI no mejorarían la confiabilidad del cálculo resultante del VJM de Santa Ana⁸⁸⁷.

⁸⁸⁵ CPHB-II ¶ 54; BMO, "Informe del 1 de junio de 2011" ¶¶ 7.82 – 7.83 [FTI-53]; Raymond James, "Informe del 2 de junio de 2011" [FTI-54]; Paradigm, "Informe del 8 de junio de 2011" [FTI-55]; Canaccord, "Informe del 7 de junio 2011" [FTI-56]; Scotia, "Informe del 31 de mayo de 2011" [FTI-57]; Haywood, "Informe del 17 de marzo de 2011" [FTI-58]; Cormark, "Informe del 20 de enero de 2011" [FTI-59].

⁸⁸⁶ C-II ¶ 432; *Vito G. Gallo c. Canadá*, Memorial de Contestación 29 de junio de 2010 [C-0244]; *Venezuela Holdings, B.V. Mobil Cerro Negro Holding, Ltd. Mobil Venezolana de Petroleos Holdings, Inc. c. la República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/27, Laudo, 9 de octubre de 2014 ¶ 308 [RLA-062]; *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/5, Laudo, 21 de noviembre de 2007 ¶ 506 [RLA-069]; Segundo Informe FTI ¶¶ 7.10 – 7.12, 7.20 [CEX-004].

⁸⁸⁷ C-II ¶ 433; Primer Informe Brattle ¶ 92 [REX-004]; Segundo Informe FTI ¶ 7.24 [CEX-004].

(d) Argumentos relacionados con el análisis de Brattle de precios accionarios

622. En su informe inicial, FTI revisó el precio de las acciones de la Demandante como parte de su análisis del enfoque basado en el mercado; no obstante, concluyó que el precio de la acción a la Fecha de Valuación no representa una medida confiable del VJM de los proyectos subyacentes de Santa Ana o Corani. En cualquier momento determinado, el precio de la acción reflejaría el sentimiento de los inversionistas respecto de un bloque de acciones, no de los activos subyacentes. Por otra parte, también es común que los inversionistas institucionales y las personas con información de la industria realicen inversiones a largo plazo en acciones de una empresa minera de menor envergadura y que mantengan las acciones y no las negocien activamente, de modo que es muy común ver que la actividad de comercialización de acciones de la empresa más pequeña se compone de inversores minoristas⁸⁸⁸. En cambio, el mercado de compradores para el 100% de las acciones de la Demandante consistiría principalmente de compañías mineras de mayor magnitud que estarían dispuestas a pagar una prima por los bienes mineros debido a su menor costo de capital. De conformidad con los datos de Mergerstat, a la Fecha de Valuación, se estaban pagando primas de adquisición a un promedio del 63,7% de los precios de comercialización de empresas mineras, debido a la eficiencia del capital de la empresa más grande o alguna otra sinergia que solo el comprador puede disfrutar. El cálculo de FTI del valor intrínseco de Santa Ana aplicó una tasa de descuento para compradores típicos de este tipo de activos y, por lo tanto, incluía esta prima⁸⁸⁹.
623. En la Fecha de Valuación, los Proyectos de la Demandante estaban subvaluados, debido al revuelo existente en el mercado en relación con asuntos políticos y protestas contra la minería en el Perú. Desde la fecha de la suspensión de la EIAS hasta la primera fecha de la operación bursátil luego de la expropiación, el precio de la acción de la Demandante disminuyó un 56,5%, comparado con una disminución de 7,3% y 9,8% en el precio de la plata y el Índice Global de Minería S&P/TSX, respectivamente. Esto equivale a una reducción en el valor de la empresa de USD 260,9 millones. Dentro del análisis "*contrafáctico*" de los daños y perjuicios, se construye Santa Ana y, por lo tanto, estas cuestiones deben ser ignoradas para devolver a la Demandante a la posición económica en la que hubiera estado si no mediaban las violaciones en que incurrió la Demandada⁸⁹⁰.

⁸⁸⁸ C-II ¶ 449; Primer Informe FTI ¶ 7.68 – 7.70 [CEX-001]; Segundo Informe FTI ¶¶ 6.1 – 6.48, 6.5 [CEX-004].

⁸⁸⁹ C-II ¶ 450; Primer Informe FTI ¶¶ 7.18 – 7.57 [CEX-001]; Segundo Informe FTI ¶¶ 6.22 – 6.25 [CEX-004].

⁸⁹⁰ C-II ¶ 451; Primer Informe FTI ¶¶ 7.77 – 7.78 [CEX-001]; Segundo Informe FTI ¶¶ 6.26, 6.54 [CEX-004].

624. En su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandante explicó que el FCD "moderno" de Brattle es esencialmente un Enfoque de Mercado enmascarado como un Enfoque de Ingresos. Un Enfoque de Mercado, no obstante, no es un método de valuación apropiado debido a que el valor de la acción de la Demandante no es un reflejo exacto del VJM de Santa Ana y hace caso omiso de la adquisición por parte de la Demandante de USD 130 millones de financiamiento⁸⁹¹. Incluso cuando las empresas se adquieren mutuamente de manera consensuada, no se basan en el precio de las acciones de esa fecha; ni el oferente ni la empresa objetivo basan su valuación de precios en el precio de la acción, sino que crean un comité para realizar una evaluación⁸⁹².
625. La valuación de Brattle comienza con la conclusión errónea de que el precio bursátil equivale al VJM y va hacia atrás para justificar esa conclusión⁸⁹³, que es la forma en que alcanzan este rango de ajuste del riesgo de la licencia social del 27% u 80%⁸⁹⁴. El estudio de Harvard sobre el que se basan no es confiable dado que cuenta los proyectos suspendidos como incumplimientos y, probablemente, los proyectos expropiados también, lo cual genera una tasa de incumplimiento del 30 al 43%⁸⁹⁵. El modelo FCD de FTI es preferible y representa tales riesgos en la tasa de descuento y en la prima de riesgo país.
626. FTI revisó las opiniones contemporáneas de siete analistas sobre el precio de las acciones de la Demandante y el valor neto de los activos del Proyecto Santa Ana antes de la expropiación y concluyó que el Proyecto tenía un valor neto de activos de USD 257,8 millones en promedio (USD 237,5 millones si se eliminan las conclusiones más altas y más bajas del analista). Estos valores apoyan el FCD de FTI y contrastan significativamente con los análisis de costos y de precios de acciones realizados por Brattle, así como con su FCD ajustado⁸⁹⁶. Pueden llevarse a cabo otros ajustes a instancia del Tribunal⁸⁹⁷.

⁸⁹¹ CPHB-I ¶ 84; Tr. 1816 (C. Closing); Primer Informe Brattle ¶ 47 [REX-004].

⁸⁹² Tr. 1817 – 1818 (C. Closing).

⁸⁹³ CPHB-I ¶ 85; Tr. 1668 – 1669 (Brattle, F. Dorobantu), 1818 (C. Closing).

⁸⁹⁴ Tr. 1819 (C. Closing).

⁸⁹⁵ *Íd.* en 1819 – 1820 (C. Closing).

⁸⁹⁶ C-I ¶ 241; C-II ¶ 452; Primer Informe FTI ¶¶ 7.67, 7.78, 7.82, 7.84 – 7.86, Apéndice 8 [CEX-001].

⁸⁹⁷ Tr. 1820 – 1823 (C. Closing).

(e) El Impacto de un hallazgo de culpa y/o negligencia concurrente (Pregunta del Tribunal (e)(iv))

627. Los siguientes argumentos se presentaron en respuesta a las preguntas planteadas por los Miembros del Tribunal durante la Audiencia y en respuesta a la pregunta del Tribunal sobre “¿Cuáles son las sumas monetarias que el Tribunal debe otorgar a la Demandante si llegara a la conclusión de que [...] la Demandante había contribuido al malestar social presente en la primavera de 2011 -ya sea por acción u omisión-, ¿cómo debería tenerse en cuenta dicha contribución al determinar cuestiones de responsabilidad y/o cuantificación de daños?” contenida en la sección (e) de la RP-10⁸⁹⁸. A los fines de facilitar las referencias, se incluyen respuestas pertinentes a las preguntas del Tribunal relativas a “las sumas monetarias que el Tribunal debe otorgar a la Demandante si llegara a la conclusión de que (i) la supuesta inversión de la Demandante fue ilícitamente expropiada”⁸⁹⁹ y sobre si el Decreto Supremo 032 podría haber sido emitido legalmente si pudiera establecerse “la supuesta ilegalidad de la Solicitud de la Demandante”⁹⁰⁰.
628. Para determinar la forma de representar el supuesto aporte de la Demandante a su perjuicio, la información de base para los cálculos de daños y perjuicios de la Demandante tendrían que modificarse de modo tal que representen (1) la posibilidad de retrasos aún mayores y (2) mayores costos iniciales para obtener una licencia social⁹⁰¹. El impacto de un retraso de un año reduciría el valor de Santa Ana de USD 224,2 a USD 203,8 millones. Para dar cuenta del aumento de los gastos relativos a obtener la licencia social, el Tribunal podría restar los costos adicionales presupuestados de la suma de los daños y perjuicios totales⁹⁰². La valuación de FTI brinda al Tribunal flexibilidad para realizar los ajustes que considere necesarios⁹⁰³. La Demandante está dispuesta a proporcionar cálculos adicionales según sea necesario⁹⁰⁴.

⁸⁹⁸ RP-10 ¶ 2.1.4 (e)(iv).

⁸⁹⁹ *Íd.* en ¶ 2.1.4 (e)(i).

⁹⁰⁰ *Íd.* en ¶ 2.1.4 (d)(i).

⁹⁰¹ CPHB-I ¶ 105.

⁹⁰² *Íd.* en ¶ 106.

⁹⁰³ *Íd.* en ¶¶ 105 – 106; CPHB-II ¶ 56.

⁹⁰⁴ CPHB-I ¶ 106.

629. El Árbitro Sands preguntó cuál era la manera en que el Tribunal debía tratar una situación en la que se realizara la perforación -no el mero martilleo de rocas sugerido por la Demandante- en el lugar, bajo el supuesto de que dicha actividad fuera inadmisibles y no hubiera sido revelada por la Demandante en su Solicitud de Decreto de Necesidad Pública de 2006⁹⁰⁵. En respuesta a ello, la Demandante afirmó que, al considerar la totalidad de la Solicitud, *"uno podría concluir de que algo no encaja totalmente"*⁹⁰⁶. Según el Sr. Zegarra, el Gobierno podría haber solicitado más información para corregir un error de buena fe⁹⁰⁷. En cualquier caso, el Artículo 71 no se hubiese aplicado a la *"exploración"* sino a la *"explotación"* o la producción⁹⁰⁸. Después de que el Árbitro Sands señalara que en la página 28 de la Solicitud pertinente se afirmaba expresamente que *"hasta la fecha no se habían realizado exploraciones en el área del Proyecto Minero de Santa Ana"*, aunque se habían completado casi 1 millón de dólares de trabajos de exploración⁹⁰⁹, La Demandante explicó que fue asesorada por los mejores consejeros de minería en Perú en la preparación de la solicitud⁹¹⁰. En cualquier caso, la emisión del Decreto Supremo 032 fue una respuesta extrema⁹¹¹. Incluso el perito de la Demandada estuvo de acuerdo en que una violación del Artículo 71 no justifica la expropiación, y más aún sin el debido proceso o una indemnización⁹¹².
630. El Arbitro Sands preguntó entonces, asumiendo que las dificultades con que se enfrentaba el Proyecto pudieran haber sido causadas por la falta de franqueza de la Demandante acerca de quién estaba a

⁹⁰⁵ Tr. 1952 – 1953 (Pregunta del Árbitro Sands).

⁹⁰⁶ *Íd.* en 1988 (Intercambio de la Demandante con el Árbitro Sands).

⁹⁰⁷ *Íd.* en 1954 (Intercambio de la Demandante con el Árbitro Sands).

⁹⁰⁸ *Íd.* en 1955 (Intercambio de la Demandante con el Árbitro Sands).

⁹⁰⁹ *Íd.* en 1955 (Intercambio de la Demandante con el Árbitro Sands).

⁹¹⁰ *Íd.* en 1955 – 1956 (Intercambio de la Demandante con el Árbitro Sands).

⁹¹¹ *Íd.* en 1956 – 1957 (Intercambio de la Demandante con el Árbitro Sands).

⁹¹² CPHB-I ¶ 70; Segundo Informe Bullard ¶¶ 138 – 142 [CEX-005] (*compárese* con caso que involucra a Zijin: Decreto Supremo 024-2008-DE, 27 de diciembre de 2008 [C-0204]; Informe Anual 2007 de Monterrico Metals Plc [C-0205]; Título Archivado del Asiento No. C00011 de la Partida No. 11352728 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima [C-0206]; *The new CEO of Monterrico had an audience with Peru's minister of Energy & Mines*, comunicado de prensa del Consorcio Zijin, 11 de junio de 2007 [C-0207]; *China's ambassador in Peru Gao Zhengyue investigated Majaz company*, comunicado de prensa del Consorcio Zijin, 11 de junio de 2007 [C-0208]; Congreso de la República del Perú, *Legalidad y problemática de la empresa minera Majaz en los territorios de las comunidades campesinas de Segunda y Cajas y Yanta en las provincias de Huancabamba y Ayabaca en la Región Piura*, 9 de mayo de 2008 [C-0254]; Tr. 1261:21 – 1262:7 (Rodríguez-Mariátegui).

cargo del Proyecto, qué impacto legal tendría ello sobre la necesidad del Tribunal de abordar cuestiones de jurisdicción, fondo y cuantificación de daños. En rechazo de la premisa de hecho, la Demandante declaró que, si bien esa cuestión se planteó en el caso *Copper Mesa* y la Demandante no creía que debería afectar la determinación de responsabilidad o de la cuantificación de daños, si fuera a tener un efecto, sería en una escala móvil basada en la gravedad de la supuesta conducta ilícita⁹¹³.

631. La Demandante señaló que un hallazgo de culpa concurrente tendría que basarse en el contacto comunitario de la Demandante aprobado por el gobierno⁹¹⁴.

2. Argumentos de la Demandada

632. El perito de la Demandada, Brattle, valuó el Proyecto Santa Ana en una suma de **USD 54 millones** en el caso base y **USD 70 millones** en el caso de vida extendida, luego de corregir la información de base provista por FTI⁹¹⁵. Mediante la aplicación de su modelo FCD moderno, Brattle calculó el valor de Santa Ana al 23 de junio de 2011 dentro de un rango de **USD 32 - USD 119 millones** y, el 27 de mayo de 2011, dentro de una oscilación de **USD 40 millones y USD 113 millones**⁹¹⁶.

633. Se han presentado al Tribunal tres opciones para la valuación del activo de Santa Ana: (1) el análisis simple de FCD de FTI, (2) el análisis FCD moderno de Brattle, y (3) los costos hundidos. El Tribunal debería rechazar el análisis simple de FCD de FTI por ser poco fiable, metodológicamente deficiente y basado en falsos pretextos. Si bien el análisis FCD moderno de Brattle es más confiable y transparente que el de FTI, el método FCD aún resulta inadecuado. Este análisis, a pesar de representar una mejora con respecto al FCD simple de FTI, confirma además que el análisis FCD no es adecuado para un activo no productivo. Por lo tanto, este Tribunal debe rechazar el uso de la valuación FCD para este activo no productivo⁹¹⁷.

⁹¹³ Tr. 1958 – 1962 (Intercambio de la Demandante con el Árbitro Sands).

⁹¹⁴ CPHB-I ¶ 105.

⁹¹⁵ R-I ¶ 350; Primer Informe Brattle ¶ 105, Tabla 6 [REX-004].

⁹¹⁶ R-II ¶ 621; Segundo Informe Brattle ¶¶ 121, 123, Tablas 2, 3 [REX-010].

⁹¹⁷ R-II ¶¶ 618, 629; RPHB-I ¶ 101; RPHB-II ¶ 41; véase también *Phelps Dodge Corp. y Overseas Private Investment Corp. y la República Islámica de Irán*, Laudo No. 217-99-2 (19 de marzo de 1986), reimpresso en 10 IRAN-US. C.T.R 121 ¶ 30 [CLA-0051]; *Metalclad c. México*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000 ¶¶ 120 – 122 [CL-0105]; *Wena Hotels Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/98/4, Laudo, 8 de diciembre de 2000, 41 ILM 896 (2002) ¶¶ 123 – 125 [CL-0147]; *Tza Yap Shum c. la República del Perú*,

(a) **La Fecha de Valuación**

634. La Demandada no ha formulado ningún argumento relacionado específicamente con la Fecha de Valuación, pero niega todas las alegaciones no expresamente admitidas⁹¹⁸.
635. Sin embargo, el Tribunal observa que en sus Memoriales, la Demandada considera que la Fecha de Valuación puede ser el 23 de junio de 2011 (si se asume que el Decreto Supremo 032 es ilícito) o el 27 de mayo de 2011 (si se asume que la demora del EIAS fue ilícita)⁹¹⁹.

(b) **Valuación FCD de FTI**

636. La metodología FCD simple de FTI es imprecisa y poco fiable porque no logra capturar las diferencias en el riesgo que implican los flujos de caja separados -incluida la información de base fundamental, tal como los precios de los metales y los costos de la minería- y asume de manera simple e irrealista que todos los flujos de efectivo "se tornan exponencialmente más riesgosos con el tiempo"⁹²⁰. [Traducción del Tribunal] FTI utiliza la tasa de descuento para representar la incertidumbre del proyecto y engloba todos los riesgos en un único y categórico "componente de prima de riesgo de la tasa de descuento" [Traducción del Tribunal], independientemente de su impacto o de las probabilidades. Tal como explica Brattle, el enfoque de FTI para el análisis de FCD fue vulnerable a grandes oscilaciones en la valuación debido a ajustes menores en la tasa de descuento aplicada⁹²¹.

Caso CIADI No. ARB/07/6, Laudo, 7 de julio de 2011 ¶¶ 262 – 263 [RLA-041]; *Levitt c. Irán*, Laudo No. 297-209-1, 14 Iran-U.S. C.T.R. 191, 22 de abril de 1987 ¶¶ 209 – 210 [RLA-059]; *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/84/3, Laudo, 20 de mayo de 1992 ¶¶ 188 – 189 [RLA-060]; *Mohammad Ammar Al-Bahloul c. República de Tayikistán*, Caso CCE Case No. V064/2008, Laudo Definitivo, 8 de junio de 2010 ¶ 71 [RLA-061]; *Venezuela Holdings, B.V. Mobil Cerro Negro Holding, Ltd. Mobil Venezolana de Petroleos Holdings, Inc. c. la República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/27, Laudo, 9 de octubre de 2014 ¶¶ 382 – 382 [RLA-062]; *Siag y Vecchi c. Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/15, Laudo, 1 de junio de 2009 ¶¶ 566 – 570 [RLA-063]; *Gemplus, S.A., SLP, S.A. y Gemplus Industrial, S.A. de C.V. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/3 & ARB(AF)/04/4, Laudo, 16 de junio de 2010 ¶¶ 13-70 – 13-72 [RLA-064]; *Sola Tiles, Inc. c. Irán*, Laudo No. 298-317-1, 14 Iran-U.S. C.T.R. 224, 22 de abril de 1987 240 – 242 [RLA-065]; *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/17, Laudo, 21 de junio de 2011 ¶¶ 380 – 381 [RLA-066].

⁹¹⁸ R-II ¶ 36.

⁹¹⁹ Véase R-I ¶¶ 362 – 364; R-II ¶ 632.

⁹²⁰ R-I ¶¶ 333, 337; R-II ¶¶ 596 – 597; Primer Informe Brattle ¶¶ 88 – 89, 91 [REX-004].

⁹²¹ R-I ¶ 335; R-II ¶ 597; Primer Informe Brattle ¶¶ 88 – 89, 91 [REX-004].

637. El enfoque de FTI se basa en información técnica de base estimada -la cual incluye los costos operativos y las tasas de recuperación de metales- en comparación con la información técnica de base real que estaría disponibles si Santa Ana hubiese alcanzado la etapa de producción. FTI se basa totalmente en las estimaciones adoptadas por RPA que contienen imprecisiones adicionales en la información técnica de base que incrementan aún más las reclamaciones de la Demandante y hacen que el análisis simple de FCD propuesto por FTI sea aún más impreciso y poco fiable. Cabe resaltar que esta información base comprende (1) reservas y recursos minerales exagerados, (2) costos mineros subestimados, (3) plazos de producción excesivamente ambiciosos y (4) precios de la plata sobrestimados⁹²². Sin respaldar el enfoque FCD de FTI, Brattle volvió a calcular el modelo de FTI con valores correctos y corregido para (1) un "*caso base*" al considerar solamente las reservas de minerales y (2) un "*caso de vida extendido*" en consideración de las reservas minerales y los recursos minerales. Al corregir solo los parámetros defectuosos, la estimación de daños de Santa Ana de FTI cae de USD 191 millones a **USD 54 millones** en el caso base y de **USD 224 millones a USD 70 millones** en el caso de vida extendida⁹²³. No obstante, dichas cifras no contemplan ningún riesgo para el Proyecto Santa Ana debido a la oposición de la comunidad⁹²⁴. El hecho de que no se contemple el malestar social es otra razón por la cual el Tribunal debe rechazar la valuación de FCD de FTI⁹²⁵. Debería rechazarse la sugerencia del Sr. Milburn de que una partida presupuestaria de USD 200.000 por año en los flujos de caja anuales podría representar el riesgo de licencia social⁹²⁶.
638. En una ley de corte más baja (el nivel de un mineral dentro un cuerpo de mineral por debajo del cual no es económicamente viable extraerlo y procesarlo) parecerá que una mayor cantidad depósitos de mineral presentes en un yacimiento son económicos para ser extraídos y se informará que la mina posee reservas de mayor magnitud que las apropiadas⁹²⁷. SRK confirmó que la adopción por parte de la Demandante de la información de base de RPA y de las leyes de corte inapropiadas la lleva a

⁹²² R-I ¶ 338; R-II ¶¶ 599 – 600; Primer Informe Brattle § II(D)(2) [REX-004]; Primer Informe SRK ¶¶ 8 y ss. [REX-005]; Segundo Informe Brattle § II.E [REX-010].

⁹²³ R-II ¶ 601; Primer Informe Brattle Tablas 1 & 6 [REX-004].

⁹²⁴ R-II ¶ 617; RPHB-I ¶ 101; Segundo Informe Brattle Tablas 1 & 6 [REX-010].

⁹²⁵ RPHB-I ¶¶ 103 – 105; Tr. 1908 – 1910 (R. Closing); Tr. 1637:9-20, 1704 – 1705 (Intercambio entre el Presidente Böckstiegel y FTI).

⁹²⁶ Tr. 1909 (R. Closing).

⁹²⁷ R-II ¶ 603; Primer Informe SRK ¶ 33 [REX-005]; Segundo Informe Técnico de Perito sobre Minería de SRK Consulting (13 de abril de 2016) ("Segundo Informe SRK") ¶¶ 10 – 14 [REX-011].

inflar incorrectamente las estimaciones de reservas y recursos⁹²⁸. RPA aplicó una ley de corte inadecuadamente baja de 17,5 gramos de plata por tonelada métrica para las reservas y de 14 gramos para los recursos habría sido más apropiado aplicar una ley de corte de equilibrio de 30 gramos por tonelada métrica y una ley de corte interna/de molienda de 27 gramos por tonelada métrica, tal como se aplicó en el Estudio de Factibilidad de 2011 de la Demandante para Santa Ana. Utilizando la ley de corte más baja, las reservas del caso base se inflan un 24%, es decir, de los 37 millones de toneladas métricas declaradas en el Estudio de Factibilidad de 2011 de la Demandante a los 46 millones de toneladas métricas reclamadas en los informes de RPA. A partir de esa base inflada, RPA generó un caso aún más especulativo de vida extendida, con un potencial mineral de 81 millones de toneladas métricas. SRK confirma que la RPA cometió errores tanto en relación con la naturaleza de la ley de corte aplicada como con la cuantificación de daños de la ley de corte, los cuales derivan de la aplicación de precios de plata inflados y recuperaciones metalúrgicas de plata poco realistas. Esto dio lugar a una sobrevaloración exagerada de los recursos y reservas tanto en el caso base como en el caso de vida extendida⁹²⁹. La incorporación de estas cifras por parte de FTI en su valuación FCD aumentó su estimación⁹³⁰.

639. Las proyecciones del costo de la minería recomendadas por RPA y adoptadas por la Demandante son poco realistas. SRK señaló que el análisis de RPA desestimó el plan de la Demandante de usar un minero contratista en Santa Ana, el cual cobraría los costos realmente incurridos en pos de generar una rentabilidad⁹³¹. Además, Santa Ana se encuentra a más de 4.000 metros sobre el nivel del mar en los altos Andes. Este ambiente extremo puede generar problemas de salud para los trabajadores y fallas de los equipos mecánicos, lo que resulta en una menor productividad de la mano de obra y de los equipos y, por lo tanto, mayores costos operativos⁹³². SRK mantiene su aumento recomendado en los costos proyectados de minería de USD 2,10 por tonelada de material a USD 2,50 por tonelada

⁹²⁸ R-I ¶ 340; R-II ¶¶ 602 – 603; Primer Informe SRK §§ 4, 6, ¶¶ 33, 67 [REX-005]; Segundo Informe SRK § 2.1, ¶¶ 18, 20-21 [REX-011].

⁹²⁹ R-I ¶ 341; R-II ¶ 604; Ausenco Vector, Estudio de Factibilidad Revisado – Proyecto Santa Ana – Puno, Perú – NI 43-101 Informe Técnico, Actualización al 21 de octubre de 2010, Informe Técnico, 1 de abril de 2011 [C-0061]; Primer Informe SRK ¶¶ 67, 70, 74, 79 [REX-005]; Segundo Informe SRK ¶¶ 18, 20 – 21, 27, 31, 40 [REX-011].

⁹³⁰ R-II ¶ 605; Primer Informe Brattle ¶¶ 100, 128 [REX-004].

⁹³¹ R-I ¶ 342; R-II ¶ 607; Primer Informe SRK ¶¶ 79 – 80 [REX-005]; Segundo Informe SRK ¶¶ 28 y ss. [REX-011].

⁹³² R-I ¶ 343; R-II ¶ 608; Primer Informe SRK ¶ 80 [REX-005]; Segundo Informe SRK ¶ 28 [REX-011].

de material. Esta estimación es inferior a una estimación preparada por Infomine - organización independiente que proporciona información sobre la industria minera⁹³³.

640. Brattle le solicitó a SRK que preparara un plan minero que fuera consistente con la intención de RPA de apoyar un "*caso extendido*" -es decir, uno que brinde la valuación de algunos de los recursos minerales menos ciertos sumado a las reservas minerales más ciertas- con los parámetros técnicos recomendados por SRK para la planificación minera y las proyecciones de precios de plata de Brattle. La aplicación este caso extendido y ajustado en el modelo FCD de FTI redujo el caso de vida extendida de FTI de USD 224 millones a USD 178 millones y, el caso base, de USD 191 millones a USD 166 millones⁹³⁴.
641. Brattle también incluye un aumento del 14% en los costos de capital que realiza correcciones (mediante la aplicación de estudios empíricos de los excesos de costos de minería) respecto de la tendencia dentro de la industria a subestimar significativamente los costos del proyecto en los estudios de factibilidad de la minería. Brattle rechaza la objeción de FTI a este ajuste al señalar, entre otras cosas, que el presidente de RPA, el Sr. Graham Clow, comparte la opinión de Brattle de que los estudios de factibilidad usualmente subestiman los costos de capital (según su estimación, en un 20-25%)⁹³⁵. Este ajuste reduce aún más el valor del caso extendido de USD 178 millones a USD 170 millones y el valor del caso base de USD 166 millones a USD 158 millones⁹³⁶.
642. Brattle, SRK y el perito en derecho minero peruano de la Demandada coinciden en que el análisis de FCD de FTI adopta un cronograma de producción poco realista y excesivamente agresivo que no tuvo en cuenta los retrasos debido a: (1) la obtención de permisos, (2) los disturbios y protestas sociales y (3) las cuestiones operativas y los problemas de construcción⁹³⁷. SRK reafirma que deben esperarse las demoras en la obtención de permisos. Hasta el mes de junio de 2011, la Demandante no había celebrado ninguno de los acuerdos necesario sobre el uso de la tierra con las comunidades o los propietarios de tierras y todavía necesitaba obtener aproximadamente 40 permisos y aprobaciones

⁹³³ R-II ¶ 609; Primer Informe SRK ¶ 80 [REX-005]; Segundo Informe SRK ¶ 28 [REX-011].

⁹³⁴ R-I ¶ 344; R-II ¶¶ 605 – 606; Primer Informe Brattle ¶¶ 100, 128, Tabla 1 [REX-004].

⁹³⁵ R-II ¶ 610; Primer Informe Brattle ¶ 101 [REX-004]; Segundo Informe Brattle ¶¶ 219 – 223 [REX-010].

⁹³⁶ R-I ¶ 345; Primer Informe Brattle ¶ 101, Tabla 10 [REX-004].

⁹³⁷ R-I ¶ 346; R-II ¶ 611; Primer Informe Rodríguez-Mariátegui ¶¶ 107 – 108 [REX-003]; Primer Informe Brattle § II(D)(2)(b) [REX-004]; Primer Informe SRK § 6.10 [REX-005]; Primer Informe RPA § 13 [CEX-002].

antes de proceder a la producción. La ratificación de tales permisos y aprobaciones no era automática ni estaba garantizada. Habría sido difícil o imposible comenzar la producción en el cuarto trimestre de 2012, tal como fuera mencionado⁹³⁸.

643. Otros proyectos mineros que enfrentaron disturbios sociales experimentaron demoras de un promedio de cuatro años. FTI hizo caso omiso del impacto potencial de los disturbios sociales, bajo la instrucción infundable de los abogados de atribuir los disturbios sociales al Gobierno. La oposición de la comunidad surge independientemente del Gobierno y, tal como han demostrado otros proyectos paralizados en el Perú, la oposición de la comunidad puede frustrar un proyecto minero aun cuando hubiese recibido los permisos⁹³⁹. Dada la larga historia de levantamientos populares contra la industria minera en el Perú y debido al hecho de que Santa Ana ya era blanco de protestas, no resulta plausible ignorar la oposición social⁹⁴⁰. El malestar social fue el mayor reto al que se enfrentó el Proyecto y no se encuentra contemplado en los cálculos de RPA ni de FTI⁹⁴¹.
644. Las dificultades operacionales, tales como la contratación de personal en una región remota o los problemas de construcción, ocasionarían mayores retrasos⁹⁴². En consecuencia, Brattle extendió el plazo de preproducción de FTI cuatro años. Esto reduce aún más el valor de Santa Ana en virtud del modelo de FTI⁹⁴³. La inclusión de dicho retraso adicional en el modelo FCD de FTI reduce aún más el valor de Santa Ana a USD 54 millones en el caso base y a USD 70 millones en el caso de vida extendida⁹⁴⁴.
645. FTI adopta modelos de fijación de precio de la plata que exageran el proceso prospectivo. En el primer método de fijación de precios de FTI, FTI proyecta los precios al combinar los precios futuros

⁹³⁸ R-I ¶ 347; R-II ¶ 612; Primer Informe Rodríguez-Mariátegui ¶¶ 40, 67, 106 – 108 [REX-003]; Primer Informe Brattle § II(D)(2)(b) [REX-004]; Primer Informe SRK ¶ 90 [REX-005]; Segundo Informe Rodríguez-Mariátegui ¶ 133 [REX-009]; Segundo Informe SRK § 2.7 [REX-011].

⁹³⁹ R-I ¶ 348; R-II ¶ 613; Primer Informe Brattle ¶ 105 [REX-004]; Segundo Informe FTI ¶ 6.51 [CEX-004].

⁹⁴⁰ R-II ¶ 614; Primer Informe Peña ¶¶ 96 y ss. [REX-002]; Primer Informe Brattle ¶ 105 [REX-004]; Primer Informe SRK ¶ 90 [REX-005]; Segundo Informe Brattle ¶ 226 [REX-010]; Segundo Informe FTI ¶ 7.42 [CEX-004].

⁹⁴¹ Tr. 1910 – 1911 (R. Closing).

⁹⁴² R-I ¶ 349; R-II ¶ 615; Primer Informe SRK ¶ 92 [REX-005].

⁹⁴³ R-I ¶¶ 349 – 350; R-II ¶ 616; Primer Informe Brattle ¶ 105, Tabla 6 [REX-004]; Primer Informe SRK ¶ 92 [REX-005].

⁹⁴⁴ R-I ¶ 350; Primer Informe Brattle ¶ 105, Tabla 6 [REX-004].

de los productos básicos con las proyecciones de los precios spot de la plata; Brattle explica que esto es inconsistente con los principios financieros⁹⁴⁵. La fijación de precios defectuosa de FTI deriva en resultados absurdos. El precio de la plata proyectado de FTI para 2015 asciende a USD 30,78 por onza. Para 2016, FTI abandona la valoración de futuros y adopta una fijación de precios basada en proyecciones de precios pronosticadas, lo cual reduce el precio a USD 22,21 por onza. Esta severa caída específica de un año no refleja ninguna caída anticipada de los precios, sino que resulta únicamente de la metodología inconsistente adoptada por FTI⁹⁴⁶. En el segundo método de fijación de precios de FTI, FTI aísla el último precio de futuros de plata disponible a la fecha de valuación y mantiene ese precio constante a perpetuidad. FTI no ajusta su tasa de descuento para reflejar este enfoque evidentemente impreciso *per se*, a pesar de que la aplicación de precios de futuros representa los riesgos de fijación de precios que FTI pretende incluir en su tasa de descuento⁹⁴⁷. Ambos métodos de fijación de precios son inexactos e inapropiados.

646. Brattle no realizó una proyección de precios de plata independiente, pero el Estudio de Factibilidad Actualizado de abril de 2011 para Santa Ana aplicó un precio de plata de USD 13 por onza, muy por debajo de ambas proyecciones de FTI. La adopción del precio de USD 13 por onza debe haber reflejado la opinión de la Demandante y de su consultor sobre los precios de la plata a futuro⁹⁴⁸.

(c) Argumentos relacionados con el Modelo FCD moderno (“opciones reales”) de Brattle

647. El análisis FCD moderno (“opciones reales”) de Brattle, adecuadamente calibrado con el valor de la Demandante establecido en el mercado de valores, demuestra que FTI ha sobrevaluado notablemente a Santa Ana⁹⁴⁹. El enfoque FCD moderno elimina gran parte de la volatilidad inherente y la imprecisión del modelo de FTI⁹⁵⁰. Cada elemento del flujo de caja recibe su propio descuento por riesgo y estos flujos de caja individuales se utilizan para producir una valuación general del proyecto.

⁹⁴⁵ R-I ¶ 351; Primer Informe Brattle ¶ 116 [REX-004].

⁹⁴⁶ R-I ¶ 352; Primer Informe FTI Figura 21 [CEX-001].

⁹⁴⁷ R-I ¶ 353; Primer Informe Brattle ¶ 119 [REX-004]; Primer Informe SRK ¶ 78 [REX-005].

⁹⁴⁸ R-I ¶ 354; Primer Informe SRK ¶ 78 [REX-005].

⁹⁴⁹ R-I ¶ 356; R-II ¶¶ 596, 598; Primer Informe Brattle ¶ 90 [REX-004]; Segundo Informe Brattle § II.B [REX-010].

⁹⁵⁰ R-I ¶ 336; Primer Informe Brattle ¶¶ 92 y ss. [REX-004].

El enfoque moderno es muy adecuado para proyectos mineros porque existen indicadores claros del mercado para varias de las corrientes clave de flujo de caja individuales⁹⁵¹.

648. El análisis de FCD moderno ("*opciones reales*") de Brattle identifica y corrige los riesgos para los flujos de caja que el análisis de FCD simple de FTI no logra detectar. En primer lugar, el enfoque de Brattle se beneficia de los datos procedentes del mercado para prever los flujos de caja y cuantificar de forma transparente los riesgos que podrían afectar esos flujos de caja. En segundo lugar, el enfoque de Brattle se encuentra calibrado para considerar el VJM del activo, medido por referencia al valor de la empresa de la Demandante (precio de la acción)⁹⁵². La calibración mediante la aplicación del precio de las acciones es esencial para incorporar el riesgo sustancial y duradero de la "*licencia social*" sobre el valor de Santa Ana. FTI ignora dicho riesgo por completo, lo cual lo lleva a sobrevaluar a Santa Ana⁹⁵³.
649. Debido a que el precio de la acción de la Demandante refleja el valor de Santa Ana y de Corani, Brattle valuó también a Corani. Respecto de Corani, SRK y Brattle revelaron un riesgo técnico relacionado con la metalurgia que podría hacer inviable el Proyecto Corani o reducir su valor de mercado⁹⁵⁴. Al tomar estos valores, Brattle calculó que el valor de Santa Ana al 23 de junio de 2011 oscilaba entre **USD 32 y USD 119 millones** y que el 27 de mayo de 2011 oscilaba entre **USD 40 millones y USD 113 millones**⁹⁵⁵. Al combinarse con el valor de Corani, tales valores -aunque cubren un rango amplio- son consistentes con el precio de la acción de la Demandante⁹⁵⁶.
650. Brattle ha refutado cada uno de los argumentos de FTI contra el enfoque FCD moderno⁹⁵⁷. CIMVAL - la organización profesional preeminente en el campo de la valuación minera - reconoce el método de FCD moderno como un método de valuación primario. FTI afirma haber llevado a cabo su valuación de manera consistente con sus normas y lineamientos, por lo cual la sugerencia de FTI de

⁹⁵¹ *Íd.*

⁹⁵² R-II ¶ 618.

⁹⁵³ *Íd.* en ¶¶ 619 – 620; Segundo Informe Brattle ¶¶ 71, 113, 115, 119 – 121, Tabla 2 [REX-010].

⁹⁵⁴ R-II ¶ 623; Segundo Informe Brattle ¶ 116 [REX-010].

⁹⁵⁵ R-II 621; Segundo Informe Brattle ¶¶ 121, 123, Tabla 2, 3 [REX-010].

⁹⁵⁶ R-II ¶ 622.

⁹⁵⁷ *Íd.* en ¶ 624; Segundo Informe FTI ¶¶ 7.11 – 7.14, 7.16 [CEX-004].

que el enfoque FCD moderno puede ser ignorado carece de sentido⁹⁵⁸. La metodología del FCD moderno es la tendencia principal en los círculos académicos y en las valuaciones de grandes empresas mineras y empresas de regalías⁹⁵⁹. La crítica de FTI a la supuesta "*subjetividad*" del enfoque FCD moderno es inválida, ya que el enfoque moderno requiere menos suposiciones que el modelo de FTI y el análisis de Brattle reemplazó los supuestos de FTI sobre los precios de los metales y la tasa de descuento del Proyecto con proyecciones bursátiles de dichos precios⁹⁶⁰. Algunas de las críticas de FTI, sin embargo, se aplican a todos los enfoques basados en los ingresos, incluido el propio modelo de FCD de FTI. Existen imprecisiones en cualquier valuación basada en el flujo de caja, y estas imprecisiones solo se intensifican al valorar un activo sin antecedentes de flujos de caja operativos, un riesgo de licencia social significativo pero no cuantificado, o en los casos en los que el precio de la acción incluye otros valores -tales como Santa Ana y Corani, en este caso⁹⁶¹.

(d) **Argumentos relacionados con el análisis bursátil de Brattle**

651. El análisis bursátil confirma aún más que FTI ha sobrevaluado notablemente a Santa Ana⁹⁶². Brattle presentó una valuación bursátil de referencia basada en el valor de la empresa de la Demandante (calculada como el precio de la acción de la Demandante, una medición directa del VJM combinado de todos los activos de la empresa, multiplicado por la cantidad de acciones en circulación en el día en cuestión) multiplicado por el porcentaje del valor total de la Demandante atribuible únicamente a Santa Ana⁹⁶³. La única incertidumbre es la distribución de valor entre los dos activos de la Demandante, Santa Ana y Corani⁹⁶⁴. Brattle adoptó las mismas estimaciones que FTI utilizó para valorar Corani, es decir, que contabilizó un promedio del 19.2% del valor total de mercado de la Demandante⁹⁶⁵. Al utilizar el promedio de las asignaciones de los analistas, la porción de Santa Ana respecto del valor total de la Demandante fue de **USD 89,1 millones** el 23 de junio de 2011 (fecha en

⁹⁵⁸ R-II ¶ 625; Segundo Informe Brattle § II.B., ¶¶ 85, 88 [REX-010].

⁹⁵⁹ R-II ¶ 626; Segundo Informe Brattle ¶¶ 91, 95 [REX-010].

⁹⁶⁰ R-II ¶ 627; Segundo Informe Brattle ¶ 104 [REX-010].

⁹⁶¹ R-II ¶ 628; Segundo Informe Brattle ¶ 104 [REX-010].

⁹⁶² R-II ¶¶ 596, 633.

⁹⁶³ R-II ¶¶ 630 – 631; Primer Informe Brattle ¶ 51 [REX-004].

⁹⁶⁴ R-II ¶ 631; Primer Informe Brattle ¶ 51 [REX-004].

⁹⁶⁵ R-I ¶ 360; Primer Informe Brattle ¶¶ 56, 61 – 62 [REX-004]; Primer Informe FTI ¶ 8.8 [CEX-001].

la que el valor de la empresa de la Demandante era **USD 464 millones**) y de **USD 104,3 millones** el 27 de mayo de 2011 (fecha en la que el valor de la empresa de la Demandante era de USD 543,5 millones)⁹⁶⁶.

652. FTI intenta explicar la diferencia de más de USD 130 millones entre su valuación de USD 224,2 millones y el valor de referencia promedio de USD 89,1 millones basado en el precio bursátil de la Demandante al argumentar que el análisis de mercado no logra explicar la "*prima de adquisición*"⁹⁶⁷. Esta crítica carece de fundamento. En los casos en que las adquisiciones se producen a una prima, se reflejan las sinergias percibidas creadas a través de la venta. No solo no se materializan en cada venta, sino que también Brattle señaló, con el acuerdo del Prof. Damodaran, que la posibilidad de una adquisición sinérgica ya se refleja en el precio de la acción de la Demandante, debido a que un comprador de las acciones se vería beneficiado por la adquisición a una prima⁹⁶⁸. La aplicación de las primas de adquisición a cualquier valuación basada en el precio de las acciones es controvertida entre los profesionales de la valuación y debe tener en cuenta las circunstancias específicas del objeto de valuación. FTI, no obstante, ha utilizado la prima de adquisición promedio para otras transacciones mineras⁹⁶⁹. Al hacerlo, FTI ha asignado un valor a Santa Ana que es aproximadamente 250% más alto que el valor otorgado por el mercado global⁹⁷⁰.

(e) El impacto de un hallazgo de culpa y/o negligencia concurrente (Pregunta del Tribunal (e)(iv))

653. Los siguientes argumentos se presentaron en respuesta a las preguntas planteadas por los Miembros del Tribunal durante la Audiencia y para abordar la pregunta del Tribunal sobre "*¿Cuáles son las sumas monetarias que el Tribunal debe otorgar a la Demandante si llegara a la conclusión de que [...] la Demandante había contribuido al malestar social presente en la primavera de 2011 -ya sea*

⁹⁶⁶ R-I ¶¶ 361 – 366; R-II ¶ 632; Primer Informe Brattle ¶ 58, Tablas 3 & 4 [REX-004]; Primer Informe FTI ¶ 10.1 [CEX-001].

⁹⁶⁷ R-II ¶ 634; Segundo Informe FTI ¶ 4.3(i) [CEX-004].

⁹⁶⁸ R-II ¶¶ 635 – 636; Segundo Informe Brattle ¶¶ 49, 55 [REX-010]; Primer Informe FTI Apéndice 4 [CEX-001].

⁹⁶⁹ R-II ¶ 637; Segundo Informe Brattle ¶¶ 49, 58 [REX-010].

⁹⁷⁰ R-II ¶ 638.

por acción u omisión-, ¿cómo debería tenerse en cuenta dicha contribución al determinar cuestiones de responsabilidad y/o cuantificación de daños?” contenida en la sección (e) de la RP-10⁹⁷¹.

654. Si el Tribunal está de acuerdo en que los disturbios sociales son una consecuencia directa de la conducta de la Demandante -incluido el esquema ilícito de adquisición de derechos de la Demandante y su incapacidad para obtener el apoyo de las comunidades locales- no debe otorgar una indemnización por daños y perjuicios en absoluto⁹⁷². En subsidio, si el Tribunal arribara a la conclusión de que la conducta de la Demandante contribuyó a los daños sufridos por la Demandante, el Tribunal deberá reducir cualquier indemnización en proporción a dicha contribución⁹⁷³. Los casos citados por la Demandante demuestran que el Tribunal puede contemplar toda culpa concurrente -no solo el daño "contrafáctico"- y puede reducir la indemnización por daños y perjuicios en consecuencia de ello⁹⁷⁴.
655. La sugerencia de la Demandante de que el Tribunal podría simplemente manipular el modelo FCD o simplemente restar dinero del cálculo de la indemnización por daños y perjuicios para dar cuenta de la negligencia concurrente o el daño es fundamentalmente defectuosa⁹⁷⁵. En primer lugar, es solo una opción en el caso de que el Tribunal adopte un modelo FCD, algo que no debería hacer⁹⁷⁶. En segundo lugar, el enfoque de la Demandante reduce la indemnización por daños y perjuicios en pos de representar el esquema ilícito de la Demandante para adquirir derechos en Santa Ana, lo que

⁹⁷¹ RP-10 ¶ 2.1.4 (e)(iv).

⁹⁷² RPHB-I ¶¶ 100, 114, RPHB-II ¶ 40; *MTD Equity c. Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo, 25 de mayo de 2004 ¶¶ 242 – 243 [CL-0083].

⁹⁷³ RPHB-II ¶¶ 48, 53, 54; *Anatolie Stati y otros c. Kazajstán*, Arbitraje CCE No. 116/2010, Laudo, 19 de diciembre de 2013 ¶ 1331 [CL-0080]; *MTD Equity c. Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo, 25 de mayo de 2004 ¶¶ 242 – 243 [CL-0083]; *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. la República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Laudo, 5 de octubre de 2012 ¶ 687, 825 [CL-0198]; *Copper Mesa Mining Corporation c. República de Ecuador*, Caso CPA No. 2012-2, Laudo, 15 de marzo de 2016 ¶¶ 6.113, 7.30, 7.32, 10.7 [CL-0237]; *Yukos Universal Limited (Isla de Man) c. Federación Rusa*, Caso CPA No. AA 227, Laudo Definitivo, 18 de julio de 2014 ¶ 1637 [RLA-018]; *Antione Goetz y otros c. República de Burundi [II]*, Caso CIADI No. ARB/01/2, Laudo ¶ 258 [RLA-098].

⁹⁷⁴ RPHB-II ¶¶ 49 – 50; *MTD Equity c. Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo, 25 de mayo de 2004 ¶¶ 242 – 243 [CL-0083]; *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. la República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Laudo, 5 de octubre de 2012 ¶¶ 687, 825 [CL-0198]; *Copper Mesa Mining Corporation c. República de Ecuador*, Caso CPA No. 2012-2, Laudo, 15 de marzo de 2016 ¶¶ 6.113, 7.30, 7.32, 10.7 [CL-0237].

⁹⁷⁵ RPHB-II ¶ 51.

⁹⁷⁶ *Íd.* en ¶ 52.

contribuyó al daño sufrido por la Demandante. En tercer lugar, el enfoque de la Demandante supone que si la Demandante gastaba solo unos pocos millones de dólares más, habría obtenido la licencia social⁹⁷⁷. Si la Demandante podría haber resuelto sus problemas de relaciones con la comunidad mediante solo unos pocos millones de dólares, no queda claro por qué no lo hizo en ese momento⁹⁷⁸.

3. El razonamiento del Tribunal

656. El Tribunal reitera su conclusión de que, en este caso, no es posible calcular la indemnización en función de la rentabilidad prevista y el método de FCD. Es por eso que el Tribunal no procederá a analizar los argumentos de las Partes acerca del método de FCD para sus conclusiones en materia de indemnización. Este Laudo se centrará, en cambio, en el valor que realmente invirtió la Demandante.

657. En este contexto, el Tribunal advierte que se cumplió el deseo de los miembros de las comunidades originarias que se opusieron al Proyecto Santa Ana: el Proyecto se canceló por completo. Sin embargo, esto no exime de responsabilidad a la Demandada por el pago de indemnización razonable y apropiada por su incumplimiento del TLC. El Proyecto contó con el apoyo del Gobierno hasta último momento, cuando el Gobierno entró en pánico y, de manera arbitraria, decidió ponerle fin. El Gobierno supuestamente procedió mediante un documento cuya existencia no se pudo demostrar. El Gobierno no planteó sus inquietudes ni escuchó a la Demandante. Sin embargo, ni el TLC ni el derecho internacional en general establecen la opción de otorgar daños punitivos. Por lo tanto, la única opción disponible para calcular la indemnización, dado que no se puede aplicar el método de FCD, es la que también analizaron las Partes, es decir, los costos que invirtió la Demandante. El Tribunal considera, de hecho, que este es el método apropiado para calcular la indemnización en el presente caso.

658. Es indiscutible que la Demandante invirtió un total de USD 21.827.687 para el Proyecto Santa Ana, como se ilustra en la siguiente tabla del Primer Informe Brattle (Anexo REX-004), página 62, para la cual se utilizan las fuentes citadas por la Demandante:

⁹⁷⁷ *Íd.*

⁹⁷⁸ *Íd.*

Tabla 7: Costos de inversión en Santa Ana (USD)

	Total 2004-T2/2011
[1] Perforación	7.994.832
[2] Salarios y consultoría	7.404.312
[3] Análisis y muestreo	750.537
[4] Viáticos	1.878.520
[5] Insumos y general	2.302.516
[6] Costos de adquisición y reivindicación (costos de mantenimiento)	508.149
[7] Geofísica	57.407
[8] Costos totales de exploración	20.896.273
[9] Costos capitalizados (adquisición de tierras)	931.414
[10] Obligaciones acumulativas por retiro de activos	
[11] Costo total de inversiones	21.827.687

Fuentes:

Fuentes: Bear Creek Mining Corp., Informe Anual 2004 (BR-04), pág. 19; Bear Creek Mining Corp., Informe Anual 2005 (BR-05), pág. 23; Bear Creek Mining Corp., Estados Contables Consolidados al 31 de diciembre de 2006 y 2005 (BR-06), pág. 6; Bear Creek Mining Corp., Estados Contables Consolidados al 31 de diciembre de 2007 y 2006 (BR-07), págs. 6, 13; Bear Creek Mining Corp., Estados Contables Consolidados al 31 de diciembre de 2008 y 2007 (BR-08), págs. 6, 20; Bear Creek Mining Corp., Estados Contables Consolidados al 31 de diciembre de 2009 y 2008 (BR-09), págs. 15, 27; Bear Creek Mining Corp., Estados Contables Consolidados al 31 de diciembre de 2010 y 2009 (BR-10), págs. 13, 21; Bear Creek Mining Corp., Estados Contables Consolidados Provisorios, seis meses con cierre el 30 de junio de 2011 y 2010 (BR-12), págs. 10, 12.

Notas:

Todos los gastos y costos son datos anuales, salvo las “Obligaciones acumulativas por retiro de activos”, que se informa como saldo acumulativo.

Las cifras del Segundo trimestre (T2) de 2011 se redondean a la unidad de mil más cercana.

El concepto “salarios y consultoría” se divide en “salarios y consultoría” e “ingeniería y consultoría” en los informes anuales 2009 y 2010 y en el informe T2/2011.

El concepto “insumos y general” se divide en “insumos y general” y “relaciones comunitarias” en el informe anual 2010.

[8]: Suma de [1] a [7]; desembolsados como gastos operativos todos los años.

[11]: Suma de [8] a [10].

659. Al principio, la Demandada alegó que, en todo caso, el Tribunal debería otorgar a la Demandante únicamente las sumas que invirtió para Santa Ana: USD 21.827.687⁹⁷⁹. No obstante, en su Escrito posterior a la Audiencia, la Demandada adoptó una postura diferente y señaló que, independientemente de que el Tribunal determine que hubo expropiación lícita o ilícita o violación no expropiatoria en virtud del tratado, el Tribunal debería otorgar a la Demandante no más de USD 18.237.592 en concepto de reembolso de las sumas que invirtió la Demandante después de la emisión del Decreto Supremo 083.
660. El Tribunal advierte que la Demandante no está reclamando sus gastos anteriores a la emisión del Decreto Supremo 083⁹⁸⁰. En tal sentido, el Tribunal acepta el cálculo de tales gastos, que presentó la Demandada, por la suma de USD 3.590.095⁹⁸¹. Por lo tanto, el saldo del total indicado *supra* de USD 21.827.687, es decir, USD 18.237.592 ahora es indiscutible entre las Partes.
661. El Tribunal no encuentra motivos para rechazar este monto y, por ende, concluye que los gastos de la Demandante después de la emisión del Decreto Supremo 083 y hasta la emisión del Decreto Supremo 032 fueron de USD 18.237.592.
662. Si bien las Partes han desarrollado su análisis relativo a la culpa concurrente centrándose en el método de FCD, este aspecto también se podría considerar con respecto al método de cálculo aceptado por el Tribunal en función del valor de la inversión en sí.
663. En este sentido, hay discrepancia entre los miembros del Tribunal. El Prof. Sands, coárbitro, si bien está de acuerdo que la Demandada violó el TLC y es responsable, tal como afirmó en su Opinión Disidente, concluye que el cálculo de los daños debería reducirse. La mayoría del Tribunal no está de acuerdo y comenta brevemente los principales argumentos en que se basa nuestro colega Sands.
664. En primer lugar, tal como señala el Prof. Sands, el Convenio 169 de la OIT impone obligaciones directas solo a los Estados. Contrariamente a los argumentos de la Demandada, las empresas privadas no pueden “*incumplir*” el Convenio 169 de la OIT porque este no les impone obligaciones directas. El Convenio adopta principios sobre cómo deben realizarse las consultas comunitarias, pero no establece obligaciones de resultado. No otorga a las comunidades el poder de veto sobre un proyecto.

⁹⁷⁹ R-II ¶ 594.

⁹⁸⁰ Tr. 1950 – 1951 (Intercambio de la Demandada con el Árbitro Sands).

⁹⁸¹ RPHB-I págs. 58 – 59.

Lo que hay que analizar es si las consultas se realizaron de buena fe, de acuerdo con las circunstancias del Proyecto y la comunidad afectada, y con el objeto de llegar a un acuerdo. Tal como se concluyó *supra* en este Laudo, la Demandada no vulneró esa expectativa.

665. En segundo lugar, la mayoría no comparte la evaluación de las pruebas por parte del Prof. Sands. Con respecto a la participación de la Sra. Villavicencio, el Tribunal recuerda su conclusión *supra* en este Laudo: “*En conclusión, el Tribunal considera que el primer motivo mencionado en el Decreto Supremo 032 y en los argumentos de la Demandada, es decir, que la Demandante había obtenido ilegalmente la declaración de necesidad pública mediante el Decreto Supremo 083 a través de la participación de la Sra. Villavicencio, no es válido*”.
666. En tercer lugar, particularmente con respecto al testimonio del testigo pericial de la Demandada, el Prof. Peña Jumpa, sobre el que se basa fuertemente el Prof. Sands, a la vez que descarta los testigos y peritos de la Demandante por considerar que tienen conocimiento y experiencia limitados, la mayoría recuerda su conclusión *supra* en este Laudo: “*La evidencia sintetizada supra demuestra que desde un principio hasta el momento que precedió a la reunión de fecha 23 de junio de 2011, todas las actividades de divulgación por parte de la Demandante fueron de conocimiento de las autoridades de la Demandada y se realizaron con su aprobación, apoyo, y respaldo, que las autoridades no plantearon objeción alguna en este contexto. Aunque, tal como se mencionara supra, habrían sido viables más acciones por parte de la Demandante, sobre la base de la coordinación continua con las autoridades de la Demandada y el respaldo de estas, el Tribunal arriba a la conclusión de que la Demandante pudo dar por hecho haber cumplido con todos los requisitos legales en lo que se refiere a su divulgación y contacto con las comunidades locales. La Demandada, después su aprobación y respaldo continuo a la conducta de la Demandante, no puede afirmar en retrospectiva que esta conducta fue contraria al Convenio 169 de la OIT o insuficiente, y que ocasionó el conflicto social en la región o contribuyó a este*”. Las comunidades indígenas, sin perjuicio de que estuvieran a favor o en contra el Proyecto no revisten el carácter de parte demandada en este arbitraje. Al contrario, el Estado del Perú y su Gobierno son los demandados y es su conducta sobre la que debe pronunciarse el Tribunal.
667. En este contexto, el Tribunal recuerda sus conclusiones *supra* al considerar la culpa concurrente y la responsabilidad: “*la Demandada tenía el deber de demostrar que sus violaciones del TLC, que el Tribunal confirmó en sus considerandos de este Laudo, fueron en cierta medida provocadas por la Demandante. En vista de las conclusiones del Tribunal citadas supra, la Demandada no cumplió con*

su carga de la prueba. Por lo tanto, el Tribunal concluye que no hubo culpa concurrente ni responsabilidad por parte de la Demandante”.

668. Por los motivos expuestos *supra*, el Tribunal concluye que la suma de USD 18.237.592 en concepto de indemnización, indicada *supra*, no se reducirá por culpa concurrente o responsabilidad de la Demandante.

C. INDEMNIZACIÓN POR EL PROYECTO CORANI Y LA PREGUNTA (E)(II) DEL TRIBUNAL

669. Muchos de los argumentos que se resumen a continuación fueron asimismo reiterados en respuesta a la pregunta del Tribunal:

e) *¿Cuáles son las sumas monetarias que el Tribunal debe otorgar a la Demandante si llegara a la conclusión de que:*

[...]

ii. *la supuesta inversión de la Demandante fue ilícitamente expropiada*^{982?}
[Traducción del Tribunal]

1. Argumentos de la Demandante

670. FTI calculó la reducción de valor de Corani inmediatamente antes de la fecha de expropiación en un rango de entre **USD 59,6 millones** (menos el VJM total del Proyecto Santa Ana) y **USD 276,3 millones** (sin imputar ningún valor al Proyecto Santa Ana)⁹⁸³. FTI cuantificó la reducción de valor de Corani como resultado de la toma de Santa Ana por parte de la Demandada en **USD 170,6 millones** (19,2%)⁹⁸⁴.

671. La expropiación de Santa Ana y otras violaciones del TLC por parte de la Demandada ocasionaron importantes daños adicionales a la Demandante al obstaculizar, de manera irreversible, el desarrollo del Proyecto Corani⁹⁸⁵. El perjuicio y la relación de causalidad son obvios: Inmediatamente después

⁹⁸² RP-10 ¶ 2.1.4 (e)(i) – (iii).

⁹⁸³ C-I ¶ 244; Primer Informe FTI ¶¶ 8.11 – 8.12, Fig. 27 [CEX-001].

⁹⁸⁴ CPHB-I ¶ 74; Segundo Informe FTI, Figura 1 [CEX-004].

⁹⁸⁵ C-II ¶ 453; CPHB-I ¶¶ 73, 89; CPHB-II ¶ 46; Tr. 1823 (C. Closing), 142 – 143 (C. Opening), 717:4-17 (McLeod-Seltzer); Segundo Informe FTI, págs. 9-11, § 8 [CEX-004].

de la suspensión del ESIA de Santa Ana por la Demandada e inmediatamente después de la expropiación, el valor de la empresa de la Demandante cayó abruptamente, como consecuencia directa. El Sr. Swarthout explica, con claridad, que estas acciones impidieron a la Demandante obtener financiamiento para el Proyecto Corani y que, “*salvo que [la Demandante] reciba indemnización en este arbitraje por la expropiación de Santa Ana por parte del Perú*” [Traducción del Tribunal], la Demandante no podrá financiar Corani⁹⁸⁶. Su testimonio confirma la teoría básica de la economía de que el aumento en los costos de capital implica que los futuros proyectos de expansión no serán económicamente viables. Los flujos de fondos futuros de la empresa son menores, en el sentido de que sufren un descuento mucho mayor. Esto genera una pérdida de valor⁹⁸⁷. FTI estableció una relación de causalidad entre el costo adicional de financiamiento y el mayor perfil de riesgo del Proyecto y la reducción de valor de Corani. Las pérdidas que alega la Demandante se basan en una disminución indiscutible del valor de la empresa de la Demandante entre el último día bursátil antes de la suspensión del ESIA y el primer día bursátil tras el anuncio del Decreto Supremo 032⁹⁸⁸. La Demandada admite que esta disminución en el valor de la empresa de la Demandante se debió a sus acciones, si bien caracteriza este daño como no “*permanente*”⁹⁸⁹. Sin embargo, cuatro años y medio después, el precio de las acciones de la Demandante se ubica cerca de su mínimo histórico y el Proyecto Corani continúa sin desarrollarse como consecuencia de la falta de financiamiento y el mayor perfil de riesgo del Proyecto⁹⁹⁰. Sin perjuicio de lo que acontezca en el futuro, la Demandante no podrá recuperar esta pérdida⁹⁹¹.

672. En derecho internacional, la causalidad jurídica se cumple si las pérdidas sufridas son consecuencia normal, previsible o directa de la conducta ilícita. En este caso, la cadena de causalidad sigue dos pasos que la Demandante demostró con mucha certeza:

⁹⁸⁶ C-II ¶ 469; Segunda Declaración Swarthout ¶¶ 44 – 45 [CWS-6].

⁹⁸⁷ C-II ¶¶ 467 – 471; CPHB-I ¶ 90; Tr. 717 – 718 (McLeod-Seltzer); Segunda Declaración Swarthout ¶¶ 43 – 45, 52 [CWS-6]; Herfried Wöss and others, *Damages in International Arbitration Under Complex Long-Term Contracts*. (Oxford University Press 2014) [CL-0212].

⁹⁸⁸ C-II ¶ 472; R-I ¶ 373.

⁹⁸⁹ C-II ¶¶ 457, 472; R-I ¶ 373.

⁹⁹⁰ C-II ¶ 454.

⁹⁹¹ *Id.* en ¶¶ 457 – 458.

- a) *Como consecuencia de la expropiación de Santa Ana por parte del Perú, la Demandante tiene que recaudar más dinero a una tasa de financiación más alta, con menos opciones que si retuviera el control del proyecto Santa Ana, y el desarrollo del proyecto Corani se encuentra expuesto a mayores riesgos, además de haber sido postergado, lo que generó una pérdida de ingresos permanente durante el período de retraso.*
- b) *Estos hechos ocasionaron una pérdida financiera directa, normal y previsible para Bear Creek, que FTI cuantificó como la reducción del valor de la empresa de Bear Creek entre el último día bursátil antes de la suspensión del ESIA y el primer día bursátil tras el anuncio de la expropiación*⁹⁹². [Traducción del Tribunal]

673. La postura de la Demandante se funda en la jurisprudencia de otras instancias en que tribunales intervinientes en controversias entre inversionistas y Estados han lidiado con cuestiones de causalidad. A modo de ejemplo, en *Inmaris Perestoika c. Ucrania*, el tribunal resolvió que la prohibición ilícita que impedía que el barco abandonara las aguas territoriales de Ucrania y la falta de ingresos resultante fueron causa directa o previsible de la quiebra de las demandantes en Alemania. Ese tribunal siguió los pasos de la cadena de causalidad y otorgó lucro cesante por los diez años adicionales de funcionamiento que habrían seguido si las demandantes no hubieran entrado en quiebra⁹⁹³. *Lemire c. Ucrania* también resulta ilustrativo. En ese caso, el tribunal reconoció la incertidumbre y los supuestos de la cadena de causalidad, y otorgó indemnización porque, de lo contrario, habría recompensado a Ucrania por su conducta ilícita. Este Tribunal no necesita ir tan lejos como habrían ido los tribunales de *Inmaris* o *Lemire* para encontrar una relación de causalidad entre la conducta de la Demandada y los daños que sufrió el Proyecto Corani de la Demandante. Los argumentos de la Demandada sobre causalidad son infundados y deben desestimarse⁹⁹⁴.

674. Conforme al estándar de reparación íntegra, las pérdidas son indemnizables, tal como sostuvo la CPJI en *Chorzów*. Según *Chorzów* y tal como surge del Artículo 36 de los Artículos de la CDI, la indemnización debe incluir (1) el equivalente monetario de la restitución y (2) el otorgamiento de una indemnización adicional por las pérdidas sufridas que no estuvieran cubiertas por la

⁹⁹² C-II ¶¶ 473 – 474; Sergey Ripinsky & Kevin Williams, *Damages in International Investment Law* (British Institute of International Comparative Law 2008) [CL-0213].

⁹⁹³ C-II ¶¶ 475 – 476; *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH y otros c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/08/8, Extractos del Laudo, 1 de marzo de 2012 ¶¶ 236 – 237, 381 – 382 [CL-0214].

⁹⁹⁴ C-II ¶¶ 477 – 480; *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 14 de enero de 2010 ¶ 451 [CL-0094]; *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18, Laudo, 28 de marzo de 2011 ¶¶ 123, 135, 158, 169, 171, 244 [C-0215].

restitución o su equivalente monetario. Corani entra en esta segunda categoría⁹⁹⁵. Sobre la base de este principio, varios tribunales intervinientes en casos relativos a inversiones otorgaron indemnización por daños y perjuicios, además de indemnización por los activos expropiados. En *Sedco c. NIOC*, el Tribunal de Reclamaciones Irán-EE. UU. otorgó indemnización por el valor de reposición de los viejos equipos de perforación expropiados, como también otras pérdidas en forma de lucro cesante no generado debido a la expropiación. En *Vivendi II*, el tribunal otorgó indemnización por destrucción total del valor, como también otras pérdidas adicionales que incluyeron el costo de la deuda patrocinada y los gastos de gestión. Los tribunales también han otorgado indemnización por el costo de financiamiento adicional como consecuencia de una conducta ilícita del Estado⁹⁹⁶.

675. El segundo corolario que se desprende del estándar de reparación íntegra es que no es necesario demostrar, con absoluta certeza, el monto de daños y perjuicios para que se otorgue indemnización por las pérdidas. En *Chorzów*, y tal como se confirmó recientemente en *Vivendi II*, la prueba es el grado de probabilidad⁹⁹⁷.
676. Toda dificultad para calcular los daños de Corani se debe a las violaciones del TLC por parte de la Demandada. Este Tribunal no debe castigar a la Demandante por permitir a la Demandada beneficiarse con su conducta ilícita. Al contrario, la Demandante remite el Tribunal a la sentencia de *Gemplus & Talsud c. México* y señala que el cálculo de los daños atribuibles a Corani es una tarea

⁹⁹⁵ C-II ¶¶ 459 – 460, 462; Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Art. 35 (2001) (actualizado en 2008), Art. 36(1) [CL-0030]; *Caso Relativo a la Fábrica de Chorzów* (Alemania c. Polonia), 1928 P.C.I.J. (ser. A) No. 17 (13 de septiembre de 1928) ¶¶ 47 – 49 [CL-0205].

⁹⁹⁶ C-II ¶ 461; *Laudo Interlocutorio SEDCO* [CL-0052].

⁹⁹⁷ C-II ¶¶ 463 – 464; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo, 20 de agosto de 2007 ¶ 8.3.16 [CL-0038]; *American Int'l. Group, Inc. c. Irán*, Caso No. 2 del Tribunal de Reclamaciones Irán-EE. UU., Laudo No. 93-2-3, 19 de diciembre de 1983, 4 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 96 (1983) [CL-0141]; *Caso Relativo a la Fábrica de Chorzów* (Alemania c. Polonia), 1928 P.C.I.J. (ser. A) No. 17 (13 de septiembre de 1928) ¶ 47 [CL-0205]; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/19, Laudo, 9 de abril de 2015 ¶ 30 [CL-0206]; *Payne c. Irán*, Caso No. 335, Laudo No. 245–335–2, 8 de agosto de 1986, 12 Iran–U.S. C.T.R. 3 ¶¶ 35 – 37 [CL-0210].

compleja que requiere estimación y aproximación. Los daños no podrían ser más reales y son indemnizables en virtud del derecho internacional⁹⁹⁸.

677. El alegato de la Demandada de que la metodología de cuantía de FTI “*produce un rango ridículamente amplio de cálculos indemnizatorios*” es infundado. Los cálculos de FTI se basan en hechos de mercado reales, no controvertidos: el cambio de valor antes de la suspensión del ESIA hasta después de la expropiación, que asciende USD 307,2 millones. El rango conservador provisto por FTI refleja un valor de la empresa que el mercado pudo haber colocado para Santa Ana el 27 de mayo de 2011, con anterioridad a la suspensión del ESIA⁹⁹⁹.
678. El origen del deterioro del valor de Corani reside en el costo de capital del que dispone la Demandante para desarrollar la mina, así como el retraso relacionado. Sin el desarrollo de Santa Ana, las fuentes de capital que estarán disponibles para desarrollar Corani, en su caso, provendrán de la emisión de capital de una empresa mucho más pequeña, con una capitalización de mercado inferior. La dilución resultante para el inversionista y el costo de este capital, sin lugar a dudas, superarán el costo de capital que habría estado disponible si se hubiera permitido que Santa Ana procediera del modo previsto. El daño que sufrió Corani es tangible, se experimentó y es permanente¹⁰⁰⁰.
679. FTI no pudo preparar un análisis de FCD de Corani porque requeriría supuestos subjetivos que no justificarían una opinión objetiva en materia de indemnización. La Demandante explica que “*si bien el precio de las acciones [de la Demandante] no ofrece un cálculo confiable del VJM de los activos subyacentes (Santa Ana y Corani), y minimiza el efecto adverso de las acciones [de la Demandada] contra Santa Ana en el valor de Corani, FTI concluye que la única medición objetiva disponible del cambio en el valor percibido para Corani es el cambio en el precio de las acciones [de la Demandante] en la Fecha de Valoración*”¹⁰⁰¹. [Traducción del Tribunal]

⁹⁹⁸ C-II ¶¶ 465 – 466; *Gemplus, S.A., SLP, S.A. y Gemplus Industrial, S.A. de C.V. c. Los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/3 & ARB(AF)/04/4, Laudo, 16 de junio de 2010 ¶¶ 13-91, 13-92, 13-99 [RLA-064].

⁹⁹⁹ C-II ¶ 455; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo, 20 de agosto de 2007 ¶ 8.3.16 [CL-0038]; Primer Informe FTI ¶ 8.11 [CEX-001]; Segundo Informe FTI ¶¶ 2.4, 6.36, 6.50, 8.7 – 8.12, 8.49 [CEX-004].

¹⁰⁰⁰ C-II ¶ 481; Segundo Informe FTI ¶¶ 8.2 – 8.3 [CEX-004].

¹⁰⁰¹ C-II ¶ 482; Segundo Informe FTI ¶¶ 8.3 – 8.5 [CEX-004].

680. FTI calculó la reducción de valor de Corani inmediatamente antes de la fecha de expropiación en un rango de entre **USD 59,6 millones** (restando el VJM total del Proyecto Santa Ana) y **USD 276,3 millones** (sin imputar ningún valor al Proyecto Santa Ana)¹⁰⁰². FTI calculó la reducción de valor de Corani como resultado de la toma de Santa Ana por parte de la Demandada en **USD 170,6 millones**. Esta es la estimación puntual de la conclusión de FTI sobre la indemnización, ya que FTI no consideró que el mercado hubiera permitido calcular el VJM total de Santa Ana en función del precio de las acciones de la Demandante en ese entonces. Es por eso que FTI dedujo el 19,2% en concepto del valor atribuible a Santa Ana (cuya cifra representaba el valor neto promedio de los activos, que se ubicaba entre 9,1% y 32,2%) y aplicó un ajuste por la caída de 7,3% en el Índice Minero Global S&P/TSX durante el período de referencia. FTI también dedujo el valor total de la empresa atribuible a Corani el 27 de junio de 2011, que FTI equiparó al valor que mantuvo Corani tras la expropiación¹⁰⁰³. Este método probablemente minimice el efecto de la indemnización en el valor de Corani de manera sustancial. El consenso de analistas independientes del sector valoró Corani en aproximadamente USD 1.100 millones. Dado el precio actual de las acciones, la reducción supera el cálculo de indemnización de FTI. Si bien el precio de las acciones de la Demandante infravalora el VJM de Corani, por lo cual la reducción comprobada del valor de la empresa de la Demandante tras la expropiación también infravalorará los daños que sufrió Corani, el cálculo en el Informe FTI brinda la mejor cifra con la información disponible¹⁰⁰⁴.

681. FTI abordó las inquietudes de Brattle en su segundo informe¹⁰⁰⁵. La afirmación de Brattle de que la Demandante no tuvo aumentos en los costos financieros hasta la fecha es absurda, en especial a la luz del testimonio del Sr. Swarthout. El sentido común nos dice que la pérdida de Santa Ana hizo que Corani fuese más difícil de financiar y esta dificultad de financiamiento ocasionó el retraso del Proyecto. El retraso no fue consecuencia de una decisión administrativa basada en factores técnicos o condiciones del mercado, como tampoco redundó en un beneficio neto, como alega Brattle. Los

¹⁰⁰² C-I ¶ 244; Primer Informe FTI ¶¶ 8.11 – 8.12, Fig. 27 [CEX-001].

¹⁰⁰³ C-I ¶¶ 242 – 243; C-II ¶¶ 483 – 484; Primer Informe FTI ¶¶ 8.4 – 8.11, nota 126, Fig. 27 [CEX-001]; Segundo Informe FTI ¶ 8.6 [CEX-004].

¹⁰⁰⁴ C-II ¶ 485; Primer Informe FTI ¶ 8.8 [CEX-001]; Segundo Informe FTI ¶ 8.9 [CEX-004].

¹⁰⁰⁵ C-II ¶ 486; Segundo Informe FTI ¶¶ 8.15 – 8.27 [CEX-004].

estudios de optimización técnica se contemplaron claramente y fueron independientes de las condiciones del mercado¹⁰⁰⁶.

682. El mercado reconoció que la capacidad de la Demandante para recaudar los casi USD 700 millones para desarrollar Corani se vio reducida de forma permanente, lo cual redujo su percepción del valor del Proyecto Corani. Los hechos en Santa Ana también aumentaron el perfil de riesgo de Corani, más allá de la amenaza de expropiación de Corani en sí. FTI advirtió que Brattle está de acuerdo en que un mayor perfil de riesgo reduciría el valor de Corani¹⁰⁰⁷.
683. FTI no fue incoherente al emplear, por un lado, el método de FCD más confiable y preciso para calcular el VJM de Santa Ana y luego, por otro lado, utilizar el cambio de precio de las acciones de la Demandante para calcular el daño permanente de Corani como consecuencia de las supuestas violaciones. Dado que los supuestos actos ilícitos generaron la incertidumbre que obligó a FTI a emplear una metodología menos precisa para calcular la indemnización de Corani, no se deben ignorar los daños permanentes y constantes que sufrió Corani debido a las dificultades inherentes en el cálculo de su cuantía¹⁰⁰⁸.
684. La conclusión de RPA de que el trabajo detrás del Estudio de Factibilidad de Corani fue exhaustivo y diligente se mantuvo firme. Corani es uno de los diez yacimientos de plata más grandes del mundo y está más que claro que es un proyecto minero de talla mundial. Si bien la fecha de valuación para la expropiación de Santa Ana es el 23 de junio de 2011, el TLC no exige que los daños tengan la misma fecha de valuación. El Estudio de Factibilidad de 2015 demuestra que la información que había en 2011 es y era válida. Contrariamente a la declaración de SRK, el Estudio de Factibilidad de 2011 incorporó previsiones acerca de la ubicación remota y la altitud de Corani. Las recuperaciones metalúrgicas previstas contenidas en el Estudio de Factibilidad de 2011 no son exageradas. La Demandante realizó obras que justifican una recuperación de plata de 70%, en lugar del 55% que alega SRK. Las reclamaciones de SRK con respecto al cronograma y la construcción son

¹⁰⁰⁶ C-II ¶¶ 487 – 490; Segunda Declaración Swarthout ¶¶ 43 – 46, 53 [CWS-6]; Primer Informe Brattle ¶¶ 140, 146 [REX-004].

¹⁰⁰⁷ C-II ¶¶ 491 – 492; Segundo Informe FTI ¶¶ 8.35 – 8.39 [CEX-004]; Segunda Declaración Swarthout ¶ 55 [CWS-6].

¹⁰⁰⁸ C-II ¶ 493; Tr. 1824 – 1825 (C. Closing).

especulativas e infundadas, sobre todo porque el cronograma del Proyecto Corani de 17 meses desde la preparación del ESIA y la obtención de permisos comprende cinco meses más que el período de 12 meses que sugiere SRK¹⁰⁰⁹.

2. Argumentos de la Demandada

685. Durante todo el proceso, la solicitud de indemnización de la Demandante fue una pretensión “desafortunada”, diseñada con el objeto de inflar la indemnización, con la esperanza de que el Tribunal dividiera la diferencia y llegara a un punto medio más alto¹⁰¹⁰. La reclamación de indemnización de la Demandante con respecto a Corani se basa en el supuesto de que el cálculo de Santa Ana redujo el valor de mercado de Corani de tres maneras: (1) al aumentar los costos de financiamiento cuando la Demandante se vio obligada a obtener una mayor inversión externa, (2) al retrasar el desarrollo de Corani y (3) al incrementar la percepción del riesgo del mercado en relación con el Proyecto Corani¹⁰¹¹. La reclamación de la Demandante con respecto a Corani no puede prosperar porque la Demandante no puede demostrar los elementos esenciales de su reclamación, es decir, (1) que sufrió un daño permanente en su inversión en Corani y (2) que existe una relación suficientemente directa entre los cálculos de la Demandada con respecto a Santa Ana y los supuestos daños de Corani¹⁰¹².
686. Todos los argumentos de la Demandante sobre la existencia de daños en Corani se basan en hechos deficientes: la declaración testimonial egoísta del Sr. Swarthout, que se contradice con sus propias declaraciones contemporáneas¹⁰¹³. Los principios básicos de la declaración no corroborada del Sr.

¹⁰⁰⁹ C-II ¶¶ 494 – 497; CPHB-I ¶ 73; Presentación Directa de RPA, Diapositivas 19, 27; Tr. 1421:2 – 1423:21 (RPA, R. Lambert); 1512:15-22 (SRK, N. Rigby); Segundo Informe FTI ¶¶ 8.30, Figura 9 [CEX-004]; Resolución No. 28 sobre Acción de Amparo, Primer Juzgado Constitucional de Lima, 12 de mayo de 2014 ¶ 8 [C-0006]; Bear Creek Mining Corporation & SRK Consulting, *Instrumento Nacional 43-101, Informe Técnico, Proyecto de exploración de plata-oro en Corani, Departamento de Puno*, 12 de octubre de 2005 [C-0245]; M3 Engineering & Technology Corp., 2015, *Estudio de Factibilidad Final Optimizado Proyecto Corani, Puno, Perú*, preparado para Bear Creek Mining Corporation, 30 de mayo de 2015 [C-0246]; Bear Creek Mining Corporation & SRK Consulting, *Instrumento Nacional 43-101, Informe Técnico, Presupuesto inicial de recursos para proyecto de exploración de plata-oro en Corani, Departamento de Puno*, 31 de marzo de 2006, pág. 5 [C-0248]; Segundo Informe RPA ¶¶ 148, 152, 170, 195 – 196 [CEX-007]; Primer Informe RPA 16-4, 16-5 [CEX-002].

¹⁰¹⁰ R-I ¶¶ 367 – 368, 401; R-II ¶ 687.

¹⁰¹¹ R-I ¶ 369; Primer Informe FTI ¶ 8.1 [CEX-001].

¹⁰¹² R-I ¶ 369; R-II ¶ 644; RPHB-I ¶ 109; Tr. 502:21 – 526:12 (Swarthout).

¹⁰¹³ R-II ¶¶ 645 – 646, 667; Segunda Declaración Swarthout ¶¶ 45, 58 [CWS-6].

Swarthout son que las acciones de la Demandada con respecto a Santa Ana (1) dificultaron a la Demandante financiar Corani, (2) retrasaron el desarrollo de Corani y (3) aumentaron la percepción del riesgo relacionado con Corani por parte del inversionista. En primer lugar, si estos alegatos fueran ciertos, se debería haber presentado documentación de respaldo adicional. El Sr. Swarthout estuvo y sigue estando obligado en virtud de las reglamentaciones bursátiles canadienses a divulgar información importante a los inversionistas, incluso cualquier impacto negativo que pudiera haber tenido el Decreto Supremo 032 en el Proyecto Corani¹⁰¹⁴. Si bien a la Demandante le convenía presentar esa documentación, no lo hizo¹⁰¹⁵. En segundo lugar, desde el mes de junio de 2011 hasta el mes de septiembre de 2015, el Sr. Swarthout realizó numerosas declaraciones públicas que se contradicen con su declaración testimonial. Reiteró, en varias oportunidades, que los hechos de Santa Ana no habían interferido con el avance o el cronograma de Corani. O el Sr. Swarthout y la Demandante violaron las reglamentaciones bursátiles canadienses al ocultar pérdidas masivas relacionadas con Corani en 2011, o están planteando reclamaciones infundadas ante este Tribunal. Ante esta incoherencia, el Tribunal no puede confiar en la credibilidad del Sr. Swarthout¹⁰¹⁶.

687. Además, incluso si el Tribunal aceptara su testimonio, varias cuestiones relacionadas con la Demandante, como las dificultades de financiamiento del Proyecto Corani, no pueden reducir el VJM de Corani¹⁰¹⁷. Los mercados valoran un activo según su uso más redituable en manos del propietario más eficiente¹⁰¹⁸. El hecho de que la Demandante tuviera problemas de financiamiento en Corani no reducía el valor de mercado de Corani si había otra empresa minera capaz de comprar y desarrollar

¹⁰¹⁴ R-I ¶ 380; M3 Engineering, Proyecto Corani, Formulario NI 43-101F1, Informe Técnico, Estudio de Factibilidad, diciembre de 2011 [C-0066]; Manual Financiero Corporativo de TSX Venture (extractos) §§ 2.1, 3.1 [R-187]; Informe Anual 2011 de Bear Creek Mining [R-188].

¹⁰¹⁵ R-II ¶¶ 668 – 669; Primera Declaración Swarthout ¶ 46 [CWS-1]; Segunda Declaración Swarthout ¶¶ 43 – 45, 52 [CWS-6]; Segundo Informe Brattle ¶ 256 [REX-010]; Segundo Informe FTI ¶¶ 8.16 – 8.19 [CEX-004].

¹⁰¹⁶ R-I ¶¶ 379 – 381; R-II ¶¶ 670 – 674; RPHB-I ¶ 109; Tr. 502:21 – 526:12 (Swarthout); M3 Engineering, Proyecto Corani, Formulario NI 43-101F1, Informe Técnico, Estudio de Factibilidad, diciembre de 2011 [C-0066]; Transcripción de llamada especial de Bear Creek Mining Corporation (27/6/2011), págs. 3, 7 [R-186]; Manual Financiero Corporativo de TSX Venture (extractos) [R-187]; Informe Anual 2011 de Bear Creek Mining [R-188]; *Daily Gold Podcast*, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=d7Ik3MnrzjY> (en 5:31) [R-383]; Andrew Swarthout, “Speech before the Precious Metals Summit Conference” [R-384]; Bear Creek Mining Corp, “Llamada especial”, 14 de mayo de 2014 [BR-134]; Primera Declaración Swarthout ¶ 46 [CWS-1], Segunda Declaración Swarthout ¶¶ 45, 48 [CWS-6].

¹⁰¹⁷ R-II ¶ 675.

¹⁰¹⁸ *Íd.*, R-I ¶¶ 376 – 377; Primer Informe Brattle ¶ 154 [REX-004].

el sitio sin estos problemas financieros. Brattle explica que existe un mercado sólido de propiedades mineras como Corani. Por lo tanto, la Demandante puede mitigar los daños relacionados con el financiamiento mediante la venta de Corani, a precio justo de mercado, a un comprador que pueda financiar el Proyecto. Después de todo, si Corani perdiera valor por la incapacidad de la Demandante de financiar Corani en vista de su experiencia con Santa Ana, la Demandante tendría el deber fiduciario frente a sus accionistas de vender el activo a su VJM¹⁰¹⁹. Contrariamente al argumento sobre mitigación de la Demandante, el TLC no indemniza de acuerdo con las supuestas “*intenciones*” y “*estrategias*” del inversionista, sino que establece una indemnización de conformidad con las pérdidas de valor de mercado, que no dependen de los planes del propietario¹⁰²⁰.

688. A diferencia de lo que alega la Demandante, Corani no se vendería a bajo precio¹⁰²¹. Tal como señala Brattle y omite FTI, la venta forzada tiene lugar cuando el vendedor no tiene tiempo de evaluar correctamente el mercado. En este caso, la Demandante ha tenido la liquidez suficiente para operar por más de cuatro años desde la emisión del Decreto Supremo 032, durante los cuales siguió desarrollando Corani y habría podido realizar una venta metódica al mayor valor posible¹⁰²².

689. La reclamación de la Demandante con respecto a Corani debe rechazarse porque la Demandante no demostró que las acciones de la Demandada en relación con Santa Ana hayan ocasionado daños permanentes al valor de mercado de Corani o una mayor percepción del riesgo de mercado¹⁰²³. Tal como afirmara el tribunal de *Romp petrol c. Rumania*, la finalidad de una adjudicación de indemnización es “*compensar en términos monetarios por la alteración negativa permanente de la posición económica, financiera o comercial del inversionista extranjero, que pueda vincularse, de manera directa, al accionar ilícito del Estado receptor*”¹⁰²⁴ [Traducción del Tribunal]. En este caso, la Demandante no demostró la existencia de ningún daño permanente. La reducción del precio de las acciones de la Demandante a raíz del Decreto Supremo 032 no fue más que una caída temporal, tras

¹⁰¹⁹ R-I ¶ 378; R-II ¶¶ 675 – 676; Primer Informe Brattle ¶ 155 [REX-004].

¹⁰²⁰ R-II ¶ 677; Segunda Declaración Swarthout ¶ 50 [CWS-6].

¹⁰²¹ R-II ¶ 678; *Tenaris S.A. y Talta – Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. c. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI No. ARB/11/26, Laudo*, 28 de enero de 2016 ¶¶ 564 – 565 [RLA-096].

¹⁰²² *Íd.*

¹⁰²³ R-II ¶ 646.

¹⁰²⁴ R-II ¶ 648; *The Rompetrol Group N.V. c. Rumania, Caso CIADI No. ARB/06/3, Laudo*, 6 de mayo de 2013 ¶ 287 [RLA-068].

la cual el precio de las acciones de la Demandante se recuperó rápidamente. Esta rápida recuperación tiene sentido, puesto que la Demandada sancionó el Decreto Supremo 032 por motivos inaplicables a Corani, que no fue objeto de violentas protestas ni se había adquirido de manera ilegal¹⁰²⁵. La Demandante le solicita al Tribunal que considere el bajo precio actual de las acciones de la Demandante como consecuencia de la reducción que sufrió dicho precio inmediatamente después de la emisión del Decreto Supremo 032. La Demandante ignora los cinco años de historia en el medio— en particular, el hecho de que el precio de las acciones de la Demandante fuera mayor el 21 de julio de 2011 que antes de la sanción del Decreto Supremo 032. Por lo tanto, si hoy fuera 21 de julio de 2011, siguiendo el argumento de la Demandante, la Demandante estaría pagando a la Demandada por la “buena suerte” que le trajo el Decreto Supremo 032¹⁰²⁶.

690. Brattle explica que el verdadero factor del mal desempeño del precio de las acciones de la Demandante fue la desaceleración general en el sector minero mundial¹⁰²⁷. Otro factor que afectó el precio de las acciones de la Demandante puede ser la percepción por parte del mercado de los riesgos para la viabilidad del Proyecto Corani. Brattle explica que quizá ni siquiera sea posible producir minerales de plomo y cinc en Corani lo suficientemente concentrados como para someterlos a un procesamiento metalúrgico. Sin concentrados de plomo y cinc comercializables en Corani, no se podrá producir plata en Corani, ya que esta depende de aquellos¹⁰²⁸. La Demandante no logró resolver esta cuestión—en 2009 y 2011, le dijo al mercado que el riesgo estaba y que solo podría eliminarse mediante una prueba metalúrgica exitosa, pero luego la Demandante se rehusó a llevar a cabo esas pruebas en los cuatro años siguientes e incluso en su Estudio de Factibilidad Actualizado de 2015. El mercado prevé que la Demandante espera que los resultados sean negativos. Por ende, el mercado es consciente del riesgo fundamental sin resolver para la viabilidad del Proyecto Corani y rebajó el

¹⁰²⁵ R-II ¶¶ 649 – 652; Primer Informe Brattle, Figura 6 [REX-004].

¹⁰²⁶ R-I ¶¶ 371 – 373, 387 – 389; R-II ¶ 652; Primer Informe FTI ¶¶ 8.2, 8.5 [CEX-001]; Primer Informe Brattle ¶¶ 160 y ss., 170, 174, Figura 6, § III(B)(2) [REX-004]; Primera Declaración Swarthout ¶ 46 [CWS-1].

¹⁰²⁷ R-II ¶ 653; Segundo Informe Brattle ¶ 278 [REX-010].

¹⁰²⁸ R-II ¶¶ 654 – 655; Segundo Informe Brattle ¶¶ 186 – 189 [REX-010]; Segundo Informe SRK ¶¶ 70 – 73, 100 [REX-011].

precio de las acciones de la Demandante de acuerdo con ello¹⁰²⁹. Este tribunal debe rechazar la petición de la Demandante de responsabilizar a la Demandada por el deterioro de las condiciones del mercado en el sector mundial de los metales o la pérdida de confianza del mercado en la factibilidad técnica de Corani¹⁰³⁰.

691. La reclamación de Corani de la Demandante también fracasa porque la Demandante no demostró que las acciones con respecto a Santa Ana fueran causa directa de los supuestos daños causados a Corani¹⁰³¹. La Demandante no niega que tenga la carga de demostrar la relación de causalidad, pero cita varios casos inaplicables que no abordan la situación en que, al igual que en este caso, la demandante solicitó y recibió indemnización por un proyecto y por un segundo emprendimiento completamente separado¹⁰³². El tribunal de *Sedco c. NIOC* ordenó el pago de ingresos en relación con el activo expropiado, no indemnización por el activo supuestamente expropiado y un segundo activo separado, tal como propone la Demandante en este caso¹⁰³³. De igual modo, el tribunal de *Suez c. Argentina* solo otorgó indemnización en relación con el activo que se vio directamente afectado por las medidas¹⁰³⁴. En *Inmaris c. Ucrania*, la decisión del tribunal fue una declaración obvia: la confiscación del único activo de una empresa lleva a esa empresa a la quiebra. En ese caso, la demandante no solicitó indemnización en relación con un proyecto separado y, por lo tanto, el caso no respalda la postura de la Demandante¹⁰³⁵. Por último, la Demandante cita *Lemire c. Ucrania*, en

¹⁰²⁹ *Íd.*

¹⁰³⁰ R-II ¶ 656.

¹⁰³¹ *Íd.* ¶¶ 646, 657, 658; *S.D. Myers Inc. c. El Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Primer Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000 ¶ 316 [RLA-043]; *Gemplus, S.A., SLP, S.A. y Gemplus Industrial, S.A. de C.V. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/3 & ARB(AF)/04/4, Laudo, 16 de junio de 2010 ¶ 11(8) [RLA-064]; *The Rompetrol Group N.V. c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/06/3, Laudo, 6 de mayo de 2013 ¶¶ 190, 287 [RLA-068]; *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/5, Laudo, 21 de noviembre de 2007 ¶ 282 [RLA-069]; Sergey Ripinsky & Kevin Williams, DAMAGES IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW, pág. 135 [RLA-071]; *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008 ¶ 779 [RLA-075].

¹⁰³² R-II ¶ 659.

¹⁰³³ *Íd.* en ¶ 660; Laudo Interlocutorio *SEDCO* ¶¶ 78 – 87 [CL-0052].

¹⁰³⁴ R-II ¶ 661; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/19, Laudo, 9 de abril de 2015 ¶¶ 59 y ss., 71 y ss., 87 y ss. [CL-0206].

¹⁰³⁵ R-II ¶ 662; *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH y otros c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/08/8, Extractos del Laudo, 1 de marzo de 2012 ¶¶ 236 – 237 [CL-0214].

el que el tribunal resolvió que si el proceso de licitación hubiese sido apropiado, la demandante habría recibido ciertas radiofrecuencias que le hubieran permitido crear estaciones de radio exitosas. Para que *Lemire* sea útil para la Demandante, el tribunal debería haber otorgado indemnización a la demandante por las estaciones de radio adicionales que esta pudo haber previsto crear con los ingresos derivados del desempeño exitoso de las estaciones iniciales. Por consiguiente, *Lemire* no favorece el argumento de la Demandante¹⁰³⁶.

692. *Metalclad c. Argentina* es similar a este caso. Allí, la demandante solicitó el VJM del activo directamente afectado por las medidas en cuestión, como también una indemnización adicional por supuestos impactos en sus demás emprendimientos comerciales. El tribunal de *Metalclad* rechazó la pretensión de indemnización adicional al resolver que el nexo causal entre la violación y el daño era demasiado remoto¹⁰³⁷. Asimismo, la pretensión de Corani depende de un nexo causal que, desde cualquier punto de vista objetivo, es remoto e incierto. El Tribunal debería aceptar la sabiduría del tribunal de *Metalclad* y rechazar el reclamo de indemnización de Corani de la Demandante¹⁰³⁸.

693. El análisis de cuantía de la Demandante con respecto a los daños de Corani es exagerado e internamente incoherente¹⁰³⁹. Aun si la Demandante hubiera podido utilizar los flujos de fondos de Santa Ana para pagar parte de los USD 574 millones de los costos de capital iniciales, los flujos de fondos de Santa Ana habrían cubierto solo una porción de esos gastos. Suponiendo que la Demandante pudo generar todos los flujos netos de fondos que previó para Santa Ana y que destinó todo el efectivo neto a Corani, se necesitarían más de 8 años de actividades en Santa Ana para financiar las necesidades de capital iniciales de Corani. Por ende, la Demandante habría necesitado, de todas formas, obtener un importante financiamiento externo para desarrollar Corani¹⁰⁴⁰. El Decreto Supremo 032 le permitió a la Demandante evitar tener que gastar USD 71 millones en costos de construcción, ya que no construyó la mina de Santa Ana. Esta suma excede el flujo neto de fondos que la Demandante previó desde el primer año de producción en Santa Ana, con lo cual esos fondos

¹⁰³⁶ R-II ¶¶ 663 – 664; *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18, Laudo, 28 de marzo de 2011 ¶¶ 173 – 179 [CL-0215].

¹⁰³⁷ R-II ¶ 665; *Metalclad c. México*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000 ¶ 115 [CL-0105].

¹⁰³⁸ R-II ¶ 666.

¹⁰³⁹ *Íd.* en ¶¶ 647, 679.

¹⁰⁴⁰ R-I ¶ 383; R-II ¶ 680; Ausenco Vector, Estudio de Factibilidad Actualizado – Proyecto Santa Ana – Puno, Perú – Informe Técnico NI 43-101, Actualización al 21 de octubre de 2010, Informe Técnico, 1 de abril de 2011 [C-0061].

quedaban liberados para uso en Corani. Brattle advierte que la Demandante utilizó la mayor parte de los USD 71 millones para otros fines distintos al Proyecto Santa Ana y que, contrariamente a lo que declara el Sr. Swarthout, los términos de la oferta de capital no le impidieron a la Demandante utilizar el producido para otros fines, tal como la promoción de Corani¹⁰⁴¹.

694. Brattle explica que no es más costoso financiar un proyecto con fondos externos que hacerlo con fondos internos. Toda afirmación en contrario entra en conflicto con los principios económicos básicos—mientras que los préstamos tienen costos explícitos, el uso de fondos internos también es costoso debido a los costos de oportunidad¹⁰⁴².
695. Dado que la Demandante no logró probar la causalidad, la Demandada no abordó en detalle el cálculo indemnizatorio de Corani que presentó la Demandante¹⁰⁴³. No obstante, hay una incoherencia manifiesta en los métodos de valoración de FTI: FTI adopta una metodología basada en el mercado bursátil para calcular los supuestos daños que sufrió Corani, en contradicción directa con su metodología de valoración de Santa Ana. Allí, “*FTI se rehúsa a calibrar sus resultados de FCD para alinearlos con la realidad, es decir, el valor de mercado real de Santa Ana, reflejado en el precio de las acciones de Bear Creek*”. FTI le resta importancia a los datos de precios de acciones cuando se aplican a Santa Ana y, en cierto momento, incluso afirma que el “*precio de las acciones no es un indicador confiable del VJM ni de Santa Ana ni de Corani*” [Traducción del Tribunal]. Sin embargo, FTI basa completamente su cálculo de daños de Corani de USD 170 millones en los cambios que sufrió el precio de las acciones¹⁰⁴⁴. Esta incoherencia aún no se resolvió.
696. FTI calculó los daños de Corani entre USD 59,6 millones y USD 267,3 millones. En primer lugar, FTI toma el valor de la empresa de la Demandante al 27 de mayo de 2011 y resta el valor de mercado de Santa Ana (calculado de 3 maneras distintas) para obtener el saldo como un valor de mercado aproximado de Corani al 27 de mayo de 2011. En segundo lugar, FTI proyecta este valor aproximado

¹⁰⁴¹ R-I ¶ 384; R-II ¶ 681; Ausenco Vector, Estudio de Factibilidad Actualizado – Proyecto Santa Ana – Puno, Perú – Informe Técnico NI 43-101, Actualización al 21 de octubre de 2010, Informe Técnico, 1 de abril de 2011 [C-0061]; Segunda Declaración Swarthout ¶ 54 [CWS-6]; Primer Informe Brattle ¶ 159 [REX-004]; Segundo Informe Brattle ¶ 262 [REX-010].

¹⁰⁴² R-I ¶ 385; R-II ¶¶ 682 – 683; Primer Informe Brattle ¶ 156 [REX-004]; Segundo Informe Brattle ¶ 258 [REX-010].

¹⁰⁴³ R-I ¶ 390; R-II ¶ 685.

¹⁰⁴⁴ R-II ¶ 686; Segundo Informe FTI ¶¶ 8.6 y ss. [CEX-004].

al 27 de junio de 2011 sobre la base de un índice bursátil para obtener el valor “*contrafáctico*” de Corani al 27 de junio de 2011. En tercer lugar, FTI resta de esta cifra “*contrafáctica*” el valor real de la Demandante al 27 de junio de 2011—que, en teoría, ya no incluía Santa Ana—para obtener la pérdida de valor de Corani¹⁰⁴⁵. El error principal y la incoherencia interna están en el primer paso de este análisis. La aplicación de un valor superior para Santa Ana genera una valoración y potencial indemnización inferiores para Corani, y viceversa. Cuando la Demandante aplica su valuación favorita de FCD de Santa Ana de USD 224,2 millones a su cálculo de daños de Corani, obtiene un valor aproximado para Corani de USD 59,2 millones¹⁰⁴⁶. Cuando la Demandante emplea informes de análisis que sugieren que Santa Ana solo representaba el 19,2% del valor total de la empresa de la Demandante, obtiene cifras que valoran Santa Ana en USD 104,3 millones—la mitad de la cifra de FTI basada en sus cálculos de FCD—y triplican los daños de Corani, que ascienden a USD 170,6 millones¹⁰⁴⁷. FTI sugirió, además, que el mercado puede haber considerado que Santa Ana tenía un valor nulo, por lo que calculó una indemnización para Corani de USD 267,3 millones—una cifra cinco veces mayor que el cálculo de FTI para Corani al aplicar su propia valoración de Santa Ana¹⁰⁴⁸.

697. En su alegato de cierre, la Demandada señaló que la Demandante introdujo nuevos testimonios en la Audiencia. Frente al hecho de que la Demandante nunca había divulgado al mercado que sufrió pérdidas en Corani, el Sr. Swarthout alegó haber informado a analistas bursátiles anónimos durante una llamada telefónica, cuya fecha no especificó, que las acciones en Santa Ana perjudicaron a Corani. Si fuera cierto que se presintió esta conexión en ese entonces, seguramente el Tribunal habría tomado conocimiento de esta llamada antes de la Audiencia¹⁰⁴⁹.

3. El razonamiento del Tribunal

698. Es indiscutible que la Demandante tiene el deber de demostrar no solo los daños que alega que sufrió el Proyecto Corani, sino también el nexo causal requerido entre la violación del TLC por parte de la Demandada en relación con el Proyecto Santa Ana y los supuestos daños del Proyecto Corani.

¹⁰⁴⁵ R-I ¶¶ 391 – 392; Primer Informe FTI en ¶ 8.5 [CEX-001].

¹⁰⁴⁶ R-I ¶¶ 393 – 397; Primer Informe Brattle ¶¶ 176 y ss. [REX-004]; Primer Informe FTI, Figura 27 [CEX-001].

¹⁰⁴⁷ R-I ¶ 398; Primer Informe FTI, Figura 27 [CEX-001].

¹⁰⁴⁸ R-I ¶¶ 399 – 401; Primer Informe FTI, Figura 27 [CEX-001].

¹⁰⁴⁹ Tr. 1904 (R. Closing).

699. En este sentido, la Demandada alega que en el presente caso los siguientes dos pasos brindan la cadena de causalidad requerida:

- a) *Como consecuencia de la expropiación de Santa Ana por parte del Perú, la Demandante tiene que recaudar más dinero a una tasa de financiación más alta, con menos opciones que si retuviera el control del proyecto Santa Ana, y el desarrollo del proyecto Corani se encuentra expuesto a mayores riesgos, además de haber sido postergado, lo que generó una pérdida de ingresos permanente durante el período de retraso.*
- b) *Estos hechos ocasionaron una pérdida financiera directa, normal y previsible para Bear Creek, que FTI cuantificó como la reducción del valor de la empresa de Bear Creek entre el último día bursátil antes de la suspensión del ESIA y el primer día bursátil tras el anuncio de la expropiación*¹⁰⁵⁰.

700. La Demandada niega la existencia de dicho nexo causal y señala que Brattle explica que el verdadero factor del mal desempeño del precio de las acciones de la Demandante fue la desaceleración general en el sector minero mundial, y que otro factor que afectó el precio de las acciones de la Demandante puede ser la percepción por parte del mercado de los riesgos para la viabilidad del Proyecto Corani¹⁰⁵¹.

701. A la luz de las pruebas obrantes ante sí, el Tribunal toma nota de varios aspectos de la conducta de la Demandante mediante referencia al testimonio de su testigo, el Sr. Swarthout:

- 1) En el año 2011, el Sr. Swarthout y la Demandante, en sus Estados Contables Provisorios y su Informe Anual, no incluyeron ninguna pérdida del Proyecto Corani a raíz de lo que ocurrió con su Proyecto Ana ni informaron, de algún otro modo, a sus inversionistas al respecto¹⁰⁵².
- 2) Después de que cedieran las protestas el 27 de junio de 2011, el Sr. Swarthout indicó que no consideraba que el Proyecto Corani se viera afectado por las manifestaciones o por las medidas gubernamentales¹⁰⁵³.

¹⁰⁵⁰ C-II ¶¶ 473 – 474; Sergey Ripinsky & Kevin Williams, *Damages in International Investment Law* (British Institute of International Comparative Law 2008) [CL-0213].

¹⁰⁵¹ R-II ¶¶ 653 – 654; Segundo Informe Brattle ¶ 278 [REX-010].

¹⁰⁵² *Bear Creek Mining Corporation, Estados Contables Provisorios Consolidados, Segundo trimestre finalizado el 30 de junio de 2011*, 15 de agosto de 2011 [BR-12]; Informe Anual 2011 de Bear Creek Mining [R-188]; Tr. 507 – 511 (confirmación de anexos BR-12 y R-188).

¹⁰⁵³ Tr. 516 – 518 (Swarthout); Transcripción de llamada especial de Bear Creek Mining Corporation (27/6/2011) [R-186].

- 3) En su Segunda Declaración Testimonial, el Sr. Swarthout declara que claramente hubo pérdidas importantes en el Proyecto Corani debido a lo que ocurrió con el Proyecto Santa Ana¹⁰⁵⁴.
- 4) En respuesta a la pregunta acerca del hecho de que la Demandante nunca había divulgado al mercado que sufrió pérdidas en Corani, el Sr. Swarthout alegó haber informado a analistas bursátiles anónimos durante una llamada telefónica, cuya fecha no especificó, que las acciones en Santa Ana hubieran perjudicado a Corani¹⁰⁵⁵.

702. El Tribunal considera que el testimonio del Sr. Swarthout es contradictorio y no ofrece pruebas suficientes de causalidad de las pérdidas en el Proyecto Corani debido a la violación del TLC por parte de la Demandada en relación con el Proyecto Santa Ana.

703. Además, el Tribunal no pudo encontrar pruebas convincentes en los informes periciales de FTI con respecto a la causalidad requerida. Por lo tanto, no es necesario examinar las presentaciones de la Demandante o de FTI en relación con la cuantificación de toda pérdida del Proyecto Corani.

704. Dado que la Demandante no produjo pruebas suficientes de causalidad de las pérdidas en el Proyecto Corani debido a la violación del TLC por parte de la Demandada con respecto al Proyecto Santa Ana, el Tribunal concluye que la pretensión debe rechazarse.

XI. INTERESES

A. ARGUMENTOS DE LA DEMANDANTE

705. La Demandante solicita una adjudicación de intereses posteriores al Laudo, hasta la fecha de pago íntegro por parte de la Demandada, a la tasa lícita más alta posible, como la tasa de préstamos de la Demandada. La falta de pago de indemnización a la Demandante es, en efecto, un préstamo a la Demandada. Por ende, al igual que cualquier otro prestamista de la Demandada, se deberá resarcir a la Demandante durante este período con más los intereses correspondientes a una tasa equivalente al costo externo de financiamiento de deuda de prestamistas privados de la Demandada¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁵⁴ Segunda Declaración Swarthout ¶¶ 43 – 58 [CWS-6].

¹⁰⁵⁵ Tr. 524 – 526 (Swarthout).

¹⁰⁵⁶ C-I ¶ 247.

706. El derecho internacional—tal como confirman varias sentencias de tribunales arbitrales en materia de inversiones—reconoce que esos intereses compuestos son el estándar generalmente aceptado en los arbitrajes internacionales sobre inversiones¹⁰⁵⁷. La adjudicación de intereses compuestos se ha basado en diversos motivos, como el hecho de que ayuda a resarcir a la demandante afectada, impide el enriquecimiento ilícito y promueve la eficacia¹⁰⁵⁸.
707. Las Partes no cuestionan el hecho de que la Demandante tenga derecho a percibir intereses compuestos sobre las sumas otorgadas. Lo que se discute es la tasa utilizada para el cálculo de dichos intereses¹⁰⁵⁹.
708. El TLC requiere que los intereses se basen en una tasa comercial¹⁰⁶⁰. Por eso, el Tribunal debe rechazar el argumento de la Demandada de que los intereses deben calcularse a la tasa de préstamos de 0,65% o la tasa libre de riesgo de 0,16%, porque ninguna es comercial. La tasa libre de riesgo no

¹⁰⁵⁷ *Íd.* at ¶¶ 248 – 253; Laudo Siemens ¶ 399 [CL-0031]; Laudo Middle East Cement ¶ 174 [CL-0037]; Laudo Vivendi II ¶ 9.2.6 [CL-0038]; Laudo Tecmed ¶ 196 [CL-0040]; Laudo ADC ¶ 522 [CL-0060]; Laudo Azurix ¶ 440 [CL-0082]; Laudo MTD ¶ 251 [CL-0083]; Laudo PSEG ¶ 348 [CL-0088]; Laudo Metalclad ¶ 128 [CL-0105]; Segundo Laudo Parcial S.D. Myers ¶ 307 [CL-134]; *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/96/1, Laudo, 17 de febrero de 2000, 15 ICSID Rev.–Foreign Inv. L.J. 169 (2000) (“Laudo Santa Elena”) ¶¶ 104, 101 [CL-0146]; *Wena Hotels Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/98/4, Laudo, 8 de diciembre de 2000, 41 ILM 896 (2002) (“Laudo Wena”) ¶ 129 [CL-0147]; *LG&E c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Laudo, 25 de julio de 2007, ¶ 103 [CL-148]; Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España, Caso CIADI No. ARB/97/7, Laudo, 13 de noviembre de 2000, ¶ 96 [CL-0149]; Enron Corporation, Ponderosa Assets, L.P., c. Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/3, Laudo, 22 de mayo de 2007, ¶¶ 451-52 [CL-0150]; Pope & Talbot, Inc. c. Canadá, CNUDMI (TLCAN), Laudo sobre Daños y Perjuicios, 31 de mayo de 2002, ¶¶ 89-90 [CL-151]; John Y. Gotanda, *A Study of Interest 4* (Villanova University School of Law Working Paper Series, Documento de trabajo No. 83, 2007) (“Gotanda, A Study of Interest”) en 4 [CL-0152]; John Y. Gotanda, *Compound Interest in International Disputes*, 34 Law & Pol’y Int’l. Bus. 393, 397-98 (2003) (“Gotanda, Compound Interest”) en 397 [CL-0153]; F.A. Mann, *Compound Interest as an Item of Damage in International Law*, 21 U.C. Davis L. Rev. 577, 585 (1987-88) [CL-0154]; Jeffrey Colón & Michael Knoll, *Prejudgment Interest In International Arbitration*, 4(6) Transnat’l. Disp. Mgmt. 10 (2007) en 8 [CL-0155]; Laudo CMS ¶ 471 [RLA-010].

¹⁰⁵⁸ C-I ¶¶ 253 – 255; *Starrett Housing Corp. c. Irán*, Caso No. 24 del Tribunal de Reclamaciones Irán-EE. UU., Laudo Interlocutorio No. ITL32-24-1, 19 de diciembre de 1983, 23 I.L.M. 1090 (1984) [CL-145]; John Y. Gotanda, *A Study of Interest 4* (Villanova University School of Law Working Paper Series, Documento de trabajo No. 83, 2007) (“Gotanda, A Study of Interest”) en 4, 31 [CL-0152]; John Y. Gotanda, *Compound Interest in International Disputes*, 34 Law & Pol’y Int’l. Bus. 393, 397-98 (2003) (“Gotanda, Compound Interest”) en 397 [CL-0153]; F.A. Mann, *Compound Interest as an Item of Damage in International Law*, 21 U.C. Davis L. Rev. 577, 581 – 582, 585 (1987-88) [CL-0154]; Jeffrey Colón & Michael Knoll, *Prejudgment Interest In International Arbitration*, 4(6) Transnat’l. Disp. Mgmt. 10 (2007) en 8, 10 [CL-0155]; Natasha Affolder, *Awarding Compound Interest In International Arbitration*, 12 Am. Rev. Int’l. Arb. 45, 80 (2001) [CL-0156].

¹⁰⁵⁹ C-II ¶ 498.

¹⁰⁶⁰ *Íd.* en ¶ 499.

es una tasa comercial porque la Demandada no podría contraer préstamos y la Demandante no prestaría a esa tasa¹⁰⁶¹. La tasa de financiamiento que propone la Demandada—obtenida como resultado de la suma de la tasa de interés de una letra del Tesoro de los Estados Unidos a un mes y los diferenciales soberanos de certificados de depósito peruanos con vencimiento a un año—no refleja, con precisión, el costo de financiamiento de la Demandada¹⁰⁶². El Ministerio de Economía y Finanzas del Perú calcula el diferencial del índice de bonos de mercados emergentes del país en 2,0%, y sus tasas de cupón y tasas de bonos sobre deudas expresadas en USD eran de 9,9% y 6,0%, respectivamente¹⁰⁶³. FTI concluye, sin embargo, que la tasa de financiamiento probable de la Demandada se encontraba en el orden de 5,1% (la rentabilidad ponderada al vencimiento en la fecha de expropiación) y 5,6% (la tasa de cupón del último bono emitido). Por lo tanto, el Tribunal debería rechazar la tasa de 0,65% que propone Brattle y adoptar la tasa conservadora de 5% de FTI¹⁰⁶⁴.

709. Mediante un cálculo de FCD, el Proyecto Santa Ana tiene un VJM de USD 224,2 millones a la fecha de valoración, antes de intereses. Con intereses anteriores al laudo de USD 72,4 millones, calculados a un 5,0% anual, capitalizados de forma anual hasta una fecha estimada de adjudicación (15 de marzo de 2017), el VJM de Santa Ana asciende a USD 296,2 millones¹⁰⁶⁵.

B. ARGUMENTOS DE LA DEMANDADA

710. En principio, la Demandada coincide con la Demandante en que la tasa de interés apropiada es “*una tasa equivalente al costo externo de financiamiento de deuda de prestamistas privados del Perú*”¹⁰⁶⁶ [Traducción del Tribunal]. Brattle calculó la tasa de interés mediante el diferencial promedio para canjes de créditos soberanos impagos, más un ajuste de tasa libre de riesgo. De esta manera, Brattle obtuvo una tasa de interés anual de 0,72%¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶¹ *Íd.* en ¶¶ 498 – 499.

¹⁰⁶² *Íd.* en ¶ 500; Segundo Informe Pericial FTI ¶ 9.8, Figura 12 [CEX-004].

¹⁰⁶³ *Íd.*

¹⁰⁶⁴ C-II ¶ 501; Tr. 1824 – 1825 (C. Closing); Segundo Informe Pericial FTI ¶ 9.9 [CEX-004].

¹⁰⁶⁵ C-I ¶ 240; CPHB-I ¶ 91; Primer Informe FTI, Fig. 28 [CEX-001].

¹⁰⁶⁶ R-I ¶ 402 – 403; R-II ¶ 688; C-I ¶ 247.

¹⁰⁶⁷ R-II ¶ 690; R-I ¶ 405; Informe Brattle ¶ 196 [REX-004]; Segundo Informe Brattle en ¶ 289 [REX-010].

711. La Demandante inicialmente aplicó una tasa de interés de 5%, la tasa de interés para sentencias de tribunales nacionales, como tasa de interés apropiada en este caso¹⁰⁶⁸. En su presentación posterior, la Demandante alegó que su tasa de 5% era correcta porque reflejaba el costo de endeudamiento de la Demandante¹⁰⁶⁹. Sin embargo, la tasa de 5% que propone la Demandante no es equivalente al costo externo de deuda de la Demandada y para nada representativa de este¹⁰⁷⁰. El uso del costo de endeudamiento de la Demandante es incoherente con la teoría sobre los intereses de la Demandante (que se basa en el costo de endeudamiento de la Demandante) y con la instrucción de la Demandante a FTI de utilizar una tasa de referencia del Banco Central de Reserva del Perú¹⁰⁷¹.

C. EL RAZONAMIENTO DEL TRIBUNAL

712. El Artículo 812.3 del TLC dispone: “*La indemnización será pagada sin demora y será completamente liquidable y libremente transferible. La indemnización será pagadera en una moneda libremente convertible e incluirá un interés de una tasa comercialmente razonable para dicha moneda a partir de la fecha de expropiación hasta la fecha de pago*”.

713. La Demandada está de acuerdo con la Demandante en que la tasa de interés comercialmente razonable y apropiada es “*una tasa equivalente al costo externo de financiamiento de deuda de prestamistas privados del Perú*”¹⁰⁷². [Traducción del Tribunal]

714. Sin embargo, las Partes discrepan en cuanto al cálculo de esta tasa. Al Tribunal no le convence el argumento de la Demandada de que los intereses deban calcularse a una tasa de endeudamiento anual de 0,65% o a una tasa sin riesgo anual de 0,16%. Ninguna de estas tasas es comercial, porque la Demandada no podría contraer préstamos y la demandante no prestaría a esa tasa. La Demandante señala correctamente que el Ministerio de Economía y Finanzas del Perú calcula el diferencial del índice de bonos de mercados emergentes del país en 2,0% por año, y sus tasas de cupón y tasas de

¹⁰⁶⁸ R-I ¶ 404; Primer Informe FTI en ¶ 9.3 [CEX-001].

¹⁰⁶⁹ R-II ¶ 689; C-II ¶¶ 500 – 501; Segundo Informe Brattle ¶ 295 [REX-010].

¹⁰⁷⁰ R-II ¶ 688; R-I ¶ 404; Primer Informe FTI en ¶ 9.3 [CEX-001].

¹⁰⁷¹ R-II ¶ 689; C-II ¶¶ 500 – 501; Segundo Informe Brattle ¶ 295 [REX-010].

¹⁰⁷² R-I ¶¶ 402 – 403; R-II ¶ 688; C-I ¶ 247.

bonos sobre deudas expresadas en USD eran de 9,9% y 6,0% por año, respectivamente¹⁰⁷³. FTI concluye, sin embargo, que la tasa de préstamos probable de la Demandada se encontraba en el orden de 5,1% (la rentabilidad ponderada al vencimiento en la fecha de expropiación) y 5,6% (la tasa de cupón del último bono emitido) por año. Por este motivo, el Tribunal considera que la tasa conservadora de FTI de 5% por año¹⁰⁷⁴ es la más apropiada en el presente caso.

715. El Tribunal también acepta que los intereses compuestos son generalmente aceptados en la práctica arbitral en materia de inversiones para cualquier tipo de indemnización otorgada¹⁰⁷⁵.
716. En conclusión, el Tribunal resuelve que, sobre el monto de indemnización otorgado, la Demandada pagará intereses compuestos a una tasa de 5% anual, capitalizados de forma trimestral, desde la fecha de publicación del Decreto Supremo 032, es decir, 25 de junio de 2011, hasta la fecha de pago.

XII. COSTOS

717. Desde la presentación de sus escritos sobre costos, el CIADI solicitó otros depósitos a las Partes, que incrementaron los costos de estas últimas. Los depósitos de costos solicitados por el CIADI ascienden, en total, a USD 1.249.925,00. De esta suma, el cálculo final de los costos totales del arbitraje asciende a USD 1.122.460,54.

A. ARGUMENTOS DE LA DEMANDANTE

718. La Demandante solicita que el Tribunal le adjudique todos los costos y gastos relacionados con este arbitraje, incluidos los honorarios de los abogados. Si la Demandada no hubiese incumplido sus obligaciones del TLC, la Demandante no habría incurrido en estos costos de arbitraje. Es por eso

¹⁰⁷³ C-II ¶ 500; Segundo Informe Pericial FTI ¶ 9.8, Figura 12 [CEX-004].

¹⁰⁷⁴ Segundo Informe Pericial FTI ¶ 9.9 [CEX-004].

¹⁰⁷⁵ Laudo *Siemens* ¶ 399 [CL-0031]; Laudo *Middle East Cement* ¶ 174 [CL-0037]; Laudo *Vivendi II* ¶ 9.2.6 [CL-0038]; Laudo *Tecmed* ¶ 196 [CL-0040]; Laudo *ADC* ¶ 522 [CL-0060]; Laudo *Azurix* ¶ 440 [CL-0082]; Laudo *MTD* ¶ 251 [CL-0083]; Laudo *PSEG* ¶ 348 [CL-0088]; Laudo *Metalclad* ¶ 128 [CL-0105]; Segundo Laudo Parcial *S.D. Myers* ¶ 307 [CL-134]; Laudo *Santa Elena* ¶¶ 104, 101 [CL-0146]; Laudo *Wena* ¶ 129 [CL-0147]; *LG&E c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Laudo, 25 de julio de 2007, ¶ 103 [CL-148]; *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, Laudo, 13 de noviembre de 2000, ¶ 96 [CL-0149]; *Enron Corporation, Ponderosa Assets, L.P., c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Laudo, 22 de mayo de 2007, ¶¶ 451-52 [CL-0150]; *Pope & Talbot, Inc. c. Canadá*, CNUDMI (TLCAN), Laudo sobre Daños y Perjuicios, 31 de mayo de 2002, ¶¶ 89-90 [CL-151]; Laudo *CMS* ¶ 471 [RLA-010].

que, para colocar a la Demandante en la misma posición en que habría estado de no ser por los incumplimientos de la Demandada, se debe adjudicar a la Demandante la totalidad de los costos, gastos y honorarios de abogados en relación con este proceso¹⁰⁷⁶.

719. Lo correcto es una adjudicación íntegra de los costos, dada la razonabilidad de los costos de la Demandante¹⁰⁷⁷. Los costos de la Demandante fueron necesarios para el debido desarrollo de este caso, y son razonables y apropiados a la luz de las circunstancias complejas y su duración, como también los daños que ocasionaron los incumplimientos del TLC por parte de la Demandada a la inversión de la Demandante¹⁰⁷⁸. La Demandante también presentó su postura al (1) prescindir de una fase de intercambio y producción de documentos, (2) acordar no bifurcar el procedimiento, (3) decidir, de acuerdo con la sugerencia del Tribunal, no citar a ciertos testigos para contrainterrogatorio y (4) acceder a un procedimiento para agilizar el interrogatorio de los peritos jurídicos, mineros y cuantificadores¹⁰⁷⁹.

720. Los costos que presentaron cada una de las Partes son similares. La diferencia reside en el hecho de que la Demandante trabajó con un abogado para preparar su caso y un registro de pruebas para este procedimiento contra la Demandada. La Demandante presentó también dos escritos más, en comparación con la Demandada¹⁰⁸⁰.

721. En su Declaración de Costos, la Demandante incluyó los siguientes costos, que ascienden a **USD 7.923.121,85**, más una “Suma de Retención” de USD 1.909.030,90 al 29 de marzo de 2017, que se adeudaría a King & Spalding si la indemnización otorgada a Bear Creek excediera los USD 50 millones:

CATEGORÍA		MONTO (EN USD)
Honorarios y gastos de abogados		
•	King & Spalding <i>Honorarios</i>	USD 4.522.814,44

¹⁰⁷⁶ C-I ¶ 246; C-II ¶ 502; C.Costs-II ¶¶ 3 – 7.

¹⁰⁷⁷ C.Costs-II ¶¶ 1, 8 – 9, 12.

¹⁰⁷⁸ *Íd.* en ¶ 8.

¹⁰⁷⁹ *Íd.* en ¶ 10.

¹⁰⁸⁰ *Íd.* en ¶¶ 11 – 12.

	<i>Gastos (incluidos, entre otros, gastos de transporte, gastos de audiencia, servicios de traducción, copias, etc.)</i>	USD 430.819,54
•	Miranda & Amado <i>Honorarios y gastos</i>	USD 944.142,90
•	Estudio Grau <i>Honorarios y gastos</i>	USD 15.146,74
•	DuMoulin Black <i>Honorarios y gastos</i>	USD 9.912,87
Honorarios y gastos de peritos		
•	FTI	USD 798.788,35
•	RPA	USD 399.171,18
•	Alfredo Bullard	USD 136.833,41
•	Hans Flury	USD 87.734,40
Gastos de testigos		
•	Andy Swarthout	USD 22.129,90
•	Elsiaro Antúnez de Mayolo	USD 18.014,14
•	Catherine McLeod-Seltzer	USD 3.138,47
Gastos adicionales de la Demandante		
•	Gastos de transporte del Sr. Kevin Morano, Director de Bear Creek, en relación con la preparación de las presentaciones de la Demandante y la audiencia	USD 5.771,09
•	Gastos de transporte del Sr. Álvaro Díaz, Director Jurídico de Bear Creek, en relación con la preparación de las presentaciones de la Demandante y la audiencia	USD 3.704,42
Porción de la Demandante de honorarios y gastos del Tribunal y del CIADI		USD 525.000
TOTAL		USD 7.923.121,85

722. La Demandada no tiene derecho a exigir la recuperación de sus costos en este caso porque no puede prevalecer en el fondo de la cuestión¹⁰⁸¹.

B. ARGUMENTOS DE LA DEMANDADA

723. Varios tribunales arbitrales en materia de inversiones han adjudicado costos y honorarios a Estados demandados que afrontaron demandas infundadas¹⁰⁸². Dado que la Demandante no logró demostrar por qué este Tribunal no debe desestimar su reclamación, el Tribunal debería ordenar a la Demandante pagar los costos y honorarios (incluso los honorarios de abogados) en que la Demandada haya incurrido para defenderse de las alegaciones de la Demandante¹⁰⁸³. Es insólito que esta Demandante—una empresa minera novata que nunca produjo un solo gramo de plata en el Perú—pretenda más de quinientos millones de dólares¹⁰⁸⁴. Aunque las reclamaciones de la Demandante prosperaran, sería inapropiado imponer el pago de costos y honorarios a la Demandada, que siempre actuó de buena fe y en la medida de sus posibilidades, tanto al momento de los hechos como en este arbitraje¹⁰⁸⁵.

724. La Demandada se vio ante la imperiosa necesidad de defenderse de las reclamaciones de la Demandante y, en el caso de que estas se rechacen, en todo o en parte, solicita que se le adjudiquen los costos y honorarios¹⁰⁸⁶.

725. En su Declaración de Costos, la Demandada reclama los siguientes costos, que ascienden a **USD 6.357.384,05**:

¹⁰⁸¹ *Íd.* en ¶ 13.

¹⁰⁸² R-I ¶ 406, R-II ¶ 691; *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/09/5, Laudo, 17 de agosto de 2012, párrs. 515-516 [CL-0117]; *Burimi SRL y Eagle Games S.H.A c. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/11/18, Laudo, 29 de mayo de 2013, párrs. 162-164 [RLA-073]; *RSM Production Corporation y otros c. Granada [II]*, Caso CIADI No. ARB/10/6, Laudo, 10 de diciembre de 2010, párr. 8.3.4 [RLA-074].

¹⁰⁸³ R-I ¶ 406; R-II ¶ 691.

¹⁰⁸⁴ R.Costs-II.

¹⁰⁸⁵ *Íd.*

¹⁰⁸⁶ *Íd.*

CATEGORÍA		MONTO (EN USD)
Honorarios y gastos de abogados		
•	Sidley Austin, LLP, Washington, D.C. <i>Honorarios y gastos (incluso viáticos y traducciones)</i>	USD 4.191.588,94
•	Estudio Navarro, Ferrero & Pazos <i>Honorarios y gastos</i>	USD 226.352,22
Honorarios y gastos de peritos		
•	Dr. Neal Rigby (SRK Consulting)	USD 279.000,00
•	Prof. Graham Davis & Florin Dorobantu (The Brattle Group)	USD 880.000,00
•	Dr. Francisco Eguiguren Praeli	USD 30.000,00
•	Prof. Antonio Peña Jumpa	USD 124.379,93
•	Dr. Luis Rodríguez-Mariátegui	USD 75.000,00
•	Dr. Jorge Danos Ordóñez	USD 30.000,00
República del Perú		
•	Gastos de transporte de representantes del Gobierno hasta Washington, D.C. para la preparación y la audiencia de septiembre de 2016	USD 12.192,96
•	Gastos de transporte de testigos del Gobierno hasta Washington, D.C. para la audiencia de septiembre de 2016	USD 8.870,00
Costos pagaderos a través del CIADI		USD 500.000
TOTAL		USD 6.357.384,05

726. Los costos y gastos de la Demandante son altos en varios aspectos, lo cual confirma que es inapropiado exigir que la Demandada los pague. Por ejemplo, los abogados internacionales de la Demandante incurrieron en honorarios y gastos adicionales que superaron los de la Demandada por más de USD 2,2 millones. Además, la Demandante pagó a su abogado nacional peruano tres veces

más de lo que le pagó la Demandada al suyo. No se debería permitir a la Demandante exigir que la Demandada mitigue sus propios gastos excesivos¹⁰⁸⁷.

C. EL RAZONAMIENTO DEL TRIBUNAL

727. El Artículo 841.1 del TLC dispone: “*Cuando un Tribunal dicte un laudo definitivo desfavorable a la Parte contendiente, el Tribunal podrá otorgar, por separado o conjuntamente, únicamente: [...] El Tribunal también podrá conceder costas de conformidad con las reglas de arbitraje aplicables*”.
728. Las reglas de arbitraje aplicables son el Artículo 61(2) del Convenio CIADI y la Regla 47(1)(j) de las Reglas de Arbitraje CIADI. Estas otorgan al Tribunal un cierto grado de discreción¹⁰⁸⁸.
729. En primer lugar, el Tribunal se ocupará de la cuestión de cómo se distribuirán los costos del arbitraje entre las Partes, porque la evaluación de los montos que reclama cada parte solo será relevante si el Tribunal resuelve que una parte debe reembolsar a la otra los gastos en que esta parte haya incurrido.
730. En este contexto, el Tribunal considera lo siguiente. Si bien la Demandante no obtuvo la aprobación de su solicitud de medidas provisionales, sí resultó vencedora en materia de jurisdicción, responsabilidad y daños y perjuicios en la suma de USD 18.237.592. No obstante, la Demandante había reclamado una indemnización de “*al menos, USD 522,2 millones*”. Es por eso que solo prosperó respecto del 3% de la suma total reclamada. Sin embargo, con respecto a los costos del arbitraje en cuestión, cabe destacar que esta importante diferencia solo se debe a dos factores: (1) con respecto a la Reclamación de Santa Ana, el Tribunal no aceptó el método de cálculo de FCD y (2) la Reclamación de Corani se rechazó en su totalidad. Tal como surge de las presentaciones de las Partes, el desarrollo de la audiencia y este Laudo, estas dos cuestiones solo representaron una porción muy pequeña del trabajo, los costos y el tiempo para las Partes y el Tribunal en este procedimiento. Gran parte de los costos del arbitraje se debe a las cuestiones en las que no resultó vencedora la Demandada

¹⁰⁸⁷ *Íd.*

¹⁰⁸⁸ *Hrvatska Elektroprivreda d.d. c. República de Eslovenia*, Caso CIADI No. ARB/05/24, Laudo, 17 de diciembre de 2015, ¶ 598 [CL-0239]; *Pezold c. República de Zimbabwe*, Caso CIADI No. ARB/10/15, Laudo, 28 de julio de 2015, ¶ 1001 [CL-0240].

y, en particular, la violación del TLC por las circunstancias en las que se adoptó el Decreto Supremo 032.

731. Por los motivos expuestos *supra*, haciendo uso de su discreción para las decisiones de adjudicación de costos, el Tribunal considera que la Demandada debe hacerse cargo de sus propios costos y reembolsar a la Demandante el 75% de los costos razonables en que haya incurrido.
732. A continuación, el Tribunal analizará la cuestión de si los costos de arbitraje que reclama la Demandante deben considerarse razonables y en qué medida.
733. En este sentido, la Demandada, en su Segunda Presentación sobre Costos, alegó lo siguiente:

La Demandada también advierte que los costos y gastos de la Demandante son altos en varios aspectos, lo cual confirma que es inapropiado exigir que la Demandada los pague. Si bien la Demandante reclama (debidamente) solo la porción de los honorarios de sus abogados internacionales que pagó la empresa (USD 4,5 millones), los honorarios y gastos en que realmente incurrieron dichos abogados internacionales superaron los de la Demandada por más de USD 2,2 millones. Asimismo, la Demandante pagó a su abogado nacional peruano casi tres veces más de lo que le pagó la Demandada al suyo. No se debería permitir a la Demandante exigir que la Demandada mitigue sus propios gastos excesivos. [notas internas omitidas] [Traducción del Tribunal]

734. Al Tribunal no le convencen estas objeciones. Los honorarios y gastos más altos de los abogados internacionales de la Demandante no son irrazonables, sobre todo porque tuvieron que investigar y analizar situaciones de hecho y derecho bastante complejas, mientras que la Demandada pudo brindar a su abogado dicha información por medio de sus propios recursos en su propio país. Por la misma razón, es entendible que la Demandante tuviera que depender más de su abogado nacional peruano y pagarle más. Por otra parte, tal como explicara la Demandante¹⁰⁸⁹, redactó y presentó otros dos memoriales—la Solicitud de Arbitraje y la Dúplica sobre Jurisdicción—que la Demandada no necesitó preparar.
735. Por lo tanto, el Tribunal considera que los costos del arbitraje que reclama la Demandante son razonables para el presente caso.

¹⁰⁸⁹ C-Costs II ¶ 11.

736. En conclusión, el Tribunal resuelve que la Demandada debe hacerse cargo de sus propios costos del arbitraje y debe reembolsar el 75% de los costos del arbitraje que solicita la Demandante, es decir, USD 5.986.183,29.
737. La tasa de interés aplicable para la indemnización otorgada también se aplicará a esta suma de costos del arbitraje, aunque recién desde la fecha en que debe abonarse dicha suma, es decir, la fecha de este Laudo.

XIII. DECISIÓN

738. Por las razones expuestas *supra*, el Tribunal resuelve lo siguiente:

- 1. El Tribunal tiene jurisdicción respecto de las reclamaciones planteadas.**
- 2. La Demandada debe pagarle a la Demandante USD 18.237.592 en concepto de indemnización.**
- 3. La Demandada debe hacerse cargo de sus propios costos del arbitraje y debe reembolsar a la Demandante el 75% de los costos del arbitraje de la Demandante, es decir, USD 5.986.183,29.**
- 4. La Demandada debe pagar, sobre la suma indemnizatoria otorgada, es decir, USD 18.237.592, intereses capitalizados a una tasa de 5% desde la fecha de publicación del Decreto Supremo 032, es decir, 25 de junio de 2011, hasta la fecha de pago.**
- 5. La Demandada debe pagar, sobre el monto fijado de costos del arbitraje, es decir, USD 5.986.183,29, intereses capitalizados a una tasa de 5% desde la fecha de este Laudo.**
- 6. Se desestiman todas las demás reclamaciones.**

[firmado]

Dr. Michael Pryles
Árbitro

Fecha: 10 Nov. 2017

[firmado]

Prof. Philippe Sands QC
Árbitro

Fecha: 6 Nov. 2017

Sujeta a la opinión disidente parcial adjunta

[firmado]

Prof. Karl-Heinz Böckstiegel
Presidente del Tribunal

Fecha: November 20, 2017

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS
RELATIVAS A INVERSIONES**

En el procedimiento de arbitraje entre

BEAR CREEK MINING CORPORATION

Demandante

y

REPÚBLICA DEL PERÚ

Demandada

(Caso CIADI No. ARB/14/21)

OPINIÓN PARCIALMENTE DISIDENTE

PROFESOR PHILIPPE SANDS QC

1. En ciertos aspectos, el presente podría describirse como un caso simple. Un inversionista - la Demandante, Bear Creek Mining Corporation – adoptó la decisión de explotar la reserva de mineral de plata ubicada en una localidad de Perú llamada Santa Ana en el departamento de Puno. En virtud del Artículo 71 de la Constitución Política del Perú, esta localidad, que se encuentra dentro de los 50 kilómetros de la frontera entre Perú y Bolivia, exigía que la Demandante obtuviera - de forma conjunta con una gran cantidad de otros requisitos en materia de permisos - un Decreto de "necesidad pública" otorgado por el Consejo de Ministros del Perú. En el mes de noviembre de 2007, el Consejo de Ministros procedió con la adopción del Decreto Supremo 083-2007 por medio del cual se declaraba de necesidad pública al Proyecto Santa

Ana. Ello autorizaba a la Demandante a adquirir siete derechos de minería en la localidad de Santa Ana, departamento de Puno. Luego de tres años y seis meses, en junio de 2011, el Consejo de Ministros adoptó el Decreto Supremo 032-2011-EM. Dicho documento revocaba el Decreto Supremo 083-2007 y la decisión de "necesidad pública", hecho que ponía fin al derecho de la Demandante de operar sus concesiones en Santa Ana. En el transcurso de dichas fechas - noviembre de 2007 y junio de 2011 - hubo protestas y una situación de agitación social considerable en el departamento de Puno. Tal como se establece *infra*, tengo claro que las protestas y las agitaciones sociales fueron causadas, en parte, por el Proyecto Santa Ana.

2. Estoy de acuerdo en gran medida con las conclusiones del Tribunal, a los efectos de que, en virtud de los términos del Tratado de Libre Comercio Canadá - Perú (TLC): la Demandante hizo una inversión; el Tribunal goza de jurisdicción respecto de la reclamación; y que no hay impedimento alguno para que el Tribunal ejerza dicha jurisdicción (admisibilidad). Asimismo, estoy de acuerdo con la conclusión de que el propósito del Decreto Supremo 032-2011 radicaba en la expropiación indirecta del derecho de la Demandante a operar las concesiones en Santa Ana, y que ello constituye una violación al Artículo 812 del TLC. En mi opinión, las circunstancias que enfrentaba el gobierno de Perú - agitación social creciente y multitudinaria originada, en parte, por el Proyecto Santa Ana - no le dejaban ninguna otra opción más que actuar de alguna forma para proteger el bienestar de sus ciudadanos; sin embargo, el Consejo de Ministros disponía de otras alternativas menos draconianas, incluso la suspensión del Decreto 083-2007 en lugar de la revocación. El Tribunal no tiene pruebas ante sí de que estas otras alternativas fueron analizadas o evaluadas de forma adecuada o incluso en su totalidad. Las circunstancias en las cuales el Decreto Supremo 032-2011 fuera adoptado - en particular el hecho de no otorgarle a la Demandante el derecho de ser oída con anterioridad a su adopción - asimismo dan origen, en mi opinión, a la violación del Artículo 805 lo que constituye una violación de la obligación de ofrecer un "trato justo y equitativo". No obstante ello, comprendo la conclusión del Tribunal de que *"las Partes no han presentado argumentos relacionados con las consecuencias jurídicas de esta determinación, y en efecto, esta determinación no se modificaría ni se sumaría a las que resulten de una expropiación indirecta ilícita"*¹.

¹ Laudo, párr. 533.

3. También concuerdo con la Mayoría respecto de que la consecuencia de la violación del Artículo 812 del TLC le confiere a la Demandante el derecho de percibir una indemnización, junto con el enfoque general adoptado relativo a la evaluación de dicha indemnización. En particular, coincido plenamente - dadas las perspectivas especulativas e improbables del Proyecto ante la seria agitación social, la imposibilidad evidente de obtener una "licencia social" y las diversas autorizaciones en materia ambiental y regulatoria que todavía deben obtenerse - con la conclusión dispuesta en el Laudo respecto de que *“el cálculo de la indemnización por daños de la Demandante en el presente caso no puede realizarse por vía de referencia a la posible rentabilidad prevista del Proyecto Santa Ana y el método FCD”*². En estas circunstancias, la medida adecuada en materia de daños debe evaluarse en referencia a la inversión real de la Demandante en el Proyecto con posterioridad al 27 de noviembre de 2007³.

4. No obstante, disiento con la evaluación de la Mayoría respecto de la cuantía de los daños que se adeudan al momento de aplicar este enfoque y, en particular, respecto de la no reducción de dicho importe a raíz de la responsabilidad de la Demandante relativa a su contribución a la agitación⁴. Si bien concuerdo con que la Demandada es quien debe establecer cualquier responsabilidad concurrente, mi evaluación de las pruebas presentadas al Tribunal radica en que la Demandada ha demostrado de forma evidente la responsabilidad concurrente de la Demandante, en virtud de sus actos y omisiones, respecto de la agitación social que derivara en el dilema que el gobierno de Perú debió enfrentar y en la necesidad de hacer algo razonable y lícito para proteger el bienestar público. Planteo mi razonamiento en la presente Opinión Parcialmente Disidente.

5. Un aspecto central de los hechos argumentados ante el Tribunal está relacionado con las circunstancias del colapso del Proyecto Santa Ana - una cuestión de hecho - y el estándar jurídico que se debe aplicar - una cuestión de derecho. Respecto de esta última, y tal como señalara el Tribunal, el laudo en *Abengoa* ofrece el estándar jurídico que se debe aplicar. En virtud de este enfoque, se insta al Tribunal a determinar que *“no se hubieran producido los*

² Laudo, párr. 604.

³ La Demandante invirtió un monto total de USD 21.827.687. Sin embargo, como parte de dicha inversión tuvo lugar con anterioridad a que la Demandante obtuviera de forma legal las concesiones el 27 de noviembre de 2007 cuando se emitiera el Decreto Supremo 083, el importe total así invertido por la Demandante asciende a USD 18.237.592. Véase el Laudo, párrs. 658 y ss.

⁴ Laudo, párr. 668.

acontecimientos que ... condujeron a la pérdida de la inversión de las Demandantes” si “*un programa de comunicación social hubiese sido llevado a cabo*”⁵. No me convence la conclusión a la que se arribara en el párrafo 411 del Laudo en este caso. En base a las pruebas presentadas ante nosotros, encuentro dificultades para comprender la forma en la cual podría concluirse, tal como hace la Mayoría, que no hubo vinculación alguna - o una parcial relación de causalidad- entre la manera de proceder de la Demandante y las circunstancias que dieron origen, en primer lugar, a la interrupción del Proyecto Santa Ana, y, en segundo lugar, a su finalización anticipada como consecuencia del Decreto Supremo 032- 2011.

6. Para arribar a una opinión contraria a la de mis colegas, me sustento en la totalidad de las pruebas que nos fueran presentadas por las Partes, y en particular en el testimonio extenso de una gran cantidad de testigos y peritos. En virtud de los fundamentos planteados *infra*, en mi opinión estas pruebas demuestran con claridad que los actos y omisiones de la Demandante, en el período anterior al año 2008, en el transcurso de dicho año, con posterioridad a él, y hasta el mes de mayo de 2011, contribuyeron de forma sustancial al acaecimiento de los eventos que propiciaron y luego desencadenaron el colapso del Proyecto. En particular, el Proyecto colapsó debido a la imposibilidad del inversionista de obtener la "licencia social", el entendimiento necesario entre los que propiciaban el Proyecto y aquellos que residían en las comunidades que podrían verse mayormente afectadas por dicho Proyecto, ya sea de forma directa o indirecta. Resulta evidentemente obvio que la viabilidad y el éxito de un proyecto de estas características, ubicado en la comunidad del pueblo Aymara - un grupo de comunidades intercomunicadas - dependieran necesariamente del apoyo local. En este sentido, es casi imposible decir que el Proyecto tuvo un buen comienzo ya que la Demandante hizo uso de cierto subterfugio al momento de obtener permisos a nombre de uno de sus propios empleados con bajo nivel jerárquico - la Sra. Villavicencio, nacional de Perú – y la Demandante, en su calidad de sociedad extranjera, no estaba autorizada o legalmente no tenía el derecho de obtener dichos permisos en ese momento. En ausencia de cualquier otra alternativa, la falta de transparencia en la referida etapa temprana del Proyecto sólo puede haber contribuido a socavar las condiciones necesarias para construir la confianza a más largo plazo. El descontento que luego tuvo lugar,

⁵ Laudo, párr. 410 que cita al Caso CIADI No. ARB(AF)/09/2, *Abengoa S.A. y Cofides S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo (18 de abril de 2013).

el cual fuera expresado por diversos miembros de las comunidades locales afectadas, era previsible.

7. En este sentido resulta útil que las Partes concuerden en líneas generales que la inversión fue llevada a cabo en una zona en la cual los derechos de diversas comunidades de pueblos indígenas estaban totalmente involucrados - conforme al derecho nacional e internacional. Las disposiciones del Convenio 169 de la OIT (Convenio sobre pueblos indígenas y tribales), que fuera aplicable al territorio de Perú con posterioridad a que dicho país se convirtiera en Parte del referido Convenio el 2 de febrero de 1994, son de particular relevancia. El Preámbulo del Convenio, que fuera adoptado en el año 1989 reza lo siguiente: “[r]econociendo las aspiraciones de esos pueblos [indígenas y tribales] a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”, y “[r]ecordando la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales”. La redacción del preámbulo fomenta al inversionista a que considere en la mayor medida posible las aspiraciones de los pueblos indígenas y tribales. El hecho de establecer condiciones de transparencia y confianza constituye un pre-requisito esencial para el éxito de cualquier proyecto que involucre el arribo de una sociedad proveniente de un lugar lejano para llevar a cabo una inversión en territorio de pueblos indígenas y tribales.
8. El Artículo 1 dispone que el Convenio “*se aplica a*” ciertos “*pueblos tribales*” y “*a los pueblos ... considerados indígenas*”. No hay dudas de que ello es aplicable al pueblo Aymara respecto de las actividades propuestas por el Proyecto Santa Ana. No se ha formulado ningún argumento serio que indique lo contrario.
9. El Artículo 13(1) del Convenio dispone lo siguiente:

“*Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación*”.

Luego, el Artículo 15 dispone lo siguiente:

“1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

Tal como se señalara, no es materia de controversia entre las Partes de que el Convenio sea aplicable a los pueblos indígenas ubicados en el área del Proyecto Santa Ana⁶. Este es el caso, por supuesto, en que la obligación de implementar el Convenio recae en el Estado⁷ a través de su aplicación por medio del derecho nacional. En el caso de Perú, el Convenio 169 de la OIT fue aprobado e implementado en el año 1993 por medio de la Resolución Legislativa No. 26253.

10. De todos modos, el hecho de que el Convenio no imponga obligaciones de forma directa en el inversionista particular extranjero en calidad de tal no significa, sin embargo, que no reviste importancia o que carece de efectos legales respecto de ellos. En *Urbaser c. Argentina*, el Tribunal señaló que *“el derecho humano a la dignidad de cada persona y su derecho a condiciones de vivienda y de vida adecuadas son complementadas por una obligación de todas las partes, tanto públicas como privadas, de no realizar actividades tendientes a suprimir tales*

⁶ Véase, por ejemplo, la Primera Presentación de la Demandante Posterior a la Audiencia (21 de diciembre de 2016), párrs. 1 y ss; Memorial de Contestación de la Demandada sobre el Fondo y Memorial sobre Jurisdicción (6 de octubre de 2015), párrs. 62 y ss.

⁷ Observación de la CEACR sobre Bolivia 2005/Reunión No. 76: *“...la obligación de asegurar que las consultas tengan lugar de manera compatible con los requisitos establecidos en el Convenio, es una obligación a cargo de los Gobiernos y no de personas o empresas privadas”.*

derechos”⁸. Asimismo, el Tribunal en *Urbaser* señaló que el TBI aplicable en dicho caso “*debe interpretarse en armonía con otras normas de derecho internacional de las que forma parte, incluidas aquellas relativas a los derechos humanos*”⁹, y que el Artículo 42(1) del Convenio CIADI junto con la cláusula aplicable de dicho TBI (Artículo X(5)) disponían que “*el Tribunal aplicará la legislación del Estado receptor “y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables*”¹⁰.

11. Las mismas consideraciones son aplicables al presente caso en lo que respecta a los requisitos del Convenio 169 de la OIT y en particular a su Artículo 15 sobre los requisitos de consulta. El Artículo 837 del Tratado de Libre Comercio Canadá - Perú sobre Derecho Aplicable dispone que este Tribunal “*resolverá los temas en controversia de conformidad con este Tratado y a las normas aplicables del derecho internacional*”. El Convenio 169 de la OIT constituye una norma de derecho internacional aplicable al territorio de Perú. Este Tribunal tiene la facultad de considerar el Convenio en la determinación de si la Demandante cumplió con su obligación de dar efecto a las aspiraciones del pueblo Aymara de forma apropiada, teniendo en cuenta todos los requisitos legales pertinentes, incluso la aplicación de la legislación de Perú que lo implementa.

12. La relevancia y la aplicabilidad del Convenio 169 fueron aceptadas por la Demandada¹¹. Respecto de la Demandante, su Director de Operaciones, el Sr. Elsiario Antunez de Mayolo, indicó en su declaración testimonial que el Convenio fue “[*mencionado*] ... *dentro de la Evaluación del Impacto Ambiental y y tanto internamente como en la consultora*”¹². Los abogados de la Demandante aceptaron que el Convenio había sido “*incorporado en*” el derecho nacional, incluso el derecho relativo a la consulta que les asistía a los pueblos indígenas conforme a dicho Convenio¹³. La relevancia del Convenio fue reconocida por ambas Partes, independientemente de su incorporación por medio del derecho nacional de Perú o de cualquier

⁸ Caso CIADI No. ARB/07/26, *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partuergoa c La República Argentina*, Laudo (8 de diciembre de 2016), párr. 1199.

⁹ *Ibíd.*, párr. 1200.

¹⁰ *Ibíd.*, párr. 1202.

¹¹ Véase, por ejemplo, Memorial de Contestación de la Demandada sobre el Fondo y Memorial sobre Jurisdicción (6 de octubre de 2015), párrs. 62, 135.

¹² Transcripción en 613:11-16.

¹³ Transcripción en 625:6-20 (Sr. Burnett).

otro modo. De todos modos, cuando le consulté al Sr. Antunez de Mayolo si conocía las disposiciones del Artículo 15 del Convenio, o si alguna vez lo había visto, él contestó: “no”¹⁴. En mi opinión, ello indica que la Demandante tenía, en el mejor de los casos, una relación algo indiferente respecto de los derechos esenciales establecidos en esta parte del Convenio. No estaba totalmente preparada para realizar la inversión en el territorio de las comunidades de pueblos indígenas - los pueblos involucrados en el proyecto en el cual se había embarcado - como debería haber estado.

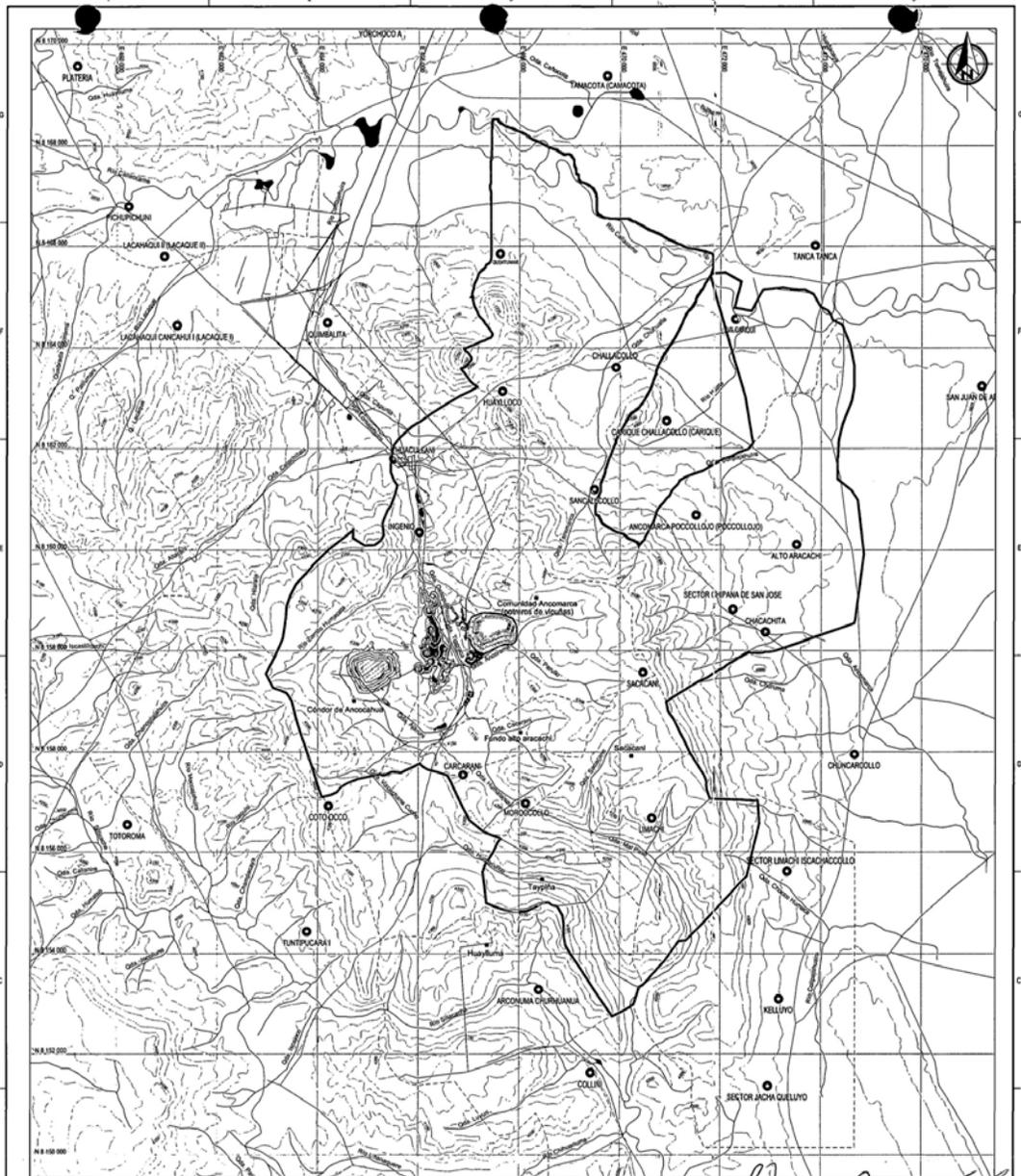
13. El Artículo 15 reconoce varios derechos “*de los pueblos interesados*”. Estos derechos comprenden lo siguiente: (1) “*a participar en la utilización, administración y conservación de*” ... “*los recursos naturales existentes en sus tierras*”; (2) “*a consultar a los pueblos interesados a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras*”; y (3) a “*participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades*”. Cabe destacar que el Convenio vincula el derecho a ser consultado con el derecho a participar en los beneficios. También se debe señalar que cuando el Artículo 15 hace referencia a “*esos pueblos*” involucra a todos “*los pueblos interesados*”, no sólo a algunos de ellos.

14. En consecuencia, la cuestión radica en determinar si el Proyecto Santa Ana ha dado efecto suficiente a los derechos de todos los “*los pueblos interesados*”, tal como exige el Convenio y el derecho nacional que lo implementa. Ello plantea, como primera cuestión, quiénes eran “*los pueblos interesados*”, y como segunda cuestión, si los derechos de todos estos pueblos, incluso, en particular, el derecho de ser consultados, fueron suficientemente reconocidos.

15. Las pruebas presentadas ante nosotros incluyen un mapa contenido en la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA). Dicho mapa muestra, dentro de una línea continua indicada en el mapa, la zona geográfica a explotar conforme al Proyecto, y el área directamente afectada¹⁵.

¹⁴ Transcripción en 612:3-6.

¹⁵ Anexo R-398.



LEYENDA

- CENTRO POBLADO
- PARCIALIDAD
- CURVAS DE NIVEL
- ÁREA DE INFLUENCIA DIRECTA SOCIAL
- CURSOS DE AGUA EXISTENTE
- INSTALACIONES PROPUESTAS
- ▨ CANTERA DE MATERIAL DE PRESTAMO
- - - LÍMITE DE COMUNIDADES 2010
- CAMINO PRINCIPAL
- TROCHA CARROZABLE

DISTANCIAS DEL CENTRO DEL PROYECTO A LOS CENTROS POBLADOS

CENTRO POBLADO	DISTANCIA (Metros)
Vicacani	8123.36
Quimacana	7153.11
Challacollo	5874.49
Sancaycollo	3772.79
Huaylloco	4496.84
Ingenio	1687.27
Popolocco	5274.98
Chacachita	6311.03
Parcialidad Sacacani en la CC Arconuma	3876.52
Parcialidad Yagalla en la CC Arconuma	5616.20
Parcialidad Huaylluma en la CC Arconuma	6633.88
Fundo Alto Aracachi en la CC Alto Aracachi	2683.62
Huacacani	3214.56
Fundo Caracani	3237.57
Fundo Moroccollo	4100.11
Districto Kelluyo	11330.36
Districto exilia	29613.41

[Signature]
CARLOS CRISTIAN JARAMA LOUAVIL
 INGENIERO CIVIL
 C.I.P. 40834
 750 305 190 1500 3000
 (EN METROS)
 1:75,000



Ausenco Vector
 Calle Española 371
 Pisos 6, San Mateo
 Lima 27
 Perú
 T +51 1 200 4800
 F +51 1 200 4820
 www.ausenco.com

N°	FECHA	REVISOR	PROYECTOR	ELABORADOR	APROBADO	PLAZO	REVISIÓN
1	09/2010						
2							
3							

REF. MINEM 10/01/2011
REF. Informe N°399-2011-MEM-AAM
Respuesta a la Obs. 3

BEAR CREEK MINING COMPANY
 ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL - PROYECTO SANTA ANA

DISTANCIAS DE CENTROS POBLADOS AL PROYECTO

DISTANCIA	PROYECTO	FECHA	PLAZO	REVISIÓN
1750	07.02.13.03	2011	A3	2.30 A

PARA REVISIÓN

MEM - DGMAM 2308

16. El mapa identifica una cantidad de comunidades que la Demandante entendía originalmente que estaban comprendidas dentro del área de influencia directa del Proyecto. Ello podría considerarse como “*los pueblos interesados*”. Estas comunidades pertenecen étnica y culturalmente al pueblo Aymara. Son pueblos indígenas que se dedican principalmente a la “agricultura, pesca artesanal y ganadería”¹⁶, actividades que están íntimamente vinculadas con el territorio en el cual habitan. Asimismo, para ellos este territorio “*no sólo es un espacio geográfico sino un vínculo espiritual para las comunidades*”, como lo son “los ‘*apus tutelares*’, que representan santuarios espirituales de suma importancia para todos los pobladores de la zona”¹⁷.

17. Durante la etapa de presentaciones escritas, la Demandada modificó este mapa para indicar en color verde todas aquellas comunidades que tenían miembros empleados por la Demandante en uno de sus programas de trabajo rotativos. Los miembros de otras comunidades no estaban involucrados en ningún tipo de programa de trabajo vinculado con el Proyecto Santa Ana. Estas comunidades, supuestamente en oposición al Proyecto Santa Ana, estaban indicadas en el mapa con color rojo¹⁸.

¹⁶ Escrito Amicus Curiae Presentado por la Asociación de Derechos Humanos y Medio Ambiente - Puno (“DHUMA”) y el Dr. Lopez (10 de junio de 2016) (español), pág. 3.

¹⁷ *Ibíd.*, pág. 7.

¹⁸ Anexo R-312.

18. Resulta evidente que la cantidad total de comunidades indicadas con color rojo es significativa. Estas comunidades no sólo son aquellas que podrían verse afectadas - ya sea de forma directa o indirecta - por ciertos aspectos negativos del Proyecto, sino aquellas que no obtendrían beneficios económicos del Proyecto. Pareciera que el mapa indica que diversas comunidades fueron tratadas de forma diferente, y que todos los grupos dentro del área de influencia propiamente identificada por la Demandante - ya sea de forma directa o indirecta - no fueron tratados de la misma manera.
19. El Tribunal disponía de pruebas más que suficientes ante sí que demostraban que las comunidades que comenzaron a protestar en el año 2008 (y en años sucesivos, incluso el 2011) tendían a ser aquellas que estaban marcadas en color rojo en este segundo mapa. Ello sugiere un correlato entre los dos factores, y pareciera que ofrece una explicación posible a las respuestas adversas - de ciertas comunidades - respecto del Proyecto Santa Ana y el rol de la Demandante. El hecho de que la Demandante - en virtud de las pruebas presentadas ante el Tribunal - no adoptara medidas reales o suficientes para atender dichas preocupaciones y reclamos, y para obtener la confianza de *todas* las comunidades potencialmente afectadas, se supone que contribuyó, al menos en parte, a generar cierto descontento general de la población respecto del Proyecto Santa Ana el cual se materializara, en última instancia, en las protestas ocurridas en la primavera occidental del año 2011. Las pruebas presentadas ante el Tribunal demuestran que la Demandante tomó conocimiento, a partir del año 2008, que diversas comunidades (marcadas en color rojo) se oponían firmemente; sin embargo, las pruebas presentadas ante el Tribunal demuestran - al menos para mí - que no adoptó medidas efectivas - o, en ocasiones, ninguna medida - para atender las preocupaciones de dichas comunidades.
20. Uno de los peritos que compareció ante el Tribunal en representación de la Demandada fue el Profesor Antonio Alfonso Peña Jumpa. Él se desempeña como Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ostenta títulos universitarios en derecho y antropología, incluso un doctorado en la Universidad de Lovaina en Bélgica. Proporcionó una síntesis clara de sus dos informes periciales, y luego fue contrainterrogado por la Demandante. Considero que es un perito de independencia evidente que fue persuasivo y creíble. Nadie de peso equivalente fue ostentado ante él. Su testimonio fue claro, sutil, equilibrado, centrado en la cuestión y - respecto del impacto que provocó en mí - significativo.

21. Cuando se le mostró una copia del mapa que indicaba las comunidades marcadas en color rojo y verde, el Profesor Peña Jumpa le expresó al Tribunal que las comunidades y *parcialidades* señaladas en cuadrados verdes eran “*beneficiarias*” del Proyecto Santa Ana (Challacollo, Huacullani, Ingenio, Ancomarca y Cóndor Ancocahua)¹⁹ en sentido de que habían obtenido empleo de su parte. Agregó que “*las otras, las que aparecen en color rojo, también pueden identificarse como comunidades o parcialidades*”. Ellas incluían a las comunidades de Yorohoco, Arconuma, Churhuanua, Totoroma, Sacacani, Carique Challacollo y San Juan (conectada con otra comunidad), y todas ellas eran “*comunidades o parcialidades que pertenecen a la zona*” afectada por el Proyecto²⁰. Si bien estaban, según sus palabras, “*conectada plenamente*” con la zona afectada por el Proyecto, estas comunidades no recibieron empleo alguno relativo a dicho Proyecto²¹. Todas estas comunidades, indicadas en color rojo y verde en el mapa, constituían, en su opinión, “*pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras*” según el significado del Artículo 15 del Convenio²², y, así, les asistía el derecho de “*participar [...] en los beneficios que reporten*” las “*actividades [del inversionista]*”, tal como exige el Artículo 15 del Convenio. Estas opiniones no fueron objetadas seriamente por la Demandante en el conainterrogatorio ni tampoco contradichas por otras pruebas presentadas al Tribunal.

22. Respecto de la consulta, y del reclamo de que los *talleres* podrían resultar suficientes para ganarse a estas comunidades, el Profesor Peña señaló que “*había mucha oposición*” incluso dentro de aquellas comunidades a las cuales se les había otorgado empleos²³. Según sus palabras, “*los comuneros de Challacollo, que es una de las supuesta comunidades favorecidas [por el Proyecto], se manifiestan en contra de él*”²⁴. No se pudo contradecir este testimonio en el conainterrogatorio.

23. Las diferencias entre las Partes respecto de este punto radicaban, en su lugar, si todas las indicaciones en el mapa debían considerarse como “*comunidades*”. El Presidente y Director

¹⁹ Transcripción en 1336:1-3.

²⁰ Transcripción en 1336:17-18.

²¹ Transcripción en 1307:7-22.

²² Transcripción en 1383:18-1384:5.

²³ Transcripción en 1340:8-13.

²⁴ Transcripción en 1340:21-1341:2.

Ejecutivo de la Demandante, el Sr. Andrew Swarthout, cuando fue interrogado por el Tribunal, señaló lo siguiente:

“las ciudades en rojo no son comunidades. Por lo menos algunas de ellas -no puedo decir todas- pero diría que la mayoría son simplemente pequeños grupos de ranchos que pertenecen a una comunidad. Aparentemente se postula aquí que Bear Creek no consultó con estas comunidades, pero estos puntos pertenecen a comunidades que fueron objeto de consulta y de talleres. Mi colega, el señor Mayolo, seguramente podrá abordar este mapa en particular, porque él tiene más elementos específicos del campo. Pero yo diría que muchas de estas no son comunidades sino que pertenecen a comunidades que estaban incluidas en nuestra lista de consultas. Yo puedo decir que nosotros incluimos a todas estas”²⁵.

24. El Sr. Antunez de Mayolo le expresó al Tribunal que los círculos de color rojo en el mapa representaban “*agrupaciones de viviendas o agrupaciones de pequeños centros poblados que están dentro de las comunidades*”, que “*no son comunidades sino son agrupaciones de viviendas*”²⁶. Asimismo, expresó que estas “*agrupaciones*” estaban incluidas en los talleres junto con las cuatro o cinco comunidades que conformaban el área de influencia directa²⁷, y que la Demandante había llevado a cabo “talleres informativos” para las comunidades que se encontraban fuera del área de influencia directa²⁸. Sin embargo, en el marco del conainterrogatorio el Sr. Antunez de Mayolo reconoció que había cuatro comunidades en el área de influencia directa del Proyecto²⁹, y otras 32 comunidades más en el área de influencia indirecta (14 en el Distrito de Kelluyo y 18 en el Distrito de Huacullani)³⁰. Además, el Sr. Antunez de Mayolo señaló que no tenía conocimiento de oposiciones al Proyecto con anterioridad a que comenzara con los trabajos en abril de 2010, pero que supo de ello poco tiempo después³¹; y confirmó que era “*probable*” que las comunidades ubicadas en el área de influencia directa que tenían empleo en la etapa de exploración serían “*las que respaldarían*

²⁵ Transcripción en 544:3-17.

²⁶ Transcripción en 561:3-7.

²⁷ Transcripción en 560:19-561:2.

²⁸ Transcripción en 561:19- 562:6.

²⁹ Transcripción en 573:19-574:2.

³⁰ Transcripción en 574:9-11.

³¹ Transcripción en 576:16- 577:10.

más el proyecto”³² (con la implicancia evidente de que aceptaba que las otras comunidades se opondrían), pero que incluso estas comunidades que lo respaldaban “*tenían preocupaciones sobre el Proyecto*”³³ [Traducción del Tribunal]. Señaló también que no hablaba Aymara, el idioma de las comunidades interesadas³⁴.

25. En contraposición al supuesto conocimiento o pericia limitada de los testigos y peritos de la Demandante en cuestiones Aymara, el Profesor Peña Jumpa ofreció asistencia, hecho que considero apropiado, confiable y equitativo. En la síntesis de sus informes, explicó que la comunidad Aymara, que fuera anterior al Imperio Inca y que había habitado esta zona sur de Perú durante “*mucho tiempo atrás*”³⁵, tenía una relación significativa con la tierra (Pachama en Aymara) la cual les proveía los recursos naturales y con las montañas (Apus) las que les brindaban protección³⁶. El Proyecto Santa Ana estaba ubicado en una zona conocida como Chucuito. Incluía muchos distritos, dos de los cuales - Huacullani y Kelluyo – eran “*muy importantes*”³⁷. Indicó que el Proyecto Santa Ana está “*exactamente en la frontera, casi, entre estos dos Distritos*” pero que también se extiende más allá de estos dos distritos respecto de sus efectos y que alcanza a “*lo que está alrededor [áreas como Pisacoma ... y ... Desaguadero]*”, las cuales se vieron “*muy comprometido[s] en este conflicto*”, junto con otras áreas (Zepita, Pomata y Juli)³⁸.

26. Respecto de las limitaciones de las actividades de divulgación y contacto con la comunidad de la Demandante, expresó lo siguiente - sin ambigüedades y en base a las entrevistas que había llevado a cabo:

“La empresa Bear Creek solo trabajó con cuatro comunidades y una parcialidad en la zona vinculada al yacimiento minero. Estas cuatro son las de Concepción Ingenio, las de Challacollo, la de Ancomarca y la comunidad urbana de Huacullani. En adición la parcialidad es Cóndor Ancocahua. Pero se excluyó a 10 comunidades identificadas ellas por la empresa misma como parte de su área de influencia, y se excluyeron doce

³² Transcripción en 581:7-12.

³³ Transcripción en 587:2-3.

³⁴ Transcripción en 575:9-11.

³⁵ Transcripción en 1289:14-18.

³⁶ Transcripción en 1290:10-17.

³⁷ Transcripción en 1292:6-7.

³⁸ Transcripción en 1323:5-18.

*comunidades de Kelluyo ubicadas también dentro de su área de influencia. Aparecen en el croquis.”*³⁹.

Por este motivo, concluyó lo siguiente:

*“las actividades de Bear Creek no fueron suficientes para obtener la comprensión y aceptación de las comunidades”*⁴⁰.

27. El efecto de la exclusión fue significativo. A saber:

*“los miembros de las comunidades excluidas empezaron a protestar en contra del Proyecto Santa Ana. Y estas protestas [fueron parte de] un proceso ... [que comprendió] cuatro etapas: la quema y saqueo del campamento del 2008, la audiencia pública del 2011, la oposición organizada que vino después la audiencia pública, y la explosión social que ocurrió en los días [y] semanas siguientes”*⁴¹.

28. Además, en su opinión y en base al material que había revisado, incluso con anterioridad al saqueo e incendio del año 2008:

*“Bear Creek sabía que las comunidades vecinas se oponían al Proyecto ... [ellos] sabían de las protestas con anticipación ... [ellos] sabían mucha información [incluso] por los menos un mes lo sabían”*⁴².

En su opinión, las protestas del año 2008 *“no fue[ron] un acto terrorista aislado”*⁴³ y *“absolutamente falso”* que fue un acto llevado a cabo por fuerzas externas⁴⁴. Las personas que protestaban provenían de los distritos de Huacullani, Kelluyo y de otros distritos: *“No solamente un grupo pequeño de Huacullani respaldaba el Proyecto. La gran mayoría del distrito de las comunidades estaba en contra, y por eso se plegaron a este hecho”*⁴⁵.

29. Luego, la Demandante se retiró de forma temporaria del Proyecto y retornó con lo que ellos denominaban *una “nueva estrategia”*⁴⁶. Sin embargo, y respecto de la opinión del Profesor Peña:

³⁹ Transcripción en 1324:11-21.

⁴⁰ Transcripción en 1325:12-14.

⁴¹ Transcripción en 1325:16-1326:2.

⁴² Transcripción en 1326:4-18.

⁴³ Transcripción en 1327:10-11.

⁴⁴ Transcripción en 1327:17-18.

⁴⁵ Transcripción en 1327:22-1328:3.

⁴⁶ Transcripción en 1328:8.

*“no hubo nueva estrategia; se continuó trabajando con las mismas comunidades y el conflicto se agudizaba”*⁴⁷.

En otras palabras, las pruebas presentadas al Tribunal demostraron que la Demandante no aprendió la lección al momento del inicio de las protestas significativas.

30. La etapa siguiente comenzó con la audiencia pública celebrada el 23 de febrero de 2011. El Profesor Peña aceptó que “hubo una gran convocatoria de las comunidades”, pero con base en las entrevistas arribó a la conclusión de que *“algunos [fueron] forzados a ir para dar una tácita aceptación, [p]ero en la gran mayoría había un descontento [con el proyecto]”*⁴⁸. Uno de los grandes problemas con la reunión fue que se celebró en idioma español, no en aymara⁴⁹. La evidencia demuestra que en esa reunión la población afectada tenía *“serias preocupaciones”*⁵⁰.

31. Con posterioridad,

*“[e]n marzo de 2011, los miembros de las comunidades de Kelluyo, Huacullani, Desaguadero, Pisacoma, Zepita y otros, se reunieron constantemente para organizarse y pedir la cancelación del Proyecto Santa Ana”*⁵¹.

Se presentaron numerosas quejas a las autoridades, pero *“[n]o hubo respuesta del gobierno regional”*⁵². Esto condujo a un *“explosión social”*, comenzando con protestas locales en Huacullani en el mes de marzo de 2011, que se trasladaron a Desaguadero y Juli en abril de 2011, con el bloqueo de una autopista internacional y el cierre del puente que conecta a Bolivia con Perú. A esto le siguió una huelga de 48 horas, que ofreció *“una advertencia muy seria”* dada la participación masiva, y posteriormente *“una muerte de una protestante del distrito de Kelluyo, [que] enardeció más a los comuneros”*⁵³. Con posterioridad,

*“Las protestas se extendieron a las ciudades con poblaciones más grandes [...] pasaron a Juli, que era la capital de la Provincia [...] por último, viene esta tercera parte, radicalización de las protestas, [l]as protestas en el Aeropuerto internacional de Juliaca ... y las movilizaciones aymaras se producen en Lima”*⁵⁴.

⁴⁷ Transcripción en 1328:8-10.

⁴⁸ Transcripción en 1329:1-3.

⁴⁹ Transcripción en 1297:16-1298:3.

⁵⁰ Transcripción en 1329:15.

⁵¹ Transcripción en 1329:19-1330:1.

⁵² Transcripción en 1330:10-11.

⁵³ Transcripción en 1331:1-15.

⁵⁴ Transcripción en 1332:13-1333:2.

32. La narrativa es convincente, completamente sustentada por la totalidad de la prueba que puede consultar el Tribunal. Por último, el Profesor Peña ofreció su conclusión en cuanto a la apreciación del inversionista de la situación que enfrentaba:

“Bear Creek no entendió a las comunidades aymaras ni la interrelación social que tienen entre ellas. A pesar de la oposición al proyecto, Bear Creek continuó utilizando la misma estrategia de trabajo que generó división en las comunidades. Si Bear Creek hubiera entendido cómo trabajar en las comunidades aymaras, el conflicto social no hubiera alcanzado esos niveles de crisis extrema que ocurrieron en la región”.

Agrega lo siguiente:

“Si es que no se suspendían las labores de este proyecto minero, los comuneros aymaras hubieran continuado [con las protestas]”⁵⁵.

33. En síntesis, es evidente de su declaración testimonial, la que no es realmente rebatida por la Demandante, que el programa de divulgación del inversionista fue inadecuado: no involucró a todas las comunidades posiblemente afectadas, ofreciéndoles empleos sólo a algunas y participando de consultas que fueron irregulares e insuficientes para penetrar en la totalidad de las comunidades. ¿Qué debería haber hecho la Demandante? El Profesor Peña afirma que la Demandante debería haber tratado con las comunidades como entidad colectiva: y no *“solamente focalizar el trabajo con aquellas comunidades que estaban cerca al yacimiento minero... sino a las otras que también se sentía[n] afectadas”⁵⁶*. Aventura la opinión de que *“si es que hubiera[n] conversado con el conjunto de ellas [las comunidades] y hubiera[n] llegado a un acuerdo, es muy probable que hubiera tenido otra respuesta”⁵⁷*. De manera similar, alega, una distribución de empleos más equitativa, y un enfoque diferente al que se les ofreció, habría tenido consecuencias positivas:

“Las comunidades están interrelacionadas. Están organizadas por distrito y por provincia. Hay una federación de comunidades campesinas en el sur. Hay una federación de comunidades campesinas por distrito. Hay que conversar con esas federaciones y decir: “Este proyecto es pequeño; se va a focalizar acá. Necesitamos que ustedes nos apoyen para que solamente se distribuyan 120, 150, 200 puestos de

⁵⁵ Transcripción en 1333:7-20.

⁵⁶ Transcripción en 1391:8-11.

⁵⁷ Transcripción en 1391:11-14.

*trabajo. Son estas cantidades y quisiera coordinar con ustedes cómo se podrían distribuir mejor”*⁵⁸.

34. Parece que ahora la Demandante ha aprendido la lección, aunque demasiado tarde. Durante la audiencia, el Sr. Swarthout confirmó que en el ulterior Proyecto Corani la empresa había trazado un radio mayor para sus consultas, extendiéndose ahora a más de 50 kilómetros, de manera tal de “*consolidar una licencia social en un radio mucho mayor de lo que normalmente sentiríamos que debiéramos hacerlo*”⁵⁹ [Traducción]. Interpreto esto como una aceptación, en efecto, de la importancia del enfoque del Profesor Peña.
35. Por mi parte, la declaración testimonial del Profesor Peña me convenció. Esperé un ataque sobre su núcleo central, pero no hubo ninguno. Sobre la base de este, y la totalidad de la prueba ante el Tribunal, queda claro que la Demandante no hizo todo lo que podría haber hecho para involucrarse con todas las comunidades afectadas, especialmente tras las protestas iniciales del 2008. Esa prueba deja también en claro que la Demandante no reconoció que esos acontecimientos fueron motivados, en gran parte, por el hecho de que determinadas comunidades afectadas (o posiblemente afectadas) tenían serias preocupaciones respecto del Proyecto debido a sus posibles riesgos ambientales, y porque se sentían excluidas de sus beneficios. La Demandante no arribó a las conclusiones evidentes y necesarias a partir a de los primeros indicios de oposición en el año 2008, en particular, la necesidad de mejorar su divulgación y relaciones comunitarias.
36. Esta conclusión se ve confirmada por el útil escrito *amicus curiae* de DHUMA. Este sostuvo que el hecho de que la Demandante no entablara relaciones adecuadas con la comunidad contribuyó a las pérdidas que sufrió, observando asimismo que miembros de determinadas comunidades sintieron que no pudieron participar de la asamblea pública del mes de febrero de 2011, ya que el espacio disponible era limitado⁶⁰. En su Réplica al escrito *amicus*, la Demandante criticó las declaraciones escritas de DHUMA, *inter alia*, por ser sesgadas y carentes de fundamento⁶¹, y describió que DHUMA representaba una “*postura radical en*

⁵⁸ Transcripción en 1392:18-1393:6.

⁵⁹ Transcripción en 539:3-13.

⁶⁰ Escrito *Amicus Curiae*, pág. 6.

⁶¹ Réplica de la Demandante al escrito *Amici* (18 de agosto de 2016), pág. 2.

contra de la minería”⁶² [Traducción]. Ciertamente la Demandante tiene derecho a no compartir las políticas u objetivos de DHUMA, pero dado su inversión en un proyecto ubicado a miles de millas de su patria, en una zona poblada por comunidades locales que el Convenio 169 de la OIT y otras normas del derecho internacional reconocen que ostentan intereses legítimos en el uso de sus tierras, podría desear reflexionar respecto de su enfoque de estos intereses. En su carácter de inversionista internacional, la Demandante ostenta intereses y derechos legítimos en virtud del derecho internacional; las comunidades locales de pueblos indígenas y tribales también ostentan derechos en virtud del derecho internacional, y estos no son derechos de menor grado. Según mi opinión, DHUMA ayudó al Tribunal “*al aportar una perspectiva, un conocimiento o una visión particulares distintos a aquéllos de las partes en la diferencia*”⁶³. Su participación en el presente procedimiento fue valiosa y amable en todo momento, y se sumó a las percepciones de legitimidad de los procedimientos CIADI de esta clase.

37. En lo que respecta al papel de la Demandada, esta también ostenta intereses y derechos, incluido el respeto por los derechos de la Demandante en virtud del TLC Canadá-Perú. Por la forma en que se adoptó el Decreto 032-2011, y también tal vez por no responder de manera efectiva a las quejas recibidas en el año 2011, tal como observara el Profesor Peña, carga con una porción significativa de las responsabilidades. Puede ser la función de un Estado o su gobierno central ofrecer un marco de legislación interna que garantice que un proceso de consulta y sus resultados sean coherentes con el Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, pero no es su función tomar la mano de un inversionista y entregarle una “licencia social” resultante de ese proceso. Le corresponde al inversionista obtener la “licencia social”, y en el presente caso no pudo hacerlo mayormente debido a sus propias fallas. El TLC Canadá-Perú no constituye, más que el CIADI, una póliza de seguro contra el fracaso de un inversionista preparado de manera inadecuada para obtener dicha licencia.

38. La contribución de la Demandante a los acontecimientos que condujeron a la adopción del Decreto Supremo 032-2011-EM tiene implicancias en el monto de la indemnización por daños que ha de adjudicarse. Tal como se estableciera en el Laudo⁶⁴, para el momento en que se dictó el Decreto Supremo 032 las perspectivas para el Proyecto Santa Ana ya eran desalentadoras, si

⁶² *Ibíd.*

⁶³ Regla 37(2) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI.

⁶⁴ Laudo, párrs. 155 - 202

es que en efecto aún existían. Aún debían otorgarse diversos permisos ambientales y otros permisos, y la naturaleza y alcance de la oposición dejaban en claro que no existía una posibilidad real de que el Proyecto obtuviera a la brevedad la “licencia social” necesaria. Por este motivo, la justa cuantificación de la indemnización por daños por los efectos ilegales del Decreto Supremo 032, tal como deja en claro el Laudo, ha de evaluarse por referencia al aporte financiero que se hiciera al Proyecto.

39. Ese aporte financiero ascendió a la suma de USD 18.237.592. Arribo a la conclusión de que el aporte de la Demandante fue significativo y sustancial, y sus responsabilidades no son menores que aquellas del gobierno. Por este motivo reduciría la cuantificación de la indemnización por daños a la mitad, a USD 9.118.796.
40. Esto tiene consecuencias en la distribución de las costas del presente arbitraje. Tal como he planteado en esta Opinión Disidente, considero que las acciones de la Demandante y la Demandada han contribuido al fracaso del Proyecto. Es por este motivo que no comparto el razonamiento de la Mayoría esgrimida en los párrafos 730-736 del Laudo. En cambio, creo que las costas del presente procedimiento deberían dividirse en partes iguales entre las Partes.
41. El único comentario adicional que deseo hacer se refiere al derecho legítimo de una Parte del TLC Canadá-Perú “*a regular y ejercer su poder de policía en interés del bienestar social*”⁶⁵ [Traducción], un comentario que hiciera Canadá en su presentación⁶⁶. La Mayoría se ha pronunciado en el párrafo 473 que el Artículo 2201.1 del TLC, que prevé una lista de excepciones que se encuentran dentro del ejercicio legítimo del Estado de su poder de policía, es exhaustivo. No disiento con este análisis, pero deseo dejar en claro que mi respaldo a esta conclusión es sin perjuicio de la aplicación del Artículo 25 de los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado, que trata el estado de Necesidad. Como lo dejaron en claro los Comités de Anulación en *CMS* y *Sempra*, la operación de una *lex specialis* en un TBI no tiene el efecto (salvo disposición expresa en contrario en el TBI) de precluir la operación del Artículo 25, que sigue funcionando como una “*norma secundaria de derecho internacional*” que opera

⁶⁵ Caso CIADI No. ARB/03/17, *Suez InterAgua c. La República Argentina*, Decisión sobre Responsabilidad (30 de julio de 2010), párr. 128.

⁶⁶ Presentación de Canadá de conformidad con el Artículo 832 del Tratado de Libre Comercio Canadá-Perú (9 de junio de 2016), párr. 5.

aun cuando no se dispone de una excepción en virtud de la *lex specialis*⁶⁷. En el presente caso, no se cumplen las condiciones del Artículo 25 debido a que el acto en cuestión – la derogación del Decreto Supremo 083-2007 – no era “*el único modo para [Perú] de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente*”. Tal como se observara *supra*, y en el Laudo, había otras opciones disponibles, incluida la suspensión del Decreto 83-2007. Sin embargo, independientemente de los requisitos del TLC, la posibilidad de recurrir al Artículo 25, como regla que precluye la ilicitud, no se ve excluida por el TLC.

Profesor Philippe Sands QC, Árbitro

12 de septiembre de 2017

⁶⁷ Caso CIADI No. ARB/01/8, *CMS Gas Transmission Company c. La República Argentina*, Decisión sobre Anulación (25 de septiembre de 2007), párrs. 133-134; Caso CIADI No. ARB/02/16, *Sempra Energy International c. La República Argentina*, Decisión sobre Anulación (29 de junio de 2010), párrs. 203- 204 y 208-209.



[firmado]

Profesor Philippe Sands QC, Árbitro

12 Septiembre 2017