

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

Quiborax S.A.
y
Non-Metallic Minerals S.A.

Demandantes

c.

Estado Plurinacional de Bolivia

Demandada

Caso CIADI N.º ARB/06/2

LAUDO

Emitido por un Tribunal de Arbitraje integrado por:

Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler, Presidente
Hon. Marc Lalonde, P.C., O.C., Q.C., Árbitro
Prof. Brigitte Stern, Árbitro

Secretaria del Tribunal
Natalí Sequeira

Asistente del Tribunal
Leonor Díaz-Córdova

Fecha de envío a las Partes: 16 de septiembre de 2015

TABLA DE CONTENIDO

I. INTRODUCCIÓN.....	8
A. LAS PARTES	8
1. Las Demandantes.....	8
2. La Demandada.....	8
II. LOS HECHOS.....	10
III. ANTECEDENTES PROCESALES	20
A. ETAPA INICIAL	20
B. ETAPA JURISDICCIONAL	21
C. ETAPA DE FONDO	25
IV. RESUMEN DE LAS POSICIONES DE LAS PARTES.....	28
A. RESUMEN DE LA POSICIÓN DE LAS DEMANDANTES	29
B. RESUMEN DE LA POSICIÓN DE LA DEMANDADA	33
V. CUESTIONES PRELIMINARES.....	35
A. LA TAREA DEL TRIBUNAL.....	35
B. DERECHO APLICABLE AL FONDO	36
C. DECLARACIÓN TESTIMONIAL DEL SR. OSVALDO ASTUDILLO	37
VI. LOS RECLAMOS POR VIOLACIONES AL TBI.....	38
A. EL RECLAMO DE EXPROPIACIÓN	38
1. Resumen de las posiciones de las Partes.....	38
2. El argumento de la Demandada de que las inversiones de las Demandantes eran ilegales	40
a. La posición de la Demandada	40
b. La posición de las Demandantes.....	44
c. Análisis	48
i. El argumento de Bolivia de que las inversiones de las Demandantes no se encuentran protegidas por el TBI.....	49
ii. El argumento de Bolivia de que las concesiones de las Demandantes eran nulas <i>ab initio</i> y por lo tanto, no son susceptibles de expropiación.....	52
3. El argumento de la Demandada según el cual los reclamos de las Demandantes son prematuros	59
a. La posición de la Demandada	59
b. La posición de las Demandantes.....	60
c. Análisis	61
4. ¿Hubo una expropiación ilícita de las inversiones de las Demandantes?	62
a. La posición de las Demandantes.....	62
i. El Decreto N.º 27.589 expropió las inversiones de las Demandantes.....	62
ii. La expropiación fue ilícita.....	65
(a) El Decreto de Revocatoria no se emitió de conformidad con la ley ni en defensa del interés público	65
(b) El Decreto de Revocatoria discriminó a las Demandantes.....	69

(c) El Decreto de Revocatoria no ofreció compensación.....	70
b. La posición de la Demandada	71
i. Las medidas adoptadas por Bolivia no constituyeron una expropiación	71
ii. Los requisitos para la existencia de una expropiación ilícita no se cumplen.....	74
c. Análisis	75
i. ¿Hubo una expropiación indirecta de las inversiones de las Demandantes?	76
(a) ¿La privación encuentra justificación conforme a la doctrina de los poderes de policía?	77
(b) ¿El Decreto de Revocatoria privó a NMM de sus inversiones?	86
(c) ¿La privación fue permanente?.....	87
ii. ¿Hubo una expropiación indirecta de la inversión de Quiborax?	88
iii. ¿La expropiación fue ilícita en virtud del TBI?.....	90
(a) ¿La medida expropiatoria fue por causa de utilidad pública o interés nacional? ¿Se adoptó de conformidad con la ley?.....	91
(b) ¿La medida expropiatoria fue discriminatoria?.....	91
iv. ¿La medida expropiatoria no tuvo una compensación?	95
v. Conclusión	95
B. TRATO JUSTO Y EQUITATIVO; OBSTACULIZACIÓN DE LA INVERSIÓN	95
1. La posición de las Demandantes.....	95
a. El alcance del estándar de TJE	95
b. La Demandada no cumplió con las expectativas razonables y legítimas de las Demandantes ...	98
c. La revocación y la declaración de nulidad <i>ex post</i> de las concesiones mineras fueron medidas injustificadas y arbitrarias	99
d. La revocación y la declaración de nulidad <i>ex post</i> de las concesiones mineras también fueron discriminatorias.....	100
e. La Demandada no puede invocar su propia conducta ilícita en perjuicio de las Demandantes .	100
f. Actos de hostigamiento posteriores a la expropiación.....	101
2. La posición de la Demandada	102
a. Bolivia no trató de manera injusta e inequitativa a las inversiones de las Demandantes al revocar y declarar la nulidad de las concesiones mineras	103
b. Bolivia no ha obstaculizado la inversión de las Demandantes con medidas injustificadas, arbitrarias o discriminatorias al revocar y declarar la nulidad de las concesiones mineras	104
c. Bolivia no violó sus obligaciones en virtud del TBI mediante actos ulteriores	105
3. Análisis	106
a. Revocación de las concesiones	107
b. Anulación de las concesiones	108
c. Actos de hostigamiento posteriores a la expropiación.....	111
VII. REPARACIÓN	111
A. COMPENSACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS PECUNIARIOS	111
1. Resumen de las posiciones de las Partes	111
2. Estándar de compensación	113
a. La posición de las Demandantes.....	113
b. La posición de la Demandada	114
c. Análisis	116
3. Método de valuación.....	119

a.	La posición de las Demandantes.....	119
b.	La posición de la Demandada	121
c.	Análisis	123
4.	Valuación de reservas y recursos de ulexita	125
a.	La posición de las Demandantes.....	125
b.	La posición de la Demandada	129
i.	Valuación conforme al método de los costos hundidos	129
ii.	Valuación conforme al método FFD.....	129
c.	Análisis	131
i.	Fecha de valuación	131
ii.	Efectos del Decreto N.º 27590	141
iii.	Flujos de fondos: reservas y recursos.....	142
(a)	Estándares de minería y financieros	142
(b)	El informe Aquater-Enichem	145
(c)	Estimación de reservas y recursos de Behre Dolbear.....	147
(d)	Evaluación de las reservas y recursos por parte del Tribunal	150
iv.	Flujos de fondos: perfil de producción y duración de las concesiones.....	153
(a)	Perfil de producción.....	153
(b)	Duración de las concesiones	162
v.	Flujos de fondos: productos, precios y costos de la ulexita.....	162
(a)	Productos a vender	163
(b)	Estimaciones de precios	164
(c)	Costos	166
vi.	Flujos de fondos: otras variables.....	168
vii.	Tasa de descuento.....	170
(a)	Tasa de retorno libre de riesgo.....	171
(b)	Prima de riesgo de mercado	173
(c)	Prima de riesgo país	174
(d)	Prima de tamaño de Micro-caps.....	176
(e)	Costo de la deuda	177
(f)	Conclusiones respecto de la tasa de descuento	179
viii.	Cuantificación.....	179
5.	El reclamo por la pérdida de recursos de litio.....	180
a.	La posición de las Demandantes.....	180
b.	La posición de la Demandada	181
c.	Análisis	181
6.	Intereses	182
a.	La posición de las Demandantes.....	182
b.	La posición de la Demandada	183
c.	Análisis	183
B.	SENTENCIA DECLARATIVA Y DAÑOS MORALES	187
1.	Resumen.....	187
2.	Solicitud de una sentencia declarativa	188
a.	La posición de las Demandantes.....	189
b.	La posición de la Demandada	191
c.	Análisis	192

i. Excepciones a la jurisdicción	192
ii. Excepciones a la admisibilidad	193
iii. ¿Goza el Tribunal de la facultad de otorgar el resarcimiento solicitado?	194
iv. ¿La conducta de la Demandada ha redundado en el incumplimiento de sus obligaciones internacionales?	201
(a) ¿La conducta de la Demandada ha redundado en el incumplimiento de sus obligaciones sustantivas en virtud del TBI?	202
(b) ¿La Demandada ha incumplido sus obligaciones en virtud del Convenio CIADI?	205
(1) ¿La Demandada violó el Artículo 47 del Convenio CIADI?	206
(2) ¿La Demandada violó el Artículo 61 del Convenio CIADI y el Artículo 14 del Reglamento Administrativo y Financiero?	209
(c) ¿La Demandada incumplió su deber de arbitrar de buena fe?	210
3. Indemnización por daño moral.....	216
a. Excepciones a la jurisdicción.....	216
b. Fondo	217
i. La posición de las Demandantes	217
ii. La posición de la Demandada.....	219
iii. Análisis.....	221
VIII. COSTAS.....	224
IX. DECISIÓN	225

TABLA DE ABREVIATURAS

An. CD-	Anexos de las Demandantes
An. CL-	Anexos legales de las Demandantes
An. CPM-	Anexos de las Demandantes – Medidas Provisionales
An. R-	Anexos de la Demandada
An. RL-	Anexos legales de la Demandada
Artículos de la CDI	Comisión de Derecho Internacional, <i>Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos con Comentarios</i> , noviembre de 2001, Suplemento No. 10 (A/56/10), Capítulo IV.E.1.
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
CSD	Contestación de la Demandada a la Solicitud de Sentencia Declarativa de las Demandantes de fecha 10 de junio de 2011
DAAD	Diapositivas del Alegato de Apertura de la Demandada para la audiencia sobre el fondo de 28-30 de octubre de 2013
DAAQ	Diapositivas del Alegato de Apertura de las Demandantes para la audiencia sobre el fondo de 28-30 de octubre de 2013
DACD	Diapositivas del Alegato de Cierre de la Demandada para la audiencia sobre el fondo de 28-30 de octubre de 2013
DACQ	Diapositivas del Alegato de Cierre de las Demandantes para la audiencia sobre el fondo de 28-30 de octubre de 2013
Demandada	Estado Plurinacional de Bolivia ("Bolivia")
Demandantes	Quiborax S.A. ("Quiborax") y Non-Metallic Minerals S.A. ("NMM")
Dúplica	Memorial de Dúplica sobre el Fondo de la Demandada del fecha 11 de octubre de 2013
Mem.	Memorial de las Demandantes de fecha 14 de septiembre de 2009
Mem. Contestación	Memorial de Contestación de la Demandada de fecha 10 de mayo de 2013
NMM	Non-Metallic Minerals S.A.
Quiborax	Quiborax S.A.
Réplica	Memorial de Réplica sobre el Fondo de las Demandantes de fecha 13 de agosto de 2013

Río Grande o RIGSSA	Compañía Minera Río Grande Sur S.A.
RP	Resolución Procesal
SSD	Solicitud de Sentencia Declarativa de las Demandantes de fecha 27 de mayo de 2011
TBI o Tratado	Tratado Bilateral de Inversión; específicamente, el “Acuerdo entre la República de Bolivia y la República de Chile para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones”, suscrito el día 22 de septiembre de 1994 y en vigor desde el día 21 de julio de 1999
TM	Toneladas métricas
Tr. [página:línea]	Transcripción de la audiencia sobre el fondo de 28-30 de octubre de 2013
n.	Nota al pie
pág(s).	Página(s)
¶	Párrafo
§	Sección

I. INTRODUCCIÓN

A. Las Partes

1. Las Demandantes

1. Las Demandantes son Quiborax S.A. ("Quiborax"), una compañía minera chilena, y Non-Metallic Minerals S.A. ("NMM"), una compañía minera boliviana (conjuntamente, las "Demandantes").
2. Quiborax, sociedad creada en virtud de las leyes de Chile, es una compañía minera que se dedica, en particular, a la extracción de ulexita, un mineral no metálico, y a la fabricación de productos derivados de este mineral, incluido el ácido bórico. Opera en el norte de Chile, cerca del límite con Bolivia, y pertenece, en su mayor parte, a la familia Fosk. NMM, una sociedad creada en virtud de las leyes de Bolivia, es una compañía minera que opera en el Delta del Río Grande en Bolivia. Quiborax es titular del 50,995 % de NMM.
3. Las Demandantes están representadas en este procedimiento arbitral por el Sr. Andrés Jana, la Sra. Johanna Klein Kranenberg y el Sr. Rodrigo Gil de Bofill Mir & Álvarez Jana, cuyos datos de contacto son los siguientes:

Sr. Andrés Jana Linerzky
Sra. Johanna Klein Kranenberg
Sr. Rodrigo Gil

Bofill Mir & Álvarez Jana
Av. Andrés Bello 2711, Piso 8
Torre Costanera – Las Condes
7550611 Santiago
Chile

Dirección de correo electrónico: QUIBORAX-CIADI@bmaj.cl

2. La Demandada

4. La Demandada es el Estado Plurinacional de Bolivia ("Bolivia" o la "Demandada").
5. Mediante carta de fecha 3 de abril 2007, la Demandada designó al Sr. Paul S. Reichler y la firma de abogados Foley Hoag LLP como asesores externos en el presente procedimiento. Por carta de 5 de enero de 2010, Foley Hoag LLP anunció que a partir de esa fecha, ya no actuarían como asesores de la Demandada. Mediante carta de fecha 18 de marzo de 2010, la Demandada informó al Tribunal

que nombraba al Prof. Pierre Mayer, al Dr. Eduardo Silva Romero y al Sr. José Manuel García Represa del bufete de abogados Dechert (París) LLP, como asesores externos en este caso. El 7 de diciembre de 2012, la Demandada actualizó la información de contacto de los funcionarios del gobierno que actuaban en este caso y confirmó que Dechert (París) continuaba actuando como asesor externo. El 29 de marzo de 2013, Dechert actualizó la información de contacto de los funcionarios del gobierno y la de los asesores de Dechert (en París y Washington DC) que representaban a la Demandada. El 12 de septiembre de 2013, Dechert informó al Tribunal que, en vista de que su contrato había expirado el 30 de junio de 2013, ya no actuarían como asesores de la Demandada. Dechert adjuntó una carta de la misma fecha del entonces Procurador General, Sr. Hugo Raúl Montero Lara, autorizando la comunicación de Dechert. Mediante carta del 30 de septiembre de 2013, la Demandada informó al Tribunal que nombraba al Sr. Diego Brian Gosis de la firma de abogados Gomm & Smith, PA (Miami) como su asesor externo. Por correo electrónico de 23 de octubre de 2013, el Centro informó a ambas partes que a solicitud de la Demandada, las direcciones de correo electrónico de los abogados externos de Bolivia habían sido actualizados. Hasta el 21 de marzo 2014, la Demandada estuvo representada en este arbitraje por el Sr. Hugo Raúl Montero Lara, Procurador General de Bolivia, la Sra. Elizabeth Arismendi, Subprocuradora de Defensa de Bolivia, el Sr. Edgar Pozo, Director General de Defensa Jurisdiccional y Arbitral de Inversiones, y el Sr. Leonardo Anaya (Procuraduría General); así como por el Sr. Diego Gosis de Gomm & Smith P.A.

6. El día 21 de marzo de 2014, Bolivia presentó una carta ante el CIADI mediante la cual informaba que el Sr. Héctor Arce y el Sr. Pablo Menacho habían sido nombrados Procurador General y Subprocurador de Defensa, respectivamente. Por medio de correos electrónicos de 3 y 4 de junio de 2014, la Demandada actualizó la información de contacto de los funcionarios del gobierno y de sus asesores externos. El 13 de marzo 2015 y el 30 de mayo 2015, los asesores de la Demandada actualizaron su información de contacto. El 8 de junio 2015, la Demandada envió un correo electrónico actualizando la información de contacto de los funcionarios del gobierno que actúan en este caso (con una subsecuente aclaración el 16 de junio de 2015). El 7 de septiembre de 2015, la Demandada informó que a partir de esa fecha todas las comunicaciones relativas a este procedimiento deben notificarse únicamente a las siguientes personas:

Dr. Héctor Arce Zaconeta, Procurador General del Estado Plurinacional de Bolivia
Dr. Pablo Menacho Diederich, Sub-Procurador de Defensa y Representación Legal del Estado
Dr. Franz Zubieta Mariscal, Director General de Defensa Arbitral y Jurisdiccional
Dra. Angélica Rocha Ponce, Directora General de Negociación y Conciliación

Procuraduría General del Estado
Calle Martín Cárdenas,
No. 109 entre Calles Noel Kenf y Calle 1
El Alto, La Paz
Bolivia

Direcciones de correo electrónico: harce@procuraduria.gob.bo
pmenacho@procuraduria.gob.bo
fzubieta@procuraduria.gob.bo
arocha@procuraduria.gob.bo

II. LOS HECHOS¹

7. El Salar de Uyuni (también denominado el "Gran Salar de Uyuni") es el salar más grande del mundo. Está ubicado en la región boliviana de Potosí y se considera una reserva fiscal desde 1965 (Decreto Supremo, "D.S." o "Decreto" 7.150)². Según el Código de Minería promulgado en el mismo año, las operaciones mineras en un área de reserva fiscal sólo podían ser autorizadas mediante una disposición legal especial³.
8. En el año 1985, la Ley N.º 719 creó el Complejo Industrial de los Recursos Evaporíticos del Salar de Uyuni ("CIRESU")⁴, la única entidad autorizada para administrar las operaciones de los recursos minerales de la cuenca del Salar de Uyuni. El día 3 de abril de 1992, el CIRESU celebró un contrato de arrendamiento de concesión minera con la Sociedad Colectiva Minera Río Grande ("SOCOMIRG"). En el año 1997, se suscribió una adenda⁵.
9. En el año 1993, las compañías italianas Aquater S.p.a. y EniChem S.p.a., contratadas por el gobierno boliviano y patrocinadas por Italia, llevaron a cabo un

¹ Véase también Decisión sobre Jurisdicción de fecha 27 de septiembre de 2012 ("Decisión sobre Jurisdicción"), ¶¶ 6-18.

² An. R-232. En el año 1986, el Decreto N.º 21.260 también declaró la cuenca del Salar de Uyuni una reserva fiscal y estableció 13 coordenadas para su delimitación (An. R-235).

³ Artículo 20 (An. R-233).

⁴ An. R-234.

⁵ Mencionado en el Decreto N.º 27.548 (An. CD-41).

estudio de las reservas minerales de una parte de la reserva fiscal del Salar de Uyuni⁶. Los resultados de este estudio se presentaron ante el Ministerio de Minería en el mes de mayo de 1993 en un informe titulado *Informe Final de Explotación de Minerales Metálicos y no Metálicos en el Sudoeste de Bolivia*⁷.

10. En el año 1998, Bolivia promulgó la Ley N.º 1.854 (también conocida como “Ley Valda”), que redujo el área de reserva fiscal del Salar de Uyuni. Su único artículo reza lo siguiente:

Se declara la reserva fiscal del Gran Salar de Uyuni, comprendida en el perímetro que corresponde a la costra salina⁸.

11. El Servicio Nacional de Geología y Minería ("SERGEOMIN") determinó el perímetro correspondiente a la costra salina en virtud de un sistema de coordenadas en el año 2002⁹.
12. Como consecuencia de la Ley Valda, se solicitaron 43 concesiones mineras nuevas en el período comprendido entre los años 1998 y 2004 en un área que anteriormente había sido una reserva fiscal. Siete de estas concesiones¹⁰ se otorgaron a la sociedad boliviana Compañía Minera Río Grande Sur S.A. ("RIGSSA"), que pertenecía a los Sres. David Moscoso y Álvaro Ugalde, empresarios bolivianos (y exfuncionarios del Ministerio de Minería).
13. La adjudicación de estas concesiones incomodó a las comunidades locales, y, en los años 2001 y 2003, los diputados de Potosí presentaron proyectos de ley ante al Congreso a fin de derogar la Ley Valda y revertir las concesiones mineras al Estado boliviano¹¹.
14. En el año 1999, los Sres. David Moscoso y Álvaro Ugalde se pusieron en contacto con el Sr. Carlos Shuffer de Quiborax en aras de informarle acerca de un proyecto comercial que involucraba concesiones mineras en la zona de Río Grande¹². Como

⁶ La muestra tenía una superficie de 21,6 km.

⁷ An. R-236. Este informe se analizará en detalle en la Sección VII *infra*, al momento de abordar el reclamo de reparación de las Demandantes y, en particular, las estimaciones de reservas probadas y probables de las concesiones.

⁸ An. CD-7.

⁹ Decreto N.º 26.574 (An. R-239).

¹⁰ Doña Juanita, Borateras de Cuevitas, Tete, Basilea, Inglaterra, Don David y Sur.

¹¹ An. CD-28 y An. CD-38.

¹² DT Shuffer, ¶¶ 16, 18; DT Fosk, ¶ 31.

consecuencia de las negociaciones entre Quiborax y RIGSSA, el día 12 de enero de 2001, ambas compañías celebraron un Contrato de Suministro Exclusivo con un plazo de quince (15) años¹³. Este contrato le brindaba a Quiborax la opción preferente de compra de las concesiones en el supuesto de que RIGSSA decidiera venderlas.

15. El día 12 de marzo de 2001, el Sr. Álvaro Ugalde, su hermano Gonzalo Ugalde y Quiborax suscribieron un contrato de compraventa de acciones respecto de sus acciones en RIGSSA¹⁴. Sin embargo, las acciones nunca se transfirieron, y, en su lugar, Quiborax decidió crear una nueva sociedad boliviana (Non-Metallic Minerals S.A., "NMM") que funcionaría como un vehículo de inversión.
16. En el mes de junio de 2001, Quiborax se comunicó con el Sr. Fernando Rojas, socio del estudio jurídico C., R. & F. Rojas Abogados, quien, al poco tiempo, sería contratado como representante legal de Quiborax en Bolivia. Un mes después, el Sr. Fernando Rojas y dos de sus empleadas, la Sra. Dolly Paredes y la Sra. Gilka Salas¹⁵ constituyeron NMM.
17. El día 3 de agosto de 2001, RIGSSA aportó siete concesiones mineras a NMM, lo que redundó en un aumento de capital equivalente a 26.680 acciones¹⁶. Así, RIGSSA se convirtió en la accionista mayoritaria de NMM.
18. Más tarde ese mes, RIGSSA transfirió todas las acciones que había adquirido recientemente en NMM a Quiborax, 13.103 de las cuales fueron, a su vez, transferidas por Quiborax al Sr. David Moscoso el día 4 de septiembre de 2001. Ese mismo día, Quiborax transfirió al Sr. David Moscoso otras 267 acciones, que fueron vendidas inmediatamente a Quiborax por USD 9.985. El día 10 de septiembre de 2001, el Sr. Fernando Rojas y la Sra. Dolly Paredes transfirieron sus acciones en NMM (58 y 1, respectivamente) a Quiborax, mientras que la Sra. Gilka Salas transfirió su única acción al Sr. Allan Fosk. Por consiguiente, la composición accionaria definitiva de NMM quedó establecida¹⁷. Tres días después, se eligió al Directorio de NMM, el Sr. David Moscoso como Presidente, el Sr. Allan Fosk como

¹³ An. CD-16.

¹⁴ An. CD-17.

¹⁵ An. CD-23.

¹⁶ An. CD-25.

¹⁷ An. CD-24.

Vicepresidente y el Sr. Isaac Frenkel como Secretario¹⁸. Por lo tanto, la estructura societaria del vehículo de inversión de Quiborax en Bolivia quedó concluida, a más tardar, el día 13 de septiembre de 2001 y no cambió hasta los sucesos que dieron lugar a la presente controversia.¹⁹ Los accionistas de NMM son Quiborax (50,995 %), el Sr. David Moscoso (49 %) y el Sr. Allan Fosk (0,005 %).

19. NMM obtuvo cuatro concesiones mineras adicionales, dos el día 18 de abril de 2002²⁰ y otras dos el día 20 de julio de 2003²¹, lo que derivó en que fuera titular de un total de once²².
20. El día 9 de diciembre de 2003, el Presidente Mesa emitió la Ley N.º 2.564, que derogaba la Ley Valda y el Decreto N.º 26.574 (mediante el cual se había determinado el perímetro establecido en la Ley Valda), y redefinía el perímetro de la reserva fiscal del Salar de Uyuni.²³
21. Asimismo, el Artículo 3 de la Ley N.º 2.564 autorizaba al Poder Ejecutivo a anular las concesiones mineras otorgadas conforme a la Ley Valda de la siguiente manera:

Facultase al Poder Ejecutivo, luego de la evaluación de auditorias, técnica, jurídico legal, económico financiera, regalitario – tributaria, legislación sociolaboral y preservación ecológica y medioambiental, a declarar la nulidad de los derechos concesionarios mineros que, sean pasibles a sanciones establecidas por las Leyes y disposiciones vigentes, en un plazo perentorio de 60 días a computar a partir de la promulgación de la presente Ley, con la consiguiente recuperación de tales concesiones y recursos no metálicos a propiedad originaria del Estado²⁴.

22. Las Partes discrepan acerca del contexto político en el que se produjeron estos acontecimientos. Según las Demandantes, "la Ley N.º 2.564 se adoptó en medio de intensos acontecimientos políticos y sociales que afectaron a Bolivia durante los años 2003 y 2004. La inestabilidad política del país había derivado de las políticas energéticas públicas del Gobierno y, en particular, de la posibilidad de exportar gas de Bolivia por medio de gasoductos chilenos" [Traducción del Tribunal]²⁵. Las

¹⁸ An. CD-26.

¹⁹ El Tribunal llegó a esta conclusión durante la etapa jurisdiccional. Véase Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 192.

²⁰ Pococho y La Negra (An. CD-32 y An. CD-31).

²¹ Cancha I y Cancha II (An. CD-36 y An. CD-37).

²² An. R-244 a An. R-254.

²³ An. CD-39.

²⁴ An. CD-39.

²⁵ Réplica, ¶ 123.

Demandantes afirman que los debates en torno a la construcción de un gasoducto destinado a transportar gas de Bolivia a través del territorio chileno hacia un puerto de Chile eran un tema muy controvertido: "la posibilidad de que Chile aprovechara las reservas de gas de Bolivia dio lugar a protestas acaloradas" [Traducción del Tribunal] bajo el lema "gas por mar", que hacía referencia a la disputa histórica entre los dos países desde la situación de bloqueo terrestre de Bolivia con posterioridad a la Guerra del Pacífico suscitada a finales del siglo diecinueve²⁶. Como consecuencia de las fuertes protestas, el día 18 de octubre de 2003, el Presidente de Bolivia Sánchez de Losada se vio obligado a renunciar y abandonar el país. El Vicepresidente Carlos Mesa asumió el poder y sometió la construcción del gasoducto a una consulta popular en el mes de julio de 2004²⁷.

23. La Demandada se opone a la versión de los hechos presentada por las Demandantes, alegando que está plagada de errores cronológicos. Según Bolivia, tanto las protestas derivadas del movimiento "gas por mar" como el referéndum tuvieron lugar en el mes de julio de 2004, luego de transcurrido mucho tiempo después de la derogación de la Ley Valda, que había dado lugar a protestas desde fines de la década del noventa²⁸.
24. Luego de la promulgación de la Ley N.º 2.564, el Decreto N.º 27.326 precisó las modalidades de las auditorías mencionadas en dicha ley y ordenó que los ministerios nacionales pertinentes y el Departamento de Potosí realizaran las auditorías²⁹.
25. A partir del mes de febrero de 2004, se realizaron varias auditorías de diversas concesiones mineras en el Salar de Uyuni, incluidas las siguientes:
 - a. En el mes de febrero de 2004, SERGEOMIN y la Corporación Minera de Bolivia ("COMIBOL") presentaron su auditoría técnica respecto de varias de las concesiones del Delta del Río Grande, que pertenecían a las compañías Copla y NMM, al igual que a la cooperativa minera Socomin. Entre sus conclusiones, se encontraban las siguientes:

No cuentan con un estudio Geológico minero y por lo tanto una cuantificación de reservas que permita planificar un método de explotación de grandes volúmenes.

²⁶ Réplica, ¶ 124.

²⁷ Réplica, ¶¶ 124-125.

²⁸ Mem. Contestación, ¶ 47, nota al pie 46.

²⁹ An. CD-40.

No existe una administración racional y sistemática desde el punto de vista técnico económico y Social por parte de las empresas operadoras.

El método de explotación aplicado continúa siendo hasta ahora realizando [sic] de forma manual con una leve tendencia a una semimecanización.

Las Empresas mineras y cooperativistas que se encuentran en plena etapa de explotación de la Ulexita como: Copla S.A., Non Metallic Minerals S.A. y la Cooperativa Minera "Socomin" deben efectuar un trabajo racional y sistemático en todas sus labores de explotación³⁰.

- b. En el mes de marzo de 2004, la Dirección Ambiental del Ministerio de Desarrollo Sostenible concluyó su auditoría ambiental después de una inspección *in situ* de las compañías NMM, Copla, Tecno Química y Socomin. Si bien el documento presentado por la Demandada parece estar incompleto, las conclusiones se encuentran disponibles y establecen lo siguiente:

Que las empresas de referencia al momento de la inspección se hallan operando en el Cantón Río Grande Provincia Nor Lipez del Departamento de Potosí, sin contar con la documentación ambiental aprobados conforme estipula la Ley No. 1333 de Medio Ambiente y sus Reglamentos.

Las operaciones de [NMM y otras compañías], al momento de la inspección se hallan operando no obstante la Resolución Prefectural del Departamento de Potosí que determina la suspensión de las Operaciones³¹.

- c. En el mes de abril de 2004, la Prefectura del Departamento de Potosí completó su auditoría legal respecto de las concesiones otorgadas con arreglo a la Ley Valda. Una vez más, el documento presentado por la Demandada parece incompleto, pero las últimas páginas establecen lo siguiente:

En el caso que nos ocupa Moscoso Ruiz o la Compañía Minera Río Grande Sur S.A., no ha cumplido con su obligación minera de pagar las patentes, dentro del plazo del art. 133 y el adicional del art. 134 del Código de Minería, perdiendo su "prioridad minera", es decir, que por mandato imperativo de los precitados artículos, el peticionario tenía plazo para cancelar las patentes mineras y consolidar su concesión a los 45 días computables a partir del 15 de noviembre de 1999 y con vencimiento al 30 de diciembre del mismo año, sin que en dicho plazo haya cumplido su obligación minera de pagar las respectivas patentes sobreviniendo la pérdida de su prioridad y el rechazo de su petición [...].

RECOMENDACIÓN.- Solicitar al mismo Superintendente pronuncie resolución expresa declarando la caducidad por la falta de pago de patentes, con la consiguiente pérdida de prioridad y la consiguiente reversión a dominio originario del Estado o alternativamente solicitar remita el expediente ante el Superintendente de Minas de Potosí, por la pérdida de competencia.

³⁰ An. R-261.

³¹ An. R-267.

[...] [S]e dispone el archivo de obrados, con anulación de cargo de presentación y pérdida de prioridad de la petición minera: [entre otras, 7 de las concesiones de NMM: Doña Juanita, La Negra, Don David, Cancha I, Cancha II, Tete y Pococho].

[...]

RESUELVE:

PRIMERO.- Se dispone el archivo de obrados, con anulación del cargo de presentación y pérdida de prioridad de la petición minera. Por incumplimiento a lo establecido en el Art. 134 de la ley 1777 en aplicación a la Resolución Administrativa N° 18/03 [...].

SEGUNDO.- A fin de que no se continúe manoseado la normativa minera viciando de nulidad el proceso administrativo minero, es que el Superintendente Regional de Minas de Tapiza Tarija, habiendo perdió competencia, remita obrados al suplemente legal en cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 118 del Código de Minería, es decir, al Superintendente más próximo³².

26. El día 9 de junio de 2004, el Ministerio de Desarrollo Sostenible otorgó la licencia ambiental de NMM para la concesión "Borateras de Cuevitas"³³. El otorgamiento de esta licencia ambiental dio lugar a fuertes protestas de organizaciones cívicas (en particular, el Comité Cívico Potosinista, "Comcipo") en Potosí y La Paz, como lo reflejan varios artículos periodísticos³⁴. Esta "guerra a muerte"³⁵ incluyó huelgas de hambre y piquetes en rutas y ferrocarriles entre Uyuni y la ciudad de Oruro. Como consecuencia de esta reacción popular, el mismo Ministerio, primero, suspendió todas las actividades en "Borateras de Cuevitas" el día 17 de junio de 2004³⁶ y, posteriormente, revocó la licencia de NMM el día 22 de junio del mismo año³⁷.
27. El día 23 de junio de 2004, el Presidente de Bolivia emitió el Decreto N.º 27.589 (el "Decreto de Revocatoria"), mediante el cual se revocaron las concesiones mineras de las Demandantes en los siguientes términos:

CONSIDERANDO:

Que la Empresa Minera Non Metallic Minerale S.A., que explota las concesiones mineras materia del presente Decreto Supremo, se negó sistemáticamente a proporcionar información tanto al Servicio de Impuestos

³² An. R-240.

³³ An. CD-42.

³⁴ An. CD-43, An. CD-45, An. CD-46, An. CD-47, An. CD-48, An. CD-49, An. CD-52, An. CD-54, An. CD-55 y An. CD-57.

³⁵ An. CD-43.

³⁶ An. CD-44

³⁷ An. CD-173.

Nacionales como a la Aduana Nacional, impidiendo de esta manera las auditorias dispuestas por la Ley N° 2.564 de 9 de diciembre de 2003.

Que se ha evidenciado que las exportaciones de minerales de ulexita declaradas por la Empresa Minera Non Metallic Minerales S.A. no coinciden con los volúmenes de carga transportados por la Empresa Nacional de Ferrocarriles – ENFE, como lo demuestra la auditoría técnica realizada por SERGEOMIN y COMIBOL de febrero de 2004 y el informe Preliminar de Impuestos Internos.

Que estos hechos evidencian daño económico al Estado, contraviniendo, además, las normas del Código Tributario en actual vigencia, en cumplimiento a lo dispuesto en la Ley de Reserva Fiscal del Gran Salar de Uyuni.

EL CONSEJO DE GABINETE

DECRETA:

ARTÍCULO ÚNICO.- I. Se dispone la revocatoria de la resolución constitutiva y pérdida de las concesiones mineras Cancha I, Doña Juanita, Tete, Borateras de Cuevitas, Basilea, Inglaterra, Don David, Sur, Pococho, La Negra, Cancha II, ubicadas en el Delta del Río Grande del Gran Salar de Uyuni, Provincia Nor Lipez del Departamento de Potosí.

II. Se otorga a la Empresa Minera Non Metallic Minerales S.A., que explota las concesiones detalladas en el Parágrafo anterior, el plazo de treinta días para la entrega física de las mismas a la Prefectura del Departamento de Potosí, sin perjuicio de las acciones penales y civiles que correspondan seguirse.

III. Se abrogan y derogan todas las disposiciones contrarias al presente Decreto Supremo³⁸.

28. Ese mismo día, el Presidente de Bolivia emitió el Decreto N.º 27.590 (el “Decreto de Prohibición de Exportación”), que prohibía la exportación de minerales no metálicos, tales como el boro no procesado y la ulexita no procesada o parcialmente procesada³⁹. Entró en vigor noventa (90) días después de su promulgación (Artículo 7) y fue revocado en el mes de octubre de 2004 a través del Decreto N.º 27.799⁴⁰.
29. El día 22 de julio de 2004, las Demandantes solicitaron el inicio de consultas amistosas en virtud del Artículo X del TBI⁴¹.
30. El día 23 de julio de 2004, en cumplimiento del plazo de treinta (30) días fijado en el Decreto de Revocatoria, NMM le entregó sus once concesiones mineras al Prefecto

³⁸ An. CD-50.

³⁹ Artículos 1 y 2, An. CD-51.

⁴⁰ An. CD-195.

⁴¹ An. CD-58.

del Departamento de Potosí. La carta que acompañó la entrega establecía lo siguiente:

[...] [P]or medio de la presente venimos formalmente a hacer entrega física de nuestras concesiones [...] sin perjuicio de la entrega física [...] en ellas se encuentran acopiadas [varios miles de toneladas de distintos tipos de ulexita] todas de propiedad de [NMM] que se han extraído con anterioridad, las que se procederán a retirar próximamente junto con otros bienes de nuestra propiedad que allí se encuentran⁴².

31. El día 26 de septiembre de 2004, un miembro del Parlamento Nacional de Bolivia presentó una solicitud de anulación respecto de cada una de las once concesiones mineras ante la Superintendencia de Minas⁴³. Bolivia anuló y revocó las concesiones mediante declaraciones de nulidad el día 28 de octubre de 2004, de conformidad con los Artículos 126 y 128 del Código de Minería, sobre la base del fundamento de que había habido errores en las solicitudes de concesiones.

El suscrito Superintendente Regional de Minas de Potosí-Chuquisaca [...] **ANULA** la concesión minera denominada "**BASILEA**", por incumplimiento de los Arts. 126 y 128 del Cód. de Minería por impersonería en el mandante y mandatario⁴⁴.

32. RIGSSA interpuso una apelación respecto de siete de las concesiones, que fue rechazada por haberse presentado fuera del plazo permitido⁴⁵.
33. En el mes de diciembre de 2004, el Ministro de Relaciones Exteriores y Culto de Bolivia recibió un memorándum de equipos técnicos de su Ministerio y del Ministerio de Desarrollo Económico, del Ministerio de Minería y del Servicio Nacional Técnico de Minas, Informe 025/2004, que abordaba el caso de NMM con arreglo al TBI ("Memo Interministerial de 2004"). El Memo Interministerial de 2004 es un documento interno que se incluyó en el expediente penal preparado por la Superintendencia de Empresas en el mes de diciembre de 2008. Los escenarios previstos por el memorándum y sus conclusiones principales son los siguientes:

PRIMER ESCENARIO - El Gobierno boliviano puede intentar llegar a un arreglo amistoso y mutuamente satisfactorio con la empresa. Sin embargo, está claro que el único arreglo posible con la misma podría ser una indemnización o la reposición de sus concesiones. Para el Gobierno, dicha opción implicaría grandes costos políticos y la creación de nuevos conflictos sociales y regionales en el Departamento de Potosí.

⁴² An. CD-59.

⁴³ An. R-271.

⁴⁴ An. R-276. El Tribunal destaca que la redacción es idéntica en todas las declaraciones de nulidad.

⁴⁵ An. R-277.

SEGUNDO ESCENARIO - El Gobierno boliviano puede intentar la defensa de sus decisiones. Lamentablemente la revocación de las concesiones mineras no está prevista en el Código de Minería, por lo que dicha opción tiene una gran debilidad. Otra alternativa es tratar de demostrar vicios en la tramitación de las concesiones originales de la empresa Non Metallic Minerals S.A. con el propósito de demostrar que las mismas son nulas y siempre lo fueron. Por el momento esta es la mejor alternativa en la que se ha podido pensar.

[...]

[CONCLUSIONES]

Mediante el Decreto Supremo N° 27589, de 23 de junio de 2004, se dispuso la revocación de las concesiones mineras consignadas en favor de la empresa Non Metallic Mineral S.A. Dicho Decreto Supremo fue promulgado debido a la presión social y política ejercida por las autoridades de Potosí y, en particular, de la localidad de Uyuni. [Este Decreto Supremo] adolece de serios problemas jurídicos.

[...]

[NMM] ha presentado documentación que avala que [Quiborax], constituida conforme a leyes chilenas, tiene una participación directa superior a un 50% del [capital de NMM] y, por lo tanto, de conformidad al [TBI Bolivia-Chile], tiene un control efectivo de [NMM].

[...]

El Gobierno boliviano puede intentar llegar a un arreglo amistoso y mutuamente satisfactorio con la empresa. Sin embargo, dicha opción implicaría grandes costos políticos y la creación de nuevos conflictos en el Departamento de Potosí. Por otra parte, el Gobierno boliviano puede intentar defender su decisión de revocar las concesiones mineras o tratar de demostrar vicios en la tramitación de las concesiones originales de [NMM]⁴⁶.

34. El día 16 de diciembre de 2005, el Decreto N.º 27.589 (el Decreto de Revocatoria) fue derogado por el Decreto N.º 28.527, que reza lo siguiente:

[El Decreto de Revocatoria] adolece de deficiencias jurídicas insubsanables en virtud a que el Código de Minería en ninguna de sus disposiciones legales establece la revocatoria de concesiones mineras, existiendo más bien las figuras legales de la caducidad y nulidad de concesiones mineras previo proceso administrativo bajo competencia y jurisdicción de la Superintendencia de Minas⁴⁷.

35. En el mes de diciembre de 2008, Bolivia inició un proceso penal en contra de los Sres. Allan Fosk, David Moscoso y otros sobre la base de la alegación según la cual

⁴⁶ An. CD-68.

⁴⁷ An. CD-74.

estas personas habrían falsificado pruebas con el objeto de permitirle a las Demandantes establecer jurisdicción en el marco del presente arbitraje⁴⁸.

III. ANTECEDENTES PROCESALES

A. Etapa inicial

36. El día 4 de octubre de 2005, las Demandantes presentaron una Solicitud de Arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("CIADI") con arreglo al Artículo 36 del Convenio CIADI y al TBI Bolivia-Chile.
37. A pesar del inicio del procedimiento de arbitraje, las Partes continuaron celebrando negociaciones en aras de lograr un acuerdo, las que sin embargo fracasaron. Por lo tanto, fue recién el día 21 de noviembre de 2006 que las Demandantes designaron como árbitro al Hon. Marc Lalonde, nacional de Canadá. El día 6 de abril de 2007, la Demandada designó como árbitro a la Profesora Brigitte Stern, nacional de Francia. El día 18 de diciembre de 2007, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI designó a la Profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler, nacional de Suiza, como Presidente del Tribunal, con arreglo al Artículo 38 del Convenio CIADI. Los tres árbitros aceptaron sus designaciones. Además, el Centro designó a la Sra. Natalí Sequeira como Secretaria del Tribunal. Por consiguiente, el Tribunal de Arbitraje quedó constituido y comenzó el procedimiento a fines del mes de diciembre de 2007.
38. El día 20 de marzo de 2008, el Tribunal y las Partes celebraron la primera sesión procesal en París. Al comienzo de la primera sesión, las Partes le informaron al Tribunal que habían llegado a un acuerdo oral preliminar que esperaban poner por escrito dentro de los siguientes quince días. Sin embargo, las Partes y el Tribunal acordaron llevar a cabo la sesión tal y como se había previsto en caso que las partes no llegaran a un arreglo final. Así, las Partes y el Tribunal debatieron y convinieron una serie de cuestiones procesales. Posteriormente, se suspendió el procedimiento arbitral a la espera de la conclusión de un acuerdo entre las Partes.
39. Las Partes solicitaron múltiples prórrogas para concluir el acuerdo. Finalmente, el día 13 de enero de 2009, las Demandantes solicitaron que se reanudara el procedimiento arbitral por alegando que la conducta de la Demandada no era "coherente" con las negociaciones para la consecución de un arreglo oficioso. En

⁴⁸ An. CD-82. Se iniciaron procesos penales en contra de los Sres. Daniel Gottschalk, David Moscoso, Allan Fosk, Fernando Rojas, Gilka Salas, Dolly Paredes, Mónica Fernández, Yuri Espinoza, Ernesto Ossio y Tatiana Terán.

consecuencia, el día 17 de febrero de 2009, el Tribunal emitió el acta definitiva de la primera sesión, adjuntando un borrador del cronograma procesal que las Partes podrían comentar. El día 5 de marzo de 2009, el Tribunal emitió la Resolución Procesal N.º 1, que incluía el cronograma procesal definitivo. Este cronograma fue modificado en reiteradas ocasiones a solicitud de ambas Partes.

B. Etapa jurisdiccional

40. El día 14 de septiembre de 2009, las Demandantes presentaron su Memorial, conjuntamente con los dictámenes periciales de Behre Dolbear & Company (USA), Inc. y Navigant Consulting, Inc., así como las declaraciones testimoniales de los Sres. Allan Fosk, Carlos Shuffer, Ricardo Ramos y Osvaldo Astudillo. En la misma fecha, las Demandantes presentaron asimismo una solicitud de medidas provisionales, solicitando que la Demandada se abstuviera de involucrarse en conductas que pudieran agravar la controversia y solicitando que se discontinuara el proceso penal en Bolivia contra los Sres. Allan Fosk, David Moscoso y otros. El día 2 de octubre de 2009, las Demandantes solicitaron una “orden de abstención temporal” con efecto inmediato, pidiendo que la Demandada discontinúe el proceso penal en Bolivia a la espera de la decisión del Tribunal respecto de las medidas provisionales. La Demandada se opuso a esta solicitud el día 5 de octubre de 2009. El Tribunal denegó la solicitud de las Demandantes de una “orden de abstención temporal” en una carta de esa misma fecha.
41. Los días 13 y el 29 de octubre de 2009, Bolivia presentó escritos oponiéndose a la solicitud de medidas provisionales. El día 21 de octubre de 2009, las Demandantes presentaron un segundo escrito en respaldo de su solicitud de medidas provisionales. Después de una llamada en conferencia llevada a cabo el día 24 de noviembre de 2009, el Tribunal dictó su Decisión sobre Medidas Provisionales el día 26 de febrero de 2010, conforme a la cual la Demandada debía adoptar todas las medidas adecuadas para suspender el proceso penal en Bolivia contra los Sres. Allan Fosk, David Moscoso y otros, y abstenerse de iniciar nuevos procesos penales que pudieran poner en riesgo la integridad procesal de este arbitraje.
42. El día 7 de abril de 2010, Bolivia presentó una propuesta de recusación en contra del Tribunal, que suspendió el procedimiento. El día 19 de abril de 2010, las Demandantes presentaron observaciones oponiéndose a la propuesta de la Demandada. Posteriormente, cada Parte presentó un escrito adicional en respaldo de su posición. El día 6 de julio de 2010, el Presidente del Consejo Administrativo del

Banco Mundial, dando a conocer su decisión a través del Secretario General del CIADI, desestimó la propuesta de recusación. El procedimiento arbitral se reanudó poco tiempo después y el cronograma procesal se modificó en consecuencia de ello.

43. El día 12 de julio de 2010, Bolivia informó que presentaría objeciones a la jurisdicción del Tribunal a más tardar el día 30 de julio de 2010. A la vez, la Demandada solicitó una resolución del Tribunal que ordenara a las Demandantes producir los documentos identificados en la tabla Redfern de fecha 28 de mayo de 2010. El día 19 de julio de 2010, las Demandantes presentaron objeciones a las solicitudes para la producción de documentos de la Demandada. El día 26 de julio de 2010, el Tribunal emitió la Resolución Procesal N.º 2, que concedía parcialmente las solicitudes para la producción de documentos de la Demandada, según se especificaba en la tabla Redfern adjunto a la resolución.
44. La Demandada presentó Objeciones a la Jurisdicción del Tribunal el día 30 de julio de 2010, conjuntamente con el dictamen pericial del Sr. Iván Salame. Las Demandantes presentaron su Memorial de Contestación sobre Jurisdicción el día 29 de octubre de 2010, conjuntamente con el dictamen pericial del Sr. Carlos Rosenkrantz y el informe del Sr. Juan Pablo de Luca. La Demandada presentó su Réplica sobre Jurisdicción, conjuntamente con el segundo dictamen pericial del Sr. Iván Salame, el día 13 de enero de 2011.
45. El día 8 de febrero de 2011, el Tribunal emitió la Resolución Procesal N.º 3, consintiendo a la solicitud de la Demandada para la inspección de documentos, comprendida en la Réplica sobre Jurisdicción y una carta de fecha 4 de febrero de 2011. El Tribunal les ordenó a las Demandantes facilitar los certificados originales de las acciones N.º 1 a 11 de NMM para su inspección y dio indicaciones respecto de la inspección en la Resolución Procesal N.º 4, de fecha 10 de marzo de 2011. De conformidad con el cronograma establecido en la Resolución Procesal N.º 4, la Demandada presentó su dictamen pericial sobre la inspección de documentos el día 8 de abril de 2011 y las Demandantes hicieron lo mismo el día 22 de abril de 2011.
46. Las Demandantes presentaron su Dúplica sobre Jurisdicción el día 1 de abril de 2011, conjuntamente con el segundo dictamen pericial del Sr. Carlos Rosenkrantz y el segundo informe de Juan Pablo de Luca.
47. Después de la teleconferencia anterior a la audiencia llevada a cabo entre el Tribunal y las Partes el día 12 de abril de 2011, el Tribunal emitió las Resoluciones Procesales N.º 5, 6 y 7 con indicaciones para la audiencia.

48. Los días 12 y 13 de mayo de 2011, el Tribunal celebró una audiencia sobre jurisdicción en París. Entre los asistentes de la audiencia se encontraban los miembros del Tribunal Arbitral, la Secretaria y el Asistente, Sr. Gustavo Laborde, y los siguientes representantes, testigos y peritos de las partes:

En representación de las Demandantes

Andrés Jana, Bofill Mir & Alvarez Jana

Jorge Bofill, Bofill Mir & Alvarez Jana

Johanna Klein Kranenberg, Bofill Mir & Alvarez Jana

Rodrigo Gil, Bofill Mir & Alvarez Jana

Ximena Fuentes, Bofill Mir & Alvarez Jana

Constanza Onetto, Bofill Mir & Alvarez Jana

Testigos de las Demandantes

Allan Fosk

Peritos de las Demandantes

Albert Lyter III

Carlos Rosenkrantz

En representación de la Demandada

Hugo Montero Lara, Procurador General del Estado

Elizabeth Arismendi Chumacero, Subprocuradora

Danny Javier López Soliz, Director General de Defensa Jurisdiccional y Arbitral de Inversiones (Procuraduría General del Estado)

Pierre Mayer, Dechert (París) LLP

Eduardo Silva Romero, Dechert (París) LLP

José Manuel García Represa, Dechert (París) LLP

Ana Carolina Simões e Silva, Dechert (París) LLP

Francisco Paredes-Balladares, Dechert (París) LLP

Anna Valdés Pascal, Dechert (París) LLP

Pacôme Ziegler, Dechert (París) LLP

Perito de la Demandada

Iván Salame

49. El Sr. Andrés Jana y la Sra. Johanna Klein Kranenberg presentaron alegatos orales en representación de las Demandantes; los Sres. Hugo Montero Lara, Pierre Mayer, Eduardo Silva Romero y José Manuel García Represa, a su vez, presentaron alegatos orales en representación de la Demandada.
50. Con posterioridad a la audiencia, el Tribunal emitió la Resolución Procesal N.º 8 que confirmaba, según se tratara al término de la audiencia, que no habría escritos posteriores a la audiencia y que establecía un calendario para la presentación de escritos con respecto a la solicitud de las Demandantes de que el Tribunal emitiera una declaración de conformidad con el Artículo 37 de los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado. Las Demandantes realizaron estas presentaciones el día 27 de mayo de 2011 y la Demandada presentó su réplica el día 10 de junio de 2011.
51. El Tribunal dictó su Decisión sobre Jurisdicción el día 27 de septiembre de 2012, la que forma parte integral de este Laudo. En su parte dispositiva, el Tribunal declaró y resolvió lo siguiente:
- A. En cuanto a la jurisdicción:
 - 1. Declara que tiene jurisdicción sobre los reclamos de Quiborax y de NMM;
 - 2. Declara que no tiene jurisdicción sobre los reclamos de Allan Fosk;
 - B. En cuanto a la admisibilidad:
 - 1. Declara admisible la declaración testimonial de Ricardo Ramos;
 - 2. Declara admisibles las objeciones de Bolivia a la jurisdicción y las pruebas que surgen del proceso penal en Bolivia;
 - 3. Declara admisibles los reclamos de Quiborax y de NMM;
 - C. En cuanto a los próximos pasos procesales:
 - 1. Tomará las medidas necesarias para que el procedimiento prosiga a la etapa sobre el fondo mediante una resolución procesal que se emitirá previa consulta con las Partes;
 - 2. Difiere la consideración de la solicitud de los Demandantes de una sentencia declarativa con arreglo al Artículo 37 de los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado la que será resuelta más adelante;
 - 3. Reserva la decisión sobre costos para una instancia ulterior.
52. Cabe destacar que, en su Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal constató que la alegación de la Demandada en el sentido de que las Demandantes o sus empleados

o asesores hubieran falsificado pruebas a fin de establecer la jurisdicción en este arbitraje carecía de fundamento:

Sobre la base de su examen de la totalidad del expediente, el Tribunal constata que el recuento de los hechos de los Demandantes resulta consistente y bien documentad[o]. Si bien existen algunas discrepancias [...] estas no prueban la existencia de fraude ni resultan suficientes para contrarrestar la abundante evidencia que existe en favor de los Demandantes. Por estos motivos, el Tribunal está persuadido de que [...] [Quiborax] no [cometió] fraude ni [fabricó] pruebas para poder acceder al sistema de arbitraje del CIADI⁴⁹.

C. Etapa de fondo

53. El día 9 de noviembre de 2012, el Tribunal emitió la Resolución Procesal N.º 9 en lo que se refiere a la etapa de fondo y que estableció el calendario correspondiente para los memoriales escritos. El calendario fue modificado por carta del Tribunal de fecha 21 de marzo de 2013 y nuevamente en una carta de fecha 5 de abril de 2013, con posterioridad a la correspondencia de las Partes.
54. En consecuencia, la Demandada presentó su Memorial de Contestación el día 10 de mayo de 2013, conjuntamente con el dictamen pericial de Econ One Research Inc.
55. Las Demandantes presentaron su Réplica el día 13 de agosto de 2013, conjuntamente con los segundos dictámenes periciales de Behre Dolbear Company (USA), Inc. y Navigant Consulting, Inc.
56. El día 4 de octubre de 2013, las Partes presentaron un listado de testigos y peritos que deseaban interrogar en la audiencia.
57. El día 7 de octubre de 2013, las Partes y el Tribunal llevaron a cabo una teleconferencia para tratar la preparación de la audiencia. Posteriormente, el Tribunal emitió la Resolución Procesal N.º 10, que reflejaba los acuerdos que las Partes habían logrado con respecto a la conducción de la audiencia y la decisión del Tribunal sobre aquellas cuestiones respecto de las cuales las partes no habían logrado acuerdo alguno.
58. Con posterioridad a la carta del Tribunal de fecha 18 de septiembre de 2013 que le concedía a la Demandada una prórroga del límite de tiempo para presentar su Dúplica, la Demandada presentó su Dúplica el día 11 de octubre de 2013, conjuntamente con el segundo dictamen pericial de Econ One Research Inc.

⁴⁹ Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 192.

59. Los días 28, 29 y 30 de octubre de 2013, el Tribunal celebró una audiencia sobre el fondo en París. Entre los asistentes de la audiencia se encontraban los miembros del Tribunal Arbitral, la Secretaria y la Asistente, Srta. Leonor Díaz-Córdova⁵⁰, y los siguientes representantes, testigos y peritos de las partes:

En representación de las Demandantes

Andrés Jana, Bofill Mir & Alvarez Jana

Johanna Klein Kranenberg, Bofill Mir & Alvarez Jana

Rodrigo Gil, Bofill Mir & Alvarez Jana

Daniela Arrese, Bofill Mir & Alvarez Jana

María Victoria Demarchi, Bofill Mir & Alvarez Jana

Diego Pérez, Bofill Mir & Alvarez Jana

Claudio Inostroza, Bofill Mir & Alvarez Jana

Jorge Luis Inchauste, Bofill Mir & Alvarez Jana

Testigos de las Demandantes

Allan Fosk

Carlos Shuffer

Ricardo Ramos

Peritos de las Demandantes

Bernard Guarnera, Behre Dolbear & Company (USA), Inc.

Brent Kaczmarek, Navigant Consulting, Inc.

En representación de la Demandada

Hugo Montero Lara, Procurador General del Estado

Elizabeth Arismendi Chumacero, Subprocuradora General

Edgar Luis Pozo Goytia, Director General de Defensa Jurisdiccional y Arbitral de Inversiones

Leonardo Alejandro Anaya Leigue (Procuraduría General del Estado)

Diego Brian Gosis, Gomm & Smith, P.A.

Quinn Smith, Gomm & Smith, P.A.

Clovis Treviño, Gomm & Smith, P.A.

⁵⁰ La Srta. Leonor Díaz-Córdova reemplazó al Sr. Gustavo Laborde en calidad de asistente del Tribunal con el consentimiento de las Partes otorgado con anterioridad a la celebración de la audiencia de fondo.

Bernardo Wayar Caballero, Wayar & von Borries Abogados, S.C.

Bernardo Wayar Ocampo, Wayar & von Borries Abogados, S.C.

Flavio Javier Loza Vargas, Wayar & von Borries Abogados, S.C.

Agustina Alvarez Olaizola, consultora de Gomm & Smith P.A.

Alfredo de Jesús O., consultor de Gomm & Smith P.A.

Peritos de la Demandada

Daniel Flores, Econ One Research

Andrea Cardani, Econ One Research

Ivan Lopez, Econ One Research

60. El Sr. Andrés Jana y la Sra. Johanna Klein Kranenberg presentaron sus alegatos orales en representación de las Demandantes, el Sr. Hugo Montero Lara, la Sra. Elisabeth Arismendi Chumacero y el Sr. Diego Brian Gosis, a su vez, presentaron los alegatos orales en representación de la Demandada.
61. Al término de la audiencia, el Tribunal y las Partes convinieron que no habría escritos posteriores a la audiencia.
62. El día 5 de noviembre de 2013, de conformidad con la Regla de Arbitraje CIADI 28(2), el Tribunal invitó a las Partes a que presentaran sus declaraciones sobre costos a más tardar el día 10 de enero de 2014, y sus comentarios respecto de la declaración de la otra Parte a más tardar el día 24 de enero de 2014. Después de una prórroga solicitada por la Demandada y concedida por el Tribunal, las declaraciones sobre costos fueron entregadas al Tribunal el día 3 de febrero de 2014. Los comentarios de la Demandada respecto de la declaración sobre costos de las Demandantes fueron presentados el día 10 de febrero de 2014. Los comentarios de las Demandantes respecto de la declaración sobre costos de Bolivia fueron presentados el día 13 de febrero de 2014.
63. El día 21 de marzo de 2014, la Demandada remitió una carta al CIADI en la que informaba que el Sr. Héctor Arce y el Sr. Pablo Menacho habían sido designados como Procurador General y Abogado Defensor Suplente de Bolivia, respectivamente.
64. El día 23 de mayo de 2014, las Demandantes le escribieron al Tribunal para brindarle información respecto de acontecimientos recientes en el proceso penal contra Allan Fosc, David Moscoso y otros en Bolivia. En particular, lo informaron de invitaciones enviadas por Bolivia al Sr. Allan Fosc y a la representación de las Demandantes a

una “reunión de coordinación” programada para el día 22 de mayo de 2014 en el Consulado de Bolivia en Chile, que describieron como “una emboscada para procurar que el Sr. Allan Fosk y su representante legal asistieran a una diligencia de pruebas en la causa penal”⁵¹.

65. Con posterioridad a la invitación del Tribunal, la Demandada contestó la carta de las Demandantes el día 2 de junio de 2014 y declaró que sus acciones habían cumplido con los estándares diplomáticos, los reglamentos internacionales y los procesos locales⁵².
66. El día 29 de mayo de 2015, las Demandantes informaron al Tribunal de que el Sr. Allan Fosk había sido acusado formalmente el día 11 de noviembre de 2014 y de que el fiscal boliviano había solicitado que se lo declarara en rebeldía y que se emitiera una Notificación Roja de Interpol en su contra. Las Demandantes también destacaron que el fiscal había citado al Sr. Moscoso y a la representación de las Demandantes en Bolivia para que prestaran declaración como testigos en el marco del caso penal, y reportaron medidas adoptadas en contra de un notario de fe pública boliviano en el contexto del procedimiento penal⁵³.
67. El día 12 de junio de 2015, la Demandada respondió subrayando que el derecho boliviano le impedía suspender el procedimiento penal y afirmó que todas las medidas procesales adoptadas en el marco de este procedimiento penal cumplían con el derecho boliviano. La Demandada también resaltó que, si bien el Sr. Fosk podía hacer uso de garantías procesales en Bolivia para defenderse, había optado por no ejercerlas. La Demandada agregó que, en cualquier caso, el Sr. Fosk ya no era parte en el presente procedimiento⁵⁴.
68. El día 17 de agosto de 2015, el CIADI declaró cerrado el procedimiento.

IV. RESUMEN DE LAS POSICIONES DE LAS PARTES

69. El objeto de esta Sección consiste en brindar un resumen de las posiciones de las Partes. Las posiciones detalladas de las Partes con respecto a cada reclamo se describen en las Secciones VI y VII *infra*.

⁵¹ Carta de las Demandantes de fecha 23 de mayo de 2014, pág. 3.

⁵² Carta de la Demandada de fecha 2 de junio de 2014.

⁵³ Carta de las Demandantes de fecha 29 de mayo de 2015.

⁵⁴ Carta de la Demandada de fecha 12 de junio de 2015.

A. Resumen de la posición de las Demandantes

70. Las Demandantes argumentan que Bolivia ha violado sus obligaciones en virtud del TBI por la revocación y declaración de nulidad *ex post* de las concesiones mineras de las Demandantes. Arguyen que el Decreto de Revocación las privó de su inversión en Bolivia de manera ilegal y caracterizan a la revocación de sus concesiones como “ilegal, injustificada, arbitraria y discriminatoria”⁵⁵ [Traducción del Tribunal]. Las Demandantes sostienen asimismo que todo lo que ocurrió con posterioridad a la revocación de sus concesiones (en particular, la iniciación de un proceso penal en Bolivia) es parte de la estrategia de defensa de Bolivia en este arbitraje. Según las Demandantes, la Demandada ha intentado evitar un debate sobre el fondo de sus propias acciones mediante el lanzamiento de acusaciones infundadas contra las Demandantes e intentando colocar la carga de la prueba sobre las Demandantes en aras de establecer que no incurrieron en fraude, corrupción o errores triviales. Sin embargo, cuando se le exigió justificar sus propias acciones, la Demandada se encuentra con las manos vacías. Ha procurado encontrar respaldo para ello en los informes de auditoría que supuestamente prueban la irregularidad de la inversión de las Demandantes. Las Demandantes argumentan que no es así. Además, las Demandantes sostienen que “la defensa de la Demandada sobre el fondo se circunscribe a un nuevo proceso en materia de jurisdicción”⁵⁶ [Traducción del Tribunal].
71. Las Demandantes sostienen que Bolivia ha violado los Artículos III, IV y VI del TBI Bolivia-Chile así como determinadas obligaciones en virtud del Convenio CIADI y el derecho internacional. Aseguran, en particular, que:
- a. La revocación de las concesiones mineras de las Demandantes constituye una expropiación ilícita en virtud del Artículo VI del TBI.
 - b. La revocación y la declaración de nulidad *ex post* de las concesiones mineras de las Demandantes y los actos de hostigamiento posteriores a la expropiación por parte de Bolivia constituyen medidas injustificadas, arbitrarias y discriminatorias que violan el estándar justo y equitativo del Artículo IV del TBI, así como la prohibición de obstaculizar la libre administración, mantenimiento, uso, usufructo, extensión, transferencia, venta y liquidación de sus inversiones a

⁵⁵ Réplica, ¶ 552.

⁵⁶ Réplica, ¶ 17.

través de medidas injustificadas y discriminatorias, comprendida en el Artículo III del TBI.

- c. Al negarse a suspender la causa penal, según se ordenara en la Decisión sobre Medidas Provisionales, y a través de su conducta en este arbitraje, Bolivia ha violado su obligación en virtud del tratado de otorgar a las inversiones de las Demandantes un trato justo y equitativo, así como sus obligaciones procesales en virtud del Convenio CIADI y en virtud de los principios generales de derecho internacional.
72. Los argumentos específicos de las Demandantes con respecto a las pretendidas violaciones del tratado se analizan en las Secciones VI (Reclamos por violaciones al TBI) y VII (Reparación) *infra*.
73. En lo que concierne a la reparación, las Demandantes solicitan daños “materiales y no materiales”⁵⁷ [Traducción del Tribunal], así como una sentencia declarativa, según se explica en la Sección VII *infra*. El Tribunal entiende que, por cada violación del TBI o del derecho internacional que alegan, las Demandantes solicitan la siguiente indemnización:
- a. Por la pérdida de sus inversiones en Bolivia, sea que dicha pérdida hubiere resultado de la expropiación ilícita de esas inversiones por parte de Bolivia, por el trato injusto e inequitativo de Bolivia o por su obstaculización de las inversiones de las Demandantes a través de medidas injustificadas o discriminatorias, las Demandantes solicitan compensación de daños y perjuicios en la suma de USD 146.848.827 al 30 de junio de 2013, con más intereses compuestos a contar desde esa fecha. Este reclamo de compensación de daños y perjuicios cubre la totalidad de los daños financieramente calculables que surjan de la pérdida de sus inversiones en Bolivia, independientemente de la violación del tratado que los hubiere ocasionado.
 - b. Por las consecuencias de los actos de hostigamiento de Bolivia posteriores a la expropiación, que las Demandantes afirman que califican como trato injusto e inequitativo por parte de Bolivia, y como una obstaculización de sus inversiones a través de medidas injustificadas y discriminatorias⁵⁸, las Demandantes

⁵⁷ Réplica, ¶ 555.

⁵⁸ Aunque en su Réplica las Demandantes vinculan esta solicitud a la expropiación de sus concesiones por parte de Bolivia (Réplica, Sección IX(6)), no se realiza esa vinculación en sus alegatos.

reclaman daño moral en la suma de USD 4 millones. Las Demandantes solicitan asimismo una sentencia declarativa con respecto a esas violaciones.

- c. Por el incumplimiento de la Decisión sobre Medidas Provisionales por parte de Bolivia y su conducta en este arbitraje, que las Demandantes sostienen es en violación de la obligación de Bolivia de otorgar un trato justo y equitativo en virtud del TBI, así como de sus obligaciones procesales en virtud del Convenio CIADI y en virtud de principios generales de derecho internacional, las Demandantes solicitan una sentencia declarativa.

74. Las Demandantes solicitan asimismo que el Tribunal le exija a Bolivia el pago de todos los costos, honorarios y gastos incurridos por las Demandantes durante el arbitraje, dada la manera en la cual la Demandada se ha conducido durante el procedimiento.

75. Sobre la base de lo que antecede, las Demandantes solicitaron la siguiente reparación en su Memorial:

[...] [L]as Demandantes solicitan que el Tribunal dicte un laudo a favor de las Demandantes:

- 1) Que declare que Bolivia violó sus obligaciones en virtud del Artículo VI del TBI al expropiar la inversión de las Demandantes en Bolivia, de manera ilícita y no con arreglo a los requisitos del Artículo VI;
- 2) Que declare que Bolivia violó sus obligaciones en virtud del Artículo IV del TBI al no otorgarles a las Demandantes un trato justo y equitativo, al expropiar de manera ilícita la inversión de las Demandantes en Bolivia;
- 3) Que declare que Bolivia violó sus obligaciones en virtud del Artículo III del TBI al no proteger la inversión de las Demandantes en Bolivia y al obstaculizar la libre administración, mantenimiento, uso, usufructo, extensión, transferencia, venta y liquidación, a través de medidas injustificadas y discriminatorias que consistieron en la expropiación ilícita de la inversión de las Demandantes en Bolivia;
- 4) Que declare que Bolivia violó sus obligaciones en virtud del derecho internacional al agravar la controversia entre las partes, al someter a las Demandantes a actos de hostigamiento destinados a obstaculizar los derechos de las Demandantes en virtud del TBI;
- 5) Que declare que Bolivia violó sus obligaciones en virtud del Artículo IV del TBI al no otorgarles a las Demandantes un trato justo y equitativo, al someterlas a actos de hostigamiento destinados a obstaculizar los derechos de las Demandantes en virtud del TBI;
- 6) Que declare que Bolivia violó sus obligaciones en virtud del Artículo III del TBI al someter a las Demandantes a medidas injustificadas y discriminatorias, que consistieron en actos de hostigamiento destinados a obstaculizar los derechos de las Demandantes en virtud del TBI;

- 7) Que declare que Bolivia violó sus obligaciones en virtud del Artículo 26 del Convenio CIADI al iniciar procesos penales paralelos en Bolivia;
- 8) Que ordene a Bolivia pagarles a las Demandantes una compensación plena en un monto no menor a USD 61.481.461 al 1 de agosto de 2009 por los daños y perjuicios sufridos debido a la pérdida de su inversión en Bolivia, con más intereses compuestos a la tasa comercial sobre dicho monto desde esa fecha hasta la fecha del pago efectivo;
- 9) Que ordene a Bolivia pagar una compensación en una suma no inferior a USD 5.000.000 en concepto del daño moral sufrido por las Demandantes debido a los actos ilegales de hostigamiento por parte de Bolivia, posteriores a la pérdida de la inversión de las Demandantes en Bolivia;
- 10) Que ordene a Bolivia el pago de todos los costos, honorarios y gastos incurridos por las Demandantes como consecuencia de las violaciones del TBI por parte de Bolivia, incluidos todos los costos, honorarios y gastos de este procedimiento arbitral⁵⁹ [Traducción del Tribunal].

76. En su Réplica, las Demandantes actualizaron su solicitud de indemnización (y en particular su reclamos por daños y perjuicios pecuniarios) de la siguiente manera:

[...][L]as Demandantes solicitan que el Tribunal dicte un laudo a favor de las Demandantes:

- 1) Que declare que Bolivia violó sus obligaciones en virtud del Artículo VI del TBI al expropiar la inversión de las Demandantes en Bolivia, de manera ilegal y no con arreglo a los requisitos del Artículo VI;
- 2) Que declare que Bolivia violó sus obligaciones en virtud del Artículo IV del TBI al no otorgarles a las Demandantes un trato justo y equitativo, al expropiar de manera ilegal la inversión de las Demandantes en Bolivia y a través de medidas posteriores a la expropiación de la inversión de las Demandantes;
- 3) Que declare que Bolivia violó sus obligaciones en virtud del Artículo III del TBI al no proteger la inversión de las Demandantes en Bolivia y al obstaculizar la libre administración, mantenimiento, uso, usufructo, extensión, transferencia, venta y liquidación, a través de medidas injustificadas y discriminatorias que consistieron en la expropiación ilícita de la inversión de las Demandantes en Bolivia y a través de medidas posteriores a la expropiación de la inversión de las Demandantes;
- 4) Que ordene a Bolivia pagarles a las Demandantes una compensación plena en un monto no inferior a USD 146.848.827 al 30 de junio de 2013 por los daños y perjuicios sufridos debido a la pérdida de su inversión en Bolivia, con más intereses compuestos a la tasa comercial sobre dicho monto desde esa fecha hasta la fecha del pago efectivo;
- 6) Que ordene a Bolivia pagar una indemnización en una suma de USD 4.000.000 en concepto del daño moral sufrido por las Demandantes debido a la expropiación ilícita y a los actos de hostigamiento por parte de Bolivia, posteriores a la pérdida de la inversión de las Demandantes en Bolivia;

⁵⁹ Mem., págs. 98-99.

- 7) Que declare que la conducta de la Demandada en el presente arbitraje es en violación de sus obligaciones internacionales en virtud del Convenio CIADI y su obligación de arbitrar de manera justa y de buena fe;
- 8) Que ordene a Bolivia el pago de todos los costos, honorarios y gastos incurridos por las Demandantes como consecuencia de las violaciones del TBI por parte de Bolivia, incluidos todos los costos, honorarios y gastos de este procedimiento arbitral.
- 9) Que otorgue a las Demandantes cualquier otra indemnización que el Tribunal considere adecuada⁶⁰ [Traducción del Tribunal].

B. Resumen de la Posición de la Demandada

77. Bolivia rechaza cada uno de los reclamos de las Demandantes y sostiene que no ha violado sus obligaciones en virtud del TBI y el derecho internacional.
78. Según Bolivia, “las Concesiones Mineras son el resultado del abuso perpetrado por un Viceministro de Minas (el Sr. Álvaro Ugalde) y el Director Jurídico del Ministerio de Minería (el Sr. David Moscoso), quienes, teniendo acceso por sus funciones públicas a un estudio geológico realizado en 1993 que demostró la riqueza mineral de una pequeña área en la reserva fiscal, se hicieron con concesiones en esa área y todas las áreas circundantes”⁶¹.
79. Posteriormente, los Sres. Ugalde y Moscoso ofrecieron estas concesiones al mejor oferente. Quiborax pagó USD 400.000 en el año 2001 por más del 50% de las concesiones mineras a través de NMM, de la cual el Sr. Moscoso es titular de parte del capital restante. Desde entonces, las Demandantes no han invertido capital adicional alguno.
80. Las auditorías de todas las concesiones mineras en el Gran Salar de Uyuni realizadas por las autoridades bolivianas en el año 2004 detectaron serias irregularidades en las concesiones de las Demandantes. Esto llevó a la revocación y declaración de nulidad.
81. Para la Demandada, dado que las Demandantes han obtenido su inversión en violación de la legislación boliviana, no tienen derecho a la protección del TBI y el derecho internacional. No obstante, incluso si estas protecciones estuvieran disponibles, Bolivia afirma que no ha violado ninguna de sus obligaciones internacionales al revocar y anular las concesiones mineras. En particular:

⁶⁰ Réplica, pág. 170. El Tribunal observa que en el petitorio de las Demandantes no hay una solicitud No. 5.

⁶¹ Mem. Contestación, ¶ 7.

- a. La Demandada niega haber expropiado las inversiones de las Demandantes. Si el Tribunal concluyera que sí ha habido una expropiación tal, sostiene que esta expropiación ha sido lícita.
 - b. La Demandada niega haber violado el estándar de trato justo y equitativo del TBI.
82. La Demandada esgrime otros argumentos con respecto a cada uno de los reclamos de las Demandantes, que serán abordados en el análisis específico en la Sección VI.
83. Tal como se analizará en la Sección VII *infra*, la Demandada cuestiona asimismo el caso de las Demandantes sobre cuantificación. Bolivia destaca que este reclamo carece de conexión alguna con la realidad. Siguiendo la afirmación de las Demandantes, una supuesta inversión de USD 400.000 en el año 2001 habría producido un valor de USD 60 millones sólo tres años más tarde, y más de USD 140.000.000 en el año 2013. El reclamo adicional en concepto de daño moral es punitivo e inadmisibles en virtud del derecho internacional. En cualquier caso, los daños reclamados son inexistentes.
84. En conclusión, el Tribunal debería confirmar que las Demandantes "abusan de este procedimiento para denigrar al Estado y tratar de enriquecerse sin causa"⁶². El Tribunal debería rechazar la totalidad de los reclamos y ordenarles a las Demandantes reparar el daño que sus acusaciones le han ocasionado al Estado Boliviano.
85. Por las razones que anteceden, en su Memorial de Contestación la Demandada solicitó la siguiente reparación:

[...] Bolivia solicita respetuosamente al Tribunal Arbitral que:

Declare:

- a. Que el Tratado y el derecho internacional no protegen la inversión de las Demandantes por no haber sido realizada de conformidad con las leyes y reglamentos de Bolivia;
- b. Que, subsidiariamente, la conducta de Bolivia era justificada y ha cumplido todas y cada una de sus obligaciones bajo el Tratado y el derecho internacional;
- c. Que, a título subsidiario también, en caso de que el Tribunal Arbitral considere que Bolivia debe pagar alguna compensación a las

⁶² Mem. Contestación, ¶ 15.

Demandantes, ordene el pago de, como máximo, la Inversión Neta Realizada por las Demandantes, esto es USD 622.492;

- d. Que, a título subsidiario, si el Tribunal Arbitral decidiera compensar a las Demandantes con base en el método FFD, ordene el pago de, como máximo, US\$ 2,1 millones; y

Ordene:

- a. a la Demandante reembolsarle íntegramente a Bolivia los costos en los que ha incurrido en la defensa de sus intereses en el presente arbitraje, junto con intereses a una tasa comercial razonable a juicio del Tribunal Arbitral desde el momento en que el Estado incurrió en dichas costas hasta la fecha de su pago efectivo; y
- b. cualquier otra medida de satisfacción al Estado que el Tribunal Arbitral estime oportuna⁶³.

86. En su Dúplica, la Demandada actualizó su petitorio de la siguiente manera:

[...] [E]l Estado Plurinacional de Bolivia formalmente solicita al Tribunal que:

A. Rechace la totalidad de los reclamos presentados por las Demandantes bajo el Tratado Bilateral Bolivia-Chile, por carecer las inversiones pretendidas de protección bajo ese Tratado por haberse realizado o desarrollado en violación de las normas, leyes y reglamentos aplicables, y, en la alternativa, por carecer de mérito, y no haber sido probados;

B. Rechace la totalidad de los reclamos presentados por las Demandantes bajo el derecho internacional consuetudinario, por caer fuera de la competencia de este Tribunal y, en la alternativa, por carecer de mérito y no haber sido probados;

C. Rechace la totalidad de los montos reclamados como consecuencia de las pretendidas violaciones alegadas por las Demandantes, por carecer de mérito y no haber sido probados; y

D. Ordene a las Demandantes a reembolsar la totalidad de los costos y gastos incurridos en la defensa de sus intereses en este proceso, y a prestar satisfacción del modo y con el tenor que el Tribunal entienda apropiado a las inconductas de las Demandantes dañosas para con el Estado Plurinacional de Bolivia⁶⁴.

V. CUESTIONES PRELIMINARES

A. La tarea del Tribunal

87. La tarea del Tribunal consiste en resolver la diferencia planteada ante él. Específicamente, debe determinar si la Demandada violó las disposiciones del TBI Bolivia-Chile en su tratamiento de las inversiones de las Demandantes, según alegaran las Demandantes.

⁶³ Mem. Contestación, ¶ 450-452.

⁶⁴ Dúplica, págs. 79-80.

88. Durante la audiencia sobre el fondo, el Procurador General de Bolivia, el Sr. Montero Lara, se dirigió al Tribunal y explicó que en el año 2006 Bolivia había comenzado “un proceso de cambio”, una auténtica “transformación” en la que “ya no se permite que empresas de otros países definan, ni controlen, ni manden la economía en Bolivia [...] Pues ahora decidimos el destino de la inversión, dónde va, cómo y por qué, de nuestros recursos naturales”⁶⁵.
89. El Tribunal desea asegurar al Gobierno de Bolivia que de ninguna manera pretende interferir con las políticas que establece e implementa Bolivia en su calidad de Estado soberano. El Tribunal está de acuerdo con la Demandada en que el sistema arbitral CIADI “no es una espada de Damocles para perjudicar a los Estados sino para regular sus obligaciones como corresponde⁶⁶”. El Tribunal tiene pleno conocimiento de que sólo se le ha encomendado decidir si esos compromisos que en su facultad soberana Bolivia optó por asumir en el TBI Bolivia-Chile se respetaron de conformidad con el estado de derecho.

B. Derecho aplicable al fondo

90. Los reclamos ante el Tribunal son entablados en base al TBI Bolivia-Chile, que constituye la fuente de derecho primaria para este Tribunal. Con respecto a las cuestiones que no están previstas en el TBI, este último no contiene disposiciones sobre derecho aplicable. Por lo tanto, el Tribunal debe recurrir al Artículo 42(1) del Convenio CIADI, el cual establece lo siguiente:

El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

91. Salvo por la aplicación no cuestionada del TBI, las Partes no han acordado cuáles son las normas de derecho que regirán el fondo de la cuestión. Por lo tanto, el Tribunal aplicará la legislación boliviana y el derecho internacional, cuando sea apropiado. El Tribunal considera que la segunda oración del Artículo 42(1) del Convenio CIADI no establece que las cuestiones deban asignarse a uno u otro

⁶⁵ Tr., Día 1, 122:17-124:14.

⁶⁶ Tr., Día 1, 129:10-12.

ordenamiento. Por lo tanto, corresponde al Tribunal determinar si una cuestión se encuentra sujeta al derecho nacional o internacional⁶⁷.

92. Al aplicar el derecho (sea éste nacional o internacional), el Tribunal es de la opinión de que no se encuentra limitado por los argumentos o fuentes invocadas por las Partes. El principio de *iura novit curia* – o mejor aún, *iura novit arbiter* – permite al Tribunal formar su propia opinión acerca del significado del derecho, a condición de que no sorprenda a las Partes con una teoría jurídica que no fue objeto de debate y que las Partes no podían anticipar.⁶⁸

C. Declaración testimonial del Sr. Osvaldo Astudillo

93. Las Demandantes informaron al Tribunal en su carta de fecha 21 de agosto de 2013 que el Sr. Osvaldo Astudillo, cuya declaración testimonial había sido presentada conjuntamente con el Memorial de las Demandantes, había fallecido en el mes de julio de 2011. Las Demandantes “le solicitaron respetuosamente al Tribunal concederle el valor probatorio apropiado a la declaración testimonial del Sr. Osvaldo Astudillo de fecha 10 de agosto de 2009 en base a la confiabilidad y coherencia de esa declaración con las demás pruebas presentadas por las Demandantes” [Traducción del Tribunal].
94. La Demandada, en su carta de fecha 2 de septiembre de 2013 “se reserv[ó] su derecho a presentar sus argumentos sobre la inadmisibilidad del testimonio del Sr. Astudillo en su Escrito de Dúplica teniendo en cuenta, entre otros aspectos, el derecho que le asiste de conainterrogar a los testigos presentados por su contraparte de conformidad con la Regla 35 de las Reglas de Arbitraje”. La Demandada no abordó esta cuestión en su Escrito de Dúplica, pero en la audiencia sobre el fondo explicó que “el Estado Plurinacional de Bolivia había objetado

⁶⁷ Véase, por ejemplo, *Burlington Resources Inc. c. República de Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/08/5 (“*Burlington c. Ecuador*”), Decisión sobre Responsabilidad de fecha 14 de diciembre de 2012, ¶ 179.

⁶⁸ Véase, por ejemplo, *Daimler Financial Services A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/05/1, Decisión sobre Anulación de fecha 7 de enero de 2015 (“[...] un tribunal arbitral no se limita a referirse o basarse únicamente en las autoridades citadas por las partes. Puede, por iniciativa propia, basarse en otras autoridades públicamente disponibles, aun si no han sido citadas por las partes, siempre que la cuestión haya sido planteada ante el tribunal y que se haya conferido a las partes la oportunidad de tratarlas.”). Véase también *Caso relativo a la Jurisdicción en Materia de Pesquerías* (República Federal de Alemania c. Islandia), Fondo del Asunto, Sentencia del 25 de julio de 1974, ¶ 18 (“[a] ser el deber de la Corte determinar y aplicar el derecho relevante en las circunstancias de cada caso, la carga de establecer o probar reglas de derecho internacional no puede ser impuesta a ninguna de las Partes, ya que el derecho cae dentro del conocimiento judicial de la Corte” [Traducción del Tribunal]; *Albert Jan Oostergetel y Theodora Laurentius c. República Eslovaca*, Caso UNCITRAL, Laudo del 23 de abril de 2012, ¶ 141; *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, Caso CIADI N.º ARB/10/3, Laudo del 4 de octubre de 2013, ¶ 287.

fuertemente que se otorgara cualquier forma de valor probatorio a la declaración escrita del señor Astudillo, dado que lamentablemente el señor Astudillo no podría participar por supuesto de la audiencia⁶⁹.

95. El Tribunal observa que la Sección 18 del Acta de la Primera Sesión dispone lo siguiente:

Se acordó que si un testigo de una parte no comparece para ser interrogado durante la audiencia oral, su declaración se mantendrá en el expediente del caso y el Tribunal evaluará su valor probatorio tomando en consideración el expediente y todas las circunstancias que considere relevante, incluyendo el hecho que la declaración no fue confirmada oralmente y que el testigo no fue conainterrogado.

96. Esta disposición debe interpretarse conjuntamente con la Regla 34(1) de las Reglas de Arbitraje CIADI:

Prueba: Principios Generales

El Tribunal decidirá sobre la admisibilidad de cualquiera prueba rendida y de su valor probatorio.

97. Tomando estas reglas en consideración, el Tribunal procurará ampararse en las demás pruebas presentadas por las Partes para llegar a su decisión. En el supuesto de que el Tribunal necesitara ampararse en la prueba presentada por el Sr. Astudillo al momento de llevar a cabo su análisis, lo establecerá en forma clara.

VI. LOS RECLAMOS POR VIOLACIONES AL TBI

A. El reclamo de expropiación

1. Resumen de las posiciones de las Partes

98. Las Demandantes sostienen que la revocación de sus concesiones a través del Decreto 27.589 (el Decreto de Revocación) constituye una expropiación ilícita en virtud del Artículo VI del TBI. Afirman que “la expropiación es tanto directa como indirecta, en tanto afectó las concesiones de titularidad de NMM y las acciones de Quiborax [en NMM]⁷⁰ [Traducción del Tribunal]. Específicamente, declaran que el acto expropiatorio es ilegal y no sirve al interés público, y es discriminatorio en contra de NMM en función de la nacionalidad chilena de Quiborax, su accionista mayoritario. Además, las Demandantes no han recibido compensación alguna por esta expropiación.

⁶⁹ Tr., Día 1, 198:20-199:3.

⁷⁰ Mem., ¶ 137.

99. Por su parte, la Demandada niega que el Decreto de Revocación o los ulteriores escritos de anulación de las concesiones constituyan una expropiación.
- a. En primer lugar, la Demandada sostiene que las inversiones de las Demandantes (específicamente, sus concesiones mineras) eran ilegales (e inválidas) bajo el derecho boliviano desde su origen, y por lo tanto, no tenían derecho a la protección del TBI o el derecho internacional. La Demandada afirma que la protección del TBI está condicionada a la validez de las inversiones de las Demandantes, no sólo como una cuestión de jurisdicción sino como una cuestión de fondo. Específicamente, en el contexto de expropiación, como las concesiones de las Demandantes fueron adquiridas en forma ilegal y por lo tanto eran nulas *ab initio*, no constituyen derechos susceptibles de expropiación.
 - b. En segundo lugar, la Demandada sostiene que la revocación y posterior declaración de nulidad de las concesiones de las Demandantes fue una consecuencia de la adquisición y administración viciada de las concesiones y no es equivalente a una expropiación. Las acciones de Bolivia constituyeron una respuesta legítima y proporcionada a la ilegalidad de las concesiones, y por lo tanto, no pueden caracterizarse como una violación del TBI o el derecho internacional. En la opinión de la Demandada no puede haber violación sustantiva del TBI cuando el Estado Receptor toma medidas en respuesta a una situación de ilegalidad de la inversión⁷¹.
 - c. En tercer lugar, la Demandada alega que los reclamos han sido presentados en forma prematura y en consecuencia no pueden constituir una expropiación.
100. En el supuesto de que el Tribunal considere que las medidas equivalen a una expropiación, la Demandada sostiene que dicha expropiación no es ilegal ni en virtud del TBI ni en virtud del derecho internacional.
101. En respuesta a las alegaciones de la Demandada, las Demandantes sostienen que sus reclamos no son prematuros y que han sido presentados de conformidad con el Artículo X del TBI. En lo que se refiere al requisito de legalidad sobre el cual se ampara Bolivia, las Demandantes argumentan que la Demandada pretende volver a someter a juicio cuestiones que ya han sido resueltas en la etapa jurisdiccional. En

⁷¹ Mem. Contestación, ¶ 131.

cualquier caso, sostiene que el requisito de legalidad no se aplica en lo que se refiere a incumplimientos triviales de la legislación local.

102. El Tribunal analizará, en primer lugar, el argumento de la Demandada de que las inversiones de las Demandantes eran ilegales, y por lo tanto, no se encuentran protegidas por el TBI (Sección 2). Luego analizará el argumento de la Demandada de que los reclamos de las Demandantes son prematuros (Sección 3). Posteriormente el Tribunal analizará si las actuaciones de la Demandada constituyeron una expropiación de las inversiones de las Demandantes y, en caso afirmativo, si la expropiación fue ilícita (Sección 4).

2. El argumento de la Demandada de que las inversiones de las Demandantes eran ilegales

a. La posición de la Demandada

103. La Demandada sostiene que hubo vicios graves en la adquisición y administración de las concesiones de las Demandantes, que son suficientes para denegarles a las inversiones de las Demandantes la protección del TBI y del derecho internacional. Estas mismas ilegalidades justifican la revocación y declaración de nulidad de las concesiones de las Demandantes.
104. La Demandada afirma que el TBI y el derecho internacional no ofrecen protección sustantiva alguna a las inversiones que no se realizaron de conformidad con la legislación interna del Estado receptor. Esta norma se encuentra establecida expresamente en el TBI, en los Artículos I(2), II y III(2). Específicamente, conforme al Artículo I(2) del TBI, sólo las inversiones realizadas con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor califican bajo la definición de inversión. A su vez, el Artículo II del TBI, que define el ámbito de aplicación del TBI, lo limita a las inversiones realizadas de conformidad con la legislación del Estado receptor. Por último, el Artículo III(2) del TBI dispone que cada Parte Contratante protegerá las inversiones efectuadas en su territorio de conformidad con sus leyes y reglamentos. El efecto de estas disposiciones consiste en excluir de la protección sustantiva del TBI a las inversiones que no hayan sido efectuadas de conformidad con las leyes del Estado receptor.
105. Citando decisiones de tribunales de inversión, la Demandada afirma que las protecciones sustantivas de un tratado no son aplicables a una inversión ilegal

(*World Duty Free c. Kenia*⁷², *Plama Consortium Ltd. c. Bulgaria*⁷³) y que, en consecuencia, las medidas adoptadas por un Estado en respuesta a las ilegalidades en las inversiones de un inversionista no pueden violar las protecciones sustantivas de un tratado (*Genin c. Estonia*⁷⁴, *Thunderbird c. México*⁷⁵). La Demandada sostiene que, en este caso, “las medidas adoptadas por Bolivia fueron respuestas proporcionales y legítimas a las ilegalidades que viciaban a las Concesiones Mineras desde su origen y no pueden, por lo tanto, caracterizar violaciones del Tratado o el derecho internacional⁷⁶”.

106. La Demandada observa que, en su Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal determinó que “de conformidad con el TBI Bolivia-Chile, el requisito de legalidad resulta relevante para determinar tanto el ámbito de aplicación del Tratado como el alcance del consentimiento de Bolivia al arbitraje⁷⁷”. Otros tribunales han confirmado que la legalidad de una inversión es un elemento a ser considerado por el tribunal al momento de aplicar las disposiciones sustantivas del tratado pertinente (es decir, al momento de decidir sobre el fondo de la cuestión). Incluso si el requisito de legalidad no está incluido expresamente en el tratado pertinente, los tribunales han determinado que constituye un requisito implícito que tiene sus orígenes en el principio de buena fe del derecho internacional (*Plama*⁷⁸, *Phoenix*⁷⁹).
107. Por lo tanto, la validez de una inversión en virtud de la legislación del Estado receptor es un elemento que determina la protección sustantiva de los tratados de inversión y concierne a todas las obligaciones sustantivas del Estado en virtud del tratado con respecto a la inversión⁸⁰. Esto es aplicable independientemente de si las ilegalidades

⁷² *World Duty Free Company Limited c. República de Kenia*, Caso CIADI N.º ARB/00/7 (“*World Duty Free c. Kenia*”), Laudo de fecha 4 de octubre de 2006.

⁷³ *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*, Caso CIADI N.º ARB/03/24 (“*Plama c. Bulgaria*”), Laudo de fecha 27 de agosto de 2008.

⁷⁴ *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil c. Estonia*, Caso CIADI N.º ARB/99/2 (“*Genin c. Estonia*”), Laudo de fecha 25 de junio de 2001.

⁷⁵ *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CNUDMI (“*Thunderbird c. México*”), Laudo de fecha 26 de enero de 2006.

⁷⁶ Mem. Contestación, ¶ 131.

⁷⁷ Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 255.

⁷⁸ *Plama c. Bulgaria*, Laudo de fecha 27 de Agosto de 2008.

⁷⁹ *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, Caso CIADI N.º ARB/06/5 (“*Phoenix Action c. República Checa*”), Laudo de fecha 15 de abril de 2009.

⁸⁰ La Demandada observa asimismo que el Tribunal está autorizado a aplicar la legislación boliviana de conformidad con la segunda oración del Artículo 42(1) del Convenio CIADI, que dispone que “[a] falta de acuerdo [de las partes sobre las normas de derecho aplicables], el Tribunal aplicará la

eran conocidas por el Estado en el momento de adoptar determinadas medidas con relación a la inversión (*Genin*⁸¹).

108. Además de este requisito de legalidad general, la Demandada sostiene que la legalidad de la inversión en virtud de la legislación del Estado receptor es fundamental para caracterizar a una medida de un Estado como una “expropiación” (*EnCana*⁸², *Generation Ukraine*⁸³, *Thunderbird*⁸⁴). En efecto, sólo los derechos de propiedad cuya existencia y validez estén reconocidas por la legislación del Estado receptor pueden ser objeto de expropiación.
109. En el caso que nos ocupa, las inversiones de las Demandantes eran ilegales e inválidas en virtud de la legislación boliviana desde su origen. Por lo tanto, no constituyen derechos de propiedad debidamente adquiridos y no pueden ser objeto de expropiación. El Tribunal debería aplicar la legislación boliviana a estas cuestiones y concluir que la revocación y declaración de nulidad de las concesiones mineras de las Demandantes no constituyen una expropiación, y por lo tanto el Estado no adeuda compensación alguna.
110. Con respecto a la naturaleza de la supuesta ilegalidad, la Demandada argumenta que las concesiones de las Demandantes se encontraban viciadas por dos clases de ilegalidad: una “ilegalidad originaria” y una “ilegalidad sobreviniente”. Tal como sintetizara la Demandada:

[L]a ilegalidad incurrida por las Demandantes en este caso tiene dos dimensiones: originaria y sobreviniente. La ilegalidad incurrida en la instauración de la inversión (*ilegalidad originaria*) constituye un obstáculo a la aplicación de las garantías sustantivas del Tratado, mientras que la ilegalidad incurrida por las Demandantes en la administración y operación ulterior de la supuesta inversión (*ilegalidad sobreviniente*) impide que se verifiquen los requisitos fácticos de las violaciones alegadas, y justifica las medidas impugnadas⁸⁵.

111. Con respecto a la supuesta ilegalidad originaria, la Demandada sostiene que RIGSSA y NMM, a través del Sr. David Moscoso, obtuvieron las once concesiones

legislación del Estado que sea parte en la diferencia (incluyendo sus normas de derecho internacional privado [...]). (Mem. Contestación, ¶ 130).

⁸¹ *Genin c. Estonia*, Laudo de fecha 25 de junio de 2001.

⁸² *EnCana Corporation c. Ecuador*, LCIA, Laudo de fecha 3 de febrero de 2006.

⁸³ *Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/00/9, Laudo de fecha 16 de septiembre de 2003.

⁸⁴ *Thunderbird c. México*, Laudo de fecha 26 de enero de 2006.

⁸⁵ Dúplica, ¶ 52, pág. 19.

mineras de manera irregular en virtud de la legislación boliviana, por las siguientes razones⁸⁶:

- a. Las solicitudes presentadas por RIGSSA para siete de las concesiones no cumplían con los requisitos legales en lo que respecta a la personería jurídica del mandante (RIGSSA) y el mandatario (Sr. Moscoso). Esto constituye una violación del procedimiento establecido en el Artículo 126 del Código de Minería⁸⁷ para la obtención de concesiones mineras, así como de las normas sobre capacidad previstas en el Artículo 33 del Código de Comercio⁸⁸.
- b. Las cuatro concesiones mineras obtenidas por NMM en el año 2002 fueron otorgadas a pesar del hecho de que el peticionario no presentó el poder adecuado para actuar en este procedimiento. De hecho, la Superintendente Regional de Minas de Tupiza y Tarija, la Sra. Pilar Vila Cortés, quien fuera responsable de otorgar las concesiones a NMM, fue investigada y consecuentemente destituida de su cargo por las irregularidades serias en el otorgamiento de esas concesiones⁸⁹.
- c. Las resoluciones constitutivas de algunas de estas concesiones mineras fueron emitidas fuera del término previsto en el Artículo 134 del Código de Minería⁹⁰.
- d. Ni RIGSSA ni NMM se encontraban registradas en el Servicio Técnico de Minas, "SETMIN"), según lo exigía el Artículo 122 del Código de Minería.
- e. Los expedientes de las concesiones Cancha I y Cancha II fueron alterados, porque la fecha de las resoluciones que otorgaron las concesiones es anterior al pago de las patentes de minería⁹¹. Bolivia argumenta asimismo que debido a que las resoluciones de Cancha I y Cancha II otorgaron concesiones al Sr. David Moscoso en lugar de a NMM, estos actos administrativos carecen de validez⁹².

⁸⁶ An. R-244 a An. R-254.

⁸⁷ An. CD-6.

⁸⁸ An. R-255.

⁸⁹ An. R-259.

⁹⁰ An. CD-6.

⁹¹ Dúplica, ¶¶ 38-40.

⁹² Dúplica, ¶ 34.

112. La Demandada sugiere asimismo que el Sr. Moscoso y el Sr. Ugalde abusaron de sus antiguos cargos en el Ministerio de Minería a fin de impulsar la adopción de la *Ley Valda*, con el fin último de obtener las concesiones⁹³.
113. Con respecto a la supuesta ilegalidad sobreviniente, Bolivia afirma que las auditorías realizadas de conformidad con la Ley 2.564 identificaron irregularidades en la operación de algunas de las concesiones de las Demandantes. Específicamente, la Demandada asevera que las concesiones de las Demandantes violaron la legislación nacional en materia tributaria, aduanera, de seguridad industrial, medioambiental y laboral⁹⁴.
114. Además, la Demandada argumenta que las Demandantes operaron las concesiones mineras hasta el año 2004 sin realizar inversiones o prospecciones. Según la Demandada, durante los dos años y medio que NMM operó en el Salar de Uyuni, las Demandantes no efectuaron inversión alguna para mejorar la producción de ulexita y se limitaron a operar los frentes de producción que ya existían. La extracción, procesamiento y transporte de la ulexita eran artesanales, apoyados por los medios locales y no involucraron inversión alguna en infraestructura. Además, Bolivia alega que las Demandantes no realizaron ninguna de las inversiones mencionadas en el primer dictamen pericial económico⁹⁵. Con respecto a la exploración, la Demandada sostiene que las Demandantes no realizaron ninguna prospección o estudio de reservas. En cambio, se basaron exclusivamente en el Informe Aquater-EniChem que les entregara el Sr. Moscoso.

b. La posición de las Demandantes

115. Las Demandantes sostienen que los argumentos de ilegalidad de la Demandada tratan de establecer que las Demandantes no efectuaron una inversión (o al menos, una inversión protegida por el TBI) y que estos argumentos ya fueron desestimados en la Decisión sobre Jurisdicción. En cualquier caso, las Demandantes rechazan las alegaciones de ilegalidad de la Demandada.
116. Con respecto a los argumentos de ilegalidad originaria de la Demandada, las Demandantes niegan que las concesiones fueran obtenidas a través de fraude, corrupción o en violación de la legislación boliviana. Las acusaciones de fraude y

⁹³ Mem. Contestación, ¶¶ 36-51, 123.

⁹⁴ Mem. Contestación, ¶ 84.

⁹⁵ Primer Dictamen Pericial de Navigant, ¶¶ 124-127.

corrupción de la Demandada contra el Sr. Moscoso y el Sr. Ugalde son falsas. En primer lugar, el Sr. Moscoso y el Sr. Ugalde dejaron la función pública mucho tiempo antes de establecer RIGSSA y de obtener una participación en las concesiones. En segundo lugar, la Demandada no ha proporcionado pruebas de conexión alguna entre el Sr. Moscoso y el Sr. Ugalde y la adopción de la Ley Valda. En efecto, según las Demandantes, “los hechos parecen indicar que la Ley Valda fue adoptada para facilitar la operación de la colosal mina de plata San Cristóbal, ubicada en el extremo sur de la antigua reserva fiscal del Salar de Uyuni⁹⁶” [Traducción del Tribunal].

117. Las Demandantes niegan asimismo haber cometido violaciones de la legislación boliviana en la adquisición de las concesiones que pudieran convertirlas en nulas. Específicamente:

- a. En lo que respecta a las primeras siete concesiones, las Demandantes sostienen que el Sr. Moscoso y RIGSSA cumplieron con todos los requisitos jurídicos pertinentes cuando las solicitaron ante la Superintendente Regional de Minas de Tupiza y Tarija⁹⁷. En particular, declaran que el Sr. Moscoso presentó todos los poderes necesarios. Aunque reconocen que en ese momento esos poderes no se encontraban inscritos en el Registro de Comercio, argumentan que su inscripción no constituía un requisito para la validez del acto jurídico, y en cualquier caso, posteriormente los poderes fueron presentados e inscritos ante el Registro de Comercio. Las Demandantes alegan asimismo que el Sr. Moscoso cumplió con la obligación de presentar información relacionada con el petitionario de conformidad con la práctica jurídica boliviana, y que la Superintendente de Minas quedó satisfecha con la información proporcionada. Los requisitos de la Resolución Administrativa 18/04 no eran aplicables, en tanto esta resolución fue dictada cuatro años después de que se adjudicaran las concesiones. Por último, el Artículo 33 del Código de Comercio crea una obligación para los jueces, no para las autoridades administrativas ni tampoco para las Demandantes.
- b. Con respecto a las cuatro concesiones adquiridas por NMM directamente, las Demandantes sostienen que el poder que el Sr. Moscoso presentó para sí y para el Sr. Omar León fue suficiente⁹⁸. En lo que se refiere a la destitución de la

⁹⁶ Réplica, ¶ 25.

⁹⁷ Réplica, ¶¶ 52-61.

⁹⁸ Réplica, ¶ 62; An. R-251, R-252, R-253 y R-254.

Superintendente Regional de Minas de Tupiza y Tarija en relación con la adjudicación de estas concesiones, señalan que cualquier error cometido por esta última no es atribuible a las Demandantes y resalta que la Demandada “acusa a sus propias autoridades administrativas de violaciones a la legislación e incluso fraude, en aras de negar la legalidad de las Concesiones de las Demandantes⁹⁹” [Traducción del Tribunal]. En cualquier caso, las Demandantes afirman que “tampoco deben responder por eventuales errores en las decisiones administrativas de la Superintendente de Minas de Tupiza, la propia autoridad administrativa de la Demandada¹⁰⁰” [Traducción del Tribunal].

- c. Con respecto a la demora en la emisión de las resoluciones constitutivas de algunas de las concesiones fuera del término previsto por la ley, las Demandantes alegan que las demoras fueron ocasionadas por el Director del Servicio Técnico de Minas (SETMIN). En cualquier caso, el Artículo 134 del Código de Minería impone un límite de tiempo de 15 días a la Superintendente de Minas, no a los peticionarios de una concesión. Además, argumentan que las demoras en el procedimiento y emisión de peticiones para nuevas concesiones son muy comunes y no se encuentran sancionadas con la nulidad de la actuación administrativa¹⁰¹.
- d. Por último, las Demandantes sostienen que la Demandada trata de inducir al Tribunal al error al afirmar que ni RIGSSA ni NMM se encontraban inscritas ante el SETMIN, en violación del Artículo 122 del Código de Minería. Las Demandantes explican que, conforme al Artículo 122 del Código de Minería, el SETMIN debe llevar un registro de las concesiones mineras, actos y contratos mineros, pero no inscribir a las compañías mineras. Por lo tanto, NMM y RIGSSA no podrían haber sido inscritas en el Registro Minero¹⁰².

118. Las Demandantes observan además que el Decreto de Revocación revocó las concesiones por motivos no relacionados con las violaciones formales que actualmente se alegan. Según las Demandantes, “estas supuestas ‘irregularidades’ fueron invocadas por primera vez en los escritos de anulación *ex post*, como parte de la estrategia de defensa de Bolivia¹⁰³” [Traducción del Tribunal].

⁹⁹ Réplica, ¶ 66.

¹⁰⁰ Réplica, ¶ 73.

¹⁰¹ Réplica, ¶¶ 67-69, en la que se cita el Artículo 36.III de la Ley de Procedimiento Administrativo.

¹⁰² Réplica, ¶ 65.

¹⁰³ Réplica, ¶ 50.

119. Las Demandantes observan asimismo que la Demandada no hizo referencia a estas supuestas irregularidades formales en sus Objeciones a la Jurisdicción. Bolivia “actualmente pretende utilizarlas con un doble propósito: negar la jurisdicción del Tribunal y justificar la anulación *ex post* de las Concesiones. Ambas cuestiones han devenido abstractas: el Tribunal ya ha confirmado su jurisdicción y las Concesiones fueron revocadas antes de que fueran anuladas. En efecto, las Concesiones no podrían haber sido ‘revocadas’ si eran ‘nulas’ desde el comienzo mismo¹⁰⁴” [Traducción del Tribunal].
120. En cualquier caso, las Demandantes sostienen que, tal como determinara el Tribunal en su Decisión sobre Jurisdicción, el requisito de legalidad del TBI no se extiende a incumplimientos triviales de la legislación local. En particular, las Demandantes argumentan que estas supuestas irregularidades “no podrían ser de ninguna manera indicativas de un intento de las Demandantes planeado minuciosamente en pos de evadir los requisitos de la legislación boliviana¹⁰⁵” [Traducción del Tribunal].
121. En cuanto a los reclamos de ilegalidad sobreviniente, las Demandantes sostienen que “los supuestos incumplimientos de la legislación minera, comercial o administrativa son inexistentes o completamente triviales¹⁰⁶” [Traducción del Tribunal]. En lo que se refiere a los supuestos incumplimientos medioambientales, las Demandantes argumentan que NMM cumplió “en todo momento con todos los requisitos ambientales y todas las reglamentaciones ambientales¹⁰⁷” y critican la utilización por parte de Bolivia de un argumento circular, “[p]ues la Demandada ha tratado de convencer al Tribunal y a nosotros también que la falta de una licencia ambiental podría servir de justificación para el acto expropiatorio, mientras que esa licencia ambiental había sido revocada [ilegalmente] por ese mismo gobierno el mismo día de la expropiación¹⁰⁸”.
122. Por último, las Demandantes rechazan la afirmación de Bolivia de que operaron las concesiones mineras hasta el año 2004 sin realizar inversiones o prospecciones, de la siguiente manera:

¹⁰⁴ Réplica, ¶ 51.

¹⁰⁵ Réplica, ¶ 73.

¹⁰⁶ Réplica, ¶ 220, se omitió la nota al pie.

¹⁰⁷ Tr., Día 3, 778:22-779:2.

¹⁰⁸ Tr., Día 3, 784:2-8.

El Tribunal se declaró “satisfecho de que los aportes originarios y ulteriores de Quiborax y NMM cumplen con el requisito de aporte para el test de ‘inversión’ del Artículo 25(1) del Convenio CIADI”. La Decisión sobre Jurisdicción del Tribunal no deja lugar a dudas de que las Demandantes realizaron una inversión en Bolivia. Tampoco hay lugar para que la Demandada, una vez más, afirme lo contrario en sus presentaciones sobre el fondo de la cuestión¹⁰⁹ [Traducción del Tribunal].

123. En síntesis, las Demandantes afirman que los reclamos de ilegalidad de la Demandada no pasan el umbral fijado por el Tribunal en su Decisión sobre Jurisdicción¹¹⁰, y los casos citados por la Demandada tampoco interpretan el requisito de legalidad en forma más amplia que la Decisión sobre Jurisdicción. Por lo tanto, los incumplimientos triviales de la legislación local alegados por la Demandada no deberían dejar a las Demandantes sin la protección del tratado ni justificar lo que de otro modo sería una confiscación ilegal de sus derechos.

c. Análisis

124. La Demandada sostiene que las inversiones de las Demandantes se encontraban afectadas por dos clases de ilegalidad: una ilegalidad con relación a la instauración de la inversión (es decir, una ilegalidad originaria) y una ilegalidad en su ulterior administración y operación (es decir, una ilegalidad sobreviniente). El Tribunal entiende que el argumento de la Demandada tiene tres elementos:
- a. En primer lugar, las Demandantes no efectuaron ni operaron una inversión de conformidad con la legislación boliviana y, por lo tanto, no pueden beneficiarse de las protecciones sustantivas del TBI.
 - b. En segundo lugar, la adquisición de las concesiones mineras de las Demandantes fue ilegal y por lo tanto las concesiones fueron nulas *ab initio*. En consecuencia, las Demandantes no tenían derecho alguno sobre esas concesiones susceptible de expropiación.
 - c. En tercer lugar, la revocación y ulterior anulación de las concesiones de las Demandantes estuvieron justificadas por los incumplimientos de la legislación boliviana en el establecimiento y operación de estas concesiones por parte de las Demandantes. Por lo tanto, estas medidas son medidas punitivas aplicadas en el ejercicio legítimo de los poderes de policía del Estado, y no expropiaciones.

¹⁰⁹ Réplica, ¶ 80.

¹¹⁰ Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 237.

125. A continuación el Tribunal analizará los primeros dos argumentos. Abordará el tercer argumento en el contexto de su análisis de si hubo una expropiación (Sección VI.A.4 *infra*).

i. El argumento de Bolivia de que las inversiones de las Demandantes no se encuentran protegidas por el TBI

126. El primer elemento del argumento de ilegalidad de Bolivia es que las inversiones de las Demandantes no fueron realizadas ni operadas de conformidad con la legislación boliviana y que, en consecuencia, no pueden beneficiarse de las protecciones sustantivas del TBI.

127. En opinión del Tribunal, una inversión puede beneficiarse de las protecciones sustantivas del TBI si califica como inversión en virtud del TBI y en virtud del Convenio CIADI, si la inversión satisface el requisito de legalidad del TBI, y si no se le niegan los beneficios del TBI como consecuencia de una disposición específica en el TBI (en virtud de una cláusula de “denegación de beneficios”). En la Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal determinó que las inversiones de Quiborax y NMM calificaban como inversiones tanto en virtud del TBI¹¹¹ como en virtud del Artículo 25(1) del Convenio CIADI¹¹². Bolivia no invocó en esa etapa (ni tampoco lo hace ahora) las cláusulas de denegación de beneficios receptadas en los Artículos I.1.c y II del Protocolo del TBI Bolivia-Chile.

128. En relación con el requisito de legalidad, en la Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal concluyó que éste tenía tanto limitaciones en razón de la materia como temporales, de la siguiente manera:

El alcance del requisito de legalidad en razón de la materia se limita a (i) violaciones no triviales del orden jurídico del Estado receptor [...], (ii) violaciones del régimen de inversiones del Estado receptor [...], y (iii) fraude – por ejemplo, para obtener la inversión [...] o ganancias [...]. Asimismo, conforme a este TBI, el alcance temporal del requisito de legalidad se limita a la instauración de la inversión; no se extiende a su operación ulterior. En efecto, el Tratado se refiere al requisito de legalidad en participio pasado, empleando el vocablo inversión que se “haya efectuado” de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado receptor y, en inglés, “*made*” [...]¹¹³.

129. En la medida que las alegaciones de la Demandada se refieran a la operación o funcionamiento de la inversión (alegaciones de “ilegalidad sobreviniente” de Bolivia),

¹¹¹ Decisión sobre Jurisdicción, ¶¶ 210-211.

¹¹² Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 237.

¹¹³ Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 266. Se omitieron las notas al pie.

no son de relevancia para la disponibilidad de las protecciones sustantivas del TBI. En cambio, son cuestiones de fondo que el Tribunal abordará cuando determine si la Demandada incumplió sus obligaciones en virtud del TBI¹¹⁴. Por el contrario, en la medida que las alegaciones de ilegalidad de la Demandada se refieran a la instauración de la inversión (alegaciones de “ilegalidad originaria” de Bolivia) estas caen bajo el alcance temporal del requisito de legalidad del TBI. Sin embargo, estas alegaciones pretenden reabrir una cuestión que se resolvió durante la etapa jurisdiccional.

130. Que la investigación del Tribunal en esa instancia estuviera dirigida a establecer la jurisdicción no le quita importancia al hecho de que el Tribunal confirmó que las inversiones de las Demandantes se realizaron de conformidad con la legislación boliviana. Esta conclusión es asimismo aplicable a la aplicación de las protecciones sustantivas del TBI. Sólo la alegación de una ilegalidad que fuera desconocida para Bolivia durante la etapa jurisdiccional puede justificar la reapertura de la cuestión en la etapa de fondo.
131. Bolivia ahora sostiene que las concesiones mineras de las Demandantes fueron obtenidas originalmente por el Sr. David Moscoso y el Sr. Álvaro Ugalde a través de un abuso de su cargo como ex funcionarios del Ministerio de Minería. Específicamente, Bolivia sostiene que las concesiones de las Demandantes “fueron el resultado de un proceso irregular que benefició indebidamente a funcionarios públicos que conocían, por sus funciones, la naturaleza y localización precisa de la riqueza mineral del Salar [de Uyuni], Álvaro Ugalde y David Moscoso, quienes habían ejercido cargos en el Ministerio de Minería (Viceministro y Director Jurídico, respectivamente)”¹¹⁵. En efecto, Bolivia declara que la Ley Valda fue adoptada en circunstancias dudosas y sugiere que el Sr. Moscoso puede haber cumplido un papel en esta adopción:

El interés personal del senador Valda en redefinir la extensión de la Reserva Fiscal del Gran Salar de Uyuni no es claro. Según entendemos, la hermana del senador Valda era (o había sido), la secretaria personal del Sr. David Moscoso, por lo que éste pudo haber impulsado el proyecto de ley¹¹⁶.

¹¹⁴ Véase, por ejemplo, *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/07/26, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 19 de diciembre de 2012, ¶ 260. Véase asimismo *Jan Oostergetel y Theodora Laurentius c. República Eslovaca*, CNUDMI, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 30 de abril de 2010, ¶ 176.

¹¹⁵ Mem. Contestación, ¶ 123.

¹¹⁶ Mem. Contestación, ¶ 45, se omitió la nota al pie.

132. Bolivia no puso de manifiesto estos argumentos durante la etapa jurisdiccional, aunque contaba con todos los elementos necesarios para hacerlo. Como tal, la objeción podría rechazarse de plano. Sin embargo, debido a la gravedad de la acusación, el Tribunal ha considerado la alegación de la Demandada y ha analizado las pruebas aducidas para sustentarla.
133. Habiéndolo hecho, el Tribunal determina que las pruebas a las que hace referencia Bolivia en respaldo de su afirmación¹¹⁷ no son concluyentes. Específicamente:
- a. Bolivia cita el “Comentario sobre el Código de Minería de 1997” del ex senador Martín Quirós Alcalá para afirmar que detrás de la adopción de la Ley Valda había “manos criminales”. Sin embargo, el documento simplemente menciona que parte de los medios de comunicación sostenían que había habido una “mano criminal” detrás de la “adulteración” del proyecto de ley de Quirós, que comprendía una propuesta distinta de aquella que se adoptaría finalmente en la Ley Valda¹¹⁸. No hay mención alguna ni del Sr. Moscoso ni del Sr. Ugalde, tampoco indicación alguna de quién podría ser, si la hubiera, esta “mano criminal”.
 - b. Las Demandantes han refutado de manera persuasiva la existencia de una conexión entre el Sr. Moscoso y el Senador Valda: la hermana del Senador Valda trabajó como secretaria en una compañía minera de oro en la que el Sr. Moscoso fue director de asuntos legales entre el mes de julio de 1994 y el mes de enero de 2001. Sin embargo, trabajaban en oficinas ubicadas en diferentes ciudades, la hermana del Senador Valda nunca fue la secretaria del Sr. Moscoso, y no se ha establecido que trabajaran en la compañía en el mismo momento¹¹⁹.
 - c. Parece indiscutible que los Sres. Moscoso y Ugalde dejaron la función pública mucho tiempo antes de obtener una participación en las concesiones (1985 y 1979, respectivamente). De conformidad con los Artículos 18 y 19 del Código de Minería¹²⁰, las restricciones sobre los funcionarios públicos para obtener una participación en las concesiones mineras se limitan a los primeros tres meses posteriores a la cesación de la función pública.

¹¹⁷ Ans. R-227, CD-10, CD-28, CD-38, R-243, R-22 y R-240.

¹¹⁸ An. R-227, pág. 272.

¹¹⁹ Réplica, ¶ 37.

¹²⁰ An. CD-6.

134. Por todo lo expuesto, el Tribunal no puede sino desestimar el argumento de la Demandada de que se debería negar a las inversiones de las Demandantes la protección sustantiva del TBI por no haber sido realizadas ni operadas de conformidad con la ley.

ii. El argumento de Bolivia de que las concesiones de las Demandantes eran nulas *ab initio* y por lo tanto, no son susceptibles de expropiación

135. La segunda faceta del argumento de ilegalidad de la Demandada es que, debido a que las concesiones de las Demandantes fueron obtenidas de manera irregular, son nulas *ab initio*. En consecuencia, las Demandantes carecían de derecho alguno que fuera susceptible de expropiación. El Tribunal está de acuerdo con la Demandada en que, para que un derecho sea expropiado, primero debe existir en virtud de la legislación nacional pertinente (en este caso, la legislación boliviana).

136. En este respecto, el Tribunal resalta que ya ha sostenido en su Decisión sobre Jurisdicción que las inversiones de las Demandantes se realizaron en forma válida en virtud de la legislación boliviana. El Tribunal no puede sino observar que la Demandada no hizo estas alegaciones durante la etapa jurisdiccional, en el momento en que se debatía la legalidad de las inversiones de las Demandantes.

137. Sea como fuere, el Tribunal no puede seguir el argumento de la Demandada en cuanto al fondo. Las supuestas ilegalidades que la Demandada en este momento trae a consideración del Tribunal se plantearon por primera vez en las declaraciones de anulación de las concesiones. En efecto, el día 28 de octubre de 2004, se anularon las concesiones por incumplimiento de los Artículos 126 y 128 del Código de Minería, en razón de “impersonería en el mandante y mandatario” (es decir, falta de capacidad o representación jurídica suficiente del mandante y mandatario¹²¹). Esta anulación tuvo lugar a los cuatro meses de la revocación de las concesiones por distintas causales. Como señalan las Demandantes, si las concesiones hubiesen sido otorgadas de manera indebida, habrían sido anuladas o declaradas nulas en primer lugar, no revocadas.

138. Tal como se analiza en la Sección VI.A.4 *infra*, la anulación de las concesiones por estas causales formales parece haber sido una forma de “control de daños” por parte de la Demandada para hacer definitiva la terminación de las concesiones después de

¹²¹ An. R-276; véase ¶ 31 *supra*.

que se hubiese cuestionado la legalidad del Decreto de Revocación. En efecto, en el Memo InterMinisterial del año 2004, los miembros del Gobierno boliviano consideraron precisamente esta estrategia de defensa en relación con la demanda bajo el TBI de las Demandantes:

SEGUNDO ESCENARIO – El Gobierno boliviano puede intentar la defensa de sus decisiones. Lamentablemente, la revocación de las concesiones mineras no está prevista en el Código de Minería, por lo que dicha opción tiene una gran debilidad. Otra alternativa es tratar de demostrar vicios en la tramitación de las concesiones originales de la empresa Non Metallic Minerals S.A. con el propósito de demostrar que las mismas son nulas y siempre lo fueron. Por el momento esta es la mejor alternativa en la que se ha podido pensar¹²².

139. Esto sugiere con fuerza que la anulación de las concesiones por las causales formales citadas *supra* fue un intento *ex post* para mejorar la defensa de Bolivia en este procedimiento arbitral, no un ejercicio *bona fide* de los poderes de policía de Bolivia. Sugiere asimismo que las supuestas irregularidades fueron fabricadas o bien se trataron de incumplimientos triviales que normalmente no justificarían la anulación de una concesión. Si bien el Memo InterMinisterial del año 2004 es de fecha ulterior a las declaraciones de anulación, confirma el curso de acción adoptado por el Gobierno al establecer que “[p]or el momento, esta es la mejor alternativa en la que se ha podido pensar”¹²³.
140. En cualquier caso, el Tribunal considera que las Demandantes han establecido que los errores alegados por Bolivia son inexistentes o no están sujetos a la sanción de anulación de las concesiones. Lo hicieron respecto de las primeras siete concesiones obtenidas por RIGSSA de la siguiente manera:
- a. Las Demandantes han demostrado que las peticiones para cada concesión contienen los poderes de RIGSSA al Sr. Moscoso¹²⁴.
 - b. Las Demandantes reconocen que estos poderes no fueron inscritos en el Registro de Comercio. No obstante, aunque el Artículo 29(5) del Código de Comercio impone la obligación de inscribir “todo acto en virtud del cual se confiera, modifique, sustituya o revoque la facultad de administración general o especial de bienes o negocios del comerciante¹²⁵”, el no hacerlo no está

¹²² An. CD-68.

¹²³ An. CD-68.

¹²⁴ An. R-244 a An. R-250.

¹²⁵ El texto completo dispone: “Art. 29.- (ACTOS Y CONTRATOS SUJETOS A INSCRIPCION). Deben inscribirse en el Registro de Comercio: [...] 5) todo acto en virtud del cual se confiera, modifique,

sancionado con la nulidad del poder. En cambio, el Artículo 34 del Código de Comercio dispone que la falta de matrícula de actos y documentos sujetos a inscripción será sancionada con una multa impuesta por el Registro¹²⁶. Además, el Artículo 31 dispone que los actos o documentos sujetos a inscripción surten efectos contra terceros sólo a partir del momento de su inscripción¹²⁷.

- c. Las Demandantes afirman que el Sr. Moscoso presentó los poderes, debidamente inscritos, a la Superintendente de Minas en el mes de enero de 2002¹²⁸. El Tribunal observa que el An. R-256, que las Demandantes invocan en respaldo de esta afirmación, pareciera ser una solicitud para agregar determinados poderes a los expedientes originales de la concesión. Sin embargo, los poderes mismos no se encuentran adjuntos, ni tampoco una copia de su inscripción en el Registro de Comercio, por lo que el Tribunal no puede confirmar la veracidad de esta afirmación. Dicho eso, como la falta de inscripción no se encuentra sancionada con la nulidad del poder, el Tribunal no considera que este hecho sea determinante.
- d. El Tribunal considera que en otros aspectos las Demandantes han cumplido con la práctica general en la Superintendencia de Minas con respecto al Artículo 126 del Código de Minería, que exige que el peticionario presente información general respecto de la ley del peticionario ("*datos [...] generales de ley del peticionario*"). La Demandada no ha demostrado que esta expresión exigiera documentos específicos, y la Superintendente de Minas podría haber solicitado otros documentos si hubiera considerado que los documentos presentados no eran suficientes. Además, la Resolución Administrativa 18/04, que requiere la presentación del acta constitutiva de una compañía, fue dictada en el mes de noviembre de 2004. En cualquier caso, la Resolución Administrativa otorga al

sustituya o revoque la facultad de administración general o especial de bienes o negocios del comerciante". (An. R-255).

¹²⁶ El Artículo 34 del Código de Comercio de Bolivia dispone: "Art. 34.- (SANCIÓN). La persona que ejerza habitualmente el comercio sin estar matriculada en el Registro de Comercio, será sancionada con multa que impondrá este Registro, sin perjuicio de las demás sanciones legales. Igual sanción se aplicará cuando se omita la inscripción de los actos y documentos sujetos a registro." An. R-255.

¹²⁷ El Artículo 31 del Código de Comercio de Bolivia dispone: "Art. 31.- (EFECTOS DE LA MATRICULA E INSCRIPCION). La matrícula puede solicitarse al empezar el giro o dentro del mes que le siga, si el reglamento no fija un término para ello. Empero, los actos y documentos sujetos a inscripción no surten efectos contra terceros sino a partir de la fecha de su inscripción. Ninguna inscripción puede hacerse alterando el orden de su presentación." An. R-255.

¹²⁸ Réplica, ¶ 54.

petionario la oportunidad de subsanar la omisión dentro de los 15 días anteriores al archivo de la petición¹²⁹.

- e. Por último, si bien el Artículo 33 del Código de Comercio dispone que los jueces deben exigir a los comerciantes que acrediten su matrícula ante el Registro de Comercio, esta es una obligación impuesta a los jueces, no a las Demandantes¹³⁰.

141. De manera similar, el expediente no substancia los defectos alegados con respecto a las cuatro concesiones adquiridas directamente por NMM:

- a. Las Demandantes han acreditado que el Sr. Moscoso efectivamente presentó un poder para actuar en nombre y representación de NMM, que fue otorgado por el gerente general de NMM, el Sr. Omar León¹³¹. Aunque el poder para el Sr. Omar León no se encuentra adjunto, el notario ante quien fue otorgado este poder 631/2001 (An. R-251) certificó que el Sr. León representaba debidamente a NMM en función del "Poder Especial de Administración" N.º 531/2001 expedido el día 2 de octubre de 2001 y otorgado ante ese mismo notario¹³². Dado el papel del notario público como ministro de fe, el Tribunal considera que esto es suficiente para establecer la autoridad del Sr. León para representar a NMM.
- b. Con respecto a la destitución de la Superintendente Regional de Minas de Tupiza y Tarija, el Tribunal está de acuerdo con las Demandantes en que cualquier error en que ella hubiera incurrido no puede atribuirse a las Demandantes.

142. Asimismo, el Tribunal concluye que la demora en la emisión de las resoluciones constitutivas de las concesiones "Tete", "Pococho" y "La Negra" más allá del plazo

¹²⁹ An. R-257.

¹³⁰ El Artículo 33 del Código de Comercio dispone: "Los jueces ante quienes ocurren los comerciantes deben exigir a éstos que acrediten previamente su matrícula del Registro de Comercio" (An. R-255).

¹³¹ Véase Poder 631/2001 de fecha 19 de noviembre de 2011, incluido en An. R-251 (págs. 35-36), R-252 (págs. 34-35), R-253 (págs. 11-12) y R-254 (págs. 12-13).

¹³² El Poder 631/2001 establece que "'OMAR ANDRES LEON PEREZ [...] en su condición de APODERADO ESPECIAL ESPECIAL [sic] de [NMM] [...] y debidamente facultado para este acto en mérito a los incisos f) y h) del poder General de Administración N° 531/2001 de fecha 2 de Octubre de 2001 [...] confiere PODER ESPECIAL Y SUFICIENTE, cual por derecho se requiere en favor del señor DAVID MOSCOSO RUIZ [...] para que en nombre y representación de [NMM] para su legal representación actúe con plena capacidad y poder para solicitar concesiones mineras conforme al Código de Minería vigente, a nombre de la sociedad mandante, ubicadas en la jurisdicción de la provincia Nor Lipez del departamento de Potosí [...]."

fijado en el Artículo 134 del Código de Minería no puede tener el efecto de tornar las concesiones nulas por las siguientes razones:

- a. La Ley de Procedimiento Administrativo General invocada por la Demandada se emitió el 23 de abril de 2002 y entró en vigor doce meses después en 2003¹³³, mientras que las concesiones en cuestión se otorgaron en los años 2000 y 2002¹³⁴.
- b. Asumiendo hipotéticamente que las disposiciones de esta ley fueran aplicables a la situación que nos ocupa, el incumplimiento por parte de la Superintendente de Minas del plazo impuesto en el Artículo 134 del Código de Minería no parece dar lugar a la nulidad de la concesión. Si bien tal disposición establece que, en el caso de que el Superintendente no cumpliera con el plazo de quince (15) días para otorgar las concesiones luego de la preparación del plan de concesión definitivo por parte del SETMIN, aquél ya no gozará de competencia¹³⁵, el otorgamiento de las concesiones no es nulo de pleno derecho. De conformidad con el Artículo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, son nulos de pleno derecho los actos administrativos dictados por una autoridad administrativa sin competencia si dicha incompetencia se relaciona con la materia o el territorio¹³⁶. Aquí, sin embargo, el vicio deriva del incumplimiento de un plazo perentorio, de manera que la sanción aplicable es aquella prevista en el Artículo 36(III): "La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo dará lugar a la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo"¹³⁷. Dado que el plazo se impone a fin de acelerar el procedimiento en beneficio de los solicitantes, el Tribunal no cree que la naturaleza del plazo vicie el otorgamiento de la concesión.

¹³³ An. R-258, Disposición Final Segunda.

¹³⁴ An. R-244, R-251 y R-252.

¹³⁵ El Artículo 134 del Código de Minería (An. CD-6) dispone lo siguiente: "Cumplido el requisito señalado en el artículo precedente y en el plazo máximo de quince días calendario desde dicho cumplimiento, bajo sanción de pérdida de competencia, el Superintendente de Minas [...] otorgará la concesión minera mediante resolución constitutiva expresa [...]".

¹³⁶ El Artículo 35(1) de la Ley de Procedimiento Administrativo General (An. R-258) dispone lo siguiente: "Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes: a) Los que hubiesen sido dictados por autoridad administrativa sin competencia por razón de la materia o del territorio; [...]".

¹³⁷ An. R-258.

- c. Aun si el incumplimiento por parte de la Superintendente del plazo establecido en el Artículo 134 del Código de Minería hubiera tornado las concesiones anulables, los actos anulables, contrariamente a los actos nulos de pleno derecho, pueden ser convalidados por un acto posterior de la autoridad administrativa¹³⁸. El Tribunal considera que el hecho de que la Superintendente otorgara las concesiones a pesar del vencimiento del plazo constituye una convalidación semejante.
- d. Incluso si también se asumiera que las concesiones hubieran continuado siendo anulables luego de su otorgamiento por parte de la Superintendente, los actos anulables se consideran válidos hasta tanto sean declarados nulos por una autoridad competente¹³⁹. No está en disputa que las concesiones no se declararon nulas hasta el mes de octubre de 2004 después de su revocación en el mes de junio de 2004. Por ende, las concesiones eran válidas al momento de su revocación.
143. Bolivia también alega que RIGSSA y NMM no fueron inscritas ante el SETMIN y, por lo tanto, no cumplieron con el Artículo 122 del Código de Minería. El Artículo 122 del Código de Minería describe las responsabilidades del SETMIN, incluida la responsabilidad de mantener a nivel nacional una base de datos con toda la documentación minera (122(c)) y de administrar un Registro Minero en el cual se inscriban todos los actos y contratos mineros¹⁴⁰. El Artículo 122 no hace referencia específica a las compañías mineras.
144. Por último, el Tribunal destaca que uno de los principios rectores de la Ley de Procedimiento Administrativo General es el principio de informalismo, según el cual “[l]a inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que puedan ser cumplidas posteriormente, podrán ser excusadas y ello no interrumpirá el procedimiento administrativo” (Artículo 4(l))¹⁴¹. Aunque este texto no entró en vigor hasta después del otorgamiento de las concesiones, sugiere que el

¹³⁸ El Artículo 37(l) de la Ley de Procedimiento Administrativo General (An. R-258) dispone lo siguiente: “Los actos anulables pueden ser convalidados, saneados o rectificadas por la misma autoridad administrativa que dictó el acto, subsanando los vicios de que adolezca”.

¹³⁹ El Artículo 36(IV) de la Ley de Procedimiento Administrativo General (An. R-258) dispone que “[l]as anulabilidades podrán invocarse únicamente mediante la interposición de los recursos administrativos previstos en la presente Ley”.

¹⁴⁰ El Artículo 122(e) del Código de Minería (An. CD-6) establece que, entre las responsabilidades del SETMIN, se encuentra la de “[o]rganizar y mantener el Registro Minero en el cual deberán inscribirse obligatoriamente todos los actos y contratos mineros”.

¹⁴¹ Artículo 4(l) de la Ley de Procedimiento Administrativo General (An. R-258).

derecho administrativo boliviano es más flexible con el incumplimiento de las exigencias formales que lo que la Demandada alega. Sobre la base de esta disposición, el Tribunal no puede aceptar el argumento de la Demandada consistente en que las Demandantes no podrían rectificar los errores en la constitución de las concesiones posteriormente porque el derecho boliviano no lo permite ("no existen en la legislación boliviana procedimientos correctivos de la naturaleza invocada por las Demandantes")¹⁴².

145. El Tribunal también ha considerado el reclamo de la Demandada según el cual los expedientes de las concesiones Cancha I y Cancha II habían sido alterados¹⁴³. El argumento de Bolivia es que la fecha de las resoluciones que adjudicaron las concesiones (10 de julio de 2003¹⁴⁴) es anterior al pago de las patentes mineras (25 de julio de 2003¹⁴⁵). No obstante, el Tribunal resalta que los testimonios notariales de ambas concesiones especifican que las resoluciones son de fecha 30 de julio de 2003¹⁴⁶. En ausencia de más pruebas concluyentes, el Tribunal atribuye mayor importancia a los testimonios notariales, que son documentos emitidos ante un notario público.
146. Bolivia también argumenta que, dado que las resoluciones de Cancha I y Cancha II otorgaron las concesiones al Sr. David Moscoso en lugar de a NMM, estos actos administrativos carecen de validez¹⁴⁷. Si bien las resoluciones incluidas al final de los Anexos R-253 y R-254 efectivamente no mencionan a NMM, las mismas resoluciones que obran en los testimonios notariales pertinentes establecen que las concesiones se otorgan a NMM (Ans. CD-36 y CD-37). En tanto el Sr. Moscoso actuaba en nombre y representación de NMM, puede que la discrepancia se deba a un error de copia que fue rectificado posteriormente en los testimonios notariales. Como antes, al momento de evaluar las pruebas, el Tribunal considera que los testimonios oficiales tienen más pesos.
147. Como cuestión final con respecto a Cancha I y Cancha II, el Tribunal observa que estas concesiones eran campos secos que no se utilizaban para extraer ulexita. Así,

¹⁴² Dúplica, ¶ 30.

¹⁴³ Dúplica, ¶¶ 38-40, con referencia a An. R-253 y An. R-254.

¹⁴⁴ An. R-253 y An. R-254, págs. 39-40 de la numeración original de ambos expedientes.

¹⁴⁵ Véase pág. 36 de la numeración original de ambos expedientes.

¹⁴⁶ An. CD-36 y An. CD-37, pág. 9 de la numeración original de ambos expedientes.

¹⁴⁷ Dúplica, ¶ 34.

aun si las Demandantes no hubieran adquirido estas concesiones en forma válida, su reclamo de daños no se vería afectado.

148. El Tribunal también destaca que la auditoría legal informó que las Demandantes no habían pagado las patentes mineras obligatorias¹⁴⁸. Tal como las Demandantes han reconocido, la falta de pago de las patentes mineras anuales se sanciona con la caducidad de las concesiones (Artículo 65 del Código de Minería). Tras examinar el informe de auditoría legal¹⁴⁹, el Tribunal subraya que el Prefecto de Potosí declaró que las Demandantes no habían pagado las patentes mineras exigidas dentro del plazo aplicable con anterioridad a la adquisición de las concesiones¹⁵⁰. No obstante, los expedientes de las concesiones presentados por la Demandada demuestran que las Demandantes efectivamente pagaron las patentes mineras exigidas al momento de solicitar las concesiones, luego de lo cual las concesiones fueron otorgadas¹⁵¹. La concesión puede ser sancionada con la caducidad sólo una vez que ha sido adjudicada. Dado que el error se rectificó antes del otorgamiento de las concesiones, el Tribunal considera que la sanción de caducidad no es aplicable en este caso. Las Demandantes afirman haber pagado todas las patentes mineras anuales¹⁵², y la Demandada no ha controvertido este punto.
149. Por las razones expuestas, el Tribunal considera que las alegaciones de la Demandada en cuanto a la ilegalidad en la adquisición de las concesiones de las Demandantes no se encuentran bien fundadas y que, al momento del Decreto de Revocatoria, las Demandantes eran titulares de derechos respecto de las concesiones que eran susceptibles de expropiación.

3. El argumento de la Demandada según el cual los reclamos de las Demandantes son prematuros

a. La posición de la Demandada

150. La Demandada argumenta que las Demandantes no han hecho intentos razonables a fin de lograr la revocación de las supuestas violaciones del TBI por parte de Bolivia

¹⁴⁸ An. R-240, pág. 11.

¹⁴⁹ El Tribunal resalta que este documento parece estar incompleto y sólo es parcialmente legible.

¹⁵⁰ An. R-240, pág. 11.

¹⁵¹ An. R-244, pág. 24; An. R-245, pág. 38; An. R-246, pág. 24; An. R-247, pág. 24; An. R-248, pág. 24; An. R-249, pág. 30; An. R-250, pág. 23; An. R-251, pág. 56; An. R-252, pág. 66; An. R-253, pág. 59; An. R-254, pág. 60.

¹⁵² Réplica, ¶ 183.

ante los tribunales locales y que, por consiguiente, sus reclamos son prematuros. Más específicamente, Bolivia alega que las Demandantes no han hecho intentos razonables a fin de lograr la derogación del Decreto de Revocatoria, lo que ha privado al Estado de la oportunidad de subsanar su conducta pretendidamente reprochable¹⁵³.

151. Según la Demandada, dichos intentos razonables son un elemento constitutivo de una violación del tratado y del derecho internacional. Precisa que "[e]sta exigencia no puede ni debe confundirse con un requisito procesal de agotar los recursos internos antes de acudir a un tribunal internacional. Establece, por el contrario, que un ilícito internacional sólo puede constituirse mediante una decisión definitiva del Estado que afecte los derechos del inversionista"¹⁵⁴.
152. En este aspecto, la Demandada alega que las Demandantes notificaron la existencia de una controversia en virtud del TBI antes de que las concesiones mineras se hubieran restituido al Estado¹⁵⁵. Afirma que RIGSSA interpuso una apelación con respecto a siete de las concesiones, que fue desestimada por ser extemporánea¹⁵⁶. Con excepción de ello, las Demandantes no realizaron esfuerzo o intento razonable alguno por impugnar los actos legislativos y administrativos que ahora describen como violaciones del TBI y del derecho internacional. En consecuencia, tal como la Demandada alega, este Tribunal Arbitral debe desestimar todos los reclamos de las Demandantes por ser prematuros.

b. La posición de las Demandantes

153. Las Demandantes sostienen que sus reclamos no son prematuros y fueron planteados de conformidad con el Artículo X del TBI Bolivia-Chile.
154. En particular, las Demandantes alegan que "no tenían obligación alguna en virtud del TBI de solicitar resarcimiento ante los tribunales locales"¹⁵⁷ [Traducción del Tribunal] antes de someter un reclamo a arbitraje internacional, y rechazan la noción de "una obligación general de solicitar resarcimiento ante los tribunales locales antes de recurrir al arbitraje internacional" [Traducción del Tribunal] invocada por la

¹⁵³ Mem. Contestación, ¶ 105.

¹⁵⁴ Mem. Contestación, ¶ 107 (énfasis en el original).

¹⁵⁵ An. CD-58 y An. CD-59.

¹⁵⁶ An. R-277.

¹⁵⁷ Réplica, ¶ 201.

Demandada¹⁵⁸. Por el contrario, con arreglo al Artículo X del TBI Bolivia-Chile, las Demandantes pueden plantear sus reclamos o bien en el marco de un proceso local, o bien en el contexto del arbitraje internacional, pero no pueden recurrir a ambos. En el caso que nos ocupa, las Demandantes arguyen que ellas optaron por recurrir al arbitraje CIADI, ya que su experiencia en Bolivia y la coyuntura social y política del país al momento de la expropiación les hizo creer que no podrían obtener una sentencia imparcial en Bolivia. El derecho de NMM a recurrir a un proceso local a efectos de impugnar el Decreto N.º 27.589 carece de relevancia para el derecho de las Demandantes de iniciar un procedimiento de arbitraje internacional en virtud del TBI.

155. Las Demandantes aseveran que Bolivia intenta imponer una obligación de agotar los recursos internos, que puede constituir un requisito de un reclamo de denegación de justicia, pero no de un reclamo de expropiación. Asimismo, conforme al Artículo 26 del Convenio CIADI, los Estados Contratantes han renunciado al requisito de agotamiento de los recursos locales como condición previa a la sumisión de controversias al CIADI, salvo que medie disposición en contrario. Bolivia no ha hecho reserva alguna en virtud del Artículo 26 y, por ende, dicho artículo es totalmente vinculante para ella.

c. Análisis

156. La Demandada argumenta que el Tribunal debería desestimar todos los reclamos por considerarlos prematuros, puesto que las Demandantes no hicieron intentos razonables a fin de lograr la revocación del acto impugnado. Las Demandantes, a su vez, niegan haber tenido la obligación de solicitar resarcimiento ante los tribunales locales antes de iniciar un procedimiento de arbitraje internacional.
157. El Tribunal no cree que los reclamos planteados ante él sean prematuros. En efecto, la redacción del Artículo X(3) del TBI Bolivia-Chile es inequívoca:

Una vez que el inversionista haya remitido la controversia al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiere efectuado la inversión o al tribunal arbitral, la elección de uno u otro procedimiento será definitiva.

158. Este Artículo contiene una disposición de bifurcación que habría impedido que las Demandantes plantearan su caso ante un tribunal arbitral si hubieran recurrido primero a los canales judiciales locales.

¹⁵⁸ Réplica, ¶ 203.

159. Además, al Tribunal no le convence el argumento de la Demandada según el cual la pretendida medida expropiatoria, el Decreto N.º 27.589, no era una "decisión definitiva del Estado". Era un Decreto Presidencial, emitido por la mayor autoridad ejecutiva del Estado, y no, como han señalado las Demandantes, "un acto de mala administración de alguna autoridad administrativa menor" [Traducción del Tribunal]¹⁵⁹. Asimismo, su redacción era clara: revocaba las concesiones de las Demandantes y ordenaba que fueran restituidas al Estado dentro de los treinta (30) días siguientes. En opinión del Tribunal, el Decreto N.º 27.589 era lo suficientemente definitivo.
160. En consecuencia, el Tribunal no considera que los reclamos sean prematuros.

4. ¿Hubo una expropiación ilícita de las inversiones de las Demandantes?

a. La posición de las Demandantes

161. Las Demandantes alegan que el Decreto de Revocatoria expropió sus inversiones en Bolivia (i) y que esta expropiación fue ilícita bajo el TBI (ii).

i. El Decreto N.º 27.589 expropió las inversiones de las Demandantes

162. Las Demandantes afirman que el Decreto de Revocatoria expropió sus inversiones en Bolivia. En su Memorial sobre el Fondo, las Demandantes argumentaron que la expropiación fue tanto directa como indirecta¹⁶⁰:
- a. Por un lado, el Decreto de Revocatoria revocó las concesiones de NMM y ordenó que NMM las entregara a las autoridades de Potosí dentro de un período de treinta (30) días. Las Demandantes consideran esta orden como un caso de "transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor" de conformidad con la definición de expropiación directa que se encuentra, en particular, en *Metalclad Corp c. Estados Unidos Mexicanos*¹⁶¹. En otras palabras, ha habido una expropiación directa de las inversiones de NMM.

¹⁵⁹ Réplica, ¶ 211.

¹⁶⁰ Mem., ¶ 137.

¹⁶¹ *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/97/1 ("*Metalclad c. México*"), Laudo de fecha 30 de agosto de 2000, ¶ 103.

- b. Como consecuencia de la expropiación de las concesiones, las acciones de Quiborax en NMM perdieron todo su valor de un día para el otro. Si bien en teoría Quiborax todavía es titular del 51% de las acciones de NMM, ha perdido el uso y usufructo económico de sus inversiones. Sobre la base de los casos *Metalclad*¹⁶², *Starret Housing Corporation c. Irán*¹⁶³ y *Tecmed*¹⁶⁴, las Demandantes alegan que la revocación de las concesiones de NMM ha tenido el efecto de privar a Quiborax de los beneficios de su propiedad de manera equivalente a una expropiación. Por consiguiente, ha habido una expropiación indirecta de las inversiones de Quiborax.
163. En su Réplica y durante la audiencia, las Demandantes se concentraron exclusivamente en la expropiación directa de las inversiones de NMM, sin intentar establecer la disminución del valor de las acciones de Quiborax en NMM.
164. Las Demandantes agregan que, aunque no es necesario que el Estado se vea beneficiado por la expropiación, en este caso, Bolivia ha obtenido beneficios importantes a partir de la confiscación de las concesiones, dado que las tierras relacionadas contienen recursos naturales valiosos, tales como boratos, potasio y litio¹⁶⁵.
165. Las Demandantes alegan que, a pesar del hecho de que el Decreto de Revocatoria no se presenta como una expropiación, es de naturaleza expropiatoria. Los intentos de la Demandada de caracterizarlo como un acto de revocación no eliminan la ilegalidad de la privación de la propiedad sufrida por las Demandantes.
166. Asimismo, las Demandantes argumentan que el acto expropiatorio fue el Decreto de Revocatoria y no las declaraciones de nulidad *ex post* de las concesiones. Según las Demandantes, “[l]a anulación *ex post* de las Concesiones constituye un incumplimiento de las obligaciones de Bolivia en virtud del tratado de conferir trato justo y equitativo y abstenerse de adoptar medidas arbitrarias o discriminatorias”, pero “no es una expropiación. Las Demandantes ya habían sido expropiadas, en

¹⁶² *Metalclad c. México*, Laudo de fecha 30 de agosto de 2000, ¶ 103.

¹⁶³ *Starrett Housing Corporation c. República Islámica de Irán* (1983) ("*Starrett Housing c. Irán*"), 1 Iran-US CTR 9.

¹⁶⁴ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI N.º ARB(AF)00/2* ("*Tecmed c. México*"), Laudo de fecha 29 de mayo de 2003.

¹⁶⁵ Primer Informe Pericial de Behre Dolbear, ¶ 111.

forma directa y definitiva, por el DS N.º 27.589 de 23 de junio de 2004”¹⁶⁶ [Traducción del Tribunal].

167. Citando el caso *Santa Elena*¹⁶⁷ y otros precedentes, las Demandantes alegan que la fecha de la expropiación es la fecha en la que el titular ha sido privado de sus derechos de propiedad o de su uso económico. En el caso que nos ocupa, las Demandantes argumentan que esto ocurrió cuando las concesiones fueron revocadas el día 23 de junio de 2004 y cuando se vieron obligadas a restituirlas al Prefecto de Potosí el día 23 de julio de 2004. Después de esa fecha, nunca volvieron a operar las concesiones. El hecho de que NMM pudiera exportar ulexita acumulada hasta el día 24 de septiembre de 2004 no modifica este hecho, ya que el derecho de propiedad de NMM respecto de la ulexita extraída anteriormente es separable de su derecho a las concesiones¹⁶⁸.
168. Las Demandantes destacan que fueron víctimas de una expropiación directa mediante la revocación de las concesiones por el Decreto de Revocatoria, y no de una expropiación progresiva [*creeping expropriation*] que comenzó el día 23 de junio de 2004 y se tornó definitiva el día 28 de octubre de 2004, fecha en que se emitieron las declaraciones de nulidad. Las Demandantes alegan que los conceptos de expropiación directa y expropiación progresiva se excluyen mutuamente y que no puede haber una expropiación "repetida" una vez que la primera expropiación ha privado al titular de su propiedad. Sobre la base del caso *Burlington c. Ecuador*¹⁶⁹, argumentan que “no puede haber una expropiación progresiva cuando existe una expropiación directa” y que “las medidas ‘expropiatorias’ posteriores carecen de relevancia si no hacen más que formalizar un estado de situación existente”¹⁷⁰ [Traducción del Tribunal]. Según las Demandantes, la revocación de sus concesiones era definitiva, y la posterior anulación de estas concesiones no modificó este estado de situación¹⁷¹.

¹⁶⁶ Réplica, ¶ 82.

¹⁶⁷ *Compañía del Desarrollo Santa Elena S.A. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI N.º ARB/96/1 ("*Santa Elena c. Costa Rica*"), Laudo Definitivo de fecha 17 de febrero de 2000.

¹⁶⁸ Mem., ¶¶ 83, 86-95.

¹⁶⁹ *Burlington c. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad de fecha 14 de diciembre de 2012.

¹⁷⁰ Réplica, ¶ 105.

¹⁷¹ Réplica, ¶¶ 95-105.

169. Asimismo, tal como las Demandantes afirman, la Demandada no puede aumentar la carga de la prueba que pesa sobre ellas al obligarlas a defenderse de dos expropiaciones directas¹⁷².
170. Por último, las Demandantes argumentan que las declaraciones de nulidad (así como la posterior derogación del Decreto de Revocatoria) forman parte de la estrategia de defensa de la Demandada en el marco del presente arbitraje¹⁷³.

ii. La expropiación fue ilícita

171. Las Demandantes argumentan que el Artículo VI prohíbe todas forma de privación de la propiedad, excepto mediante una expropiación lícita en las siguientes condiciones: la expropiación de debe ser (i) por causa de utilidad pública o interés nacional; (ii) de conformidad con la ley; (iii) a través de medidas no discriminatorias; y (iv) acompañada de una compensación inmediata, suficiente y efectiva. Las Demandantes alegan que ninguna de estas condiciones se cumplieron.
- (a) *El Decreto de Revocatoria no se emitió de conformidad con la ley ni en defensa del interés público*
172. En primer lugar, las Demandantes afirman que el Decreto de Revocatoria no se emitió de conformidad con la ley ni en defensa del interés público. Si bien este Decreto se fundó supuestamente en la Ley N.º 2.564, esta ley constituía "legislación focalizada y el primer paso del *iter expropriatorio* que culminó en el D.S. N.º 27.589 y en la entrega forzosa de las concesiones, tal como lo ordenó el mismo Decreto Presidencial" [Traducción del Tribunal]¹⁷⁴. En efecto, según las Demandantes, la Ley N.º 2.564 fue "‘hecha a la medida’ [*tailor made*] para anular las concesiones en el área de Río Grande"¹⁷⁵, fue "adoptada bajo presión de organizaciones políticas del Departamento de Potosí", y "estaba diseñada específicamente para conferirle al Poder Ejecutivo la facultad de anular concesiones en el área de Río Grande" [Traducción del Tribunal]¹⁷⁶.
173. Las Demandantes alegan que el Artículo 3 de la Ley N.º 2.564 "creó una facultad extraordinaria, que se invistió en el Poder Ejecutivo, para anular concesiones

¹⁷² Réplica, ¶ 85.

¹⁷³ Réplica, ¶¶ 85, 106-120.

¹⁷⁴ Mem., ¶ 143.

¹⁷⁵ Mem., ¶ 146.

¹⁷⁶ Mem., ¶ 143, An. CD-65.

constituidas previamente” [Traducción del Tribunal]¹⁷⁷. Argumentan que esta facultad de anular estaba “definida muy ampliamente, con la única condición de que la anulación tuviese lugar dentro un plazo perentorio de sesenta (60) días” [Traducción del Tribunal]¹⁷⁸.

174. Según las Demandantes, la Ley N.º 2.564 es inconstitucional y vulnera los principios fundamentales de derecho internacional, en particular porque deja sin efecto procedimientos establecidos de derecho administrativo y amplía las causales de anulación previstas en el Código de Minería en forma retroactiva. Específicamente, las Demandantes alegan que la Ley N.º 2.564 vulnera los principios de irretroactividad y seguridad jurídica establecidos en los Artículos 33 y 7(a) de la Constitución de Bolivia de 1967, que se encontraba en vigor al momento de la promulgación de la Ley N.º 2.564¹⁷⁹.
175. Más concretamente, las Demandantes argumentan que la Ley N.º 2.564 y cualquier anulación dispuesta conforme a ella no cumplen con los requisitos mínimos del debido proceso legal con arreglo al derecho internacional y al derecho boliviano. Citando el caso *ADC c. Hungría*¹⁸⁰, las Demandantes alegan que el “debido proceso legal” requiere un procedimiento legal real y sustantivo, que prevea ciertos mecanismos procesales básicos, tales como una notificación anticipada y una audiencia justa, en la que el inversionista tenga la oportunidad razonable de invocar sus derechos y ser escuchado¹⁸¹.
176. El derecho boliviano también exige determinados estándares mínimos de debido proceso. Sobre la base de las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo General¹⁸² y del Código de Minería¹⁸³, las Demandantes alegan lo siguiente:

De conformidad con el derecho administrativo boliviano, la parte afectada por la anulación de un acto administrativo debe ser notificada del inicio de cualquier procedimiento que pudiera afectar sus derechos o intereses. El

¹⁷⁷ Mem., ¶ 147.

¹⁷⁸ Mem., ¶ 147.

¹⁷⁹ Mem., ¶¶ 147-149; Réplica, ¶¶ 129-133; An. R-286.

¹⁸⁰ *ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. La República de Hungría*, Caso CIADI N.º ARB/03/16 (“*ADC c. Hungría*”), Laudo de fecha 2 de octubre de 2006.

¹⁸¹ *ADC c. Hungría*, Laudo de fecha 2 de octubre de 2006, ¶ 435, citado por las Demandantes en Mem., ¶ 149.

¹⁸² An. R-258.

¹⁸³ An. CD-6.

acto administrativo se considera lícito hasta tanto un juez establezca lo contrario. La parte afectada debe tener la oportunidad de presentar pruebas dentro de un plazo determinado o incluso en cualquier momento durante el procedimiento. La decisión administrativa debe exponer tanto sus razones como su fundamento jurídico. La parte afectada puede impugnar la decisión administrativa tanto ante las autoridades administrativas como ante los tribunales. En particular, las concesiones mineras sólo pueden anularse por las causas limitadas previstas en los Artículos 17 y 18 del Código de Minería¹⁸⁴[Traducción del Tribunal].

177. Según las Demandantes, ni la Ley N.º 2.564 ni el Decreto de Revocatoria respetaron ninguno de estos requisitos procesales, dado que ninguno de estos instrumentos preveía la notificación del inicio de las auditorías, la oportunidad de ofrecer pruebas o participar en el procedimiento ni medios de impugnar las decisiones. La Ley N.º 2.564 tampoco explicaba qué incumplimientos serían lo suficientemente graves como para justificar la anulación de las concesiones¹⁸⁵.
178. Las Demandantes afirman que “nunca se las informó de un procedimiento de auditoría ni tampoco participaron en uno” [Traducción del Tribunal]¹⁸⁶. Alegan que la primera vez que pudieron revisar los cuatro informes de auditoría presentados por la Demandada como pruebas fue en el contexto del presente arbitraje y, con excepción de la auditoría SERGEOMIN-COMIBOL, todavía no están en condiciones de confirmar que estas auditorías hayan tenido lugar en realidad¹⁸⁷.
179. En cualquier caso, las Demandantes argumentan que el Decreto de Revocatoria no se emitió en conformidad con la Ley N.º 2.564. En primer lugar, el Decreto de Revocatoria se emitió pasado el período de sesenta (60) días fijado en la Ley N.º 2.564. Las auditorías (con la posible excepción de la auditoría SERGEOMIN-COMIBOL) tampoco se concluyeron dentro del período de 60 días.
180. En segundo lugar, aunque la revocación de las concesiones de las Demandantes supuestamente se basaba en los procedimientos de auditoría establecidos por la Ley N.º 2.564, las causales invocadas en el decreto no encuentran sustento alguno en los informes de auditoría a los que hace referencia. Con excepción de la auditoría legal llevada a cabo por el Prefecto de Potosí, todas las auditorías hacían recomendaciones generales que eran aplicables a todas las compañías investigadas. Específicamente:

¹⁸⁴ Réplica, ¶ 132 (notas al pie omitidas).

¹⁸⁵ Réplica, ¶ 133 (notas al pie omitidas).

¹⁸⁶ Réplica, ¶ 135.

¹⁸⁷ Réplica, ¶ 136.

- a. El informe SERGEOMIN-COMIBOL¹⁸⁸ es un documento que describe las concesiones ubicadas en el Delta del Río Grande y las compañías operadoras en esa zona (NMM, SOCOMIRG y Copla) en términos generales. No precisa daños ambientales, sino que sólo declara que la situación ambiental es deficiente debido a la falta de control y realiza observaciones generales aplicables a las tres compañías. No hace recomendaciones específicas respecto de NMM.
- b. El informe del Ministerio de Desarrollo Sostenible¹⁸⁹ concluye que las cuatro compañías investigadas (Copla, NMM, Tecno Química y SOCOMIRG) estaban operando sin la documentación ambiental pertinente. Las Demandantes aseveran que NMM había presentado una solicitud de licencia ambiental en el mes de enero de 2003, pero que, un año más tarde, todavía se encontraba pendiente de resolución¹⁹⁰. Las Demandantes argumentan que, conforme al Artículo 107 del Reglamento Ambiental para Actividades Mineras¹⁹¹, NMM podía operar la concesión mientras la solicitud de licencia se encontrara pendiente de resolución. En cualquier caso, NMM presentó un Manifiesto Ambiental actualizado respecto de su concesión Borateras de Cuevitas en el mes de mayo de 2004¹⁹² y obtuvo su licencia ambiental el día 9 de junio de 2004¹⁹³.
- c. El informe suministrado por el Servicio de Aduana¹⁹⁴ también se refería a todas las compañías de la zona que explotaban o exportaban minerales entre 1998-2003 y, de la misma manera, no contenía conclusiones ni recomendaciones específicas respecto de NMM.
- d. Por último, la auditoría legal de la Sra. Ludy Moscoso (consultora jurídica del Prefecto de Potosí, que no tenía ningún parentesco con el Sr. David Moscoso) recomienda la anulación de treinta (30) solicitudes de concesiones, sólo siete de

¹⁸⁸ An. R-261.

¹⁸⁹ An. R-267.

¹⁹⁰ An. CD-169.

¹⁹¹ An. CD-191.

¹⁹² An. CD-170.

¹⁹³ An. CD-42.

¹⁹⁴ An. R-270.

las cuales eran las solicitadas por el Sr. David Moscoso. Las cuatro concesiones otorgadas a NMM no están incluidas en dicha lista¹⁹⁵.

181. Por el contrario, el Decreto de Revocatoria hace referencia a una supuesta negativa a cooperar con los Servicios de Aduana e Impuestos de Bolivia y a discrepancias en las cantidades de ulexita declaradas y los volúmenes de carga transportados en violación de las disposiciones del Código Tributario¹⁹⁶. Las Demandantes afirman que ni el Servicio de Aduana ni el Servicio de Impuestos Nacionales se pusieron en contacto con NMM ni le solicitaron que suministrara información a efectos de un procedimiento de auditoría en virtud de la Ley N.º 2.564. Las Demandantes también destacan que el informe SERGEOMIN-COMIBOL no alude a ninguna supuesta discrepancia entre las cantidades de ulexita exportadas y declaradas ni hace ninguna recomendación específica con respecto a NMM, al igual que el informe del Servicio de Aduana. Las Demandantes aseveran que pudieron revisar estos informes a fin de verificar la exactitud de esta acusación por primera vez después de que la Demandada los presentara como pruebas en el contexto del presente arbitraje¹⁹⁷. Las Demandantes también destacan que la Empresa Nacional de Ferrocarriles del Estado (ENFE) mencionada en el Decreto no funciona desde 1996 y, por ende, no podría haber participado en el transporte de ulexita por parte de NMM.
182. Por último, las Demandantes argumentan que la propia Bolivia reconoce que la revocación de las concesiones era ilícita: el Memo Interministerial de 2004 admitía que “la revocación de las concesiones mineras no está prevista en el Código de Minería”¹⁹⁸. Esta es la razón por la cual el Presidente Rodríguez derogó el Decreto de Revocatoria en el mes de diciembre de 2005¹⁹⁹.

(b) El Decreto de Revocatoria discriminó a las Demandantes

183. Las Demandantes alegan que el Decreto de Revocatoria y la anulación *ex post* de las concesiones discriminaron a NMM por causa de la nacionalidad chilena de su

¹⁹⁵ Las Demandantes también resaltan que, contrariamente a las insinuaciones de la Demandada, ni NMM ni el Sr. Moscoso fueron notificados de la auditoría legal realizada por el Prefecto de Potosí. La firma que aparece en la notificación cursada por la Superintendencia de Minas no es la de él, sino la de la Sra. Ludy Moscoso. Además, el documento no contiene indicación alguna de que se tratara de la notificación de un procedimiento de auditoría llevado a cabo por el Prefecto de Potosí. Las Demandantes insisten en que no tuvieron conocimiento de esta auditoría sino hasta la presentación efectuada por la Demandada en su Memorial de Contestación (Réplica, ¶ 143).

¹⁹⁶ An. CD-50.

¹⁹⁷ Tr., Día 1, 57:9-21.

¹⁹⁸ An. CD-68.

¹⁹⁹ An. CD-74.

accionista mayoritaria, Quiborax, "en un momento en que resurgían los sentimientos antichilenos" [Traducción del Tribunal]²⁰⁰.

184. Otros inversionistas extranjeros que operaban dentro del Salar de Uyuni fueron exceptuados de los efectos de la Ley N.º 2.546, y otros concesionarios sometidos a los mismos procedimientos de auditoría no fueron privados de sus inversiones. Si bien las Demandantes reconocen que "[l]os procedimientos de auditoría en sí mismos no discriminaron a NMM" [Traducción del Tribunal]²⁰¹, argumentan que el Decreto de Revocatoria distinguió a NMM entre todas las demás compañías mineras similares a ella, a causa de su conexión chilena. Copla y Tecno Química, ambas compañías de propiedad boliviana, explotaban concesiones en el Salar de Uyuni, al igual que NMM. Ambas fueron multadas por supuestas discrepancias en sus declaraciones aduaneras, al igual que NMM. Copla obtuvo y perdió su licencia ambiental, de la misma manera que NMM. Pero sólo NMM perdió sus concesiones²⁰².
185. Contrariamente a lo alegado por Bolivia, las Demandantes argumentan que no necesitan demostrar que las medidas impugnadas se vieron impulsadas por una intención discriminatoria. No obstante, las Demandantes interpretan el análisis por parte del gobierno boliviano de las posibles estrategias de defensa en el Memo Interministerial de 2004 como prueba suficiente de la intención del Estado de sacrificar los intereses de las Demandantes a fin de obtener un beneficio político, lo que demuestra que los actos del gobierno central en contra de las Demandantes se vieron motivados por una maniobra política en el contexto de un conflicto regional interno²⁰³.
186. De modo similar, alegan que la anulación *ex post* de las concesiones se vio motivada por la intención de evitar la aplicación del TBI Bolivia-Chile y la protección de las Demandantes en calidad de inversionistas chilenas.

(c) *El Decreto de Revocatoria no ofreció compensación*

187. Por último, las Demandantes destacan que el Decreto de Revocatoria no previó una compensación inmediata, suficiente y efectiva por la revocación de las concesiones.

²⁰⁰ Mem., ¶ 175. El Tribunal ha tenido en cuenta la posición de las Demandantes en materia de discriminación con respecto tanto a los reclamos de expropiación como a los de TJE.

²⁰¹ Réplica, ¶ 174.; Tr., Día 1, 58:5-7.

²⁰² Véanse DAAQ, diapositivas 35 y 36; Tr., Día 1, 58:18-61:3.

²⁰³ An. CD-68, pág. 9.

Según las Demandantes, "[e]sto no sorprende, ya que el DS N.º 27.589 nunca estuvo destinado a constituir una expropiación, sino una 'sanción' por supuestas violaciones de la ley" [Traducción del Tribunal]²⁰⁴.

b. La posición de la Demandada

188. La Demandada alega que sus actos fueron respuestas legítimas y proporcionadas a las ilegalidades incurridas en relación con las concesiones mineras. En este contexto, sostiene que "la revocación y declaración de nulidad de las Concesiones Mineras que no fueron obtenidas de conformidad con las leyes y reglamentos de Bolivia no pueden calificarse como una expropiación bajo el Tratado o el derecho internacional"²⁰⁵ (i). Si el Tribunal concluyera que efectivamente constituyen una expropiación, la Demandada alega que la expropiación no viola ni el TBI ni el derecho internacional (ii).

i. Las medidas adoptadas por Bolivia no constituyeron una expropiación

189. Bolivia argumenta que el Decreto de Revocatoria se adoptó sobre la base de la Ley N.º 2.564 y no es ilegal. Tanto el Decreto de Revocatoria como las declaraciones de nulidad de las concesiones "son parte de una misma reacción del Estado. Fueron actos legítimos y adoptados en aplicación del Derecho boliviano ante las ilegalidades en las Concesiones Mineras [de las Demandantes]"²⁰⁶. Agrega que "[m]eramente alegar que Bolivia habría 'reconocido' la ilegalidad del DS 27.589 y que, por ende, dicho acto equivaldría a una expropiación ilícita de las Concesiones Mineras bajo el Tratado no es suficiente para probar que el DS 27.589 sea contrario al Derecho boliviano y al Tratado"²⁰⁷.

190. La Demandada alega que la promulgación de la Ley Valda fue sumamente controvertida. Según Bolivia, dicha ley benefició a ciertos intereses privados (entre otros, los del Sr. Moscoso) en forma inmerecida en perjuicio del interés general del pueblo boliviano. Es por ello que Bolivia cuestionó las concesiones desde el principio, tal como lo demuestran los diversos proyectos de ley que los miembros presentaron

²⁰⁴ Réplica, ¶ 232.

²⁰⁵ Mem. Contestación, ¶ 175.

²⁰⁶ Mem. Contestación, ¶ 150.

²⁰⁷ Mem. Contestación, ¶ 149 (énfasis en el original).

ante el Parlamento nacional a fin de proteger el Salar²⁰⁸. La Ley N.º 2.564 se dictó en este contexto.

191. La Demandada niega que el Decreto de Revocatoria haya constituido una expropiación ilícita de las inversiones de las Demandantes. Específicamente, la Demandada argumenta lo siguiente:

- a. El hecho de que el Decreto de Revocatoria fuera emitido sobre la base de la Ley N.º 2.564 no es objeto de debate. Sin embargo, la Ley N.º 2.564 no es ilegal *per se* bajo el derecho internacional ni constituye una denegación de justicia. Esta ley "no revierte, anula o revoca concesiones. Por el contrario, prevé la realización de auditorías para verificar la existencia de ilegalidades y adoptar las sanciones previstas legalmente. No se trata de un 'extraordinary power, vested in the Executive' [facultad extraordinaria, de la que el Poder Ejecutivo estaba investido], sino de un mandato legislativo para fiscalizar las concesiones [...] y, en su caso, sancionar las ilegalidades cometidas"²⁰⁹.
- b. No es cierto que el Decreto de Revocatoria no respetara el plazo fijado en la Ley N.º 2.564. El período de sesenta (60) días previsto en la Ley N.º 2.564 es aplicable a la realización de las auditorías precisadas en dicha ley y no se relaciona con el ejercicio de la facultad de declarar la nulidad de las concesiones. No está en disputa que las auditorías comenzaron dentro de este plazo de 60 días.
- c. Las Demandantes no presentan prueba alguna en sustento de su acusación de supuesta falsedad en los considerandos del Decreto de Revocatoria. Bolivia ha demostrado lo siguiente: (i) que el Sr. Moscoso fue notificado de las auditorías en virtud de la Ley N.º 2.564²¹⁰, (ii) que estas auditorías se llevaron a cabo²¹¹, y (iii) que las compañías auditadas pudieron presentar documentación y exenciones de responsabilidad con anterioridad a la conclusión de las auditorías²¹². Las auditorías no eran un simple pretexto para la anulación: otras compañías fueron auditadas en virtud de la Ley N.º 2.564 y, cuando no se

²⁰⁸ Mem. Contestación, ¶ 151.

²⁰⁹ Mem. Contestación, ¶ 158.

²¹⁰ An. R-266.

²¹¹ An. R-261 y An. R-240.

²¹² Informe Final de Fiscalización Aduanera Posterior a la empresa NMM del 18 de febrero de 2005 (An. R-270).

encontraron incumplimientos considerables, sus concesiones no fueron ni revocadas ni anuladas.

- d. Las alegaciones de falta de debido proceso de las Demandantes carecen de fundamento. Las Demandantes no demostraron no haber tenido la oportunidad de impugnar la revocación ante un juez imparcial. En efecto, reconocen que podrían haber hecho uso de sus derechos en virtud del derecho boliviano. El hecho de que no lo hicieran demuestra que los reclamos son prematuros (véase Sección VI.A.3 *supra*).
 - e. En el derecho boliviano, los actos de la administración pública se presumen legítimos, salvo expresa declaración judicial en contrario²¹³.
192. Luego de su revocación, Bolivia declaró la nulidad de las concesiones mineras por causales fundadas en la ley. Las Demandantes se equivocan cuando afirman que la anulación fue irregular bajo el derecho boliviano porque las causales invocadas difirieron de las especificadas en el Código de Minería. El hecho de que el Código de Minería prevea dos causales de anulación²¹⁴ no excluye la aplicación del régimen general aplicable a la anulación de actos administrativos en virtud del derecho boliviano y, en particular, de la Ley de Procedimiento Administrativo General²¹⁵. Las causales por las que se anularon las concesiones son causales de anulación de cualquier acto administrativo con arreglo a dicha ley.
193. La Demandada niega haber reconocido la ilegalidad del Decreto de Revocatoria al derogarlo mediante el Decreto N.º 28.527 en el año 2005. La Demandada alega que el Decreto N.º 28.527, emitido durante el gobierno del Presidente Rodríguez, carece de relevancia. El Decreto N.º 28.527 se basa exclusivamente en el Código de Minería y ni siquiera menciona la Ley N.º 2.564, el único fundamento jurídico del Decreto de Revocatoria. Cuando el Decreto N.º 28.527 alude a las deficiencias jurídicas insubsanables contenidas en el Decreto de Revocatoria, la referencia apunta a la inexistencia de causales de revocación en virtud del Código de Minería, y no considera la Ley N.º 2.564, que tiene la misma jerarquía que el Decreto. Por ende,

²¹³ Art. 4 de la Ley N.º 2.341 (An. R-258).

²¹⁴ Arts. 66, 17 y 18, An. CD-6. De conformidad con el Artículo 66 del Código de Minería, las concesiones sólo pueden anularse por las causales previstas en los Artículos 17 y 18. El Artículo 17 del Código de Minería prohíbe que las personas individuales o colectivas extranjeras adquieran un interés económico en las concesiones mineras dentro de los cincuenta (50) kilómetros de las fronteras internacionales. El Artículo 18 prohíbe que ciertos funcionarios públicos y sus familiares adquieran un interés económico en las concesiones mineras.

²¹⁵ Art. 4 g) (An. R-258).

el Decreto N.º 28.527 no implica la ilegalidad del Decreto de Revocatoria conforme al derecho boliviano. Asimismo, el Decreto N.º 28.527 confirma la legalidad de la anulación de las concesiones mineras²¹⁶.

194. Por último, la Demandada argumenta que, independientemente de la legalidad del Decreto de Revocatoria, el modelo comercial de las Demandantes era inviable. En efecto, como consecuencia de la prohibición de exportación impuesta por el Decreto N.º 27.590 (cuya validez no es cuestionada por las Demandantes), el modelo comercial de las Demandantes se habría visto considerablemente afectado²¹⁷.

ii. Los requisitos para la existencia de una expropiación ilícita no se cumplen

195. Bolivia alega que, aun si, *par impossible*, el Tribunal concluyera que existió una expropiación en el presente caso, las Demandantes no han establecido que dicha expropiación fuera contraria al TBI o al derecho internacional. El Artículo VI del TBI prohíbe sólo las expropiaciones ilícitas, y las Demandantes no han demostrado que los requisitos para la existencia de una expropiación ilícita se cumplan. Específicamente:

- a. En primer lugar, la revocación y anulación fueron medidas adoptadas por razones de interés público o nacional y de conformidad con la ley, como lo exige el TBI. El objetivo de estas medidas consistía en recuperar las concesiones mineras otorgadas en forma ilegal en el área de la reserva fiscal del Gran Salar de Uyuni en detrimento de los intereses nacionales.
- b. Contrariamente a lo que las Demandantes sugieren, la ilicitud de la privación de la propiedad es objeto de debate. Ni los considerandos del Decreto N.º 28.527 ni el Memo Interministerial de 2004 pueden caracterizarse como un reconocimiento por parte de Bolivia de la supuesta ilegalidad de la revocación y anulación de las concesiones mineras. Al igual que el Decreto N.º 28.527, el Memo Interministerial de 2004 se basa exclusivamente en el Código de Minería y no hace referencia alguna a la Ley N.º 2.564.

²¹⁶ Considerando N.º 2 (An. CPM-7).

²¹⁷ Dúplica, ¶¶ 73-75.

- c. En segundo lugar, no hubo discriminación²¹⁸. Según Bolivia, las Demandantes no han presentado pruebas concluyentes que sustenten su alegación de que la revocación y anulación de las concesiones estuvieron motivadas por la nacionalidad chilena del inversionista. En particular, las Demandantes no han demostrado que otros casos similares recibieran un trato diferente sin justificación razonable²¹⁹. Por el contrario, el expediente demuestra que las Demandantes recibieron el mismo trato que el resto de las concesionarias mineras en el Salar de Uyuni. Todas las compañías que recibieron concesiones en virtud de la Ley Valda fueron sometidas a los mismos procedimientos de auditoría de conformidad con el Artículo 3 de la Ley N.º 2.564²²⁰. Asimismo, la Ley N.º 2.564 no establecía distinción alguna entre las concesiones pertenecientes a chilenos o a otros extranjeros. Del mismo modo, el Memo Interministerial de 2004 no contiene indicación alguna de que la revocación y anulación de las concesiones mineras hubieran estado motivadas por el deseo de perjudicar al inversionista por razón de su nacionalidad. Tal como resumiera la Demandada:

La Ley 2564 [...] se aplicó por igual a todas las concesiones otorgadas dentro del área de la Reserva Fiscal del Gran Salar de Uyuni. No fue, por lo tanto, una medida “enfocada” contra las Demandantes ni motivada por un supuesto “sentimiento anti-chileno”. Si la revocación y nulidad tras las auditorías afectaron únicamente a las Concesiones Mineras [de las Demandantes] es porque sus circunstancias de hecho eran únicas²²¹.

- d. Por último, Bolivia no ha incumplido la obligación de pagar una compensación por la expropiación en virtud del Tratado por dos razones (que ya se han expuesto): (i) las concesiones se obtuvieron en forma ilegal, y (ii) el reclamo de las Demandantes es prematuro.

c. Análisis

196. El Art. VI.1 del TBI dispone lo siguiente:

²¹⁸ El Tribunal ha tenido en cuenta la posición de Bolivia en materia de discriminación con respecto tanto a los reclamos de expropiación como a los de TJE.

²¹⁹ *Saluka Investments BV (Países Bajos) c. República Checa*, CNUDMI (“*Saluka c. República Checa*”), Laudo Parcial de fecha 17 de marzo de 2006, ¶ 313: “La conducta del Estado es discriminatoria si se cumplen las siguientes condiciones: i) casos similares ii) reciben trato diferente iii) y sin justificación razonable” [Traducción del Tribunal] (An. R-176).

²²⁰ An. CD-39.

²²¹ Mem. Contestación, ¶ 184 (énfasis en el original).

1. Ninguna de las Partes Contratantes adoptará medidas que priven, directa o indirectamente, a un inversionista de la otra Parte Contratante, de su inversión, a menos que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) las medidas se adopten por causa de utilidad pública o interés nacional y de conformidad con la ley;
- b) las medidas no sean discriminatorias;
- c) las medidas vayan acompañadas de disposiciones para el pago de una compensación inmediata, suficiente y efectiva.

197. Las Demandantes sostienen que el Decreto de Revocatoria redundó en una expropiación directa de las inversiones de NMM en Bolivia. Aunque no volvieron a plantear este reclamo en la última parte del procedimiento (véanse párrafos 162-163 *supra*), argumentaron asimismo que el Decreto de Revocatoria redundó en una expropiación indirecta de las inversiones de Quiborax en Bolivia.

198. Según las Demandantes, es el Decreto de Revocatoria lo que constituyó el acto expropiatorio dado que es esa la medida que las privó de sus inversiones de manera permanente. La anulación ulterior de las concesiones no forma parte del *iter expropiatorio*, afirman las Demandantes. Bolivia no pudo tomar por segunda vez lo que ya había tomado. Las declaraciones de nulidad tampoco constituyen la culminación de una expropiación progresiva, considerando que el Decreto de Revocatoria calificó como expropiación directa. Por lo tanto, el Tribunal se concentrará en si el Decreto de Revocatoria constituyó una medida expropiatoria.

199. En primer lugar, el Tribunal analizará si la medida controvertida califica como una expropiación directa de las inversiones de NMM y/o como una expropiación indirecta de las inversiones de Quiborax. En caso afirmativo, evaluará si dicha(s) expropiación(es) fueron ilícitas.

i. ¿Hubo una expropiación indirecta de las inversiones de las Demandantes?

200. El tribunal del caso *Burlington*, citado por las Demandantes, articuló el estándar de expropiación directa de la siguiente manera: “una medida del Estado constituye expropiación bajo el Tratado si (i) la medida priva al inversor de su inversión; (ii) la privación es permanente; y (iii) la privación no está justificada por la doctrina del poder policial”²²². Este Tribunal concuerda con este enunciado del estándar

²²² *Burlington c. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, ¶ 506.

pertinente. Los tribunales que han analizado expropiaciones directas han hecho hincapié en la necesidad de una privación de bienes que debe equivaler a una toma forzosa o transferencia al Estado²²³, y en su carácter permanente²²⁴. La jurisprudencia insiste asimismo en el hecho de que la toma no debe calificar como el ejercicio legítimo de los poderes de policía del Estado²²⁵. El Tribunal comenzará por revisar el tercer componente de este estándar antes de analizar los otros dos.

(a) ¿La privación encuentra justificación conforme a la doctrina de los poderes de policía?

201. La Demandada sostiene que el Decreto de Revocatoria constituyó una respuesta legítima y proporcionada a las ilegalidades en las concesiones de las Demandantes y, por ende, no puede calificar como una expropiación. La Demandada afirma que "una expropiación directa es un concepto, revocación es otro", y que "el Decreto 27.589 es un acto revocatorio; no es un acto de expropiación directa"²²⁶. El Tribunal entiende que el argumento de la Demandada es que las medidas adoptadas por Bolivia son sanciones impuestas a las Demandantes en el ejercicio legítimo de los poderes de policía del Estado, y como tales, no constituyen una toma susceptible de indemnización conforme al derecho internacional.

202. El Tribunal concuerda con la Demandada en que, si el Decreto de Revocatoria constituyó el ejercicio legítimo de su derecho soberano de sancionar las violaciones

²²³ Véase asimismo *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/1 ("LG&E c. Argentina"), Decisión sobre Responsabilidad de fecha 3 de octubre de 2006, ¶ 187; *Enron Creditors Recovery Corporation (anteriormente Enron Corporation) y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/3 ("Enron c. Argentina"), Laudo de fecha 22 de mayo de 2007, ¶ 243; *Sempra Energy International c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/16 ("Sempra c. Argentina"), Laudo de fecha 28 de septiembre de 2007, ¶ 280; *National Grid P.L.C. c. República Argentina*, CNUDMI, Laudo, 3 de noviembre de 2008, ¶ 145; *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/15 ("El Paso c. Argentina"), Laudo de fecha 31 de octubre de 2011, ¶ 265; *Spyridon Roussalis c. Rumania*, Caso CIADI N.º ARB/06/1 ("Roussalis c. Rumania"), Laudo de fecha 1 de diciembre de 2011, ¶ 327. Véase asimismo R. Dolzer y C. Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2008), pág. 92 ("La diferencia entre una expropiación directa y formal y una expropiación indirecta gira en torno a si el título de propiedad del propietario se ve afectado por la medida en cuestión").

²²⁴ Si bien el requisito de permanencia ha sido mayormente abordado en el contexto de las expropiaciones indirectas, su fundamento lógico se aplica asimismo a las expropiaciones directas. Véase, por ejemplo, *LG&E c. Argentina*, Decisión sobre Responsabilidad de fecha 3 de octubre de 2006, ¶ 193 ("En general, la expropiación debe ser permanente, es decir, no puede tener carácter temporal, salvo cuando el desarrollo exitoso de la inversión depende de que se realicen ciertas actividades en momentos específicos que no pueden sufrir variaciones"); *Fireman's Fund Insurance Company c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/02/01, Laudo de fecha 17 de julio de 2006, ¶ 176(d) (cuando sostiene que uno de los elementos de una expropiación es que "[l]a toma deberá ser permanente, y no efímera o temporal").

²²⁵ Véase Sección (a) *infra*.

²²⁶ Tr., Día 1, 176:4-5 y 178:9-10; DAAD, diapositiva 54.

de la ley dentro de su territorio, no calificaría como una toma susceptible de indemnización. En general, el derecho internacional ha entendido que la actividad regulatoria ejercida en virtud de los llamados “poderes de policía” del Estado no es susceptible de indemnización. En este sentido, el Comentario (g) al §712 del *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law* del American Law Institute dispone:

Un estado no es responsable de la pérdida de bienes o de otra desventaja económica que resulte de la tributación general de buena fe, regulación, pérdida de la propiedad como consecuencia de la comisión de un delito, u otra acción de este tipo que sea comúnmente aceptada como dentro del poder de policía de los estados, en tanto no sea discriminatoria, [...] y no esté ideada para provocar que el extranjero abandone sus bienes en favor del estado o los venda a un precio vil²²⁷ [Traducción de Tribunal].

203. La Nota 6 al §712 del *Restatement* agrega:

Con frecuencia es necesario determinar, a la luz de todas las circunstancias, si la acción de un estado constituye una toma y exige una indemnización en virtud del derecho internacional, o si constituye una regulación del poder de policía o un impuesto que no genera una obligación de indemnizar, aunque, como consecuencia de ello, un nacional extranjero sufra una pérdida [Traducción del Tribunal].

204. El tribunal en *Tecmed* confirmó este enfoque al sostener que

[E]s 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 alguna²²⁸.

205. De manera similar, el tribunal en *CME c. República Checa* observó que “se debe diferenciar la privación de bienes y/o derechos de las medidas corrientes del Estado y sus agencias en la correcta aplicación de la ley. Las medidas regulatorias son frecuentes en todos los tipos de sistemas jurídicos y económicos para evitar la utilización de la propiedad privada en contra del bienestar general del Estado (receptor)”²²⁹ [Traducción del Tribunal].

206. Esto es particularmente cierto en el caso de los derechos de explotación (tales como las licencias o concesiones) que dependen del cumplimiento de determinados requisitos por parte del inversionista extranjero. Si un Estado pone fin a una licencia o una concesión porque el inversionista no ha cumplido con los requisitos jurídicos necesarios para mantener esa licencia o concesión, o ha violado las leyes y

²²⁷ Restatement (Third) of The Foreign Relations Law (1986), § 712(g).

²²⁸ *Tecmed c. México*, Laudo de fecha 29 de mayo de 2003, ¶119.

²²⁹ *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial de fecha 13 de septiembre de 2001, ¶ 603.

reglamentaciones pertinentes que se sancionan con la pérdida de esos derechos, dicha terminación no puede considerarse una toma por parte del Estado²³⁰.

207. Por lo tanto, el Tribunal debe considerar si, a la luz de todas las circunstancias, el Decreto de Revocatoria constituyó una terminación legítima de las concesiones de las Demandantes en el ejercicio de la facultad soberana de Bolivia de sancionar las violaciones a la legislación boliviana y, por lo tanto, no constituye una confiscación susceptible de indemnización, o si constituye una auténtica confiscación que intenta hacerse pasar por el ejercicio de los poderes de policía del Estado. Esto dependerá de si (i) el Decreto de Revocatoria se funda en violaciones reales a la legislación boliviana por parte de las Demandantes; (ii) si esas violaciones a la legislación boliviana son sancionadas con la terminación de las concesiones (ya sea mediante revocación, rescisión, resolución o de otra forma), y (iii) si la revocación se realizó en cumplimiento del debido proceso²³¹.
208. El Decreto de Revocatoria dictado por el Presidente de Bolivia, Sr. Carlos Mesa, reza lo siguiente:

CONSIDERANDO:

Que la Empresa Minera Non Metallic Minerales S.A., que explota las concesiones mineras materia del presente Decreto Supremo, se negó sistemáticamente a proporcionar información tanto al Servicio de Impuestos Nacionales como a la Aduana Nacional, impidiendo de esta manera las auditorías dispuestas por la Ley N° 2.564 de 9 de diciembre de 2003.

Que se ha evidenciado que las exportaciones de minerales de ulexita declaradas por la Empresa Minera Non Metallic Minerales S.A. no coinciden con los volúmenes de carga transportados por la Empresa Nacional de Ferrocarriles – ENFE, como lo demuestra la auditoría técnica realizada por

²³⁰ Véase, por ejemplo, *Genin c. Estonia*, Laudo de fecha 25 de junio de 2001, ¶¶ 348-373 (al sostener que la cancelación de una licencia bancaria como consecuencia del ejercicio legítimo de las funciones de regulación y supervisión del Estado no pueden ser consideradas como una violación del tratado pertinente o del derecho internacional). Véase *asimismo Swisslion DOO Skopje c. La Ex República Yugoslava de Macedonia*, Caso CIADI N.º ARB/09/16, Laudo de fecha 6 de julio de 2012, ¶¶ 312-314 (al sostener que la confirmación de un tribunal de que un contrato había sido rescindido legítimamente a causa del incumplimiento del inversionista no constituía una expropiación: “La rescisión internacionalmente legítima de un contrato celebrado entre una entidad estatal y un inversionista no puede considerarse equivalente a una expropiación de derechos contractuales simplemente porque se hayan dejado sin efecto los derechos del inversionista [...]”) [Traducción del Tribunal].

²³¹ *Metalclad c. México*, Laudo de fecha 30 de agosto de 2000, ¶¶ 106-107 (“[L]a negativa del Municipio respecto al permiso de construcción sin base alguna en la construcción material propuesta y sin deficiencias en el sitio, conjuntamente con sus acciones administrativas y judiciales subsiguientes respecto al Convenio, impidieron de manera efectiva e ilegalmente la operación por parte de la Demandante del confinamiento. Estas medidas, consideradas conjuntamente con las afirmaciones del gobierno federal mexicano, en las cuales Metalclad se basó, y en la ausencia de una negativa del Municipio emitida a tiempo, en orden o con alguna base sustantiva respecto al permiso local de construcción, equivalen a una expropiación indirecta”).

SERGEOMIN y COMIBOL de febrero de 2004 y el informe Preliminar de Impuestos Internos.

Que estos hechos evidencian daño económico al Estado, contraviniendo, además, las normas del Código Tributario en actual vigencia, en cumplimiento a lo dispuesto en la Ley de Reserva Fiscal del *Gran Salar de Uyuni*.

EL CONSEJO DE GABINETE

DECRETA:

ARTÍCULO ÚNICO.- I. Se dispone la revocatoria de la resolución constitutiva y pérdida de las concesiones mineras Cancha I, Doña Juanita, Tete, Borateras de Cuevitas, Basilea, Inglaterra, Don David, Sur, Pococho, La Negra, Cancha II, ubicadas en el Delta del Río Grande del Gran Salar de Uyuni, Provincia Nor Lipez del Departamento de Potosí.

II. Se otorga a la Empresa Minera Non Metallic Minerales S.A., que explota las concesiones detalladas en el Parágrafo anterior, el plazo de treinta días para la entrega física de las mismas a la Prefectura del Departamento de Potosí, sin perjuicio de las acciones penales y civiles que correspondan seguirse.

III. Se abrogan y derogan todas las disposiciones contrarias al presente Decreto Supremo²³².

209. En consecuencia, el Decreto de Revocatoria se funda en dos presuntas violaciones:
- a. Una negativa sistemática a proporcionar información al Servicio de Impuestos Nacionales y al Servicio de Aduana Nacional, impidiendo de esta manera las auditorías dispuestas por la Ley N.º 2.564 de 9 de diciembre de 2003;
 - b. Discrepancias en las cantidades de ulexita declaradas y realmente transportadas en violación del Código Tributario.
210. Con respecto al punto (a), tal como se analizará en mayor detalle *infra*, los registros muestran que no se notificó a las Demandantes y, por lo tanto, no pudieron participar en las auditorías dispuestas por la Ley N.º 2.564 con anterioridad a la revocación. Hay un documento que sugiere que las Demandantes participaron en la auditoría de la aduana, pero esto fue seis meses después de la revocación. Por lo tanto, la primera causal invocada por el Decreto de Revocatoria no se encuentra respaldada por los hechos.
211. Con respecto al punto (b), ni el informe de SERGEOMIN-COMIBOL ni el informe del Servicio de Aduana llegaron a la conclusión de que existieron discrepancias en la

²³² An. CD-50.

cantidad de ulexita declarada y exportada. Por consiguiente, la segunda causal invocada por el Decreto de Revocatoria tampoco se encuentra respaldada por los hechos.

212. Incluso si NMM no hubiese proporcionado información a los servicios tributario y aduanero e incluso si hubiesen existido discrepancias en las cantidades de ulexita declaradas y exportadas, la Demandada no ha remitido al Tribunal a una sola disposición de la legislación boliviana que pudiera justificar la revocatoria de las concesiones por esas causales.
213. Es cierto que la Demandada ha invocado la Ley N.º 2.564. Sin embargo, esa invocación parece mal planteada. Tal como lo reconoce la propia Demandada, la Ley N.º 2.564 “prevé la realización de auditorías para verificar la existencia de ilegalidades y adoptar las sanciones previstas legalmente. No se trata de un ‘*extraordinary power, vested in the Executive*’, sino de un mandato legislativo para fiscalizar las concesiones [...] y, **en su caso**, sancionar las ilegalidades cometidas”²³³. El texto del Artículo 3 de la Ley N.º 2.564 confirma esta noción:

Facultase al Poder Ejecutivo, luego de la evaluación de auditorías, técnica, jurídico legal, económico financiera, regalitario – tributaria, legislación sociolaboral y preservación ecológica y medioambiental, a declarar la nulidad de los derechos concesionarios mineros que, **sean pasibles a sanciones establecidas por las Leyes y disposiciones vigentes**, en un plazo perentorio de 60 días a computar a partir de la promulgación de la presente Ley, con la consiguiente recuperación de tales concesiones y recursos no metálicos a propiedad originaria del Estado.²³⁴

214. De acuerdo con la interpretación del Tribunal, la Ley N.º 2.564 no proporciona una autorización general al Poder Ejecutivo para anular las concesiones en el supuesto de que las auditorías verificaran la existencia de violaciones a la legislación boliviana. Solamente autorizaba al Poder Ejecutivo a anular las concesiones si las auditorías establecían violaciones que eran sancionadas con su nulidad de conformidad con las leyes y reglamentaciones vigentes. En tanto el Decreto de Revocatoria determina la terminación de las concesiones por presuntas violaciones a la legislación boliviana que no parecen estar sancionadas con su terminación conforme a legislación (al menos la Demandada no ha probado que éste fuera el caso), el Tribunal no puede

²³³ Mem. de Contestación, ¶ 158 (énfasis agregado por el Tribunal). El texto completo establece que: “El artículo 3 de la Ley 2.564 no revierte, anula o revoca concesiones. Por el contrario, prevé la realización de auditorías para verificar la existencia de ilegalidades y adoptar las sanciones previstas legalmente. No se trata de un “*extraordinary power, vested in the Executive*”, sino de un mandato legislativo para fiscalizar las concesiones (cuya regularidad fue, de hecho, cuestionada desde su origen) y, en su caso, sancionar las ilegalidades cometidas”. Se omitieron las notas al pie).

²³⁴ An. CD-39 (énfasis agregado por el Tribunal).

sino concluir que el Decreto de Revocatoria encuentra justificación en la legislación boliviana.

215. Los funcionarios del gobierno de Bolivia parecen haber compartido esta opinión. Por ejemplo, un informe emitido por el Ministerio de Minería efectuó el siguiente comentario acerca de las auditorías dispuestas por la Ley N.º 2.564:

Es necesario aclarar que todas las conclusiones y recomendaciones a las que arriben las mencionadas auditorías, identificarán infracciones que pudieran haber cometido los concesionarios mineros del área en cuestión, infracciones reparables que no necesariamente identificarán causales para declarar la nulidad de concesiones²³⁵.

216. El gobierno que asumió el poder tras el dictado del Decreto de Revocatoria concluyó asimismo que este último no cumplía con la legislación boliviana, aunque por causales más formales. En efecto, el día 16 de diciembre de 2005, el Presidente Rodríguez dictó el Decreto Supremo N.º 28.527, que derogó el Decreto de Revocatoria como consecuencia de “deficiencias jurídicas insubsanables”, particularmente el hecho de que el Código de Minería no disponía la “revocación” de concesiones mineras, sino su caducidad o nulidad²³⁶.
217. Incluso si la Ley N.º 2.564 hubiese estado destinada a proporcionar una autorización general, la revocación de las concesiones por las causales citadas en el Decreto de Revocatoria parece injustificada en función de los hechos, por las razones expuestas en los párrafos 210 y 211 *supra*.
218. Además, aunque el Tribunal no le asigna un peso decisivo a esta circunstancia en razón de su carácter formalista, observa que el Decreto de Revocatoria incumplió el límite de tiempo establecido en la Ley N.º 2.564. El Artículo 3 de la Ley N.º 2.564 disponía que el Ejecutivo estaba autorizado a anular las concesiones “en un plazo perentorio de 60 días a computar a partir de la promulgación de la presente Ley”. No es controvertido que el Decreto de Revocatoria fue dictado el día 23 de julio de 2004, más de 60 días desde la promulgación de la Ley N.º 2.564 el día 9 de diciembre de 2003.

²³⁵ An. CD-65.

²³⁶ An. CD-74, véase ¶ 34 *supra*. (“[E]l Decreto de Revocatoria] adolece de deficiencias jurídicas insubsanables en virtud a que el Código de Minería en ninguna de sus disposiciones legales establece la revocatoria de concesiones mineras, existiendo más bien las figuras legales de la caducidad y nulidad de concesiones mineras previo proceso administrativo bajo competencia y jurisdicción de la Superintendencia de Minas”).

219. Además de las violaciones tributarias y aduaneras presuntamente identificadas en las auditorías, que el Tribunal ha analizado *supra*, la Demandada ha afirmado asimismo que las ilegalidades puestas al descubierto en las auditorías incluyen violaciones en materia de seguridad industrial, medioambiental y laboral, así como una ausencia de certificaciones mineras²³⁷. Bolivia invoca el informe técnico de auditoría para respaldar esta alegación²³⁸. Luego de haber revisado este informe, el Tribunal concluye que las irregularidades identificadas en ese informe fueron violaciones menores a la legislación. Efectivamente, Bolivia no ha señalado disposición legislativa o regulatoria alguna que provocaría la terminación de las concesiones sobre esta base. En consecuencia, en la medida en que ello es relevante considerando las razones invocadas en el Decreto de Revocatoria²³⁹, el Tribunal considera que no podrían haber servido como fundamento para la revocación de las concesiones.
220. Además, aunque las Demandantes reconocen que en la fecha de la revocación ninguna de las concesiones contaba con licencias medioambientales, Bolivia no ha establecido que una carencia de licencias medioambientales justificaría la terminación de las concesiones. Previamente se le había otorgado una licencia medioambiental a la concesión de Borateras de Cuevitas, pero esta licencia fue revocada mediante una resolución administrativa un día antes de que se dictara el Decreto de Revocatoria²⁴⁰; esa revocación pareció responder a la presión ejercida por la comunidad local más que a las violaciones a la legislación por parte de NMM²⁴¹.
221. Por último, el Tribunal considera que la revocación de las concesiones de las Demandantes no cumplió con los estándares mínimos del debido proceso, ya sea conforme al derecho internacional o la legislación boliviana. El estándar del debido proceso bajo el derecho internacional, y más específicamente en el contexto de la expropiación, como ha sido resumido en el caso *ADC c. Hungría*, exige "un procedimiento legal cierto y sustantivo para que un inversionista extranjero entable

²³⁷ Dúplica, ¶ 58.

²³⁸ An. R-261.

²³⁹ El Tribunal observa que estos incumplimientos no fueron invocados en el Decreto de Revocatoria.

²⁴⁰ An. CD-173.

²⁴¹ Véase Sección iii.(b) *infra*.

sus reclamos ante acciones de privación ya adoptadas o que estén por adoptarse en su contra"²⁴² [Traducción del Tribunal].

222. La legislación boliviana establece asimismo determinadas garantías procesales básicas que deben ser respetadas en los procedimientos judiciales y administrativos. En particular, el Artículo 16 de la Ley de Procedimiento Administrativo²⁴³ establece el derecho a (i) participar en un procedimiento ya iniciado cuando se afecten los intereses legítimos del particular; (ii) conocer el estado del procedimiento en que sea parte; (iii) formular alegaciones y presentar pruebas; (iv) obtener una respuesta fundada a cualquier petición o solicitud; (v) exigir que se respeten los términos y plazos del procedimiento; y (vi) ser tratados con dignidad, respeto, igualdad y sin discriminación²⁴⁴.
223. Los procesos de auditoría que constituyeron el fundamento del Decreto de Revocatoria no cumplieron con estos requisitos. Si bien el informe final de las autoridades aduaneras (*Informe Final de Fiscalización Aduanera Posterior a la empresa Non Metallic Minerals S.A. de 18 de febrero de 2005*²⁴⁵) sugiere que se notificó a NMM de la auditoría aduanera y que participó en ella, el informe afirma que se notificó a NMM del comienzo de la auditoría el día 22 de junio de 2004 (es decir,

²⁴² *ADC c. Hungría*, Laudo de fecha 2 de octubre de 2006, ¶ 435. El tribunal en *ADC* continúa explicando:

En aras de hacer que dicho procedimiento jurídico tenga sentido, se espera que algunos mecanismos jurídicos básicos, como una notificación previa razonable, una audiencia justa y alguien que decide de manera ecuaníme e imparcial que evalúe las acciones controvertidas, se encuentren fácilmente disponibles y accesibles para el inversionista. En general, el procedimiento jurídico debe ser de una naturaleza tal que, dentro de un tiempo razonable, le brinde al inversionista afectado una oportunidad razonable de reclamar sus derechos legítimos y de que se escuchen sus reclamos [Traducción del Tribunal].

Véase asimismo *Ioannis Kardassopoulos c. Georgia*, Caso CIADI N.º ARB/05/18, Laudo de fecha 3 de marzo de 2010, ¶¶ 395, 396, 404). Véase asimismo *AIG Capital Partners, Inc. y CJSK Tema Real Estate Company c. República de Kazajstán*, Caso CIADI N.º ARB/01/6, Laudo de fecha 7 de octubre de 2003, ¶ 10.5.1 (“La expropiación de bienes extranjeros no infringe en sí misma las disposiciones del derecho internacional siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones, y tal vez la condición establecida más claramente es que la expropiación no debe ser arbitraria (es decir, no debe ser contraria al “debido proceso de la ley”) y debe fundarse en la aplicación de leyes debidamente adoptadas. [...] El requisito de que la expropiación debería ser de una manera no discriminatoria (es decir, igual entre extranjeros y nacionales) y con apego al debido proceso se encuentra asimismo ampliamente aceptado, y es de relevancia para la evaluación de si la expropiación fue o no arbitraria y en aras del interés público”) [Traducción del Tribunal].

²⁴³ An. R-258.

²⁴⁴ Véanse asimismo Arts. 4.g, 33, 46, 47, 54 y 70.

²⁴⁵ An. R-270, págs. 56 y ss.

un día antes de que se revocaran las concesiones²⁴⁶). Las Demandantes han negado que tuviera lugar esta notificación, pero incluso de haber sucedido, no habría permitido a las Demandantes a participar en la auditoría con anterioridad a la revocación de las concesiones. El informe final sugiere asimismo que se notificó a NMM de la emisión del Informe Preliminar el día 28 de diciembre de 2004²⁴⁷, (seis meses *después* de que fueran revocadas las concesiones de NMM), y que el memorial de defensa de NMM ("*memorial de descargos*"²⁴⁸) fue presentado el día 28 de enero de 2005, mucho tiempo después de que fueran revocadas las concesiones. En consecuencia, la presunta notificación y participación de NMM en la auditoría no demuestra que en la revocación de las concesiones se respetara el debido proceso.

224. No existe ninguna otra prueba en el expediente que demuestre que las Demandantes fueron notificadas de las auditorías. La Demandada, al invocar el An. R-266, afirma que el Sr. David Moscoso fue notificado de las auditorías en virtud de la Ley N.º 2.564. Al analizar la notificación contenida en el An. R-266, el Tribunal observa que es un certificado expedido por la Superintendencia de Minas Tupiza-Tarija que indica que se han entregado determinadas copias a una Señora Ludy Moscoso, consultora del Prefecto de Potosí (que no tiene ninguna relación con el Sr. David Moscoso). No existe indicación alguna de que las copias estén destinadas a una auditoría, ni está el documento firmado por ninguna persona relacionada con NMM.
225. Del expediente surge asimismo que las Demandantes intentaron de manera infructuosa obtener información acerca de las auditorías. El An. CD-56 contiene numerosas cartas de NMM a la *Corporación Minera de Bolivia* (COMIBOL), el *Servicio Geológico Minero* (SERGEOMIN), la *Empresa Nacional de Ferrocarriles* (ENFE) y la Aduana Nacional de Bolivia entre mediados del mes de junio y hasta fines del mes de julio de 2004. En esas cartas, NMM hace referencia al Decreto de Revocatoria y a las auditorías realizadas en virtud de la Ley N.º 2.564 y exige que los informes sean enviados a NMM conjuntamente con las copias legalizadas de las notificaciones que informaban a NMM de las auditorías y que solicitaban información²⁴⁹. Con la excepción de una respuesta de COMIBOL que refería a NMM

²⁴⁶ An. R-270, pág. 56.

²⁴⁷ An. R-270, pág. 58.

²⁴⁸ An. R-270, pág. 58.

²⁴⁹ Ans. CD-56-A, B, C, D e I.

al Viceministro de Minas²⁵⁰ (respecto de la cual no obra respuesta alguna en el expediente) no parece haber respuesta alguna a las reiteradas solicitudes de NMM.

226. Una vez que concluyeron las auditorías, las Demandantes sostienen que no se les brindó la oportunidad de rebatir sus conclusiones debido a que “la Ley N.º 2.564 no dispone ninguna clase de apelación contra el resultado de las auditorías o la decisión de anulación”²⁵¹ [Traducción del Tribunal]. Tal como observara la Demandada, la legislación de Bolivia prevé numerosas acciones constitucionales o administrativas²⁵² que las Demandantes podrían haber intentado. Dicho esto, la disponibilidad de acciones locales para impugnar el Decreto de Revocatoria no modifica la conclusión del Tribunal de que la revocación no cumplió con el debido proceso, siendo los factores determinantes el hecho de que las Demandantes no fueran escuchadas durante las auditorías y que la revocación careciera de razones válidas.

227. En consecuencia, el Tribunal concluye que el Decreto de Revocatoria no constituyó un ejercicio legítimo de los poderes de policía de Bolivia. Por lo tanto, procederá a revisar si se cumplen los requisitos restantes para que exista una expropiación directa, a saber, si se privó a las Demandantes de su inversión (b), y si la privación fue permanente (b).

(b) *¿El Decreto de Revocatoria privó a NMM de sus inversiones?*

228. Tal como se observara *supra*, para que ocurra una expropiación directa, debe haber una toma forzosa o transferencia de título al Estado que prive al inversionista de su inversión²⁵³.

229. En este caso, es indiscutible que el Decreto de Revocatoria tuvo el efecto de transferir al Estado el título de las concesiones mineras de NMM. El Decreto dispone claramente la revocación de las resoluciones constitutivas de las concesiones mineras de NMM, así como su pérdida, al ordenarle a NMM que dentro de los treinta días efectuase la entrega física de las concesiones a la Prefectura de la Región de Potosí.

230. No está en controversia que, en cumplimiento de esta orden clara, dictada por el propio Presidente de Bolivia, NMM devolvió sus concesiones a Bolivia el día 23 de

²⁵⁰ An. CD-56-H.

²⁵¹ Réplica, ¶ 133.

²⁵² DACD, diapositiva 30.

²⁵³ Véase ¶ 200 *supra*.

julio de 2004. En la opinión del Tribunal, esto equivale a una privación de las inversiones de NMM en Bolivia.

231. El hecho de que NMM exportara ulexita que había sido extraída previamente hasta el día 23 de septiembre de 2004 no altera esta conclusión. Lo que le otorgaba valor a las inversiones eran las concesiones; sin ellas, se perdió por completo la inversión. El hecho de que aún se vendiera algún producto de la inversión puede reducir el daño, pero no puede deshacer la privación económica de la inversión.
232. La introducción de una prohibición de exportación mediante Decreto N.º 27.590 el día del Decreto de Revocatoria tampoco modifica el hecho de la expropiación. Esa prohibición de exportación, que entró en vigor 90 días después de su promulgación (es decir, el día 21 de septiembre de 2004), prohibió efectivamente la exportación de minerales no metálicos, tales como el boro no procesado o la ulexita no procesada o procesada parcialmente²⁵⁴. Sin embargo, el Decreto N.º 27.590 fue revocado en el mes de octubre de 2004 por medio del Decreto N.º 27.799, como consecuencia del cual se levantó la prohibición de exportación²⁵⁵. Durante la audiencia, la Demandada argumentó que el Decreto N.º 27.799 fue a su vez revocado en el año 2008, pero no presentó prueba alguna en sustento de esta afirmación²⁵⁶. En cualquier caso, las Demandantes han demostrado que hubo exportaciones significativas de ulexita de Bolivia a Brasil entre los años 2003 y 2012²⁵⁷, lo que prueba que durante esos años no estuvo en vigor una prohibición de exportación efectiva.

(c) *¿La privación fue permanente?*

233. Por último, el Tribunal debe determinar si la privación tuvo efectos permanentes. No está en disputa que, después de que NMM devolviera las concesiones a Bolivia, el día 23 de julio de 2004, nunca más explotó esas concesiones. En efecto, actos ulteriores de Bolivia confirmaron esa privación. El día 28 de octubre de 2004, las concesiones que ya habían sido “revocadas” fueron también “anuladas”. El Decreto N.º 28.527, que revocó la revocatoria alrededor de un año y medio más tarde, en el mes de diciembre de 2005, no canceló la privación. Por el contrario, el Decreto N.º

²⁵⁴ Artículos 1 y 2, An. CD-51.

²⁵⁵ An. CD-195.

²⁵⁶ Tr., Día 1, 22-28.

²⁵⁷ An. CD-196.

28.527 reconocía expresamente que las concesiones fueron anuladas y que las declaraciones de nulidad eran definitivas²⁵⁸.

234. Por lo tanto, la fecha en la cual NMM fue privada del beneficio económico de sus concesiones fue el día 23 de julio de 2004. En opinión del Tribunal, esta es la fecha de la expropiación, en tanto ésta fue la fecha en la que, debido a una interferencia gubernamental, se perdió de manera definitiva el uso legal y económico de las concesiones.

ii. ¿Hubo una expropiación indirecta de la inversión de Quiborax?

235. En su Memorial, las Demandantes alegaron que, como consecuencia de la expropiación de las concesiones de NMM, las acciones de Quiborax en NMM perdieron todo su valor de un día para el otro. Por consiguiente, si bien en teoría Quiborax todavía es titular de aproximadamente el 51% de las acciones de NMM, ha perdido el uso y usufructo económico de sus inversiones. Para las Demandantes, esto tuvo el efecto de privar a Quiborax de su propiedad de manera equivalente a una expropiación, lo que, por ende, constituyó una expropiación indirecta²⁵⁹.

236. Las Demandantes no reiteraron este reclamo ni en su Réplica ni durante la audiencia. Como consecuencia de este silencio, la Demandada argumentó que las Demandantes no habían planteado un reclamo de expropiación indirecta²⁶⁰. Las Demandantes no refutaron estas afirmaciones, pero tampoco retiraron expresamente su reclamo de expropiación indirecta. Durante la audiencia, señalaron que reiteraban sus presentaciones escritas, incluso si no las repetían expresamente en forma oral²⁶¹. Por lo tanto, el Tribunal entiende que el reclamo de expropiación indirecta no ha sido retirado y lo abordará aquí.

237. No existe controversia de que una expropiación no necesita referirse exclusivamente a la toma manifiesta de un activo físico o a la transferencia formal de título (expropiación directa). Otras medidas diferentes de una toma real o transferencia formal de título pueden constituir una expropiación indirecta o medidas equivalentes

²⁵⁸ An. CD-74 (“Considerando [...] Que las Resoluciones Administrativas dictadas por la Superintendencia de Minas anulan las resoluciones constitutivas de las concesiones mineras de la Empresa Non Metallic Minerals S.A. y en la actualidad se encuentran ejecutoriadas y causan estado”).

²⁵⁹ Mem., ¶¶ 137-141.

²⁶⁰ Dúplica, ¶¶ 71-72; Tr., Día 1, 173-175; Tr., Día 3, 864-865.

²⁶¹ Tr., Día 3, 819-820.

a una expropiación. Esto se reconoce expresamente en el Artículo VI del TBI y ha sido aceptado por diversos tribunales²⁶².

238. Para que exista una expropiación indirecta, en general se acepta que la medida adoptada por el Estado debe tener el efecto de privar sustancialmente al inversionista del valor económico de su inversión. A modo de ejemplo, el tribunal en *Pope & Talbot* consideró “si la interferencia [del Estado] es tan restrictiva como para sustentar la conclusión de que la propiedad le ha sido 'quitada' a su titular” y agregó que “con arreglo al derecho internacional, la expropiación requiere una 'privación sustancial” [Traducción del Tribunal]²⁶³. De modo similar, según el primer tribunal en *Occidental*, la cuestión consiste en determinar si ha habido una “privación sustancial” [de] uso del beneficio económico razonablemente esperado de la inversión” [Traducción del Tribunal]²⁶⁴. Asimismo, tal como se destacara en *Burlington*, la privación debe ser permanente y no debe justificarse conforme a la doctrina de los poderes de policía²⁶⁵.
239. Puesto que Quiborax califica como inversionista titular de una inversión en virtud del TBI²⁶⁶, la cuestión consiste en determinar si la revocación de las concesiones tuvo el efecto de privar sustancialmente a Quiborax del valor de su inversión en Bolivia, es decir, de sus acciones en NMM. Aunque las Demandantes no han ofrecido pruebas de tal disminución de valor, el Tribunal acepta que, en ausencia de las concesiones, las cuales constituían la razón de ser de NMM, la inversión de las Demandantes en NMM virtualmente perdió todo su valor. En efecto, las Demandantes han descrito a NMM en reiteradas ocasiones como el vehículo de inversión de Quiborax²⁶⁷, y NMM parece no tener otra actividad que no sean las concesiones²⁶⁸. El Tribunal ya ha determinado que esta privación era permanente e injustificada conforme a la doctrina

²⁶² Véanse, p.ej., *Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton c. TAMS-AFFA*, 6 Iran-US CTR, Laudo de fecha 22 de junio de 1984, en 225; *Starrett Housing c. Irán*, 16 Iran-US CTR, Laudo de fecha 14 de agosto de 1987, pág. 154; *Metalclad c. México*, Laudo de fecha 30 de agosto de 2000, ¶ 103; *Glamis Gold, Ltd. c. Los Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo de fecha 8 de junio de 2009, ¶ 355; *Tecmed c. México*, Laudo de fecha 29 de mayo de 2003, ¶¶ 113-114.

²⁶³ *Pope & Talbot Inc. c. El Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo Provisional de fecha 26 de junio de 2000, ¶ 102.

²⁶⁴ *Occidental Exploration and Production Company c. La República del Ecuador ("Occidental c. Ecuador I")*, Caso LCIA N.º UN3467, Laudo de fecha 1 de julio de 2004, ¶ 89.

²⁶⁵ *Burlington c. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, ¶¶ 471-473.

²⁶⁶ Decisión sobre Jurisdicción, ¶¶ 192, 196, 210, 237, 282.

²⁶⁷ Mem., ¶¶ 1, 67, 106, 109.

²⁶⁸ Véanse estados contables de NMM correspondientes a los ejercicios 2003 y 2004 (An. NCI-62), que demuestran que prácticamente todos los activos de NMM relativos a la explotación de las concesiones perdieron su valor.

de los poderes de policía. En consecuencia, el Tribunal concluye que la revocación de las concesiones derivó en la expropiación indirecta del valor de las inversiones de Quiborax.

iii. ¿La expropiación fue ilícita en virtud del TBI?

240. El Tribunal ha concluido que Bolivia expropió la inversión de NMM, por lo que procederá a determinar si la expropiación cumplía con los requisitos del Artículo IV(1) del TBI o, en otras palabras, si se trataba de una expropiación lícita o ilícita. El Artículo IV(1) del TBI dispone lo siguiente:

Expropiación y compensación

1. Ninguna de las Partes Contratantes adoptará medidas que priven, directa o indirectamente, a un inversionista de la otra Parte Contratante, de su inversión, a menos que se cumplan los siguientes requisitos:
 - a. las medidas se adopten por causa de utilidad pública o interés nacional y de conformidad con la ley;
 - b. las medidas no sean discriminatorias;
 - c. las medidas vayan acompañadas de disposiciones para el pago de una compensación inmediata, suficiente y efectiva.

241. O, en su traducción al inglés:

Expropriation and compensation

1. Neither of the Contracting Parties will take measures that deprive, directly or indirectly, an investor of the other Contracting Party of its investment unless the following conditions are met:
 - a. the measures are adopted for the public or national interest and in accordance with the law;
 - b. the measures are not discriminatory;
 - c. the measures are accompanied by provisions for the payment of an immediate, sufficient and effective compensation.

242. En este sentido, el Tribunal evaluará si la expropiación fue por causa de utilidad pública o interés nacional y de conformidad con la ley (a), si la medida discriminó a NMM (b), y si la expropiación estuvo acompañada de la compensación pertinente (c). Posteriormente, el Tribunal llegará a su conclusión sobre la legalidad de la expropiación (d).

(a) *¿La medida expropiatoria fue por causa de utilidad pública o interés nacional? ¿Se adoptó de conformidad con la ley?*

243. El Tribunal ha concluido que el Decreto de Revocatoria no constituyó un ejercicio legítimo de los poderes de policía de Bolivia. Ello no impide necesariamente la posibilidad de que el motivo por el cual se dictó fuera por causa de utilidad pública o interés nacional.

244. Bolivia alega que la revocación y la declaración de nulidad de las concesiones fueron medidas adoptadas "por causa de utilidad pública o interés nacional y de conformidad con la ley", tal como lo exige el TBI. En particular, el objetivo de estas medidas (que se ajustaban al derecho boliviano) consistía en recuperar las concesiones otorgadas en forma ilegal en la Reserva Fiscal del Gran Salar de Uyuni²⁶⁹. Se basaban en el interés nacional del Estado de proteger la Reserva Fiscal del Gran Salar de Uyuni²⁷⁰.

245. El Tribunal se adhiere al derecho soberano de Bolivia de determinar lo que constituye una causa de utilidad pública e interés nacional. Acepta que Bolivia puede haber tenido un interés legítimo en proteger la Reserva Fiscal del Gran Salar de Uyuni. Dicho esto, el Tribunal ya ha determinado que la revocación no se llevó a cabo de conformidad con la ley boliviana, sea como cuestión de sustancia, sea como cuestión de procedimiento (véase Sección (i) *supra*). Por ende, aun si la expropiación hubiese sido por causa de utilidad pública o interés nacional, no se llevó a cabo de conformidad con la ley, tal como lo requiere el Artículo IV del TBI. El Tribunal no puede sino concluir que la expropiación fue ilícita en este aspecto.

(b) *¿La medida expropiatoria fue discriminatoria?*

246. Las Demandantes alegan que el Decreto de Revocatoria discriminó a NMM debido a la nacionalidad chilena de su accionista mayoritaria, Quiborax. Bolivia argumenta que el Decreto de Revocatoria no era discriminatorio y lo describe como un acto justo, razonable y proporcionado, resaltando que "no hay motivos ni elementos de prueba que indiquen lo contrario"²⁷¹.

247. A fin de determinar si el Decreto de Revocatoria discriminó a NMM, el Tribunal aplicará el triple criterio formulado en el marco del caso *Saluka*, citado por la

²⁶⁹ Mem. Contestación, ¶ 182.

²⁷⁰ Mem. Contestación, ¶ 98.

²⁷¹ DAAD, diapositiva 59; Tr., Día 1, 182:8-183:8.

Demandada: “La conducta del Estado es discriminatoria si (i) casos similares (ii) reciben trato diferente (iii) y sin justificación razonable” [Traducción del Tribunal]²⁷². En cuanto al tercer elemento, el Tribunal coincide con el del caso *Parkerings* en que hay situaciones que pueden justificar un trato diferenciado, cuestión que debe evaluarse en función de las circunstancias específicas de cada caso²⁷³. En el caso que nos ocupa, otras compañías mineras que operaban en el Delta del Río Grande fueron auditadas en virtud de la Ley N.º 2.564. Otras compañías mineras, tales como Copla y Tecno Química, fueron multadas por supuestos errores en sus declaraciones de exportación, al igual que NMM²⁷⁴. Además, Copla obtuvo y perdió su licencia ambiental al mismo tiempo que NMM. Sin embargo, NMM fue la única que perdió sus concesiones. Por ende, el expediente demuestra que NMM recibió un trato diferente de otras compañías en circunstancias similares.

²⁷² *Saluka c. República Checa*, Laudo Parcial de fecha 17 de marzo de 2006, ¶ 313. Otros tribunales (sea que abordaran la prohibición de trato discriminatorio, sea que abordaran disposiciones en materia de trato nacional, que prohíben la discriminación en razón de nacionalidad) han aplicado un estándar similar. Véase, p. ej., *Joseph C. Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/06/18 (“*Lemire c. Ucrania*”), Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad de fecha 21 de enero de 2010, ¶ 261 (notas al pie omitidas) (“La discriminación, en los términos de los precedentes pertinentes, requiere más que un trato diferente. Para que exista discriminación, un caso debe tratarse de manera diferente de casos similares sin justificación alguna; una medida debe ser ‘discriminatoria y expon[e] a la parte demandante a un prejuicio sectorial o racial’; o una medida debe ‘apunta[ba] [sic] a las inversiones del Demandante en particular como inversiones extranjeras’ [Traducción del Tribunal]); *Champion Trading Company y Ameritrade International, Inc. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N.º ARB/02/9, Laudo de fecha 27 de octubre de 2006, ¶ 130. (“Por lo común, la obligación de trato nacional no prohíbe que un Estado adopte medidas que supongan una diferencia de trato. La obligación sólo prohíbe que un Estado adopte medidas que deriven en un trato diferente en circunstancias similares” [Traducción del Tribunal]); *Total S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/04/01 (“*Total c. Argentina*”), Decisión sobre Responsabilidad de fecha 27 de diciembre de 2010, ¶ 344 (“Este estándar requiere, como regla, una comparación entre el trato de inversiones diferentes, habitualmente dentro de un sector determinado, de diferente origen nacional o propiedad [...]. El propósito consiste en determinar si las inversiones protegidas han recibido peor trato sin justificación alguna, en particular, debido a su nacionalidad extranjera. La similitud de las inversiones comparadas y de sus operaciones es una condición previa a efectos de una comparación fructífera” [Traducción del Tribunal]).

²⁷³ *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania*, Caso CIADI N.º ARB/05/8, Laudo, 11 de septiembre de 2007, ¶ 368 (“La discriminación debe determinarse sobre la base de las circunstancias de los casos individuales. La discriminación comprende cuestiones de derecho, tales como la legislación que concede tratos diferentes en función de la ciudadanía, o cuestiones de hecho en las que un Estado les concede indebidamente un trato diferente a los inversionistas que se encuentran en circunstancias similares. De acuerdo con la opinión de este Tribunal, la cuestión que consiste en determinar si la discriminación es cuestionable no depende de requisitos subjetivos, tales como la mala fe o la intención maliciosa del Estado: al menos, el Artículo IV del Tratado no incluye dichos requisitos. Sin embargo, para violar el derecho internacional, la discriminación debe ser injustificada o desproporcionada; por ejemplo, debe carecer de relevancia o ser excesiva para lograr un objetivo del Estado que, de otro modo, sería legítimo. Puede que una justificación objetiva justifique el trato diferenciado de casos similares. Sería necesario, en cada caso, evaluar tanto las circunstancias exactas como el contexto” [Traducción del Tribunal]).

²⁷⁴ An. R-268, An. R-269 y An. R-270.

248. En opinión del Tribunal, no había justificación razonable en el derecho boliviano para este trato diferente. Esto se ve confirmado por las pruebas concluyentes de intención discriminatoria que obran en el expediente, que demuestran, en particular, que el Decreto de Revocatoria singularizó a NMM debido a la nacionalidad chilena de su principal accionista, Quiborax.
249. Que la promulgación de la Ley Valda en el mes de abril de 1998 fuera controvertida no es objeto de debate. También surge claramente del expediente que la población local no recibía con agrado el otorgamiento de concesiones en una zona que anteriormente había sido una reserva fiscal. Si bien había oposición pública respecto de todas las concesiones, el eje de la hostilidad se enfocaba en NMM como consecuencia de la nacionalidad chilena de su principal accionista.
250. La oposición pública aumentó considerablemente cuando las Demandantes recibieron una licencia ambiental el día 9 de junio de 2004 en relación con la operación de la concesión "Borateras de Cuevitas". Los artículos de prensa que obran en el expediente dan testimonio de la agitación causada por esta licencia, que siguió creciendo hasta el dictado del Decreto de Revocatoria el día 23 de junio de 2004²⁷⁵. En particular:
- a. El Comcipo (Comité Cívico Potosinista) siempre había sido uno de los críticos más fervientes de la Ley Valda y de la presencia de compañías chilenas que operaban en el Salar de Uyuni²⁷⁶. Según la prensa, como reacción al otorgamiento de la licencia ambiental, declaró "una guerra a muerte contra las autoridades nacionales que viabilizan la explotación de los recursos naturales de los bolivianos para beneficio de los chilenos"²⁷⁷ y exigió que se pusiera fin a "la entrega del Salar de Uyuni a los intereses chilenos"²⁷⁸.
 - b. Durante varios días a mediados del mes de junio de 2004, disturbios, huelgas de hambre y piquetes en rutas y ferrocarriles fueron la respuesta del público a la percepción de que "David Moscoso y sus socios chilenos" estaban saqueando el Salar mientras el Estado no hacía nada para impedirlo²⁷⁹. La Prefecta de

²⁷⁵ Ans. CD-43, CD-45, CD-46, CD-47, CD-48, CD-49, CD-52 y CD-55.

²⁷⁶ Ans. R-241 y R-242.

²⁷⁷ An. CD-43.

²⁷⁸ An. CD-47.

²⁷⁹ Véanse, p. ej., Ans. CD-43 y CD-45.

Potosí apoyó públicamente estas protestas, y se dijo que cuestionaba la benevolencia gubernamental para favorecer a "los capitales chilenos"²⁸⁰.

- c. Los medios también informaron que la región fue declarada en estado de emergencia²⁸¹.
251. El día 23 de junio de 2004, luego de la promulgación del Decreto de Revocatoria y del Decreto de Prohibición de Exportación, la prensa informó que "las presiones surtieron efecto"²⁸². La revocación de las concesiones fue celebrada como una "medida histórica" a través de la cual el gobierno nacional "p[uso] fin al saqueo de la ulexita que hasta la fecha estaba beneficiando a los chilenos"²⁸³. Se dijo que Wilson Magne, miembro del Parlamento boliviano, había afirmado que "el pueblo potosino obtuvo una contundente victoria frente al saqueo de nuestra riqueza por parte de empresas chilenas"²⁸⁴.
252. Por último, el Memo Interministerial de 2004 confirma que el Decreto de Revocatoria "fue promulgado debido a la presión social y política ejercida por las autoridades de Potosí y, en particular, de la localidad de Uyuni"²⁸⁵.
253. Tal como se estableciera *supra* (véase Sección (a)), el Tribunal no tiene motivos para dudar de que Bolivia se había visto motivada por la causa de utilidad pública o interés nacional. No obstante, en los términos empleados en *Corn Products c. México*, "[l]a discriminación no pierde su carácter de tal, ni hace dejar de incurrir en la correspondiente responsabilidad internacional que de ella deriva, por el hecho de que se efectúe para lograr una meta loable ni porque la consecución de esa meta pueda describirse como necesaria"²⁸⁶.
254. En consecuencia, el Tribunal concluye que la expropiación fue discriminatoria y, por ende, no cumplió con el requisito de no discriminación necesario para una expropiación lícita.

²⁸⁰ An. CD-45.

²⁸¹ An. CD-45.

²⁸² An. CD-49.

²⁸³ An. CD-55.

²⁸⁴ An. CD-55.

²⁸⁵ An. CD-68.

²⁸⁶ *Corn Products International Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Decisión sobre Responsabilidad, 15 de enero de 2008, ¶ 142.

iv. ¿La medida expropiatoria no tuvo una compensación?

255. No se discute que Bolivia ni le pagó ni le ofreció compensación a NMM por la revocación de sus concesiones mineras. La Demandada asevera que no debía pagarse compensación alguna, dado que no hubo expropiación. Sin embargo, el Tribunal ha concluido que la inversión de NMM en Bolivia fue efectivamente expropiada. Por lo tanto, la expropiación tampoco cumple con este requisito de legalidad.

v. Conclusión

256. Por consiguiente, el Tribunal concluye que la Demandada expropió las inversiones de NMM y Quiborax en forma ilícita.

B. Trato justo y equitativo; obstaculización de la inversión

1. La posición de las Demandantes

257. Las Demandantes alegan que Bolivia no cumplió con su obligación de garantizar el trato justo y equitativo (TJE) de su inversión en Bolivia consagrado en el Artículo IV.1 del TBI Bolivia-Chile. También afirman que Bolivia no cumplió con el Artículo III(2) del TBI al obstaculizar las inversiones de las Demandantes mediante "medidas injustificadas o discriminatorias"²⁸⁷. Al hacerlo, destacan que el alcance de la prohibición de medidas injustificadas o discriminatorias es similar al alcance del estándar de trato justo y equitativo, y subrayan que Bolivia comparte esta interpretación²⁸⁸. En efecto, la prohibición del trato injustificado o discriminatorio de las inversiones extranjeras, por lo general, se considera uno de los componentes del estándar TJE, con frecuencia a la par del componente de expectativas legítimas. En consecuencia, las Demandantes abordan las supuestas violaciones del TJE y de la prohibición de medidas injustificadas o discriminatorias por parte de Bolivia de manera conjunta.

a. El alcance del estándar de TJE

258. Las Demandantes alegan que el estándar de TJE debe interpretarse con arreglo al Artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ("CVDT").

²⁸⁷ El Tribunal resalta que las Demandantes sostienen que el término original en español "injustificada" y los términos "*unreasonable*" y "*arbitrary*" poseen un alcance similar, y han utilizado ambos términos en inglés para describir la conducta de la Demandada.

²⁸⁸ Mem. Contestación, ¶ 208.

Destacan que este estándar no es una norma estricta y que no es fácil de definir. Sus elementos constitutivos "justo" y "equitativo" requieren que los tribunales realicen una valoración subjetiva de la conducta del Estado receptor teniendo en cuenta todas las circunstancias²⁸⁹. Al buscar una definición más objetiva o cuantificable del estándar, los tribunales se han referido a las expectativas legítimas creadas por el Estado receptor que éste debe respetar²⁹⁰.

259. Para las Demandantes, no hay duda de que las obligaciones del Estado receptor frente a los inversionistas extranjeros derivan de los términos del tratado de inversión que resulta de aplicación. El concepto de "expectativas legítimas" del inversionista es una noción muy reconocida que ayuda a definir el alcance de la disposición TJE²⁹¹.
260. En respuesta al argumento de Bolivia según el cual una obligación TJE no puede limitar las prerrogativas soberanas, las Demandantes sostienen que ninguna de las obligaciones en virtud del TBI amenazan la soberanía. En sustento de ello, hacen referencia al fallo dictado en el año 1923 por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el marco del caso de S.S. *Wimbledon* según el cual las obligaciones asumidas en los tratados no suponen una limitación de la soberanía estadual, sino una manifestación de ella²⁹².
261. Las Demandantes coinciden en que sus expectativas legítimas, que reciben la protección del estándar TJE, no tornan inmutable el sistema jurídico del Estado receptor. Su protección sólo asegura que Bolivia no pueda promulgar legislación ni garantizar su cumplimiento de una manera que viole sus obligaciones bajo los tratados²⁹³.
262. Las Demandantes disienten de la alegación de Bolivia según la cual el estándar TJE equivale al estándar mínimo con arreglo al derecho internacional. En sustento de

²⁸⁹ Réplica, ¶ 244, que cita *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/99/2 ("*Mondev c. EE.UU.*"), Laudo de fecha 11 de octubre de 2002, ¶ 127, An. R-295.

²⁹⁰ Réplica, ¶ 245, que cita *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/19, Decisión sobre Responsabilidad de fecha 30 de junio de 2010, ¶ 203.

²⁹¹ Réplica, ¶ 245.

²⁹² Corte Permanente de Justicia Internacional, Caso de S.S. "*Wimbledon*", Reino Unido, Francia, Italia y Japón c. Alemania, Fallo de fecha 17 de agosto de 1923, pág. 25.

²⁹³ *Continental Casualty Company c. La República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/9, Laudo de fecha 5 de septiembre de 2008, ¶ 254.

esta afirmación, la Demandada invoca el caso *Genin c. Estonia*²⁹⁴; no obstante, "las circunstancias de hecho del caso *Genin* no pueden compararse con las que afectaban las inversiones de las Demandantes" [Traducción del Tribunal]²⁹⁵. Asimismo, "[d]esde un punto de vista conceptual, la asimilación que hace el tribunal del caso *Genin* entre el estándar de TJE y el estándar mínimo de trato conforme al derecho internacional no es convincente. La asimilación no refleja el desarrollo contemporáneo del derecho internacional y ha sido rechazada por una serie de tribunales arbitrales" [Traducción del Tribunal]²⁹⁶. En realidad, el TJE no es equivalente al estándar mínimo de trato, que invocaba el tribunal del caso *Genin*, ya que "el TJE no puede interpretarse como sinónimo de una noción limitada y excepcional comprendida en el estándar mínimo de trato redactado en el año 1926. Por el contrario, es un requisito básico y autónomo que encuadra el trato integral que debería otorgarse a la inversión extranjera" [Traducción del Tribunal]²⁹⁷.

263. Dicho esto, las Demandantes alegan que la conducta de Bolivia viola no sólo el estándar de TJE más amplio, sino también el más restringido adoptado por el tribunal del caso *Genin*, según el cual el trato injusto e inequitativo constituye "un incumplimiento voluntario de un deber, una insuficiencia de acción muy inferior a los estándares internacionales o incluso un ejemplo de mala fe subjetiva" [Traducción del Tribunal]²⁹⁸. En este aspecto, las Demandantes argumentan que (i) la expropiación por parte de Bolivia de las concesiones de las Demandantes fue manifiestamente ilegal, (ii) Bolivia luego dejó sin efecto la revocación y la "sustituyó" [Traducción del Tribunal] por declaraciones de nulidad *ex post facto*, y (iii) todo ello se llevó a cabo mediante una operación conjunta del Ministerio de Minería, del Ministerio de Relaciones Exteriores y de la Presidencia.

²⁹⁴ *Genin c. Estonia*, Laudo de fecha 25 de junio de 2001.

²⁹⁵ Réplica, ¶ 253.

²⁹⁶ Réplica, ¶ 255, que cita *Enron c. Argentina*, Laudo de fecha 22 de mayo de 2007, ¶ 258; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/97/3 ("*Vivendi c. Argentina II*"), Laudo de fecha 20 de agosto de 2007, ¶¶ 7.4.5-7.4.11 (An. R-310); *Sempra c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/16, Laudo de fecha 28 de septiembre de 2007, ¶ 302, An. R-337; *OKO Pankki Oyj y otros c. República de Estonia*, Caso CIADI N.º ARB/04/6, Laudo de fecha 19 de noviembre de 2007, ¶ 230; *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI N.º ARB/05/22 ("*Biwater Guff c. Tanzania*"), Laudo de fecha 24 de julio de 2008, ¶ 591 (An. R-194); *Lemire c. Ucrania*, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad de fecha 21 de enero de 2010, ¶ 253; *Total c. Argentina*, Decisión sobre Responsabilidad de fecha 27 de diciembre de 2010, ¶ 125; *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH y otros c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/08/8, Laudo de fecha 1 de marzo de 2012, ¶ 265.

²⁹⁷ Réplica, ¶ 260.

²⁹⁸ *Genin c. Estonia*, Laudo de fecha 25 de junio de 2001, ¶ 367 (An. R-287).

b. La Demandada no cumplió con las expectativas razonables y legítimas de las Demandantes

264. Las Demandantes alegan que Bolivia infundió en ellas expectativas legítimas que estaban protegidas por el Artículo IV del TBI, y luego no las cumplió. En particular, sostienen que, durante una presentación en Santiago de Chile en el mes de mayo de 2002, funcionarios del Ministerio de Minería expresaron el compromiso de Bolivia de ofrecer y mantener condiciones favorables a los inversionistas en Bolivia, especialmente, en el sector minero en el Salar de Uyuni²⁹⁹. La presentación enumeraba todos los beneficios de la legislación en vigor en ese momento, haciendo especial mención del Código de Minería, de la Ley de Inversiones y de los tratados de inversión suscritos por Bolivia. Además del Convenio CIADI, estos incluían 25 TBIs entre los cuales se encontraba el TBI celebrado con Chile.
265. Durante la década anterior comprendida entre los años 1990 y 2002, Bolivia había suscrito más de 20 TBIs con países tales como España y los Estados Unidos. Bolivia también había adoptado una nueva ley de inversiones en el año 1990³⁰⁰, que prácticamente no imponía restricciones a la inversión extranjera y contenía todas las salvaguardias habituales para los inversionistas, por ejemplo, las garantías de trato nacional, no discriminación, trato justo y equitativo, y acceso al arbitraje internacional. Asimismo, en el año 1997, Bolivia había adoptado un Código de Minería que reforzaba los derechos de los concesionarios y reducía las causales de anulación de las concesiones³⁰¹.
266. En estas circunstancias, las Demandantes esperaban que Bolivia actuara en forma coherente y transparente, que no adoptara medidas arbitrarias o discriminatorias en contra de los inversionistas y que respetara los derechos de propiedad adquiridos. Según las Demandantes:
- a. "Es razonable que un inversionista espere no ser privado de su inversión mediante un procedimiento no previsto por la ley. Es legítimo esperar que, en el supuesto de que su inversión fuera sometida a expropiación, esta tendría lugar en cumplimiento de la protección nacional de la que goza" [Traducción del Tribunal]³⁰².

²⁹⁹ An. CD-30.

³⁰⁰ Ley N.º 1182, An. CD-4.

³⁰¹ An. CD-6.

³⁰² Réplica, ¶ 265.

- b. También es razonable que un inversionista espere que las concesiones dictadas y otorgadas por la autoridad boliviana competente, a saber, la Superintendente Regional de Minas de Tupiza y Tarija, cumplan con el derecho boliviano. Ni la supuesta incompetencia de dicha Superintendente ni cualquier error de forma en que ella hubiera incurrido pueden atribuirse a las Demandantes ni utilizarse para privarlas de sus concesiones.
- c. Además, es razonable que un inversionista espere que las autoridades públicas del Estado receptor no conspiren para subsanar una expropiación ilícita y darle apariencia de legalidad. El Memo Interministerial de 2004 y la declaración de nulidad de las concesiones emitida por el Ministerio de Minería demuestran que esta expectativa no se cumplió.
- d. Por último, es legítimo que un inversionista espere que, luego de la confiscación de sus concesiones, ellas no sean anuladas *ex post* en función de hechos que no existen y por causales jurídicas que no se encuentren previstas en la legislación aplicable.

c. La revocación y la declaración de nulidad *ex post* de las concesiones mineras fueron medidas injustificadas y arbitrarias

267. Las Demandantes alegan que la “errática revocación de [la Ley Valda] por medio de la Ley N.º 2564, la que permitió la declaración de nulidad de las Concesiones adquiridas en virtud de la ley anterior” [Traducción del Tribunal], ya era injustificada en sí misma³⁰³. Sin embargo, lo que reviste mayor importancia es que “la revocación y la declaración de nulidad de las Concesiones carecieron de fundamento jurídico y no se basaron en un procedimiento de investigación lícito previo, lo que las torna injustificadas y arbitrarias” [Traducción del Tribunal]³⁰⁴.
268. Tal como se estableciera en el contexto del reclamo de expropiación, las Demandantes argumentan que la revocación de las concesiones mineras se dictó sin fundamento alguno en el derecho boliviano, y que esto fue reconocido posteriormente por las autoridades bolivianas³⁰⁵. La inobservancia de las leyes sociales, fiscales, ambientales, técnicas o procesales advertida en las auditorías no

³⁰³ Réplica, ¶ 284.

³⁰⁴ Réplica, ¶ 285.

³⁰⁵ Decreto N.º 28527, An. CD-74.

era causal de nulidad de las concesiones mineras en virtud del régimen proinversión existente. Asimismo, la inobservancia de cualquiera de dichas leyes podría haber sido rectificadas si las Demandantes hubieran tenido la oportunidad de ser escuchadas o de subsanar cualquier supuesta irregularidad.

269. Según las Demandantes, la declaración de nulidad *ex post* de las concesiones tampoco cumplía con el derecho sustantivo y procesal aplicable. Las causales de fondo y de forma invocadas por el Superintendente de Minas a fin de anular las concesiones de NMM no se encuentran reconocidas por el derecho boliviano. Además, el Superintendente de Minas abusó del procedimiento y notificó a NMM de la declaración de nulidad de las concesiones en Tupiza en lugar de La Paz³⁰⁶. Las Demandantes alegan que "[c]ada una de estas medidas supone un trato injustificado de la inversión de las Demandantes" y que, "[s]i se las considera en su conjunto, su arbitrariedad es aún más innegable" [Traducción del Tribunal]³⁰⁷.

d. La revocación y la declaración de nulidad *ex post* de las concesiones mineras también fueron discriminatorias

270. La alegación de las Demandantes según la cual la revocación y la declaración de nulidad *ex post* de las concesiones fueron discriminatorias ha sido tratada conjuntamente con la posición de las Demandantes respecto de la discriminación en materia de expropiación (Sección VI.A.4.a.ii.(b) *supra*).

e. La Demandada no puede invocar su propia conducta ilícita en perjuicio de las Demandantes

271. Las Demandantes sostienen que Bolivia intenta justificar su conducta culpando a las Demandantes por faltas que sólo pueden reprocharse a la propia Bolivia. Bolivia invoca su inconsistente proceso legislativo, en particular, su decisión de primero reducir el área de la reserva fiscal para luego restaurarla. También alega el resultado de sus propios procesos legislativos fue causado por intervenciones corruptas en el Senado. Las Demandantes alegan que estos hechos no se han demostrado y, en cualquier caso, no pueden atribuirse a ellas.

³⁰⁶ Según las Demandantes, el Superintendente de Minas notificó a RIGSSA y a NMM de su declaración de nulidad de las concesiones en las oficinas del Superintendente de Minas de Tupiza a través de la publicación de la notificación en la cartelera del secretario de la Superintendencia (véase An. R-275, en relación con Pococho). Sin embargo, los domicilios legales de RIGSSA y NMM no estaban ubicados en Tupiza, sino en la ciudad de La Paz.

³⁰⁷ Réplica, ¶ 288.

272. De modo similar, las Demandantes resaltan que ni la supuesta incompetencia de la Superintendente Regional de Minas ni cualquier error en que se hubiera incurrido pueden invocarse a fin de privarlas de sus derechos bajo los tratados. Los errores en los procedimientos administrativos cometidos por las propias autoridades de Bolivia son responsabilidad de la Demandada y no de las Demandantes.

f. Actos de hostigamiento posteriores a la expropiación

273. El día 22 de julio de 2004, un mes después del dictado del Decreto de Revocatoria y un día antes del vencimiento del plazo establecido para la entrega forzosa de las concesiones, las Demandantes solicitaron el inicio de negociaciones en virtud del Art. X del TBI³⁰⁸. Según las Demandantes, a partir de ese momento, Bolivia puso en práctica una estrategia de hostigamiento en aras de evitar su responsabilidad internacional con arreglo al TBI y obligar a las Demandantes a abandonar su reclamo.

274. Las Demandantes invocan, en particular, el Memo Interministerial de fecha 8 de diciembre de 2004, que fue emitido por un equipo de trabajo interministerial formado para evaluar los méritos de su reclamo³⁰⁹. Interpretan el memorándum como una confirmación de que el Decreto de Revocatoria se había dictado bajo la presión ejercida por el Departamento de Potosí y de que la revocación de las concesiones era ilícita.

275. Específicamente, el equipo de trabajo analizó dos escenarios diferentes e identificó la "mejor alternativa" en los siguientes términos:

PRIMER ESCENARIO - El Gobierno boliviano puede intentar llegar a un arreglo amistoso y mutuamente satisfactorio con la empresa. Sin embargo, está claro que el único arreglo posible con la misma podría ser una indemnización o la reposición de sus concesiones. Para el Gobierno, dicha opción implicaría grandes costos políticos y la creación de nuevos conflictos sociales y regionales en el Departamento de Potosí.

SEGUNDO ESCENARIO - El Gobierno boliviano puede intentar la defensa de sus decisiones. Lamentablemente la revocación de las concesiones mineras no está prevista en el Código de Minería, por lo que dicha opción tiene una gran debilidad. Otra alternativa es tratar de demostrar vicios en la tramitación de las concesiones originales de la empresa Non Metallic Minerals S.A. con el propósito de demostrar que

³⁰⁸ An. CD-58.

³⁰⁹ An. CD-68.

las mismas son nulas y siempre lo fueron. Por el momento esta es la mejor alternativa en la que se ha podido pensar³¹⁰.

276. Las Demandantes opinan que esta "mejor alternativa" ya se había puesto en práctica al momento de la redacción del Memo Interministerial de 2004. Para ellas, Bolivia implementó una estrategia destinada a frustrar sus derechos en virtud del TBI y así evitar la responsabilidad internacional. En particular, las Demandantes alegan lo siguiente:

- a. Bolivia llevó a cabo investigaciones fiscales en contra de las Demandantes entre los meses de noviembre de 2004 y noviembre de 2007 aproximadamente. En el año 2006, cuando el Presidente Evo Morales asumió su cargo y luego del registro del presente caso ante el CIADI, Bolivia invitó a las Demandantes a participar en negociaciones y se comprometió a suspender todos los procedimientos fiscales³¹¹, sólo para retomarlos diez días más tarde³¹².
- b. Mientras las Partes analizaban la implementación del acuerdo oral al que habían llegado como consecuencia de estas negociaciones³¹³, Bolivia preparaba e interponía acciones penales en contra de varias personas vinculadas al arbitraje que nos ocupa, incluido el Sr. Allan Fosc. Las Demandantes consideran estos procedimientos penales como un simple medio para alcanzar las metas de Bolivia en el marco del presente arbitraje, a saber, (i) negar la condición de las Demandantes de inversionistas extranjeras en virtud del TBI; (ii) obtener, manipular y falsificar pruebas en sustento de la defensa de Bolivia; y (iii) finalmente, obligar a las Demandantes a abandonar sus reclamos.

2. La posición de la Demandada

277. La Demandada niega que al revocar y declarar la nulidad de las concesiones de las Demandantes haya violado su obligación de otorgar un trato justo y equitativo a las inversiones de las Demandantes o menoscabado esas inversiones con medidas injustificadas, arbitrarias o discriminatorias. Niega asimismo haber tratado a las Demandantes de manera injusta o inequitativa mediante actos ulteriores.

³¹⁰ An. CD-68, págs. 10-11.

³¹¹ An. CD-76.

³¹² An. CD-77.

³¹³ Véanse Antecedentes Procesales, Sección III *supra*.

a. Bolivia no trató de manera injusta e inequitativa a las inversiones de las Demandantes al revocar y declarar la nulidad de las concesiones mineras

278. Bolivia niega haber violado su obligación de otorgarles a las inversiones de las Demandantes un trato justo y equitativo. En particular, afirma que, al revocar y declarar la nulidad de las concesiones mineras, no violó ninguna expectativa legítima de las Demandantes protegidas por el TBI.
279. Si bien la Demandada afirma que el alcance del estándar de TJE en virtud del TBI se encuentra circunscrito al estándar de trato mínimo en virtud del derecho internacional consuetudinario, sostiene que, incluso en virtud de una interpretación amplia del estándar de TJE, no estarían cubiertas las expectativas de las Demandantes. En la opinión de la Demandada, este estándar sólo protege las expectativas legítimas y razonables de inversionistas extranjeros que tienen una conexión objetiva y genuina con obligaciones jurídicamente vinculantes. El estándar de TJE no garantiza la inmutabilidad del marco jurídico aplicable a la inversión, ni tampoco le impide al Estado legislar y garantizar la aplicación y cumplimiento de la legislación en su territorio.
280. La Demandada sostiene que, en virtud de la legislación boliviana, las Demandantes no podrían haber esperado legítimamente que se mantuvieran los derechos adquiridos en virtud del Código de Minería, dado que (i) las concesiones mineras fueron otorgadas al Sr. Moscoso en violación de numerosas normas de la legislación boliviana, incluido el Código de Minería, y (ii) estas violaciones equivalen a causales de anulación en virtud de la legislación boliviana, incluso si estas causales no se encuentran especificadas en el Código de Minería. Por lo tanto, la revocatoria de las concesiones mineras no podría haber frustrado las expectativas legítimas de las Demandantes.
281. En virtud del TBI y el derecho internacional, Bolivia está facultada para ejercer sus prerrogativas de Estado para legislar y hacer cumplir la ley en su territorio. Las concesiones mineras fueron defectuosas desde el comienzo y su revocación y anulación fue consecuencia de estas ilegalidades en virtud de la legislación boliviana. Por lo tanto, estas medidas no pueden constituir violaciones al estándar de TJE.
282. Además, la valoración del estándar de TJE debe tener en cuenta no sólo la conducta del Estado, sino también la de las Demandantes. Cuando se adquirieron las concesiones mineras, las Demandantes tenían conocimiento de las controversias en

torno a la adjudicación de las concesiones dentro de la reserva fiscal del Salar de Uyuni y de las ilegalidades que afectaban a las concesiones. Más específicamente:

- a. Los testigos de las Demandantes, los Sres. Carlos Shuffer y Allan Fosk, han admitido que sabían que estaban operando con ex funcionarios públicos del Ministerio de Minería³¹⁴;
- b. Quiborax sabía que sólo era posible obtener las concesiones en el depósito de Río Grande debido a la reducción de la reserva fiscal del Salar de Uyuni mediante la controvertida Ley Valda. Aceptó asimismo negociar con los Sres. Moscoso and Ugalde como si ellos fueran titulares de las concesiones, aunque las resoluciones que constituyeron las concesiones y sus títulos de propiedad todavía no habían sido expedidos por la Superintendente Regional de Minas de Tapiza y Tarija³¹⁵;
- c. En el mes de marzo de 2000, Quiborax solicitó un dictamen jurídico de Teddy Cuentas Bascopé (abogado boliviano especializado en derecho de minería) respecto de la legitimidad y validez de las concesiones de RIGSSA, entre otras cuestiones. Las Demandantes no han presentado pruebas en este sentido y ni siquiera mencionan las conclusiones del dictamen;
- d. La oposición de la clase política y de representantes de la sociedad civil a la Ley Valda era bien conocida en Bolivia.
- e. En este contexto, Bolivia insiste en que nunca hizo una afirmación específica ni dio garantías a las Demandantes respecto de la validez de las concesiones mineras.

b. Bolivia no ha obstaculizado la inversión de las Demandantes con medidas injustificadas, arbitrarias o discriminatorias al revocar y declarar la nulidad de las concesiones mineras

283. La Demandada afirma que la revocación y anulación de las concesiones mineras fueron medidas justificadas dadas las circunstancias, en tanto fueron adoptadas para sancionar las irregularidades en la adjudicación y administración de las concesiones mineras. Observa que tribunales internacionales han considerado que el estándar del

³¹⁴ Declaración Testimonial de Shuffer, ¶¶ 17-18; Declaración Testimonial de Fosk, ¶ 31.

³¹⁵ An. CD-10.

Artículo III(2) del TBI es prácticamente idéntico al estándar de TJE³¹⁶, y por lo tanto, hace referencia a su posición con relación a ese estándar.

284. Además, Bolivia afirma que la revocación y anulación de las concesiones mineras no fueron arbitrarias. Según la Demandada, la argumentación de las Demandantes es deficiente en tanto no especifica (i) el fundamento jurídico para el estándar de arbitrariedad (el TBI sólo hace referencia a medidas injustificadas o discriminatorias) y (ii) las razones para la arbitrariedad. En cualquier caso, este reclamo debería ser desestimado por la misma razón que los demás reclamos: la revocación y anulación de las concesiones mineras cumplieron con la legislación boliviana y encontraban justificación en el interés público.
285. Incluso en el supuesto de que, *par impossible*, el Tribunal decidiera que la revocación y anulación fueron ilícitas y estuvieron motivadas por la presión política local, esto no sería suficiente para convertirlas en arbitrarias. Para eso, las Demandantes tendrían que probar que la conducta de Bolivia constituyó una violación intencional del debido proceso, lo que no puede hacer³¹⁷.
286. Además, la Demandada se opone a la alegación de trato discriminatorio por causa de nacionalidad, tal como se planteara en la Sección VI.A.4.b.ii *supra*, cuando explica la posición de Bolivia sobre discriminación tanto respecto del reclamo de expropiación como del reclamo de TJE.

c. Bolivia no violó sus obligaciones en virtud del TBI mediante actos ulteriores

287. Por último, la Demandada sostiene que el reclamo de las Demandantes que surge de presuntos actos de hostigamiento posteriores a la expropiación es infundado por las siguientes razones principales:

³¹⁶ *Saluka c. República Checa*, Laudo Parcial de 17 de marzo de 2006, ¶ 461: “En lo que se refiere al estándar de conducta, una violación del requisito del no obstaculización, por lo tanto, no se diferencia de manera substancial de una violación al estándar de “trato justo y equitativo”. El requisito de no obstaculización identifica meramente efectos más específicos de esta clase de violaciones, a saber, en lo que se refiere a la operación, administración, mantenimiento, uso, usufructo o disposición de la inversión por parte del inversionista”, [Traducción del Tribunal], An. R-297. Véase asimismo *Roussalis c. Rumania*, Laudo de 7 de diciembre de 2011, ¶ 324, An. R-298.

³¹⁷ *L. F. H. Neer y Pauline Neer (Estados Unidos de América) c. México*, Laudo de 15 de octubre de 1926, Informes de Laudos Arbitrales, Vol. IV, págs. 60-66: “se debería poner a prueba de los estándares internacionales la conveniencia de los actos gubernamentales, [...] el trato de un extranjero, a fin de constituir un delito internacional, debería equivaler a una afrenta, mala fe, una omisión deliberada de la obligación, o una insuficiencia de acción gubernamental tan carente de estándares internacionales que todo hombre razonable e imparcial reconocería inmediatamente su insuficiencia”, [Traducción del Tribunal] (An. R-299).

- a. El Tribunal ya concluyó que los pretendidos actos de acoso no podrían afectar la inversión de las Demandantes, puesto que ésta dejó de existir tras la revocación de las concesiones mineras³¹⁸;
- b. Se trata de un reclamo abstracto. Los procesos penales responden a alegaciones de que se falsificaron documentos para probar que Quiborax y el Sr. Allan Fosk eran accionistas de NMM desde antes del 13 de septiembre de 2001 y, por lo tanto, probar su condición de inversionistas en virtud del Tratado. Esta cuestión ya ha sido resuelta por el Tribunal en su Decisión sobre Jurisdicción, en la cual decidió que Quiborax era un inversionista en virtud del TBI y que carecía de jurisdicción sobre los reclamos presentados por el Sr. Allan Fosk³¹⁹;
- c. El reclamo se basa en una reconstrucción de los hechos fantasiosa y confusa en lo que se refiere a las acciones de las autoridades tributarias y los procesos penales en curso en Bolivia³²⁰.

3. Análisis

288. El Artículo III(2) del TBI dispone lo siguiente:

Cada Parte Contratante protegerá dentro de su territorio las inversiones efectuadas de conformidad con sus leyes y reglamentos, por los inversionistas de la otra Parte Contratante y no obstaculizará la libre administración, mantenimiento, uso, usufructo, extensión, transferencia, venta y liquidación de dichas inversiones a través de medidas injustificadas o discriminatorias

289. A su vez, el Artículo IV(1) del TBI dispone lo siguiente:

Cada Parte Contratante deberá garantizar un tratamiento justo y equitativo dentro de su territorio a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante y asegurará que el ejercicio de los derechos reconocidos en el presente Acuerdo no será obstaculizado.

290. Los reclamos en virtud de los Artículos III y IV del TBI surgen de (a) la revocación de las concesiones; (b) su posterior anulación; y (c) presuntos actos de hostigamiento posteriores a la expropiación.

³¹⁸ Mem. de Contestación, ¶ 231, al citar la Decisión sobre Medidas Provisionales, ¶ 138.

³¹⁹ Mem. de Contestación, ¶ 232, al citar la Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, ¶ 237.

³²⁰ Mem. de Contestación, ¶ 233.

a. Revocación de las concesiones

291. El Tribunal considera que aquí puede dejarse abierta la cuestión que consiste en determinar si la obligación bajo el TBI de otorgar un trato justo y equitativo puede ser equiparada al estándar mínimo bajo el derecho internacional. En efecto, el Tribunal considera que la revocación de las concesiones de las Demandantes viola el derecho internacional incluso bajo un estándar más exigente. Tal como observara el tribunal de *Waste Management II*:

[E]l nivel mínimo de trato justo y equitativo es quebrantado por una conducta atribuible al Estado y es perjudicial para la demandante si dicha conducta es arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática, y discriminatoria si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales o si involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial, como podría ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales o una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo³²¹.

292. En el contexto de su análisis del reclamo de expropiación de las Demandantes, el Tribunal ya ha sostenido que la revocación de las concesiones fue discriminatoria e injustificada en virtud de la legislación boliviana. Por la misma razón, viola también el estándar de trato justo y equitativo, incluso si se la equipara con el estándar del trato mínimo del derecho internacional consuetudinario³²².

293. Por lo tanto, por las mismas razones, la revocación de las concesiones califica como una medida injusta y discriminatoria en el sentido del Artículo III(2) del TBI. En efecto, el uso, usufructo, extensión, transferencia, venta y liquidación de las

³²¹ *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(F)/00/3 ("*Waste Management c. México II*"), Laudo de fecha 30 de abril de 2004, ¶ 98.

³²² Numerosos tribunales han considerado asimismo que los actos discriminatorios violan el estándar de trato justo y equitativo. Véase por ejemplo, *Saluka c. República Checa*, Laudo Parcial de fecha 17 de marzo de 2006, ¶ 307 ("Un inversionista extranjero protegido por el Tratado puede en cualquier caso esperar correctamente que la República Checa implemente sus políticas de buena fe mediante una conducta que sea, en tanto afecte la inversión de los inversionistas, razonablemente justificable por políticas públicas y que dicha conducta no viole de manera manifiesta los requisitos de congruencia, transparencia, imparcialidad y no discriminación. En particular, cualquier trato diferencial de un inversionista extranjero no debe fundarse en distinciones y demandas injustificadas, y debe justificarse demostrando que guarda una relación razonable con políticas racionales no motivadas por una preferencia por otras inversiones sobre la inversión de la que un extranjero sea titular"); [Traducción del Tribunal]; *Víctor Pey Casado y President Allende Foundation c. República de Chile*, Caso CIADI N.º ARB/98/2 ("*Pey Casado c. Chile*"), Laudo de fecha 8 de mayo de 2008, ¶ 670 ("Il est constant dans la jurisprudence internationale et dans la doctrine qu'un traitement discriminatoire de la part d'autorités étatiques envers ses investisseurs étrangers constitue une violation de la garantie de traitement « juste et équitable » inclus dans des traités bilatéraux d'investissement"); *CMS Gas Transmission Company c. La República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/8 ("*CMS c. Argentina*"), Laudo de fecha 12 de mayo de 2005, ¶ 290 ("El estándar de protección contra la arbitrariedad y la discriminación está vinculado con aquel del trato justo y equitativo. Toda medida que pudiera entrañar arbitrariedad o discriminación es en sí misma contraria a un trato justo y equitativo").

inversiones de las Demandantes fue menoscabado mediante medidas injustificadas y discriminatorias.

294. En consecuencia, el Tribunal concluye que la revocación de las concesiones se realizó en violación de los Artículos III y IV del TBI.
295. Esta conclusión se aplica de igual manera a NMM y Quiborax. Al revocar las concesiones de la manera en que lo hizo, Bolivia trató a las inversiones en Bolivia tanto de NMM como de Quiborax de manera injusta e inequitativa, y menoscabó su uso, usufructo, extensión, transferencia, venta y liquidación mediante de medidas injustificadas y discriminatorias. Se explica fácilmente que la violación del TJE afectara asimismo a Quiborax. Efectivamente, el Tribunal ha concluido que la verdadera razón de la discriminación fue la nacionalidad del accionista principal de NMM, Quiborax.

b. Anulación de las concesiones

296. Con respecto a la anulación de las concesiones, las Demandantes afirman que la extinción de la inversión no puede confundirse con la extinción de las obligaciones de Bolivia bajo el TBI³²³, y que la Demandada no debería ser “liberada de sus obligaciones bajo el Tratado mientras que ha privado [a las Demandantes] de su inversión”³²⁴.
297. El Tribunal comparte esta visión, que se expresó en particular en *Mondev* en los siguientes términos:

[U]na vez que existe una inversión, permanece protegida por el TLCAN incluso después de que la empresa en cuestión pueda haber fracasado. Esto es evidente con respecto a la protección ofrecida por el Artículo 1110 [expropiación]: [...] una persona continúa siendo un inversionista a los fines de los Artículos 1116 y 1117 incluso si la totalidad de la inversión ha sido expropiada en forma definitiva, de modo que lo único que resta es un reclamo de indemnización. El sentido está enfatizado por la definición de “inversionista” como alguien que “pretende efectuar, efectúa o ha efectuado una inversión”. Incluso si una inversión es expropiada, sigue siendo cierto que el inversionista “ha efectuado” la inversión.

A los Artículos 1102 [trato nacional] y 1105 [nivel mínimo de trato] se aplican consideraciones similares. Todavía pueden surgir cuestiones de liquidación ordenada y resolución de controversias que exigen un “trato justo y

³²³ Véanse DACD, diapositivas 68 y 69.

³²⁴ Tr., Día 1, 82:2-4.

equitativo”, “protección y seguridad plenas” y elusión de discriminación injusta. [...] ³²⁵ [Traducción del Tribunal].

298. Lo mismo se aplica al caso que nos ocupa. El TBI define el término inversionista como alguien que “haya[] efectuado inversiones” en el territorio del Estado receptor³²⁶. De manera similar, el ámbito de protección del TBI se extiende a las inversiones “efectuadas” en el territorio del Estado receptor³²⁷.
299. Sin embargo, las Demandantes han observado asimismo que “[d]esde el punto de vista de la privación de bienes sufrida por las Demandantes, las anulaciones carecen de relevancia. Las Demandantes perdieron la totalidad de su inversión en Bolivia debido al [Decreto de Revocatoria], seguido por la devolución forzosa de las concesiones bolivianas al Estado el día 23 de julio de 2004. Las anulaciones subsiguientes de estas mismas concesiones no son sino un intento *ex post* de modificar el verdadero curso de los hechos”³²⁸ [Traducción del Tribunal]. En otras palabras, las Demandantes reconocen que las anulaciones no las privaron de ningún bien que no hubiesen perdido ya a través de la revocación de las concesiones. En consecuencia, al aplicar el principio de economía procesal, no sería necesario que el Tribunal analizase los reclamos de las Demandantes de TJE y del Artículo III relativos a la ulterior anulación de las concesiones. En efecto, en lo que se refiere a sus reclamos de privación de bienes, las Demandantes no tendrían derecho a una reparación monetaria mayor incluso si el Tribunal estableciera una violación de estas protecciones del TBI³²⁹. Dicho esto, el Tribunal analizará estos reclamos en aras de la exhaustividad.
300. El día 28 de octubre de 2004, Bolivia declaró la anulación de las concesiones ya revocadas de las Demandantes. Las declaraciones de anulación se fundaron en la ausencia de capacidad jurídica o impersonería en el mandante y mandatario³³⁰.

³²⁵ *Mondev c. EE.UU.*, Laudo de 11 de octubre de 2002, ¶¶ 80-81.

³²⁶ TBI, Artículo I(1).

³²⁷ TBI, Artículo II.

³²⁸ Mem., ¶ 102. Nota al pie omitida.

³²⁹ Véase, por ejemplo, *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. y S.C. Multipack S.R.L. c. Rumania*, Caso CIADI N.º ARB/05/20 ("*Micula c. Rumania*"), Laudo de fecha 11 de diciembre de 2013, ¶ 874. Véase asimismo *Chevron Corporation (EE.UU.) y Texaco Petroleum Corporation (EE.UU.) c. República de Ecuador [I]*, Caso CPA N.º AA 277, Laudo Parcial sobre el Fondo de fecha 30 de marzo de 2010, ¶ 275.

³³⁰ An. R-276. Véase ¶ 31 *supra*.

301. El Tribunal ya ha concluido que las supuestas causales de anulación de las concesiones carecían de fundamento en los hechos o en la ley (véase Sección VI.A.2 *supra*). Las Demandantes han establecido que los errores alegados por Bolivia eran inexistentes o no estaban sujetos a la sanción de anulación. En particular, el Tribunal ha concluido que los poderes para representar a RIGSSA y NMM en la adquisición de las concesiones eran válidos, y que cualquier error adscrito a ellos no se encontraba sancionado con la nulidad de las concesiones (véanse párrafos 140 a 142 *supra*).
302. Por el contrario, el expediente sugiere que la anulación de las concesiones constituyó un intento *ex post* de mejorar la defensa de Bolivia en este arbitraje, no un ejercicio *bona fide* de los poderes de policía de Bolivia. Efectivamente, tal como se analizó en la Sección VI.A.2 *supra*, la anulación de las concesiones parece haber sido la forma que utilizó Bolivia para legalizar la extinción de las concesiones una vez que se cuestionó la legalidad del Decreto de Revocatoria. El Tribunal no puede dejar de observar que el Memo Interministerial de 2004 consideró precisamente esta estrategia de defensa en relación con de las Demandantes bajo el TBI:

SEGUNDO ESCENARIO - El Gobierno boliviano puede intentar la defensa de sus decisiones. Lamentablemente la revocación de las concesiones mineras no está prevista en el Código de Minería, por lo que dicha opción tiene una gran debilidad. Otra alternativa es tratar de demostrar vicios en la tramitación de las concesiones originales de la empresa Non Metallic Minerals S.A. con el propósito de demostrar que las mismas son nulas y siempre lo fueron. Por el momento esta es la mejor alternativa en la que se ha podido pensar³³¹.

303. Si bien el Memo Interministerial de 2004 es posterior a las declaraciones de anulación, confirma el curso de acción adoptado por el Gobierno. La anulación ocurrió cuatro meses después de ocurrida la revocación de las concesiones, por distintas causales. Si las concesiones hubiesen sido adjudicadas de manera improcedente, habrían sido anuladas o declaradas nulas en primer lugar, no revocadas por otros motivos.
304. En vista de lo anterior, el Tribunal concluye que la anulación de las concesiones no constituyó un ejercicio legítimo de los poderes de policía de la Demandada; no fue consistente con la obligación de Bolivia de otorgarles a las inversiones de las Demandantes un trato justo y equitativo. Constituye asimismo una medida injustificada que obstaculizó el uso, usufructo, extensión, transferencia, venta y liquidación de las inversiones efectuadas por las Demandantes. En consecuencia, el

³³¹ An. CD-68.

Tribunal declara que al anular las concesiones de las Demandantes, la Demandada ha violado los Artículos IV(1) y III(2) del TBI.

c. Actos de hostigamiento posteriores a la expropiación

305. Las Demandantes afirman asimismo que Bolivia violó su obligación de otorgarles a sus inversiones un trato justo y equitativo y de no menoscabarlas con medidas injustificadas y discriminatorias mediante actos de hostigamiento posteriores a la expropiación. En particular, las Demandantes alegan que, después de que las Demandantes solicitaran el inicio de las negociaciones en virtud del TBI, Bolivia inició una “estrategia de hostigamiento” en aras de evitar su responsabilidad internacional bajo el TBI, que consistió en auditorías e inspecciones destinadas a encontrar errores en la adquisición de las concesiones de NMM, investigaciones tributarias, y el inicio de acciones penales contra personas relacionadas al Caso CIADI, incluido el anterior Demandante, Allan Fosk.
306. El Tribunal entiende que este reclamo surge de los mismos hechos que los reclamos de sentencia declarativa y daños morales. En consecuencia, analizará estos reclamos en forma conjunta en la Sección VII.B *infra*.

VII. REPARACIÓN

307. Ya que el Tribunal ha determinado que la Demandada ha violado el TBI, el Tribunal abordará a continuación los reclamos de reparación. El Tribunal analizará primero el reclamo de compensación por daños y perjuicios pecuniarios (A), antes de abordar la solicitud de las Demandantes de daños morales y de una sentencia declarativa (B).

A. Compensación de daños y perjuicios pecuniarios

308. Luego de resumir las posiciones de las Partes (1), el Tribunal analizará el estándar de compensación aplicable (2). A continuación determinará el método de valuación adecuado (3) y, sobre esa base, cuantificará los daños y perjuicios de las Demandantes por la pérdida de reservas y recursos de ulexita (4). Posteriormente se ocupará del reclamo por la pérdida de recursos de litio (5). Por último, abordará el reclamo de intereses sobre los daños y perjuicios otorgados (6).

1. Resumen de las posiciones de las Partes

309. Las Demandantes sostienen que tienen derecho a la reparación íntegra del daño causado por las violaciones del TBI por parte de la Demandada, la que sólo puede

lograrse mediante una compensación de daños y perjuicios pecuniarios equivalentes al valor justo de mercado (VJM) de su inversión, valuados *ex post* (es decir, en la fecha del Laudo, no al momento del incumplimiento) y calculados de conformidad con el método de flujo de fondos descontados (FFD). Invocando la valuación realizada por su experto Navigant, sobre la base de las reservas y recursos de ulexita en las concesiones valuadas por su experto Behre Dolbear, las Demandantes afirman que el VJM de su inversión es equivalente a un máximo de USD 146.112.442 y a un mínimo de USD 140.459.669. Las Demandantes solicitan asimismo una indemnización por los recursos de litio en las concesiones que asciende a la suma de USD 736.385.

310. La Demandada, por su parte, afirma a título preliminar que no cabe reparación posible dadas las ilegalidades que afectan a las concesiones mineras. Si hubiera reparación, existiría una culpa compartida de al menos un 50% que reduciría el valor de la indemnización de manera proporcional³³². Incluso en el supuesto de que el Tribunal considerase que Bolivia ha violado sus obligaciones en virtud del TBI, la Demandada objeta el reclamo de indemnización de las Demandantes, argumentando que las Demandantes han exagerado sus daños al aplicar un método de valoración inadecuado y al sobreestimar las reservas existentes en las concesiones. Según la Demandada, el monto reclamado es astronómico comparado con el daño real que las Demandantes pudieron haber sufrido como consecuencia de la pérdida de las concesiones mineras.
311. Más específicamente, la Demandada sostiene que las Demandantes sólo pueden ser indemnizadas por aquellos daños que han sido probados con certeza. Sobre esta base, rechaza el método de valuación de FFD propuesto por las Demandantes, argumentando que este método no puede aplicarse cuando no se pueden proyectar de manera confiable los flujos de fondos futuros. En cambio, propone valorar la inversión sobre la base de las inversiones realmente realizadas y no recuperadas (siguiendo el método de “inversiones netas” o “costos hundidos” (*sunk costs*) establecido en el Artículo VI(2) del TBI). Si el Tribunal optara por aplicar el método de FFD, la Demandada sostiene que la fecha de valuación debería ser la de la supuesta expropiación, no la del Laudo, y que debería calcularse según las variables propuestas por su experto, Econ One.

³³² Mem. de Contestación, ¶ 248.

2. Estándar de compensación

a. La posición de las Demandantes

312. Las Demandantes afirman que el TBI no aborda los daños por violaciones del TBI. El Artículo VI sólo especifica la indemnización a la cual tiene derecho el inversionista en el caso de una expropiación lícita, al establecer que esta indemnización se “basará en el valor de mercado de las inversiones afectadas en una fecha inmediatamente anterior a aquella en que la medida llegue a conocimiento público”³³³.
313. En ausencia de cualquier *lex specialis*, las Demandantes afirman que el estándar de daños es el principio del derecho internacional consuetudinario de reparación íntegra, tal como está contemplado en *Chorzów* y codificado en los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la CDI (los “Artículos de la CDI”) (específicamente, en los Artículos 31, 34 y 36.2). Las Demandantes sostienen que, de conformidad con este principio, el estándar de compensación por la confiscación de las concesiones, sea que ésta se entienda como una violación de los Artículos III, IV o VI del TBI, es que se debe restituir completamente a las Demandantes a la posición en la cual se habrían encontrado si el hecho ilícito no hubiese ocurrido³³⁴.
314. Las Demandantes proponen un método de valuación basado en el valor justo de mercado (“VJM”) de las concesiones, es decir, el precio que un comprador hipotético estaría dispuesto a pagar por las concesiones en un momento determinado en el tiempo. Afirman que el VJM es el estándar de compensación generalmente aceptado en los arbitrajes de inversión y el derecho internacional consuetudinario, y alegan que Quiborax tiene derecho al 51% de este valor. Las Demandantes aclaran asimismo que “no han sugerido un método de valuación basado en el valor de Quiborax como compañía en la ausencia de la confiscación de la Concesión, sino una valuación del valor justo de mercado de las Concesiones bolivianas [...]”³³⁵ [Traducción del Tribunal].
315. Las Demandantes están de acuerdo con la Demandada en que sus daños deben ser “suficientemente ciertos”. En cuanto al grado de certeza exigido para cumplir con la carga de la prueba, la posición de las Demandantes es que los daños futuros deben

³³³ Mem. ¶ 181.

³³⁴ Mem. ¶¶ 181-183.

³³⁵ Réplica, ¶ 312 (énfasis en el original).

ser probados con *certeza razonable*. El grado de certeza que exige Bolivia torna casi imposible la indemnización por lucro cesante.

316. A los fines de lograr una reparación íntegra, los daños de las Demandantes deben ser valorados en la fecha del Laudo. Limitar el monto de los daños al valor de la empresa al momento de la expropiación no se justifica en el presente caso. Bolivia no ejerció su derecho de expropiar, sino, en cambio, confiscó las concesiones en violación del derecho internacional. En efecto, el acto ilícito de Bolivia no consistió meramente en no haber pagado a las Demandantes la indemnización adecuada (véase además Sección VII.A.4.c.i *infra*).
317. Las Demandantes sostienen que sus daños no pueden ser en ningún caso inferiores a la indemnización garantizada en virtud del Artículo VI del TBI, es decir el VJM de la inversión en la fecha de la expropiación, en tanto la indemnización adeudada por una expropiación "lícita" debería representar el límite inferior³³⁶.

b. La posición de la Demandada

318. Como una cuestión general, la Demandada afirma que, bajo el derecho internacional, para que un daño sea indemnizable, la demandante debe probar la existencia de un daño y una relación de causalidad entre la conducta atribuible al Estado (en este caso, una violación del TBI) y el daño³³⁷.
319. La Demandada sostiene además que los daños deben ser probados con un *suficiente o razonable grado de certeza*³³⁸. Esta regla reviste especial relevancia cuando la demandante pretende ser indemnizada por la pérdida de ingresos futuros dado que "con respecto a los daños futuros, el principio de la no reparación del daño hipotético significa que sólo podrán ser compensadas las pérdidas que puedan ser previstas con certeza"³³⁹. Bolivia afirma que las reservas de ulexita utilizadas por el experto de las Demandantes para el cálculo de los daños son sumamente especulativas³⁴⁰.

³³⁶ *Caso relativo a la Fábrica de Chorzów (Alemania c. Polonia)* Sentencia de fecha 13 de septiembre de 1928, Reclamo de Indemnización (El Fondo), C.P.J. I. Serie A, N.º 17 (1928), An. CL-6; Marboe, Irmgard, *Compensation and Damages in International Law - The Limits of "Fair Market Value"*, en *The Journal of World Investment & Trade* (2006), An. CL-25.

³³⁷ Por ejemplo, Ans. R-302 y R-320.

³³⁸ Mem. de Contestación, ¶¶ 250, 285, 295, 297, 309 y 320.

³³⁹ Mem. de Contestación, ¶ 287.

³⁴⁰ Mem. de Contestación, ¶ 290.

320. En este caso, la Demandada afirma que el estándar de compensación adecuado se encuentra establecido en el Artículo VI del TBI³⁴¹. Esta disposición exige que todas las expropiaciones estén acompañadas por el “pago de una compensación inmediata, suficiente y efectiva”³⁴², que se basará en el “valor de mercado de las inversiones afectadas en una fecha inmediatamente anterior a aquella en que la medida llegue a conocimiento público [...]”³⁴³.
321. La Demandada reconoce que en virtud de este estándar las Demandantes tienen derecho al VJM de sus inversiones, pero sostiene que, en este caso, esto es a lo sumo equivalente a las inversiones no amortizadas de las Demandantes (es decir, sus “costos hundidos” o “Inversión Neta”³⁴⁴).
322. Aunque Bolivia reconoce la existencia del estándar de reparación íntegra en virtud del derecho internacional tal como fuera articulado por la CPJI en *Chorzów*, no es clara su posición en cuanto a su aplicabilidad a este caso. En su Memorial de Contestación, la Demandada admite que, “de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario reflejado en la jurisprudencia *Chorzów*, todo acto ilícito acarrea la obligación de reparar íntegramente el daño causado”, pero afirma que el estándar establecido en el Artículo VI(2) del TBI garantiza la reparación íntegra de los daños de las Demandantes³⁴⁵. Sin embargo, en su Dúplica, la Demandada parece cuestionar el estándar de compensación establecido en *Chorzów*, al afirmar que, aun asumiendo que este estándar (o el estándar establecido en los Artículos de la CDI) refleja adecuadamente el derecho internacional consuetudinario, resulta cuestionable su aplicación en este caso. Amparándose en el Comentario de la CDI al Artículo 34 de los Artículos de la CDI, en el *Reclamo contra la URSS causado por Soviet Cosmos* y en *Diallo*, la Demandada sostiene que no debería seguirse el principio de reparación integral sin la debida consideración de los principios de equidad y razonabilidad que surgen del derecho internacional consuetudinario³⁴⁶. La

³⁴¹ Mem. de Contestación, ¶¶ 319-326.

³⁴² Artículo VI(1)(c) del TBI, el texto completo en español reza lo siguiente: “las medidas vayan acompañadas de disposiciones para el pago de una compensación inmediata, suficiente y efectiva.”.

³⁴³ Artículo VI(2) del TBI. (“La compensación se basará en el valor de mercado de las inversiones afectadas en una fecha inmediatamente anterior a aquella en que la medida llegó a conocimiento público. [...]”).

³⁴⁴ La Demandada se refiere a ella como “Inversión Neta Realizada”, que las Demandantes han traducido como “*Net Investment Realized*”. El Tribunal se referirá a ella como la “Inversión Neta” o método de “costos hundidos”.

³⁴⁵ Mem. de Contestación, ¶ 338.

³⁴⁶ Dúplica, ¶ 171.

Demandada afirma además que debe diferenciarse este caso de *Chorzów*: “Mientras que en ese caso Polonia carecía de todo derecho a expropiar la inversión en cuestión, en la presente disputa no es discutible que Bolivia sí posee dicha prerrogativa y que su ejercicio es plenamente legítimo”³⁴⁷.

323. Incluso si el principio de reparación íntegra resultara de aplicación, la Demandada sostiene que las Demandantes no han satisfecho el estándar de prueba que exige este principio, es decir:
- a. Debe haber una relación de causalidad próxima entre el daño sufrido por la Demandante y la violación del derecho internacional;
 - b. La compensación solicitada debe ser razonable;
 - c. El daño debe ser cierto y no hipotético o indeterminado;
 - d. No se debe correr el riesgo de compensar dos veces;
 - e. El inversor debe probar la relación de causalidad, el monto de los daños y que el daño es recuperable de acuerdo al derecho aplicable³⁴⁸.
324. Por último, la Demandada afirma que, si el Tribunal aceptara el método de valuación de las Demandantes, debería calcular el VJM de las concesiones en la fecha de la supuesta expropiación. No hay razón alguna para justificar una fecha de valuación posterior a la fecha de la supuesta expropiación de las concesiones (véase además Sección VII.A.4.c.i *infra*).

c. Análisis

325. El Tribunal entiende que el reclamo de compensación de daños y perjuicios pecuniarios cubre la totalidad del daño de las Demandantes susceptible de valuación financiera que surja de la pérdida de sus inversiones en Bolivia, ya sea que esta pérdida fuese causada por la expropiación ilícita de esas inversiones por parte de Bolivia, por el trato injusto e inequitativo de Bolivia o por la obstaculización de sus inversiones a través de medidas injustificadas o discriminatorias³⁴⁹.

³⁴⁷ Mem. de Contestación, ¶¶ 349-350.

³⁴⁸ Dúplica, ¶ 172.

³⁴⁹ Mem., ¶¶ 181-183. El petitorio de las Demandantes, citado en el ¶ 75 *supra*, especifica que las Demandantes solicitan un laudo:

326. El Tribunal está de acuerdo con las Demandantes en que el TBI no establece el estándar compensatorio para los actos internacionalmente ilícitos. El Artículo VI(2) del TBI establece el estándar compensatorio para las expropiaciones lícitas, y es posible que incluya las expropiaciones que cumplan con todos los requisitos de legalidad con excepción del pago de una compensación.³⁵⁰ El estándar del Tratado no es aplicable a las expropiaciones ilícitas, que están regidas por el principio de reparación íntegra tal como fuera articulado por la CPJI en el caso *Chorzów* y expresado posteriormente en los Artículos de la CDI. El Artículo VI(2) no pretende establecer una *lex specialis* para las expropiaciones ilícitas³⁵¹.
327. Constituye un principio básico del derecho internacional que los Estados incurren en responsabilidad por sus hechos internacionalmente ilícitos. Este principio se encuentra establecido en el Artículo 1 de la CDI, que dispone que “[t]odo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”. El corolario a este principio, articulado por primera vez por la CPJI en el frecuentemente citado caso *Chorzów*³⁵², es que el Estado responsable debe reparar el daño causado por su hecho internacionalmente ilícito. Tal como se establece en el Artículo 31 de la CDI:

Artículo 31

Reparación

1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.

-
- "Que ordene a Bolivia pagarles a las Demandantes una compensación plena en un monto no menor a USD 61.481.461 al 1 de agosto de 2009 por los daños sufridos debido a la pérdida de su inversión en Bolivia, con más intereses compuestos a la tasa comercial sobre dicho monto desde esa fecha hasta la fecha del pago efectivo" (Mem., Sección X(8)).
 - Que ordene a Bolivia pagarles a las Demandantes una compensación plena en un monto no inferior a USD 146.848.827 al 30 de junio de 2013 por los daños sufridos debido a la pérdida de su inversión en Bolivia, con más intereses compuestos a la tasa comercial sobre dicho monto desde esa fecha hasta la fecha del pago efectivo" (Réplica, Sección (IX(4))).

³⁵⁰ El Árbitro Lalonde y la Presidenta han tomado nota de la observación de la Árbitro Stern en su disidencia, pero consideran innecesario abordar una cuestión jurídica que no se plantea en este caso.

³⁵¹ Véase, por ejemplo, *Waguïh Elie George Siag y Clorinda Vecchi c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N.º ARB/05/15, Laudo de fecha 1 de junio de 2009 (An. R-348), ¶ 540 (al sostener que la disposición sobre indemnización por expropiación en el TBI pertinente “no pretende establecer una *lex specialis* que rija los estándares de indemnización para las expropiaciones ilegítimas o ilícitas”). [Traducción del Tribunal]. Véanse asimismo *Vivendi c. Argentina*, Laudo de fecha 20 de agosto de 2007 (An. R-310), ¶ 8.2.3, y *Saipem S.p.A. c. República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI N.º ARB/05/7, Laudo de fecha 30 de junio de 2009, ¶ 201.

³⁵² *Fábrica de Chorzów*, Jurisdicción, 1927, C.P.J.I., Serie A, N.º 9, pág. 21.

2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado.

328. Esta reparación debe ser “íntegra”, es decir, debe eliminar todas las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito y restituir a la parte perjudicada a la situación que habría existido si el hecho no se hubiese cometido³⁵³. Si la restitución en especie es imposible o impracticable, la indemnización otorgada debe erradicar todas las consecuencias del hecho ilícito. En este respecto, el Artículo 36 de la CDI dispone que “[e]l Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho, en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución”, agregando que “la indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluyendo el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado”.
329. Aquí, el Tribunal ha concluido que las inversiones de las Demandantes en Bolivia estuvieron sujetas a una expropiación directa – en lo que se refiere a NMM – e indirecta – en lo que se refiere a Quiborax –, expropiación que no satisfizo los requisitos establecidos en el TBI para una expropiación lícita. En consecuencia, las Demandantes tienen derecho a la reparación integral de los daños sufridos.
330. Dicho esto, hay autoridades que sugieren que, en determinados casos, la obligación del Estado de proporcionar una reparación íntegra puede reducirse tras considerar determinados factores atenuantes, tales como la vinculación remota del daño³⁵⁴, causas intervinientes o concurrentes³⁵⁵, la existencia de culpa concurrente por parte del inversionista³⁵⁶, o la aplicación del principio de proporcionalidad³⁵⁷. Sin embargo, en las circunstancias de esta expropiación, el Tribunal no observa ningún hecho que podría justificar una reducción por cualquiera de estos factores.

³⁵³ *Fábrica de Chorzów*, Fondo, 1928, C.P.J.I., Serie A, N.º 17, pág. 47.

³⁵⁴ Véanse, por ejemplo, Artículos de la CDI, Comentario al Artículo 31; *Micula c. Rumania*, Laudo de 11 de diciembre de 2013, ¶¶ 923-927. Véanse también ¶¶ 381 y ss *infra*.

³⁵⁵ *Micula c. Rumania*, Laudo de 11 de diciembre de 2013, ¶¶ 923-927; véase asimismo Caso Relativo a Elettronica Sicula SpA (ELSI) (Estados Unidos de América c. Italia), 20 de julio de 1989, [1989] ICJ Reports 15, ¶¶ 100 y 101; *Gami Investments, Inc. c. El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo Definitivo de fecha 15 de noviembre de 2004, ¶ 85; *Ronald S. Lauder c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Definitivo de fecha 3 de septiembre de 2001, ¶¶ 234-235.

³⁵⁶ Véase, por ejemplo, Brigitte Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale* (París, Pedone, 1973); *Occidental Exploration and Production Company c. República de Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/06/11 (“*Occidental c. Ecuador II*”), Laudo de 5 de octubre de 2012, ¶ 678; *Yukos Universal Limited (Isla de Man) c. La Federación Rusa*, CNUDMI, Caso CPA N.º AA 227 (“*Yukos c. Rusia*”), Laudo Definitivo de fecha 18 de julio de 2014, ¶¶ 1601-1606.

³⁵⁷ Véase, por ejemplo, Ursula Kriebaum, “*Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State*”, 8 *The Journal of World Investment & Trade* 5, Octubre de 2007, págs. 717-744.

3. Método de valuación

a. La posición de las Demandantes

331. En la opinión de las Demandantes, el método adecuado para calcular el VJM de una empresa rentable es el método FFD. Observan que Bolivia reconoce que este es el método de valuación utilizado “para las empresas en marcha con un historial de rentabilidad”³⁵⁸.
332. Las Demandantes observan que operaron las concesiones entre los años 2001 y 2004, y que durante ese tiempo, tanto NMM como Quiborax eran empresas rentables. Según las Demandantes, su operación exitosa de las concesiones durante casi tres años es suficiente para establecer su historial de desempeño y generar los datos necesarios para calcular los ingresos futuros. Además, dado el pasado exitoso de la operación, se podrían haber esperado ingresos futuros con una certeza razonable, si no fuera por la pérdida de las concesiones. Estos tres años de operación demuestran asimismo que las Demandantes eran empresas en marcha.
333. Según las Demandantes, el método FFD le permite a los tribunales evaluar el valor económico de una compañía en una manera realista. Afirman que mediante la aplicación del método FFD “se las restituirá a la posición en la que se habrían encontrado, si no hubiese ocurrido el hecho ilícito”³⁵⁹ [Traducción del Tribunal].
334. En respuesta a las objeciones de la Demandada al método FFD, las Demandantes sostienen que los tribunales internacionales han reconocido que este método es adecuado para valorar empresas en marcha, observando que el FFD ha sido rechazado en casos sin un historial probado de rentabilidad, lo que no sucede en el caso que nos ocupa.
335. Las Demandantes se oponen a la valuación propuesta por Bolivia sobre la base de la inversión neta realizada o costos hundidos. Según las Demandantes, la posición de Bolivia es financieramente incorrecta y contraria a la jurisprudencia establecida. Específicamente:
- a. En primer lugar, las Demandantes observan que el Artículo VI(2) del TBI, en el que se ampara Bolivia, aborda situaciones "donde resulte difícil determinar [el

³⁵⁸ Mem. de Contestación, ¶ 294. Referencia a las Directrices del Banco Mundial sobre el Tratamiento de la Inversión Extranjera Directa (Directriz IV:6 (i), pág. 6, An. CL-20).

³⁵⁹ Réplica, ¶ 319.

valor de mercado]"³⁶⁰. En este caso, los flujos de fondos proyectados del negocio de las Demandantes no son difíciles de establecer. El historial de rentabilidad de las Demandantes durante casi tres años proporciona datos suficientes para realizar una proyección razonable.

- b. En segundo lugar, como ya se expresó, las Demandantes sostienen que el estándar de compensación comprendido en el Artículo VI del TBI no es aplicable a las expropiaciones ilícitas. Citando *ADC c. Hungría* y *Siag c. Egipto*, las Demandantes aseveran que el TBI sólo establece el estándar de compensación para las expropiaciones lícitas, el cual no puede ser utilizado para determinar los daños que se deben pagar en los casos de expropiaciones ilícitas.
- c. En tercer lugar, las Demandantes afirman que el método de valuación propuesto por Bolivia no avalúa el VJM de la inversión ni restituye a las Demandantes a la posición en la que se habrían encontrado si no hubiese ocurrido el hecho ilícito. Citando a Ripinsky y Williams, las Demandantes afirman que es incorrecto suponer que el costo histórico de una inversión refleje su valor de mercado³⁶¹. Además, el método de costos hundidos es inapropiado dado que “pretende colocar a las Demandantes en la posición en la que se habrían encontrado si la inversión nunca hubiera ocurrido. [...] Sin embargo, la inversión efectivamente ocurrió, generó rentas, y se habría mantenido en ese curso de no haber sido por los hechos ilícitos de Bolivia”³⁶² [Traducción del Tribunal].
- d. Las Demandantes rechazan asimismo la afirmación de Bolivia de que el método de costos hundidos haya sido aceptado por los tribunales internacionales. Según las Demandantes, en tres de los cuatro casos citados por la Demandada (*Metalclad*³⁶³, *Tecmed*³⁶⁴, y *Wena*³⁶⁵), los tribunales reconocieron la pertinencia del análisis del método FFD para las empresas en marcha, pero lo desestimaron sobre los hechos específicos. En el cuarto caso citado por la

³⁶⁰ Cita original.

³⁶¹ Réplica, ¶ 363.

³⁶² Réplica, ¶¶ 370-371.

³⁶³ *Metalclad c. México*, Laudo de fecha 30 de agosto de 2000.

³⁶⁴ *Tecmed c. México*, Laudo de fecha 29 de mayo de 2003.

³⁶⁵ *Wena Hotels Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N.º ARB/98/4 ("*Wena c. Egipto*"), Laudo de fecha 8 de diciembre de 2000.

Demandada (*Azurix*³⁶⁶), la Demandante no solicitó la aplicación del método FFD.

- e. Además, las Demandantes aseveran que la brecha entre su inversión monetaria y el monto de daños reclamado no es injustificada. Las inyecciones de capital de envergadura no necesariamente vuelven valioso a un negocio, mientras que existen “numerosos ejemplos de negocios vendidos a un precio mucho más elevado que el monto invertido originalmente, en particular, si el negocio resulta exitoso”³⁶⁷ [Traducción del Tribunal].

336. Por estos motivos, las Demandantes rechazan el método de valuación propuesto por la Demandada, argumentado que “al solicitarle al Tribunal que le otorgue a las Demandantes el valor neto de su inversión, Bolivia pretende que su comportamiento ilícito se mantenga sin consecuencias”³⁶⁸ [Traducción del Tribunal].

b. La posición de la Demandada

337. La Demandada se opone a la aplicación del método FFD para valorar las inversiones de las Demandantes. Afirman que este método es poco confiable, en particular debido a la ambigüedad de los supuestos necesarios para proyectar los flujos de fondos futuros. Algunos de los factores normalmente reconocidos por la jurisprudencia arbitral para concluir que no existe certeza suficiente son la falta de un historial de actividad y rentabilidad del activo o la imprevisibilidad del entorno jurídico y socioeconómico.

338. La Demandada afirma que el presente caso involucra numerosas incertidumbres. En particular, no hay un historial de rentabilidad de las concesiones y los supuestos necesarios para pronosticar flujos de fondos futuros son sumamente especulativos, especialmente en lo que se refiere a las reservas de ulexita y el precio de éstas.

339. En lugar del método FFD, la Demandada propone calcular el VJM de las inversiones de acuerdo con los parámetros establecidos en la segunda oración del Artículo VI(2) del TBI para aquellos casos en los que resulta difícil determinar dicho VJM. Estos

³⁶⁶ *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/12 ("*Azurix c. Argentina*"), Laudo de fecha 14 de julio de 2006.

³⁶⁷ S. Ripinsky y K. Williams, "*Damages in International Investment Law*", págs. 229-230, An. CL-58.

³⁶⁸ Réplica, ¶ 372.

parámetros incluyen el capital invertido, su depreciación, el capital repatriado y el valor de reposición de la inversión, entre otros factores³⁶⁹.

340. La Demandada hace hincapié en que, para que la segunda oración del Artículo VI(2) del TBI sea aplicable, el establecimiento del VJM debe ser meramente difícil, no imposible. Según la Demandada, "al utilizar la palabra 'difícil', el Tratado quiso precisamente incluir la situación presente, donde no existe certeza suficiente para proyectar flujos futuros"³⁷⁰.
341. Como consecuencia, Bolivia propone una valuación sobre la base de las inversiones no amortizadas de las Demandantes, es decir, sus costos hundidos o inversión neta³⁷¹. Según la Demandada, este método de valuación ha sido aceptado por numerosos tribunales internacionales (por ejemplo, *Azurix c. Argentina*³⁷², *Metalclad c. México*³⁷³, *Tecmed c. México*³⁷⁴, y *Wena Hotels c. Egipto*³⁷⁵) y por la doctrina (por ejemplo, Marboe,³⁷⁶ Wells³⁷⁷ y Ripinsky y Williams³⁷⁸) para calcular el VJM de las inversiones cuando no existe certeza suficiente en lo que se refiere a los flujos de fondos futuros, por ejemplo en relación con activos adquiridos recientemente o activos que no hayan comenzado a generar flujos de fondos. Invocando los casos *Wena* y *Tecmed*, la Demandada afirma asimismo que los tribunales han rechazado el método FFD cuando existe una disparidad significativa entre el monto invertido y los resultados del cómputo del FFD³⁷⁹.

³⁶⁹ El Artículo VI(2) del TBI dispone lo siguiente: "La compensación se basará en el valor de mercado de las inversiones afectadas en una fecha inmediatamente anterior a aquella en que la medida llegó a conocimiento público. Cuando resulte difícil determinar dicho valor, la compensación podrá ser fijada de acuerdo con los principios de evaluación generalmente reconocidos como equitativos, teniendo en cuenta el capital invertido, su depreciación, el capital repatriado hasta esa fecha, el valor de reposición y otros factores relevantes [...]".

³⁷⁰ Mem. de Contestación, ¶ 320.

³⁷¹ Mem. de Contestación, ¶¶ 319-321.

³⁷² *Azurix c. Argentina*, Laudo de fecha 14 de julio de 2006.

³⁷³ *Metalclad c. México*, Laudo de fecha 30 de agosto 2000.

³⁷⁴ *Tecmed c. México*, Laudo de fecha 29 de mayo de 2003.

³⁷⁵ *Wena c. Egipto*, Laudo de fecha 8 de diciembre 2000.

³⁷⁶ I. Marboe, "Compensation and Damages in International Law- The Limits of 'Fair Market Value'", *The Journal of World Investments and Trade*, pág. 745 (An. CL-25).

³⁷⁷ L.T. Wells, "Double Dipping in Arbitration Awards? An Economist Questions Damages Awarded to Karaha Bodas Company in Indonesia", *Arbitration International*, Kluwer Law International (2003) Vol. 19, Edición 4, págs. 471-481 (An. R-342).

³⁷⁸ S. Ripinsky y K. Williams, *Damages in International Investment Law*, BIICL (2008), pág. 227 (An. R-320).

³⁷⁹ Mem. de Contestación, ¶¶ 331-333.

342. En consecuencia, la Demandada sostiene que el VJM de las concesiones en el mes de junio de 2004 debería ser similar al valor que las Demandantes pagaron por su adquisición en el año 2001, menos la depreciación del capital invertido, y el capital repatriado hasta esa fecha, de conformidad con el Artículo VI(2) del TBI³⁸⁰.

c. Análisis

343. El Tribunal ha determinado que el estándar adecuado de compensación es el principio de reparación íntegra del derecho internacional consuetudinario. Según ese principio, se debe restituir a las Demandantes a la posición en que se habrían encontrado en el supuesto de que no hubiese ocurrido el hecho ilícito. Ambas Partes están de acuerdo en que dicha reparación debería reflejar el VJM de la inversión, pero disienten respecto de la metodología para calcular el VJM. Discrepan asimismo sobre la fecha de valuación pertinente, una cuestión que se analizará posteriormente (véase Sección VII.A.4.c.i *infra*). Las Demandantes afirman que el análisis de FFD constituye el método adecuado para valorar el VJM de NMM, en tanto califica como empresa en marcha con un historial de rentabilidad probado³⁸¹. La Demandada, en cambio, afirma que el VJM de las concesiones debe establecerse por referencia a los montos netos invertidos de conformidad con el Artículo VI(2) del TBI³⁸².

344. El Tribunal observa que el método FFD es ampliamente aceptado como el método adecuado para valorar el VJM de empresas en marcha con un historial de rentabilidad probado. Las Directrices del Banco Mundial sobre el Tratamiento de la Inversión Extranjera Directa, citadas por ambas Partes³⁸³, sugieren que el valor de mercado de una inversión expropiada debe ser determinado “para una empresa en marcha con un historial de rentabilidad probado, sobre la base del valor del flujo de

³⁸⁰ Mem. de Contestación, ¶ 326.

³⁸¹ Réplica, ¶ 343.

³⁸² "La compensación se basará en el valor de mercado de las inversiones afectadas en una fecha inmediatamente anterior a aquella en que la medida llegue a conocimiento público. Cuando resulte difícil determinar dicho valor, la compensación podrá ser fijada de acuerdo con los principios de evaluación generalmente reconocidos como equitativos, teniendo en cuenta el capital invertido, su depreciación, el capital repatriado hasta esa fecha, el valor de reposición y otros factores relevantes.. [...]".

³⁸³ Véase Mem., ¶ 208; Mem. de Contestación, ¶ 294.

fondos descontados”³⁸⁴ [Traducción del Tribunal]. Este enfoque ha sido respaldado por un gran número de tribunales de inversión³⁸⁵.

345. En cambio, el método propuesto por la Demandada es aplicable solamente cuando resulta difícil establecer el VJM de las inversiones expropiadas³⁸⁶. Tal como explicara el experto económico de la Demandada durante la audiencia sobre el fondo, los costos hundidos se “suelen utilizar cuando métodos alternativos de valuación son poco fiables y/o altamente especulativos, por ejemplo debido a la falta de información histórica suficiente con la que poder proyectar con un mínimo de certeza la evolución futura del negocio que se pretende valorar”³⁸⁷. Aunque la disparidad entre los costos hundidos y la rentabilidad futura de la inversión pueda ser uno de los factores entre otros para rechazar el método FFD, no hay autoridades que sugieran que los daños deberían cuantificarse sobre la base de los costos hundidos a causa de dicha disparidad exclusivamente³⁸⁸.
346. Las Demandantes afirman que tanto NMM como Quiborax eran empresas en marcha al momento de la expropiación y, por lo tanto, su VJM puede establecerse sobre la base del método FFD³⁸⁹. Sin embargo, el Tribunal observa que las Demandantes alegan que ha habido una expropiación de las inversiones de NMM en Bolivia (a saber, las concesiones mineras) así como de las inversiones de Quiborax en Bolivia (las que el Tribunal entiende eran principalmente sus acciones en NMM). Por ende, el VJM de Quiborax como tal carece de relevancia. Las Demandantes admiten esto

³⁸⁴ Banco Mundial, "Directrices sobre el Tratamiento de la Inversión Extranjera Directa", 2002 (An. CL-20), Directriz IV.6(i).

³⁸⁵ Véase, por ejemplo *Merrill & Ring Forestry L. P. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Administrado por el CIADI, Laudo de fecha 31 de marzo de 2010, ¶ 264; *Mohammad Ammar Al-Bahloul c. República de Tayikistán*, Caso SCC N.º V064/2008, Laudo Definitivo de fecha 8 de junio de 2010, ¶¶ 70-71; *Walter Bau c. Tailandia*, Laudo, 1 de julio de 2009, ¶ 14.22; *Sistem Muhendislik Insaat Sanayi ve Ticaret A.S. c. República de Kirguiz*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/06/1, Laudo de fecha 9 de septiembre de 2009, ¶ 164; *CMS c. Argentina*, Laudo de fecha 12 de mayo de 2005, ¶¶ 416-417; *Bewater Gauff c. Tanzania*, Laudo de fecha 24 de julio de 2008, ¶ 793.

³⁸⁶ El Tribunal no cree que se deberían desestimar por completo los costos hundidos simplemente porque estén estipulados en el Artículo VII(2) del TBI, que establece un estándar de compensación para las expropiaciones lícitas. Incluso en ausencia de la segunda frase del Artículo VII(2), el Tribunal podría considerar correcto recurrir a este método si las inversiones a ser valuadas no constituían empresas en activo o no tenían un historial de rentabilidad probado.

³⁸⁷ Presentación de Econ One, diapositiva 47.

³⁸⁸ En *Wena y Tecmed*, esta disparidad fue uno de entre los tantos factores considerados por los tribunales para rechazar el método de FFD, tales como financiamiento insuficiente, período breve de operación y falta de información confiable para efectuar el cálculo de FFD (véase *Wena c. Egipto*, Laudo de fecha 8 de diciembre de 2000, ¶ 118; *Tecmed c. México*, Laudo de fecha 29 de mayo de 2003, ¶ 186). Véase asimismo *Lemire c. Ucrania*, Laudo de fecha 28 de marzo de 2011, ¶ 8.

³⁸⁹ Réplica, ¶¶ 342-343.

tácitamente, en tanto no han intentado calcular el VJM de Quiborax; en cambio, se han concentrado en la valuación de las concesiones de las cuales NMM era titular³⁹⁰. En opinión del Tribunal, esto es suficiente para establecer el VJM de las inversiones tanto de Quiborax como de NMM en Bolivia (en tanto las concesiones eran el activo principal de NMM y los activos principales de Quiborax en Bolivia eran sus acciones en NMM). Por lo tanto, el Tribunal se concentrará en el VJM de las concesiones de NMM.

347. NMM fue constituida en el mes de julio de 2001 y se convirtió en titular de las concesiones en el mes de agosto de 2001 después del aporte de RIGGSA (véase Sección II *supra*). El expediente sugiere que NMM comenzó a operar las concesiones a fines del año 2001 y comenzó las ventas en el año 2002³⁹¹. Por lo tanto, NMM operó las concesiones durante al menos dos años completos, y se encontraba operándolas en el momento de la expropiación. En opinión del Tribunal, la actividad minera de NMM tiene un historial de operaciones y una rentabilidad futura suficientes para justificar la aplicación del método FFD para valorar las concesiones. Tal como se analizará en detalle *infra*, hay suficientes pruebas en el expediente para realizar una proyección de los flujos de fondos futuros que habrían sido generados por las concesiones con certeza razonable. En particular, hay pruebas suficientes de las reservas halladas en las concesiones, de posibles ventas futuras (que surgen del Contrato de Suministro celebrado entre Quiborax y RIGSSA en el año 2001³⁹²), e información suficiente respecto de los precios y costos potenciales para justificar la valuación de las concesiones sobre la base del método FFD.

4. Valuación de reservas y recursos de ulexita

a. La posición de las Demandantes

348. Según las Demandantes, si no hubiese sido por la expropiación de las concesiones por parte de Bolivia, habrían gozado de los beneficios económicos de dichas concesiones durante al menos cuarenta años más. Este plazo de duración se basa

³⁹⁰ Véase Primer IP de Navigant, ¶¶ 2-4, al describir el alcance de valuación de daños. Véase asimismo Réplica, ¶ 312, donde las Demandantes explican que “no han sugerido un método de valuación sobre la base del valor de Quiborax como empresa *sino por* la confiscación de la Concesión, sino una valuación del valor justo de mercado de las Concesiones Bolivianas [...]” [Traducción del Tribunal]. (Énfasis en el original).

³⁹¹ Navigant, Primer IP, ¶ 70; Informe de Auditoría Independiente de NMM de Seraudit al 30 de septiembre de 2002, An. NCI-90.

³⁹² An. CD-16 y NCI-06.

en una estimación de las reservas y los recursos de ulexita en las concesiones mineras establecida por el experto en minería de las Demandantes, Behre Dolbear³⁹³. En efecto, las concesiones no se otorgaron por una cantidad limitada de años, sino a efectos de la explotación de los recursos mineros disponibles³⁹⁴.

349. Las Demandantes refutan las críticas de la Demandada en cuanto a la valuación de las reservas y, en particular, el argumento según el cual no distinguieron entre reservas y recursos, pudiendo atribuírsele valor económico sólo a las primeras, según Bolivia. Las Demandantes alegan que tanto las reservas como los recursos deberían tenerse en cuenta en la valoración de las concesiones y que la evaluación llevada a cabo por Navigant y Behre Dolbear es correcta no sólo desde el punto de vista económico, sino también desde la perspectiva de la práctica industrial³⁹⁵.
350. Según la proyección ofrecida por Behre Dolbear, las reservas probadas y probables y los recursos indicados (estos últimos factorizados hacia abajo en un 50 por ciento) respecto de las concesiones Doña Juanita, Borateras de Cuevitas y Basilea ascendían a un total de 5,02 millones de toneladas³⁹⁶. En relación con las demás concesiones (Inglaterra, Sur, Don David, Tete, La Negra y Pococho), Behre Dolbear estimó que los recursos inferidos ascendían a 1,26 millones de toneladas (factorizados hacia abajo en 75 por ciento)³⁹⁷.
351. Navigant, el perito económico de las Demandantes, les ha atribuido valor a las reservas y los recursos en las concesiones mineras que tienen valor comercial luego de la estimación de Behre Dolbear. Las Demandantes afirman que, para restituir las a la posición en que habrían estado si la expropiación no hubiera ocurrido, esta valuación debe calcularse a la fecha del Laudo, esto es, con un enfoque *ex post*. Por lo tanto, su reclamo se calcula utilizando el día 30 de junio de 2013 como sustituto de

³⁹³ Primer IP Behre Dolbear, ¶¶ 128-147.

³⁹⁴ Véase Art. 10 del Código de Minería (An. CD-6): "La concesión minera otorga a su titular y con la condición del pago de patentes, el derecho real y exclusivo de realizar por tiempo indefinido actividades de prospección, exploración, explotación, concentración, fundición, refinación y comercialización de todas las substancias minerales que se encuentren en ella [...]".

³⁹⁵ Réplica, ¶¶ 402-418.

³⁹⁶ Behre Dolbear, Primer IP, ¶ 128-133; Segundo IP, ¶¶ 27, 65.

³⁹⁷ Behre Dolbear, Primer IP, ¶ 128-137; Segundo IP, ¶ 27. Si bien, en su primer informe, Behre Dolbear se refiere a ellos exclusivamente como "recursos", en su segundo informe, aclara que deben considerarse "Recursos Inferidos" [Traducción del Tribunal] (Behre Dolbear, Segundo IP, ¶¶ 27, 69-70).

la fecha del Laudo. No obstante, a efectos comparativos, también proporcionan un cálculo *ex ante*³⁹⁸.

352. Tal como explicara Navigant, los daños totales en virtud del enfoque *ex post* se calculan en función de un proceso de cuatro etapas³⁹⁹:

- a. Primero, para los ejercicios 2004 a 2013 se calculan los flujos de fondos perdidos (es decir, pasados), utilizando toda la información disponible al día 30 de junio de 2013 (la fecha de valuación). Los flujos de fondos perdidos correspondientes a este período ascienden a USD 57.709.382⁴⁰⁰.
- b. Segundo, los intereses anteriores al laudo se suman a estos flujos de fondos, "de manera que todos estos flujos de fondos puedan sumarse a una única fecha" [Traducción del Tribunal]⁴⁰¹. De esta manera, todos los flujos de fondos pasados quedan ajustados en materia de intereses anteriores al laudo al día 30 de junio de 2013. De conformidad con el Art. VI.2 del TBI, que dispone que "se acumularán intereses a una tasa comercial establecida"⁴⁰², Navigant propone dos tasas de interés alternativas: la tasa de deuda soberana de Bolivia y la tasa LIBOR + 2%, ambas sobre una base compuesta. En función de estas tasas de interés, el valor actual de los flujos de fondos perdidos correspondientes a los ejercicios 2004 a 2013 asciende a USD 65.974.958 o USD 60.322.185⁴⁰³.
- c. Tercero, Navigant calcula los flujos de fondos proyectados correspondientes al período 2013-2037 (que refleja el período de tiempo posterior al Laudo durante el cual las Demandantes estiman que durarían las reservas en las concesiones). Luego, aplica una tasa de descuento del 10,78% (equivalente al Costo Promedio Ponderado de Capital (CPPC o WACC, por sus siglas en inglés) correspondiente al ejercicio 2013 calculado por Navigant⁴⁰⁴), a fin de traer los flujos de fondos a su valor actual al día 30 de junio de 2013. El resultado de este cálculo es USD 80.137.484⁴⁰⁵.

³⁹⁸ Primer IP Navigant, ¶¶ 108-166; Segundo IP Navigant, ¶¶ 155-156.

³⁹⁹ Primer IP Navigant, ¶¶ 167-216; Segundo IP Navigant, ¶¶ 157-160.

⁴⁰⁰ Segundo IP Navigant, ¶ 157, tabla 9.

⁴⁰¹ Primer IP Navigant, ¶ 1.

⁴⁰² Cita original.

⁴⁰³ Segundo IP Navigant, ¶¶ 158-159, tablas 10 y 11.

⁴⁰⁴ Segundo IP Navigant, An. E.2 y F. [En su primer informe, Navigant calculó que el CPPC correspondiente al ejercicio 2009 ascendía al 14,61 %. Véase Primer IP Navigant, ¶ 215).

⁴⁰⁵ Primer IP Navigant, ¶¶ 189-215; Segundo IP Navigant, ¶ 160.

- d. Cuarto, el monto del valor actual de los flujos de fondos pasados (b. *supra*) se suma al valor actual neto de los flujos de fondos proyectados con posterioridad al día 30 de junio de 2013 (c. *supra*). Dependiendo de la tasa de interés empleada para ajustar los flujos de fondos pasados, se calcula que el monto total en concepto de daños conforme al método *ex post* asciende a USD 146.112.442 o USD 140.459.669, respectivamente⁴⁰⁶.
353. A pesar de que las Demandantes admiten que Behre Dolbear no ha podido confirmar el monto exacto de las reservas y los recursos de las concesiones, afirman que los cálculos efectuados tanto por Behre Dolbear como por Navigant están en consonancia con estándares industriales aceptables⁴⁰⁷. Más en particular, con respecto al cálculo FFD de Navigant, las Demandantes sostienen lo siguiente:
- a. La tasa de descuento utilizada por Navigant a fin de traer los flujos de fondos proyectados a su valor actual (equivalente al 10,78%) es razonable, en tanto se basa en el CPPC de las inversiones de las Demandantes.
- b. Las monedas empleadas se ajustan a la práctica habitual. Las Demandantes destacan que los ingresos relativos a las concesiones se perciben en Dólares Estadounidenses, aunque los costos se incurran principalmente en moneda boliviana. Teniendo esto en cuenta, y dado que la valuación debe construirse en una única moneda, Navigant ha convertido los flujos de fondos previstos en Bolivianos (BOB), mientras que el perito de la Demandada optó por llevar a cabo el análisis FFD en Dólares Estadounidenses. Sin embargo, las Demandantes señalan que “la elección de moneda, en gran medida, carece de relevancia, en particular, si la paridad del poder adquisitivo (“PPA”) se utiliza tal como lo sugiere el Dr. Flores [de Econ One]” [Traducción del Tribunal]⁴⁰⁸.
354. Las Demandantes también niegan que el Decreto N.º 27590 tuviera algún efecto en su valuación *ex post*. Si bien el Decreto N.º 27590, que se dictó en el día de la expropiación y entró en vigor el día 23 de septiembre de 2004, prohibía la exportación de minerales no metálicos no industrializados, este Decreto fue abrogado por el Decreto N.º 27799, emitido el día 20 de octubre de 2004⁴⁰⁹.

⁴⁰⁶ Segundo IP Navigant, ¶ 160, tabla 12.

⁴⁰⁷ Réplica, ¶ 411.

⁴⁰⁸ Segundo IP Navigant, ¶ 55.

⁴⁰⁹ Tr., Día 1, págs. 14-18; DAAQ, diapositiva 27; An. CD-195.

355. A efectos comparativos, las Demandantes también presentan el VJM de su inversión a través del método de valuación *ex ante* con un resultado de USD 61.681.329 o USD 49.641.600, dependiendo de la tasa de interés aplicable a los intereses anteriores al laudo (tasa de deuda soberana de Bolivia o tasa LIBOR + 2%) que se adopte⁴¹⁰.

b. La posición de la Demandada

i. Valuación conforme al método de los costos hundidos

356. Sobre la base del método de los costos hundidos, la Demandada alega que el valor de las concesiones mineras al mes de junio de 2004 debería ser similar al valor que las Demandantes invirtieron en 2001, menos (tal como lo exige el TBI) la depreciación del capital invertido y del capital repatriado hasta tal fecha.

357. Según el perito económico de la Demandada, Econ One, las Demandantes invirtieron montos de USD 800.000⁴¹¹ y repatriaron USD 177.508⁴¹². Por ende, la diferencia (USD 622.492) es la inversión neta de las Demandantes y el monto máximo a que tienen derecho con arreglo al Tratado y al derecho internacional.

ii. Valuación conforme al método FFD

358. En el supuesto en que el Tribunal favoreciera el método FFD, la Demandada alega que las Demandantes lo han aplicado en forma incorrecta y, de este modo, han exagerado su reclamo.

359. En primer lugar, la Demandada argumenta que Quiborax no es la actora internacional que dice ser y que la pérdida de las concesiones no tuvo un impacto significativo en su producción. Contrariamente a la alegación de las Demandantes, Quiborax no es y nunca ha sido la primera productora de boratos de Sudamérica, ni mucho menos la cuarta productora a nivel mundial. Quiborax también exagera cuando afirma que la pérdida de las concesiones le ocasionó la pérdida de su negocio agrícola, por las siguientes razones: (i) la actividad principal de Quiborax no es la venta de productos agroquímicos, sino la venta de ácido bórico; (ii) no tenía un

⁴¹⁰ Segundo IP Navigant, tabla 8.

⁴¹¹ Primer IP Econ One, Sección IV(B). Esto se refiere al valor total de las concesiones. Econ One señala que la participación de Quiborax equivale al 50% de dicho valor (Primer IP Econ One, ¶¶ 159, 161). De hecho, el Tribunal ha establecido que Quiborax es propietaria del 51% de las acciones de NMM (véase ¶ 18 *supra*).

⁴¹² Primer IP Econ One, Sección IV(C).

mercado importante para los productos agroquímicos; y (iii) la pérdida de las concesiones mineras no le impidió a Quiborax continuar con la producción de productos agroquímicos. Según la Demandada, Quiborax no dependía exclusivamente de los recursos bolivianos y podía continuar con la producción de productos agroquímicos sin ellos.

360. En segundo lugar, la Demandada también alega que las Demandantes y su perito económico han simplificado demasiado su evaluación de las reservas y los recursos de ulexita y, en consecuencia, han inflado los niveles de ulexita en las concesiones. Para la Demandada, Navigant ignora la distinción que Behre Dolbear establece entre reservas y recursos, y, por ende, le asigna valor económico a supuestas reservas que ni siquiera Behre Dolbear ha incluido en su evaluación. El valor de las concesiones debería calcularse exclusivamente sobre la base de las reservas probadas y probables en función del trabajo de campo de Aquater-EniChem y no de extrapolaciones que especulan respecto de posibles cantidades de ulexita que aún no han sido confirmadas.
361. En tercer lugar, la Demandada y su perito Econ One también afirman que las Demandantes han inflado sus proyecciones de ingresos, debido a los siguientes errores en los cálculos de Navigant:
- a. Navigant ha utilizado las distintas monedas en forma inconsistente, aplicando tipos de cambio diferentes con el sólo propósito de inflar el VJM artificialmente.
 - b. Si bien Econ One acepta que la tasa de descuento debería basarse en el CPPC, argumenta que Navigant ha subestimado el CPPC considerablemente. La tasa de descuento debería ascender al 22,99%, por oposición a la tasa propuesta por Navigant, que Econ One describe como injustificada⁴¹³.
362. Por último, la Demandada alega que el valor de la inversión debería calcularse en una fecha inmediatamente anterior a la expropiación, tal como se establece en el Artículo VI(2) del TBI. Tal como se explica en más detalle *infra*, no existe justificación alguna para trasladar la fecha de valuación al año 2013. Asimismo, la valuación *ex post* de las Demandantes ignora los efectos económicos del Decreto N.º 27590, que prohibió la exportación de minerales no metálicos no industrializados.

⁴¹³ Econ One, Primer IP, ¶¶ 121-149; Segundo IP, ¶¶ 133-200.

363. Después de corregir los errores conceptuales de Navigant, Econ One estima que, al aplicar el método FFD, el VJM de las concesiones al día 22 de junio de 2004 (es decir, un día antes de la supuesta expropiación) asciende a USD 2,1 millones⁴¹⁴. En opinión de Bolivia, este monto es razonable, teniendo en cuenta el precio (USD 400.000) al que los hermanos Ugalde vendieron el 50% de su participación en las siete concesiones que rodean el área explorada por Aquater-EniChem, así como la tasa interna de retorno resultante del 44%.

c. Análisis

364. Luego de concluir que el método FFD es el método de valuación apropiado, el Tribunal procederá a determinar las variables y los supuestos que deben utilizarse a efectos del cómputo FFD. Comenzará por la fecha de valuación (i), a continuación revisará los flujos de fondos proyectados, teniendo en cuenta las supuestas reservas y recursos (ii), y el perfil de producción proyectado de las Demandantes (iii). Luego evaluará el pronóstico de precios y costos de la ulexita (iv) y determinará la tasa de descuento que ha de aplicarse (v), antes de exponer sus conclusiones (vi). El Tribunal ha llegado a sus conclusiones en esta Sección VII.A.4.c por mayoría, puesto que la *Árbitro Stern* disiente conforme con su *Opinión Parcialmente Disidente*. Por lo tanto, las referencias al Tribunal en la presente sección deben entenderse como referencias a la mayoría.

i. Fecha de valuación

365. Las Demandantes sostienen que, a fin de resarcir plenamente los daños y perjuicios que sufrieron como consecuencia de la expropiación ilícita por parte de Bolivia, el VJM de la inversión debería establecerse *ex post*, es decir, a la fecha del *Laudo*.

366. Las Demandantes argumentan que una valuación *ex post* permite que el Tribunal calcule los daños y perjuicios efectivamente sufridos por ellas, sobre la base de toda la información disponible. Según las Demandantes, "si los daños son el resultado de actos ilícitos, tal como ocurre en el presente caso, el riesgo de que la inversión hubiera sido más rentable que lo que podría haberse previsto al momento de la expropiación debe atribuirse al autor del acto ilícito y no al inversionista" [Traducción del Tribunal]⁴¹⁵. Invocando doctrina y casos CIADI, las Demandantes alegan que

⁴¹⁴ Econ One, Primer IP, ¶ 153; Segundo IP, ¶ 201.

⁴¹⁵ Mem., ¶ 195.

corresponde proceder a una evaluación *ex post* cuando el valor de la empresa expropiada ha aumentado con posterioridad al acto ilícito⁴¹⁶.

367. Además, afirman que una valuación *ex post* es más precisa, en tanto requiere proyecciones de flujos de fondos futuros durante un período de tiempo más breve⁴¹⁷. En consecuencia, responde a la preocupación de la Demandada por la “certeza razonable” del lucro cesante de las Demandantes mejor que una valuación *ex ante*.
368. Las Demandantes explican la valuación *ex post* de Navigant en los siguientes términos:

Al igual que el tribunal del caso *Amco*, Navigant divide el período de valuación en dos: (i) desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del laudo (o fecha actual) y (ii) desde la fecha del laudo (o fecha actual) hasta la finalización de la duración de las Concesiones. El valor de las Concesiones durante el primer período (pasado) se calcula *ex post*, empleando toda la información disponible a la fecha actual. El segundo período (futuro) se calcula a [la] fecha actual, a través del método FFD. Por lo tanto, la valuación *ex post* combina dos métodos de valuación diferentes para dos períodos de tiempo diferentes, marcados por la fecha del laudo [Traducción del Tribunal]⁴¹⁸.

369. La Demandada, por su parte, rechaza una valuación *ex post*. Argumenta que, incluso si el Tribunal aceptase el método de valuación postulado por las Demandantes y "considera que Bolivia debe compensar a las Demandantes por un monto equivalente al VJM de las Concesiones Mineras", debería determinar que "este valor debe ser calculado a la fecha de su expropiación"⁴¹⁹. En opinión de la Demandada, no hay motivos que justifiquen el establecimiento de la fecha de valuación luego de la fecha de la supuesta expropiación de las concesiones. Por el contrario, afirma que la valuación *ex post* de las Demandantes debería desestimarse por las siguientes razones⁴²⁰:

- a. En primer lugar, es contraria al TBI y a la jurisprudencia internacional. El Artículo VI(2) del TBI establece que el VJM de la inversión se calculará a la fecha de la expropiación. La Demandada coincide con las Demandantes en

⁴¹⁶ Ripinsky Sergey, Williams, Kevin, *Damages in International Investment Law*, British Institute of International Law and Comparative Law (2008), págs. 242-259, An. CL-27.

⁴¹⁷ Mem., ¶ 198.

⁴¹⁸ Réplica, ¶ 392, que hace referencia a *Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia*, Caso CIADI N.º ARB/81/8 ("*Amco c. Indonesia II*"), Laudo Definitivo de fecha 5 de junio de 1990, *Yearbook of Commercial Arbitration XVII* (1992), ¶¶ 96-105.

⁴¹⁹ Mem. Contestación, ¶ 354.

⁴²⁰ Mem. Contestación, ¶¶ 335-354.

que el pago de compensación con arreglo al Artículo VI(2) del TBI es una condición para la licitud de la expropiación, aunque argumenta que esto no significa que no repare plenamente el daño sufrido por el inversionista. La Demandada cita a varios tribunales internacionales que resolvieron que el VJM a la fecha de la expropiación suponía una compensación suficiente en el caso de expropiación ilícita (p. ej., *Wena Hotels c. Egipto*, *Middle East Cement c. Egipto*, *Sedelmayer c. Rusia*, *Tecmed c. México* y *Metalclad c. México*).

- b. En segundo lugar, la valuación *ex post* es arbitraria y especulativa. La fecha del laudo no guarda relación alguna con los hechos del caso. La fecha de expropiación es la única que posee un vínculo objetivo con la controversia.
 - c. En tercer lugar, las decisiones citadas por las Demandantes no son aplicables al caso que nos ocupa. En el marco de los casos *Phillips Petroleum c. Irán* y *Siemens c. Argentina*, los tribunales calcularon el valor de la inversión a la fecha de la expropiación. En el contexto de los casos *ADC c. Hungría* y *Amco II*, los tribunales sí adoptaron una valuación *ex post*, pero ninguno de ellos es aplicable aquí.
 - d. En cuarto lugar, la posición de las Demandantes es incoherente. Aceptan que la compensación debería ser equivalente al VJM de las concesiones, que se define como el precio que un hipotético comprador dispuesto y un vendedor capaz habrían acordado. Por ende, el VJM debe calcularse necesariamente a una fecha determinada teniendo en cuenta la información disponible a tal fecha.
370. El Tribunal ya ha resuelto que el estándar de compensación en el presente caso no es el que establece el Artículo VI(2) del TBI, sino el principio de reparación íntegra que emana del derecho internacional consuetudinario enunciado por la CPJI en el marco del caso *Chorzów* y reformulado en el Artículo 31 de los Artículos de la CDI, porque se encuentra ante una expropiación que es ilícita no sólo por falta de pago de compensación (véase párrafos 326 a 327 *supra*). Como se explica a continuación, la mayoría del Tribunal considera que esto requiere una valuación *ex post*, esto es, valorar el daño a la fecha del laudo y teniendo en cuenta la información disponible en ese momento.
371. La mayoría ha llegado a esta conclusión después de analizar cuidadosamente el razonamiento de la CPJI en el marco del caso *Chorzów*. Al igual que en el presente caso, *Chorzów* se trataba de una expropiación en la que el acto ilícito del Estado

expropiante no se limitaba a la falta de pago de una compensación⁴²¹. La Corte resolvió que la compensación que ha de asignarse en estos casos “no se limita necesariamente al valor de la empresa al momento de la desposesión, más intereses a la fecha de pago. Esta limitación sólo sería admisible si el Gobierno polaco hubiese tenido el derecho de expropiar y si su acto ilícito hubiese consistido simplemente en no haberles pagado a las dos Compañías el precio justo de lo que se expropió” [Traducción del Tribunal]⁴²². Según la Corte, concluir lo contrario “equivaldría a hacer que la liquidación lícita y la desposesión ilícita fuesen idénticas en lo que concierne a sus resultados financieros” [Traducción del Tribunal]⁴²³.

372. En su lugar, sobre la base de que “la reparación debe, en la medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que con toda probabilidad habría existido si dicho acto no se hubiera cometido” [Traducción del Tribunal]⁴²⁴, la Corte concluyó que una expropiación ilícita⁴²⁵ “comprende la obligación de restituir la empresa y, si esto no fuere posible, pagar su valor *al momento de la indemnización*, que es el valor destinado para reemplazar la restitución que se ha tornado imposible” [Traducción del Tribunal]⁴²⁶.
373. Al momento de determinar “qué suma debe asignarse [...] a fin de poner a las Compañías desposeídas en la medida de lo posible en la situación económica en la que probablemente se habrían encontrado si la confiscación no hubiese tenido lugar” [Traducción del Tribunal]⁴²⁷, la Corte se encontró insatisfecha con los datos proporcionados por las partes. En consecuencia, ordenó una investigación pericial. Las preguntas que la Corte le planteó al perito son reveladoras a efectos del caso que nos ocupa: le pidió dos valuaciones, una basada en el valor de los activos de la empresa en la fecha de la toma, más cualquier ganancia adicional devengada hasta

⁴²¹ La CPJI resolvió que “[e]l acto de Polonia que la Corte ha juzgado ser contrario a la Convención de Ginebra, no constituye una expropiación a la cual le habría faltado, para tornarla lícita, sólo el pago de una compensación justa; constituye una confiscación de bienes, derechos e intereses que no podían expropiarse ni siquiera contra el pago de una compensación, excepto en las circunstancias excepcionales establecidas por el Artículo 7 de dicha Convención” [Traducción del Tribunal]. *Fábrica de Chorzów*, Alemania c. República Polaca, PCIJ Series A, No. 17, Fallo sobre el Fondo, 13 de septiembre de 1928, pág. 46.

⁴²² *Loc. cit.*, pág. 47.

⁴²³ *Loc. cit.*

⁴²⁴ *Loc. cit.*

⁴²⁵ La Corte hace referencia a “[l]a desposesión de una empresa industrial – cuya expropiación está prohibida por la Convención de Ginebra – [...]” [Traducción del Tribunal]. *Loc. cit.*, págs. 47-48.

⁴²⁶ *Loc. cit.*, pág. 48 (énfasis agregado).

⁴²⁷ *Loc. cit.*, pág. 49.

la fecha del fallo (Pregunta I)⁴²⁸, y otra basada en el valor de los activos de la empresa en la fecha del fallo (Pregunta II)⁴²⁹. La Corte explicó que el propósito de la primera pregunta consistía “en determinar el valor monetario, tanto del objeto que debería haberse restituido en especie como del daño adicional, en función del valor estimado de la empresa, incluyendo acciones, al momento de la toma de posesión por parte del Gobierno polaco, junto con cualquier ganancia probable que se hubiera devengado en favor de la empresa entre la fecha de la toma de posesión y la del dictamen pericial” [Traducción del Tribunal]⁴³⁰. Por otro lado, el propósito de la segunda pregunta consistía en determinar “el valor actual [de la empresa] sobre la base de la situación al momento de la investigación pericial y dejando de lado la situación que se presumía que existía en 1922” [Traducción del Tribunal]⁴³¹.

374. Ambas valuaciones tienen el mismo propósito: establecer el valor de las pérdidas sufridas por las compañías desposeídas en la fecha del fallo de la Corte, ya sea (i) determinando el valor de la empresa en la fecha de la toma, más cualquier lucro cesante devengado entre la toma y el fallo, o (ii) determinando el valor de la empresa en la fecha del fallo. Si bien la Corte estaba utilizando una valuación sobre la base

⁴²⁸ En la Pregunta I, la Corte solicitó que el perito estableciera el valor de la empresa en la fecha de la expropiación en función de sus activos, así como los resultados financieros (ganancias o pérdidas) que se habrían devengado desde la fecha de la toma hasta la fecha del fallo. Lo hizo en los siguientes términos: “I.- A. ¿Cuál era el valor, expresado en Reichsmarks actuales, al 3 de julio de 1922, de la empresa para la fabricación de productos de nitrato cuya fábrica se encontraba situada en Chorzów, en la Alta Silesia polaca, en el estado en el que dicha empresa (incluyendo los terrenos, edificios, equipamiento, acciones y procesos a su disposición, contratos de suministro y entrega, clientela y prospectos futuros) se encontraba a la fecha indicada en las manos de Bayerische and Oberschlesische Stickstoffwerke?”

B. ¿Cuáles habrían sido los resultados financieros, expresados en Reichsmarks actuales (ganancias o pérdidas), que la empresa así constituida habría probablemente generado desde el 3 de julio de 1922 hasta la fecha de la presente sentencia, en las manos de dichas Sociedades?” [Traducción del Tribunal]. *Loc. cit.*, pág. 51.

⁴²⁹ En la Pregunta II, la Corte solicitó que el perito estableciera cuál habría sido el valor de la empresa en la fecha del fallo si dicha empresa (considerando todos sus activos) hubiese permanecido en manos de las compañías desposeídas, y hubiese permanecido sustancialmente en el estado en el que se encontraba en la fecha de la expropiación o se hubiese desarrollado de manera similar a otras empresas del mismo tipo. Lo hizo en los siguientes términos: “II.- ¿Cuál habría sido el valor, expresado en Reichsmarks actuales, a la fecha de la presente sentencia, de dicha empresa de Chorzów, si dicha empresa (incluyendo los terrenos, edificios, equipamiento, acciones, procesos disponibles, contratos de suministro y entrega, clientela y prospectos futuros) hubiese permanecido en las manos de Bayerische y Oberschlesische Stickstoffwerke, y hubiese permanecido sustancialmente en el estado en el que se encontraba en 1922 o se hubiese desarrollado en líneas proporcionalmente similares a otras empresas del mismo tipo, dirigidas por la Bayerische, por ejemplo la empresa cuya fábrica está situada en Piesteritz?” [Traducción del Tribunal]. *Loc. cit.*, pág. 51-52.

⁴³⁰ *Loc. cit.*, pág. 52.

⁴³¹ *Loc. cit.*, pág. 52.

de activos en lugar de un método FFD,⁴³² el propósito del ejercicio es claro: cualquiera de las valuaciones habría permitido a la Corte asignar a las compañías desposeídas el valor de sus pérdidas en la fecha del fallo.

375. Cabe destacar que la Corte se reservó plena discrecionalidad al momento de determinar la suma que habría de asignarse. En efecto, luego de advertir las dificultades que planteaban estas dos preguntas, "dificultades que sin embargo son inherentes al caso especial objeto de análisis y se encuentran estrechamente relacionadas con el tiempo transcurrido entre la desposesión y la solicitud de compensación, al igual que con las transformaciones de la fábrica y el avance de la industria en la que la fábrica está involucrada" [Traducción del Tribunal]⁴³³, la Corte adoptó el siguiente enfoque:

En vista de estas dificultades, la Corte considera preferible procurar determinar el valor que ha de estimarse a través de varios métodos, a fin de hacer posible una comparación y, en caso de ser necesario, completar los resultados de uno con los de los otros. Por consiguiente, la Corte se reserva todo derecho de revisar las valuaciones mencionadas en las distintas fórmulas; sobre la base de los resultados de dichas valuaciones y de los hechos y documentos presentados ante ella, procederá a determinar la suma que ha de asignarse al Gobierno alemán, de conformidad con los principios legales establecidos *supra* [Traducción del Tribunal]⁴³⁴.

376. El caso *Chorzów* se resolvió mediante un acuerdo después de este fallo y la historia no nos dice cómo la Corte habría valorado las dos valuaciones y determinado el monto de la indemnización. A pesar de ello, lo que importa aquí es, en primer lugar, que la Corte previó dos valuaciones, ambas destinadas a establecer el daño sufrido por las compañías desposeídas en la fecha del fallo. Lo que también importa es que la Corte consideró que gozaba de plena discrecionalidad ("todo derecho") para valorar las valuaciones a efectos de determinar la suma que habría de asignarse⁴³⁵, con el objetivo evidente de aplicar el principio general que había establecido anteriormente en el mismo fallo, que consiste en la reparación íntegra del daño causado por la expropiación ilícita.
377. Por lo tanto, el Tribunal concluye por mayoría que, cuando se trata de una expropiación que es ilícita no meramente por falta de compensación, su tarea consiste en cuantificar las pérdidas sufridas por la parte demandante en la fecha del

⁴³² Si la Corte hubiese estado usando el método FDD en vez de un método sobre la base de activos, habría valorado la empresa sobre la base de su capacidad futura para generar utilidades.

⁴³³ *Loc. cit.*, pág. 53.

⁴³⁴ *Loc. cit.*, págs. 53-54.

⁴³⁵ *Loc. cit.*, pág. 53.

laudo (o en un sustituto de tal fecha). Esto se explica fácilmente mediante una referencia a la restitución: la indemnización reemplaza a la restitución que tendría lugar inmediatamente después del laudo o de la sentencia. También es fácil de entender si se considera que lo que debe repararse es el daño real ocasionado y no el valor del bien al momento de la toma.

378. Varios tribunales de arbitraje de inversión⁴³⁶, otros órganos decisorios (tales como la Corte Europea de Derechos Humanos)⁴³⁷ y autores doctrinarios⁴³⁸ han adoptado este enfoque. Algunas autoridades sugieren que esta fecha de valuación es aplicable sólo

⁴³⁶ Véanse, p. ej., *ADC c. Hungría*, Laudo de fecha 2 de octubre de 2006, ¶ 497; *ConocoPhillips Petrozuata B.V., Conocophillips Hamaca B.V. y Conocophillips Gulf of Paria B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB/07/30, Decisión sobre Jurisdicción y Fondo de fecha 3 de septiembre de 2013, ¶ 343; y *Yukos c. Rusia*, Laudo Definitivo de fecha 18 de julio de 2014, ¶¶ 1763-1769). En *Amco II*, aunque el caso no surgía de un TBI, un tribunal CIADI presidido por Rosalyn Higgins consideró que una denegación de justicia causada por la revocación de una licencia equivalía a una expropiación ilícita de derechos contractuales y otorgó una indemnización por daños valorados en la fecha de laudo (véase *Amco II*, ¶¶ 94-105). Véase también *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/8, Laudo de fecha 6 de febrero de 2007, ¶¶ 352-353, donde el Tribunal respaldó la opinión de que el principio de reparación íntegra requería otorgar el valor de la inversión en la fecha del laudo, pero finalmente fue guiado por el petitorio de la demandante, que solicitaba el valor libro de la inversión a la fecha de la expropiación más lucro cesante y otros daños indirectos que habían surgido con posterioridad (véase *Siemens*, ¶¶ 322-389). La mayoría observa que este enfoque tiene el mismo propósito que valorar la inversión a la fecha del laudo (véase ¶ 374 supra).

⁴³⁷ Véanse, p. ej., *Amoco International Finance Corp. c. Irán*, Tribunal de Reclamaciones Irán-EE.UU., Laudo, 14 de julio de 1987, ¶¶ 192-204; *Papamichalopoulos y otros c. Grecia*, 9 ECHR 118, Fallo, 31 de octubre de 1995, ¶ 36. Véase también I. Marboe, *Compensation and Damages in International Law: The Limits of "Fair Market Value"*, Vol. 4, edición 6, noviembre de 2007, pág. 752 (donde observa que la Corte Europea de Derechos Humanos "ha repetidamente otorgado indemnizaciones que han tomado en consideración el aumento en el valor de propiedades expropiadas en forma ilícita entre la fecha de la desposesión y la fecha de la sentencia" [Traducción del Tribunal], citando en este sentido *Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italia*, CEDH No. 31524/96, 2000-VI, ¶ 35; *Motais de Narbonne c. Francia* (satisfacción en equidad), CEDH No. 48161/99, 27 de mayo de 2003, ¶ 19; *Terazzi S.R.L. c. Italia* (satisfacción en equidad), CEDH No. 27265/95, 26 de octubre de 2004, ¶ 37).

⁴³⁸ Véase, p. ej., I. Marboe, "Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law", ¶ 3.266 ("Puesto que las expropiaciones ilícitas representan violaciones del derecho internacional, implican la responsabilidad del Estado de reparar plenamente el daño económico ocasionado al propietario anterior. El método diferencial aplicable requiere evaluar la diferencia entre la situación económica de la persona afectada y la situación económica en que él/ella estaría si la expropiación no hubiera tenido lugar. Esta comparación se efectúa a la fecha de la sentencia o del laudo. En consecuencia, la fecha de valuación decisiva es la fecha del laudo" [Traducción del Tribunal]). Véase también M. Sorensen, *Manual of Public International Law* (St. Martin's Press, New York 1968) pág. 567, ¶ 9.18 ("[p]uesto que la compensación monetaria debe, dentro de lo posible, asimilarse a la restitución, el valor a la fecha en la que se paga la indemnización debe ser el criterio" [Traducción del Tribunal]); y G. Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Vol. 1 (Stevens & Sons Limited, London 1957), pág. 666 ("[m]ucho puede decirse en favor de utilizar la fecha de la sentencia como fecha operativa. Es la fecha de la sentencia o laudo la que establece entre las partes con fuerza vinculante que la reparación es debida por una parte a la otra. Si la restitución en especie fuese posible, ésta tendría que tener lugar lo antes posible después de la sentencia o laudo. Por lo tanto, parece apropiado que el monto de cualquier sustituto monetario para una restitución efectiva deba relacionarse con la misma fecha." [Traducción del Tribunal])

si el valor del bien se incrementó luego de la toma y no cuando disminuyó⁴³⁹. En el caso que nos ocupa esta cuestión no se plantea y por lo tanto puede quedar abierta. De hecho, tal como se explica *infra*, las Demandantes han demostrado que el valor de sus inversiones habría aumentado después de la expropiación.

379. En opinión de la mayoría del Tribunal, determinar el valor de la inversión a la fecha del laudo (tomando como sustituto la fecha de la valuación más reciente) permite que el Tribunal tenga en cuenta información *ex post*, a saber, información disponible luego de la fecha de la expropiación. Su tarea consiste en compensar la pérdida real de las Demandantes a la fecha del laudo. Lo que importa es poner a la víctima del daño en la situación en la que se habría encontrado en la vida real, ni más ni menos. Utilizar información real es más adecuado para este propósito que utilizar proyecciones basadas en la información disponible a la fecha de la expropiación, ya que ello permite reflejar mejor la realidad (incluyendo las fluctuaciones del mercado) cuando se intenta “restablecer la situación que con toda probabilidad habría existido si dicho acto no se hubiera cometido” [Traducción del Tribunal]⁴⁴⁰.
380. La distinción entre el cálculo de los daños para una expropiación ilícita en contraposición a una lícita se explicó claramente en *Amco II*:

Si el propósito de la compensación es poner a Amco en la posición en la que se habría encontrado si hubiese recibido los beneficios del Acuerdo de Participación de Utilidades, entonces no hay razón lógica que requiera que ello se haga con referencia solamente a información que hubiese sido conocida a un hombre de negocios prudente en 1980. Puede que sea el caso, desde un punto de vista, que en una expropiación lícita, Amco habría tenido derecho al valor justo de mercado del contrato al momento de la desposesión. Al hacer esta valuación, un Tribunal en 1990 habría necesariamente excluido factores posteriores a 1980. Pero si debe posicionarse a Amco como si el contrato hubiese permanecido vigente, entonces los factores posteriores conocidos que hubiesen tenido un impacto en ese rendimiento deben reflejarse en la técnica de valuación. [...] [Traducción del Tribunal]⁴⁴¹.

381. Podría argumentarse que una valuación o información *ex post* no deberían utilizarse, en tanto eran imprevisibles en la fecha del incumplimiento. Puesto que la mayoría se

⁴³⁹ Véase, p. ej., *Yukos c. Rusia*, Caso CPA N.º AA 227, Laudo Definitivo de fecha 18 de julio de 2014, ¶ 1768.

⁴⁴⁰ *Fábrica de Chorzów*, Fallo sobre el Fondo, PCIJ Series A, No. 17, 1928, pág. 47.

⁴⁴¹ Véase *Amco II*, ¶ 96. Véase también Marboe, *Compensation and Damages in International Law The Limits of "Fair Market Value"* Vol. 4, edición 6, noviembre de 2007, pág. 753 (“Se deduce, por lo tanto, del principio de reparación íntegra tal como fuera formulado por la CPJI en la *Fábrica de Chorzów*, que la valuación no se encuentra normalmente limitada a la perspectiva de la fecha del acto ilícito o a alguna otra fecha en el pasado. Un aumento en el valor del objeto de valuación, daños indirectos, eventos e información posteriores, al menos hasta la fecha de la sentencia o laudo, deben ser tomados en cuenta en la valuación de los daños.” [Traducción del Tribunal])

ha formulado esta pregunta y es abordada en la opinión disidente de la Árbitro Stern, se trata brevemente aquí.

382. El daño respecto del cual se solicita reparación debe ser causado por el acto ilícito. En general, se acepta que la causalidad fáctica no es suficiente. Se necesita un elemento adicional ligado a la naturaleza de la causa, en ocasiones, denominado "causa jurídica" [Traducción del Tribunal]⁴⁴² o causalidad adecuada⁴⁴³. Es en este contexto en el que a veces se recurre a la previsibilidad. El Comentario al Artículo 31 de los Artículos de la CDI expresa este requisito adicional de causa adecuada en los siguientes términos:

[L]a causalidad es, de hecho, [*recte*: la causalidad de hecho es] una condición necesaria pero no suficiente para la reparación. Hay otro elemento vinculado a la exclusión del daño de carácter demasiado "remoto" o "indirecto" para ser objeto de reparación. En algunos casos se emplea el criterio de la "relación directa", y, en otros, el de la "previsibilidad" o el de la "proximidad"⁴⁴⁴.

383. En otras palabras, el acto ilícito puede causar un daño particular como cuestión de hecho. No obstante, si el nexo fáctico entre el acto y el daño se compone de una cadena atípica de sucesos que no podría haberse previsto objetivamente que derivarían del acto, puede que el daño no sea indemnizable. No es necesario determinar aquí si el requisito de causalidad jurídica limita tan sólo las categorías de daños reclamadas, p. ej., lucro cesante, o si también afecta la magnitud (ciertamente no el monto preciso) de la pérdida dentro de una categoría determinada⁴⁴⁵. Lo que importa en cualquier caso es que el acto ilícito fuera objetivamente capaz de causar el daño incurrido en el curso normal de los acontecimientos. Excepto posiblemente en circunstancias especiales, la expropiación de una empresa en marcha parece objetivamente capaz de causar la pérdida de ganancias futuras que pueden fluctuar según la evolución tanto de la economía como del mercado. Si nos concentramos en la previsibilidad en este contexto, también queda claro que las pérdidas de ganancias futuras determinadas por las fluctuaciones del mercado son objetivamente

⁴⁴² Vivienne Harpwood, *Modern Tort Law*, Cavendish Publishing, 6.^a Edición, pág. 157.

⁴⁴³ Arbitraje *Lighthouses*, Francia c. Grecia, 24/27 de julio de 1956, XII RIAA 155, pág. 218 ("Tout lien adéquat de causalité fait défaut et dans ces conditions le chef de réclamation n° 19 doit être rejeté").

⁴⁴⁴ Artículos de la CDI, Artículo 31, Comentario 10.

⁴⁴⁵ *Amco II*, ¶ 174 ("[L]a previsibilidad afecta tanto la causalidad como los daños, pero, por lo general, no la cuantificación de las utilidades. El hecho de que la revocación de la licencia haría imposible que Amco obtuviera su participación en las utilidades en virtud del Contrato de Participación de Utilidades era indudablemente previsible. El principio de previsibilidad no requiere que la parte que cause la pérdida pueda prever el monto exacto de la pérdida efectivamente sufrida en ese momento en el tiempo" [Traducción del Tribunal]).

previsibles. Por consiguiente, la mayoría del Tribunal está convencida de que el criterio de previsibilidad (en la medida en que se considera parte de la causalidad) se cumple en las circunstancias que se le plantean.

384. En este contexto, la Demandada alega que el cálculo de VJM de las Demandantes es imposible, dado que ellas "imaginan un comprador hipotético a la fecha de la expropiación que conocería la evolución económica posterior a dicha fecha"⁴⁴⁶. Sin embargo, la tarea aquí no consiste en establecer el VJM de la inversión a la fecha de la expropiación, sino en subsanar las consecuencias del acto ilícito. A tal efecto, el Tribunal considera por mayoría que el uso de información *ex post* le permite valorar la pérdida sufrida por las Demandantes con mayor precisión. Al mismo tiempo, el Tribunal debe valorar la pérdida con certeza razonable⁴⁴⁷. Si la información *ex post* no es razonablemente cierta, entonces no tendrá otra alternativa que recurrir a información *ex ante* (es decir, información disponible a la fecha de la expropiación) debidamente ajustada.
385. Si la expropiación no hubiera ocurrido, las Demandantes aún tendrían la inversión en su poder. Por consiguiente, habrían percibido flujos de fondos como resultado de sus actividades mineras hasta el día de hoy y habrían tenido el derecho de seguir percibiéndolos hasta el agotamiento de las concesiones. Puesto que algunos flujos de fondos se encuentran en el pasado y otros en el futuro, se aplican cálculos diferentes a cada categoría, tal como lo ha hecho el experto de las Demandantes⁴⁴⁸. Los flujos de fondos pasados, esto es, los flujos de fondos que se habrían devengado desde la fecha de la expropiación hasta el día 30 de junio de 2013 (que es la fecha de los últimos cálculos de Navigant), deben traerse a su valor actual mediante la aplicación de una tasa de interés. En cambio, los flujos de fondos

⁴⁴⁶ Mem. Contestación, ¶ 352.

⁴⁴⁷ El Artículo 36(2) de los Artículos de la CDI establece que "[l]a indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado". Véase también M.M. Whiteman, *Damages in International Law*, Tomo 3 (1937), pág. 1837 ("Para ser admisibles, las ganancias futuras no deben ser muy especulativas, contingentes, inciertas, etc. Debe haber pruebas de que eran razonablemente previsibles y de que las ganancias previstas eran probables y no simplemente posibles. Si las pruebas demuestran que hay dudas acerca de si las ganancias se habrían obtenido de no haberse cometido el acto ilícito, no se otorgan daños" [Traducción del Tribunal]). Véase también *Asian Agricultural Products LTD (AAPL) c. República de Sri Lanka*, Caso CIADI N.º ARB/87/3, Laudo Definitivo de fecha 27 de junio de 1990, ¶ 104; *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/04/5, Laudo de fecha 21 de noviembre de 2007, ¶ 285; *Micula c. Rumania*, Laudo de fecha 11 de diciembre de 2013, ¶¶ 1006-1008.

⁴⁴⁸ Réplica, ¶ 392, nota al pie omitida.

futuros deben descontarse a su valor actual neto mediante la aplicación de una tasa de descuento.

386. El Tribunal aplicará los principios así determinados al momento de cuantificar los daños sufridos por las Demandantes, con las especificaciones que se indican en las siguientes secciones.

ii. Efectos del Decreto N.º 27590

387. El perito de la Demandada sostiene que debiera negarse toda validez a la valuación *ex post* de las Demandantes, ya que ignora los efectos económicos del Decreto N.º 27590⁴⁴⁹. El Decreto N.º 27590, que fue dictado en el día de la expropiación, prohibía la exportación de minerales no metálicos no industrializados luego de un período de transición de 90 días (es decir, desde 24 de septiembre de 2004). Econ One alega que, dado que las Demandantes no tenían plantas ni equipos en Bolivia que permitieran la industrialización química de la ulexita, habrían tenido que dejar de exportar ulexita desde Bolivia a partir de esa fecha. En efecto, las Demandantes han reconocido que dejaron de exportar ulexita el día 24 de septiembre de 2004⁴⁵⁰. Para la Demandada, esto invalida la valuación *ex post*.
388. Las Demandantes niegan que el Decreto N.º 27590 haya tenido efecto alguno en su valuación *ex post*. Si bien el Decreto N.º 27590 prohibía la exportación de minerales no metálicos no industrializados, fue abrogado por el Decreto N.º 27799 dictado el día 20 de octubre de 2004⁴⁵¹.
389. El Artículo 6(ii) del Decreto N.º 27799 de fecha 20 de octubre de 2004 establece claramente que “[s]e abroga el Decreto Supremo N.º 27590 de 23 de junio de 2004”⁴⁵². El Decreto no especifica una fecha; por ende, el Tribunal entiende que la abrogación fue inmediata. Esto significa que la prohibición de exportar ulexita no industrializada estuvo en vigor entre el día 21 de septiembre y el día 20 de octubre de 2004, es decir, durante aproximadamente un mes. En opinión del Tribunal, esto no afecta el método de valuación de las Demandantes: la ulexita extraída durante el período en que la prohibición estaba en vigor podría exportarse cuando se levantó dicha prohibición.

⁴⁴⁹ An. NCI-58.

⁴⁵⁰ Réplica, ¶ 94.

⁴⁵¹ Tr., Día 1, págs. 14-18; DAAQ, diapositiva 27; An. CD-195.

⁴⁵² An. CD-195.

390. La Demandada argumentó durante la audiencia que el Decreto N.º 27799, a su vez, fue revocado en el año 2008, pero no ofreció pruebas en sustento de esta afirmación⁴⁵³. Asimismo, las Demandantes han probado que hubo exportaciones significativas de ulexita de Bolivia a Brasil entre los años 2003 y 2012⁴⁵⁴, lo que demuestra que no hubo una prohibición de exportación efectiva durante esos años.
391. En vista de lo que antecede, el Tribunal concluye que la promulgación del Decreto N.º 27590 no invalida la solicitud de indemnización de las Demandantes.

iii. Flujos de fondos: reservas y recursos

392. El período de duración de las concesiones no se encontraba limitado. Por lo tanto, se debe determinar su vida útil según la cantidad de minerales explotables. En consecuencia, el Tribunal debe evaluar esta cantidad. Para ello, debe determinar qué categorías de reservas y recursos minerales poseen valor económico y determinar dicho valor.

(a) *Estándares de minería y financieros*

393. En función de los materiales que obran en el expediente, el Tribunal entiende que la industria minera ha desarrollado definiciones de reservas y recursos minerales⁴⁵⁵. El Tribunal ha considerado en particular los “Estándares de Definición para Recursos Minerales y Reservas Minerales” preparados por el Instituto Canadiense de Minería, Metalurgia y Petróleo (*CIM*, por sus siglas en inglés). Estos estándares dividen a los *recursos minerales* en "inferidos", "indicados", y "medidos" en un orden ascendente de confianza en su estimación:

Los Recursos Minerales se encuentran subdivididos, en orden ascendente de confianza geológica, en las categorías de Inferidos, Indicados y Medidos. Un Recurso Mineral Inferido posee un nivel de confianza inferior que aquel aplicado a un Recurso Mineral Indicado. Un Recurso Mineral Indicado posee un nivel superior de confianza que un Recurso Mineral Inferido pero un nivel inferior de confianza que un Recurso Mineral Medido.

Un Recurso Mineral es una concentración o incidencia de diamantes, material inorgánico natural sólido o material orgánico natural sólido fosilizado, incluyendo metales base y preciosos, carbón y minerales industriales en o sobre la corteza de la Tierra, en tal forma y cantidad, y de tal ley o calidad, que los prospectos de una extracción económica son razonables. La ubicación, cantidad, ley, continuidad y características

⁴⁵³ Tr., Día 1, 22-28.

⁴⁵⁴ An. CD-196.

⁴⁵⁵ Por ejemplo, Ans. BD-8, BD-35, BD-36, BD-39 y R-375 a 385.

geológicas de un Recurso Mineral son conocidos, estimados o interpretados por conocimiento o una evidencia geológica específica.

[...]

Un 'Recurso Mineral Inferido' es la parte de un Recurso Mineral de la que es posible estimar la cantidad y la ley o la calidad en función de la evidencia geológica, de un muestreo limitado y de una continuidad geológica y de la ley asumida razonablemente pero no verificada. La estimación se basa en información y muestras limitadas que se han recolectado por medio de técnicas apropiadas en lugares como afloramientos, zanjas, rajos, agujeros de perforación y trabajo.

[...]

Un 'Recurso Mineral Indicado' es la parte de un Recurso Mineral de la que es posible estimar la cantidad, ley o calidad, densidades, forma y características físicas con un nivel de confianza suficiente como para permitir la aplicación apropiada de parámetros técnicos y económicos con el fin de apoyar la planificación de una mina y una evaluación de la viabilidad económica del depósito. La estimación está basada en una exploración detallada y confiable y en información de muestras recolectadas por medio de técnicas apropiadas en lugares como afloramientos, zanjas, tajos, barrenas de perforación y trabajo directo que se encuentran lo suficientemente cerca como para que se confirme razonablemente la continuidad geológica y de ley.

[...]

Un 'Recurso Mineral Medido' es la parte de un Recurso Mineral de la que la cantidad, ley o calidad, densidades, forma y características físicas están tan bien establecidos que pueden ser estimados con suficiente confianza como para permitir la aplicación apropiada de parámetros técnicos y económicos con el fin de apoyar la planificación de la producción y una evaluación de la viabilidad económica del depósito. La estimación está basada en una exploración detallada y confiable y en información de muestras y de pruebas recolectadas por medio de técnicas apropiadas en lugares como afloramientos, zanjas, tajos, barrenos de perforación y trabajo directo que se encuentran lo suficientemente cerca como para que se confirme la continuidad geológica y de ley⁴⁵⁶.

394. *Las reservas minerales*, a diferencia de los recursos, se encuentran divididos por el CIM entre "probables" y "probadas":

Las Reservas Minerales se encuentran subdivididas en orden ascendente de confianza en Reservas Minerales Probables y Reservas Minerales Probadas. Una Reserva Mineral Probable posee un nivel inferior de confianza que una Reserva Mineral Probada.

Una Reserva Mineral es la parte económicamente extraíble de un Recurso Mineral Medido o Indicado demostrado por al menos un Estudio Preliminar de Factibilidad. Este estudio debe incluir información adecuada sobre factores de minería, de procesamiento, metalúrgicos, económicos y otros factores relevantes que demuestren, al momento de los informes, que la extracción económica puede ser justificada. Una Reserva Mineral incluye

⁴⁵⁶ An. BD-35, se quitó el énfasis.

materiales diluidos y permite pérdidas que podrían ocurrir al extraer el material.

[...]

El término 'Reserva Mineral' no necesita necesariamente significar que las instalaciones de extracción se encuentren disponibles y operativas o que se hubieren obtenido todas las aprobaciones gubernamentales. Significa que hay expectativas razonables de estas aprobaciones.

[...]

Una 'Reserva Mineral Probable' es la parte económicamente extraíble de un Recurso Mineral Indicado y, en algunas circunstancias, Medido, demostrado por al menos un Estudio Preliminar de Factibilidad. Este estudio debe incluir información adecuada sobre factores de minería, de procesamiento, metalúrgicos, económicos y otros factores relevantes que demuestren, al momento de los informes, que la extracción económica puede ser justificada.

[...]

Una 'Reserva Mineral Probada' es la parte económicamente extraíble de un Recurso Mineral Medido demostrado por al menos un Estudio Preliminar de Factibilidad. Este estudio debe incluir información adecuada sobre factores de minería, de procesamiento, metalúrgicos, económicos y otros factores relevantes que demuestren, al momento de los informes, que la extracción económica puede ser justificada⁴⁵⁷.

395. En lo que se refiere a las reservas, el experto de la industria de las Demandantes, Behre Dolbear, invoca los estándares establecidos por la Guía de la Industria 7 de la Comisión de Valores de los Estados Unidos de América (*SEC*, por sus siglas en inglés) de la siguiente manera:

Reserva. Aquella Parte de un depósito mineral que podría ser extraído y producido económica y legalmente al momento de la determinación de la reserva.

[...]

Reservas Probadas (Medidas). Reservas para las cuales (a) la cantidad se computa a partir de dimensiones reveladas en afloramientos, zanjas, agujeros de perforación y trabajo; la ley y/o la calidad se computan a partir de resultados de un muestreo detallado y (b) los sitios para la inspección, muestreo y medición se encuentran tan cerca y el carácter geológico está tan bien definido que el tamaño, forma, profundidad y contenido mineral de las reservas se encuentran bien definidos.

Reservas Probables (Indicadas). Reservas para las cuales la cantidad y ley y/o calidad se computan a partir de información similar a aquella utilizada para las reservas probadas (medidas), pero los sitios para la inspección, muestreo, y medición están más alejados o se encuentran espaciados de una manera menos adecuada. El grado de certeza, aunque menor que aquel de las reservas probadas (medidas), es lo

⁴⁵⁷ An. BD-35, se quitó el énfasis.

suficientemente elevado como para suponer la continuidad entre los puntos de observación⁴⁵⁸ [Traducción del Tribunal].

396. Los expertos de las Partes tienen posiciones encontradas respecto de si a todas las categorías enunciadas *supra* se les puede asignar valor económico. A continuación, el Tribunal procede a analizar cuáles de estas categorías pueden considerarse para cuantificar el valor de las concesiones.

(b) *El informe Aquater-Enichem*

397. Los expertos de ambas Partes han invocado las conclusiones del informe Aquater-Enichem para la cuantificación de las reservas de ulexita en las concesiones de las Demandantes. Tal como se explicara en la Sección II *supra*, en el año 1993 las compañías italianas Aquater S.p.a. y EniChem S.p.a., contratadas por el gobierno boliviano y patrocinadas por Italia, llevaron a cabo un estudio en base a sondeos con malla de las reservas minerales de una parte de la reserva fiscal del Salar de Uyuni⁴⁵⁹. Tres de las concesiones de las Demandantes (Basilea, Borateras de Cuevitas y Doña Juanita) se encuentran en parte ubicadas dentro de la malla.

398. El informe Aquater-Enichem llegó a los siguientes resultados (Tabla 15 del informe Aquater, BD-4, pág. 208):

VOLUMEN m ³ cúbicos	RESERVAS PROBADAS	RESERVAS PROBABLES	RESERVAS POSIBLES	TOTAL YACIMIENTO
TOUT-VENANT	2.708.590	2.655.107	10.855.936	16.219.633

TONELAJE t métricas	RESERVAS PROBADAS	RESERVAS PROBABLES	RESERVAS POSIBLES	TOTAL YACIMIENTO
TOUT-VENANT	3.867.866	3.791.493	15.502.277	23.161.636
AGUA DE IMBIBICION	1.646.584	1.725.324	6.994.020	10.365.928
TOUT-VENANT SECO	2.221.282	2.066.169	8.508.257	12.795.708
ULEXITA	1.723.271	1.453.301	6.303.768	9.480.340
E ₂ O ₃	740.131	624.136	2.707.327	4.071.594

TAB. 15 - RESERVAS GEOLOGICAS

⁴⁵⁸ An. BD-8, énfasis en el original.

⁴⁵⁹ An. BD-4. Este estudio se llevó a cabo en dos fases. En la Fase 1, se perforaron pozos sobre una malla con espaciados de 200 metros dentro de un área de 21,56 km². En la Fase 2, la perforación se realizó en una malla de menor espaciado (100 metros) en un área de 7,2 km². El Tribunal entiende que cuando las Partes se refieren a la "malla de Aquater-Enichem", hacen referencia a la malla utilizada en la Fase 1.

399. Aquater realizó una distinción entre los siguientes tipos de materiales extraídos:
- a. “*Tout-venant*” en metros cúbicos, que el Tribunal entiende corresponde a “*m3 In Situ*”, definidos por Behre Dolbear como “[v]olumen en metros cúbicos de material disponible”⁴⁶⁰ [Traducción del Tribunal];
 - b. “*Tout-venant*” en toneladas métricas, que el Tribunal entiende corresponde a “toneladas *In Situ*”, definidas por Behre Dolbear como “[p]eso en toneladas de material disponible, del cual aproximadamente 45 por ciento es H2O/humedad”⁴⁶¹ [Traducción del Tribunal];
 - c. “*Agua de imbibición*”, que el Tribunal entiende se refiere a la humedad presente en las toneladas *In Situ* tal como lo define Behre Dolbear;
 - d. “*Tout-venant seco*”, que el Tribunal entiende corresponde a “Toneladas Secas”, definidas por Behre Dolbear como “[m]aterial secado al aire, del cual aproximadamente 74 por ciento es ulexita y 26 por ciento es humedad y/u otras impurezas. Es prácticamente equivalente a la ulexita secada al sol de aproximadamente 30 por ciento de contenido de B₂O₃”⁴⁶² [Traducción del Tribunal];
 - e. “*Ulexita*”, definida por Behre Dolbear como “[u]lexita pura, de 43,0 por ciento de contenido de B₂O₃; 35,5 por ciento de agua; 13,8 por ciento de cal y 7,7 por ciento de soda cáustica”⁴⁶³ [Traducción del Tribunal]; y
 - f. “*B₂O₃*”, definido por Behre Dolbear como “[c]ontenido puro de óxido de boro en las reservas. Frecuentemente utilizado como medida de pureza al comparar materiales y productos varios”⁴⁶⁴ [Traducción del Tribunal].
400. Los resultados de Aquater están reformulados por Behre Dolbear en la Tabla 4.1 de su Primer Informe (Primer IP Behre Dolbear, ¶ 33).

⁴⁶⁰ Primer IP Behre Dolbear, ¶ 110, nota al pie omitida.

⁴⁶¹ Primer IP Behre Dolbear, ¶ 110.

⁴⁶² Primer IP Behre Dolbear, ¶ 110.

⁴⁶³ Primer IP Behre Dolbear, ¶ 110.

⁴⁶⁴ Primer IP Behre Dolbear, ¶ 110, nota al pie omitida.

TABLA 4.1				
RESERVAS GEOLÓGICAS (AQUATER-ENICHEM)				
		“Probadas”	“Probables”	“Posibles”
m ³ In Situ		2.708.590	2.655.107	10.855.936
Toneladas In Situ		3.867.866	3.791.493	15.502.277
Toneladas Secas		2.221.282	2.066.169	8.508.257
Ulexita		1.723.271	1.453.301	6.303.768
B ₂ O ₃		740.131	624.136	2.707.327

[Traducción del Tribunal]

401. En otras palabras, Aquater estimó que de un total de 1.723.271 toneladas de ulexita (2.221.282 toneladas secas) podrían clasificarse como reservas probadas, 1.453.301 toneladas de ulexita (2.066.169 toneladas secas) podrían clasificarse como reservas probables, y 6.303.768 toneladas de ulexita (8.508.257 toneladas secas) podrían clasificarse como reservas posibles.

(c) *Estimación de reservas y recursos de Behre Dolbear*

402. Sólo nueve de las concesiones de NMM son pertinentes para el cálculo de reservas y recursos porque las dos restantes, Cancha I y Cancha II, eran canchas de secado. Dentro de esas nueve, Behre Dolbear distingue dos subconjuntos:

- a. Concesiones ubicadas dentro del área de estudio en el informe Aquater-EniChem⁴⁶⁵ (Borateras de Cuevitas, Doña Juanita y Basilea), y
- b. Concesiones ubicadas fuera de esa malla (Pococho, Tete, Inglaterra, Don David, Sur y La Negra).

403. Behre Dolbear estima que las concesiones dentro de la malla de Aquater-Enichem (Borateras de Cuevitas, Doña Juanita y Basilea) “albergaban 790.000 toneladas de Reservas Probadas de ulexita, 1.080.000 toneladas de Reservas Probables, y 3.150.000 toneladas factorizadas de Reservas Indicadas de ulexita⁴⁶⁶ por un total de 5,02 millones de toneladas”⁴⁶⁷ [Traducción del Tribunal]. Esto se ilustra en la tabla 4.10 (página 38) de su primer informe:

⁴⁶⁵ An. BD-4.

⁴⁶⁶ Para su estimación de los recursos indicados dentro de la malla de Aquater, Behre Dolbear tomó la estimación de “reservas posibles” de Aquater (6,3 millones de toneladas de ulexita) y la redujo en un 50% (es decir, 3,15 millones de toneladas de ulexita).

⁴⁶⁷ Segundo IP Behre Dolbear, ¶ 65.

TABLA 4.10	
RECURSOS Y RESERVAS EN LAS CONCESIONES	
DOÑA JUANITA, BORATERAS DE CUEVITAS, Y BASILEA	
Categoría	Millones de Toneladas
Reservas Probadas	0,79
Reservas Probables	1,08
Reservas Indicadas	3,15
Total de Reservas/Recursos	5,02

[Traducción del Tribunal]

404. Behre Dolbear no estima “reservas posibles”, dado que en la actualidad ningún código reconocido de la industria utiliza esta clasificación de reservas⁴⁶⁸. En cambio, de acuerdo a los estándares internacionales, Behre Dolbear computa este tonelaje como un recurso indicado⁴⁶⁹.
405. Behre Dolbear proporciona asimismo una estimación de recursos inferidos fuera de la malla de Aquater-Enichem. Sobre la base del muestreo y la perforación realizados por el Sr. Astudillo en el año 2000, entrevistas con el personal de Quiborax, y su propia revisión de la densidad de sus boratos en los pozos de perforación en torno al límite de la malla, Behre Dolbear cree que “un reconocimiento profesional delinearía ulexita adicional igual a aquella delineada actualmente en las tres concesiones dentro de la ‘malla’, es decir, otros 5,02 millones de toneladas”⁴⁷⁰ [Traducción del Tribunal]. Debido a la incertidumbre involucrada y de acuerdo a la práctica de la industria, Behre Dolbear “categoriza a estos recursos como Recursos Inferidos (aquellos con el grado más elevado de incertidumbre) y factorizaría los 5,02 millones de toneladas estimados de manera descendente en un 75%, a 1,26 millones de toneladas de Recursos Inferidos”⁴⁷¹ [Traducción del Tribunal].
406. Para llegar a esta estimación, Behre Dolbear no realizó sus propios estudios geológicos sino que se basó en los informes existentes (en particular, el informe Aquater-Enichem). Explica que “no pudo hacer una visita al sitio dadas las circunstancias de la controversia”, pero “[c]onsidera que los datos en los informes

⁴⁶⁸ Primer IP Behre Dolbear, ¶ 9,

⁴⁶⁹ Primer IP Behre Dolbear, ¶¶ 131-133.

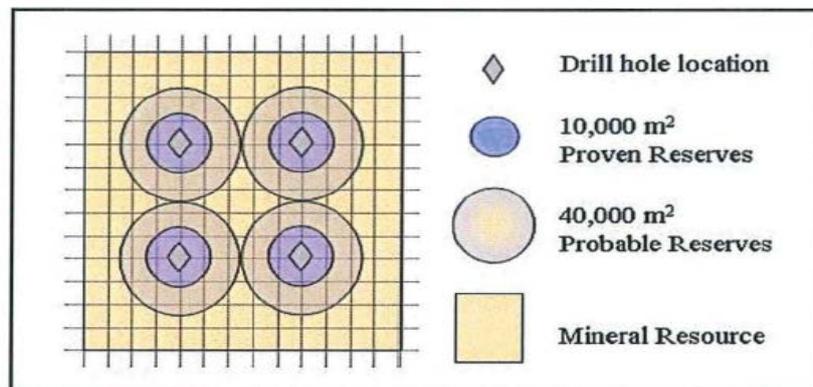
⁴⁷⁰ Primer IP Behre Dolbear, ¶ 135. Véase asimismo Segundo IP Behre Dolbear, ¶ 69.

⁴⁷¹ Segundo IP Behre Dolbear, ¶ 70.

existentes son suficientes para llegar a sus estimaciones”⁴⁷² [Traducción del Tribunal].

407. Después de auditar la metodología y los resultados aritméticos de Aquater-Enichem⁴⁷³, Behre Dolbear extrapoló sus conclusiones a partir de los datos reales de perforación de pozos de ese informe “mediante la utilización de técnicas aceptadas en la industria minera para los depósitos en capas de minerales industriales, extrapolando el espesor proveniente de los datos de los pozos perforados y asignando, en este caso para la Fase 2 (Reservas Probadas), áreas de influencia de 10.000m² en torno a cada pozo en la malla de 100m y áreas de influencia de 40.000m² en torno a cada pozo en el caso del área de la Fase 1 (Reservas Probables)”⁴⁷⁴ [Traducción del Tribunal]. Una versión simplificada de la metodología de Behre Dolbear utilizando los datos de los pozos perforados de Aquater se presenta en la figura 4.1 de su primer informe, tal como se explicara durante la audiencia⁴⁷⁵

El diamante en el medio de cada círculo representa el pozo perforado de Aquater-EniChem. El radio azul de 10.000 metros cuadrados es básicamente un radio de 100m en torno al pozo, o un diámetro de 200m [...]. Y ello constituye una reserva probada. El sombreado gris [...] es entonces la reserva probable sobre la base de un diámetro de 400m o un radio de 200m, desde el centro del pozo perforado, y que es considerado una reserva probable. Y luego, consideramos todo lo que está entremedio y en cualquier otro lugar alrededor, sobre la base de la categorización de reserva posible como una reserva indicada⁴⁷⁶.



Ubicación del pozo perforado
10.000 m² - Reservas Probadas
40.000 m² - Reservas Probables
Recurso Mineral
[Traducción del Tribunal]

⁴⁷² Primer IP Behre Dolbear, ¶ 128.

⁴⁷³ Tr., Día 2, 397:5-398:9; 401:21-404:1.

⁴⁷⁴ Primer IP Behre Dolbear, ¶ 129.

⁴⁷⁵ Primer IP Behre Dolbear, figure 4.1, pág. 36.

⁴⁷⁶ Tr. Día 2, 397:18-398:9.

408. La Demandada afirma que "los informes de Behre-Dolbear dependen en métodos rechazados por la industria minera"⁴⁷⁷. Sostiene asimismo que el valor de las concesiones debería calcularse exclusivamente sobre la base de las reservas probadas y probables calculadas por Aquater-Enichem, y no debería incluir cantidades posibles de ulexita estimadas sobre la base de extrapolaciones y que se mantienen sin confirmar.

(d) *Evaluación de las reservas y recursos por parte del Tribunal*

409. Tal como se observara *supra*, la estimación de Behre Dolbear cubre las reservas y recursos en las siguientes concesiones:

- a. **Reservas y recursos** en las concesiones ubicadas dentro de la malla de Aquater-Enichem (Borateras de Cuevitas, Doña Juanita y Basilea), y
- b. **Recursos** en las concesiones ubicadas fuera de esa malla (Pococho, Tete, Inglaterra, Don David, Sur y La Negra).

410. El Tribunal observa que las críticas de Bolivia se concentran en el cálculo de Behre Dolbear de los recursos (tanto dentro como fuera de la malla de Aquater-Enichem), no de las reservas. Efectivamente, Econ One ha aceptado en forma implícita la estimación de reservas probadas y probables de Behre Dolbear en las concesiones de Doña Juanita, Borateras de Cuevitas y Basilea y se ha basado en estas cifras para realizar su valuación: el Sr. Flores de Econ One afirmó expresamente que "[e]n mi valuación he tomado las reservas – probadas y probables– estimadas por Behre Dolbear, excluyendo los recursos"⁴⁷⁸.

411. Por lo tanto, el Tribunal utilizará las estimaciones de las **reservas** preparadas por Behre Dolbear en lo que se refiere a las concesiones de Doña Juanita, Borateras de Cuevitas y Basilea. En consecuencia, el valor de las concesiones se evaluará suponiendo reservas probadas de 787.500 toneladas de ulexita (1.015.054 toneladas secas) y reservas probables de 1.081.900 toneladas de ulexita (1.394.571 toneladas secas), es decir, un total de reservas de 1.869.400 toneladas (2.409.625 toneladas secas)⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷ Dúplica, ¶ 182.

⁴⁷⁸ Primer IP Econ One, ¶ 57. Véase asimismo Segundo IP Econ One, ¶ 63.

⁴⁷⁹ Primer IP Behre Dolbear, ¶ 129.

412. Con respecto a los **recursos**, las Demandantes realizan una distinción entre aquellos ubicados dentro de la malla de Aquater-Enichem y aquellos ubicados por fuera:

- a. Para las concesiones ubicadas dentro de la malla (Doña Juanita, Borateras de Cuevitas y Basilea), Behre Dolbear ha tomado las estimaciones de “reservas posibles” de Aquater-Enichem y las ha clasificado como “recursos indicados”. En la opinión del experto, “la categoría de Reservas Posibles de Aquater-EniChem, aunque aceptable en el momento en que se emitió el informe, sería considerada como un Recurso Indicado en virtud de los códigos actuales para la elaboración de informes”⁴⁸⁰ [Traducción del Tribunal]. Por lo tanto, Behre Dolbear ha tomado las “reservas posibles” de Aquater-Enichem (6,3 millones de toneladas de ulexita) y las ha reducido en un 50% (es decir, 3,15 millones de toneladas de ulexita)⁴⁸¹. Según el experto, el recorte del 50% “constituye una práctica estándar de la industria que refleja la probabilidad de que después de una exploración y desarrollo más exhaustivos los recursos indicados no se convertirán en su totalidad en una Reserva”⁴⁸² [Traducción del Tribunal].
- b. Con respecto a las concesiones ubicadas fuera de la malla de Aquater-Enichem, Behre Dolbear estima 1,26 millones de toneladas de recursos inferidos (en lugar de indicados). Como se señala en el párrafo 405, esta cifra no se basa en la estimación de “reservas posibles” de Aquater, sino en el muestreo y la perforación llevados a cabo por el Sr. Astudillo en el año 2000, entrevistas con el personal de Quiborax, y la propia revisión del experto de la densidad de los boratos en los pozos perforados en torno al límite de la malla. Sobre esta base, Behre Dolbear cree que las concesiones ubicadas fuera de la malla contienen tanta ulexita como las que están ubicadas dentro de la malla⁴⁸³, pero debido a la incertidumbre involucrada y de acuerdo a la práctica de la industria, Behre Dolbear los categoriza como recursos inferidos y factorizaría de manera descendente en un 75% (es decir, de 5,02 millones de toneladas a 1,26 millones de toneladas)⁴⁸⁴.

413. Tal como se observara *supra*, la Demandada se opone a la inclusión de cualquier recurso en el cálculo de la duración de las concesiones. Econ One afirma que “[e]l

⁴⁸⁰ Primer IP Behre Dolbear, ¶ 118.

⁴⁸¹ Segundo IP Behre Dolbear, ¶ 67.

⁴⁸² Primer IP Behre Dolbear, ¶ 132.

⁴⁸³ Primer IP Behre Dolbear, ¶ 135. Véase asimismo Segundo IP, ¶ 69.

⁴⁸⁴ Segundo IP Behre Dolbear, ¶ 70.

cálculo del VJM de las concesiones sólo puede incluir la explotación de las reservas estimadas de ulexita. Incluir los [recursos] sería altamente especulativo"⁴⁸⁵ [Traducción del Tribunal].

414. El expediente indica que asignar valor económico los recursos cuando se valora una operación minera es una práctica estándar en la minería. Si bien el Tribunal comparte la preocupación de Bolivia respecto de incluir recursos cuya presencia pueda ser especulativa, la mayoría también concluye que el expediente establece con suficiente certeza la riqueza de boro en el área de las concesiones de los Demandantes. En efecto, el informe Orstom-Risacher realizado en el año 1989⁴⁸⁶ describió que el Salar contenía "reservas enormes, prácticamente inagotables, de litio, potasio, magnesio y boro [...] El área con la mayor concentración de estos elementos se halla en la corteza superficial en el sur del salar, en las cercanías del estuario del Río Grande"⁴⁸⁷ [Traducción del Tribunal], donde se encuentran ubicadas las concesiones. La elevada concentración de minerales de boro en las áreas donde se encuentran ubicadas las concesiones está asimismo confirmada por el informe elaborado por el *Servicio Nacional de Geología y Técnico de Minas* de Bolivia ("SERGEOTECMIN") en el año 2008⁴⁸⁸. Adicionalmente, el estudio de Aquater-Enichem identificó "reservas posibles" de 6,3 millones de toneladas de ulexita en el yacimiento entero, que en la terminología de hoy serían categorizadas como recursos.⁴⁸⁹ Aunque la mayor parte de los estudios de cuantificación en el expediente se realizaron dentro de la malla de Aquater-Enichem y los recursos fuera de esa malla fueron extrapolados, no sería realista pensar que la presencia de los recursos se detuvo en el límite de un área de exploración creada artificialmente cuando otros elementos en el expediente confirman la presencia de boro en todo el yacimiento.
415. Considerando todos estos elementos, la mayoría asignará valor a los recursos identificados por Aquater-Enichem como "reservas posibles", factorizadas en forma descendente en un 90%, sin distinguir si éstos se encuentran dentro o fuera de la malla de Aquater-Enichem. En efecto, a la mayoría no le convence la distinción de Behre Dolbear entre recursos dentro y fuera de la malla, ya que parece contener un

⁴⁸⁵ Véase Primer IP Econ, ¶ 55.

⁴⁸⁶ An. BD-3.

⁴⁸⁷ An. BD-3, pág. 61.

⁴⁸⁸ An. BD-37

⁴⁸⁹ An. BD-4, pág. 201. El monto exacto de reservas posibles identificado por Aquater-Enichem es 6.303.768 toneladas.

elemento de doble-contabilización. La estimación de Behre Dolbear de recursos indicados dentro de la malla está basada en la estimación de Aquater-Enichem de “reservas posibles” (6,3 millones de toneladas) factorizadas de manera descendente en un 50%. Sin embargo, esa estimación” se refiere al área *fuera* de la malla o, como mucho, a todo el yacimiento (a lo que Aquater hace referencia como “el resto del yacimiento”⁴⁹⁰).

416. En consecuencia, la mayoría le asignará valor a los recursos identificados por Aquater-Enichem, factorizados en forma descendente en un 90% (es decir, 630.777 toneladas de ulexita). Por lo tanto, concluye que las Demandantes podrían haber extraído 2,5 millones toneladas de ulexita (siendo el monto exacto 2.499.777 toneladas), incluyendo reservas y recursos. Habiendo dicho esto, a la fecha de la expropiación las Demandantes ya habían extraído parte de esas cantidades. Sobre la base de la información en el expediente (en particular del perfil de producción establecido en el Contrato de Suministro de 2001 entre NMM y RIGSSA,⁴⁹¹ que se aborda en la sección siguiente⁴⁹²), el Tribunal estima que entre 2001 y julio de 2004 las Demandantes extrajeron 179.845 toneladas de ulexita. En consecuencia, para sus proyecciones de flujos de fondos el Tribunal le asignará valor económico a 2.319.932 toneladas de ulexita.

iv. Flujos de fondos: perfil de producción y duración de las concesiones

(a) Perfil de producción

417. A efectos de su valuación *ex ante*, el perito económico de las Demandantes, Navigant, ha presentado un pronóstico del perfil de producción de las concesiones basado en el plan de negocios de RIGSSA del año 1999 y del contrato de suministro celebrado entre Quiborax y RIGSSA en el año 2001 (el “Contrato de Suministro de 2001”)⁴⁹³. Navigant aclara que su pronóstico *ex ante* se ajusta más a las ventas estimadas en el Contrato de Suministro de 2001 (que requiere la producción de 25.000 TM de producto en el año 2001 y la incrementa a 104.000 TM de producto hacia 2006, manteniéndola constante a partir de ese momento), si bien Navigant supone que el aumento de las ventas ocurre durante un período de tiempo más

⁴⁹⁰ BD-4, pág. 201.

⁴⁹¹ An. CD-16 y NCI-06.

⁴⁹² Véase *en particular* ¶ 429 *infra*.

⁴⁹³ Primer IP Navigant, ¶¶ 114-117; Ans. NCI-49, NCI-06, y CD-16.

extenso (alcanzando las 104.000 TM de producto en el año 2009 y no en el año 2006)⁴⁹⁴.

418. Navigant revisa estas estimaciones contractuales “marginalmente hacia arriba” a fin de tener en cuenta el crecimiento del mercado agrícola para los boratos entre los años 2001 y 2004 (que, conforme a sus pronósticos, asciende al 5% entre los años 2009 y 2014 y al 1% a partir del año 2015), y porque considera que “Quiborax [...] podría haber aprovechado su pericia minera y logística para garantizar un suministro de ulexita más confiable y adaptable de parte de las Concesiones bolivianas” [Traducción del Tribunal]⁴⁹⁵. El perfil de producción *ex ante* de Navigant pronostica que las ventas de productos comienzan con 59.861 TM en el año 2004 y se incrementan hasta alcanzar 171.022 TM en el año 2014⁴⁹⁶.
419. A efectos de su valuación *ex post*, Navigant asume que “las Concesiones bolivianas habrían aumentado la producción a un nivel más elevado durante un período de tiempo más corto que lo que se proyectó en la valuación *ex ante*, sobre la base del auge económico global (especialmente en los mercados emergentes) entre los años 2004 y 2008” [Traducción del Tribunal]⁴⁹⁷. En particular, Navigant afirma que “en función del desarrollo del mercado, es razonable pronosticar que la producción alcance el 75 por ciento del objetivo del plan de negocios de RIGSSA de 200.000 toneladas durante un período de 4 años para el año 2008” [Traducción del Tribunal]⁴⁹⁸. A partir de ese momento, Navigant pronostica la producción sobre la base de la tasa de crecimiento esperada respecto del mercado agrícola para los boratos, que asciende a cero para los años 2009-2010 y al 4,6% entre los años 2011 y 2019⁴⁹⁹. Como consecuencia de estos supuestos, el perfil de producción *ex post* actualizado presentado por Navigant en el año 2013 es algo más elevado que sus pronósticos *ex ante* (comenzando con 65.386 TM en el año 2004 hasta alcanzar 224.145 TM en el año 2019)⁵⁰⁰.

⁴⁹⁴ Primer IP Navigant, ¶¶ 114-116.

⁴⁹⁵ Primer IP Navigant, ¶ 116.

⁴⁹⁶ Segundo IP Navigant, An. C.4.

⁴⁹⁷ Segundo IP Navigant, An. E.6.b, NP 1.

⁴⁹⁸ Segundo IP Navigant, An. E.6.b, NP 1.

⁴⁹⁹ Segundo IP Navigant, An. E.6.b, NP 1, que invoca Roskill, *The Economics of Boron*, 11th ed. (2006) (An. NCI-63) y Oppenheimer & Co Inc., *Initiating Coverage: Agricultural Fertilizers*, febrero de 2009 (An. NCI-77).

⁵⁰⁰ Segundo IP Navigant, An. E.5 y E.6.b. El año 2019 es el último respecto del cual Navigant calcula un flujo de fondos reales, dado que, posteriormente, determina el valor terminal de las concesiones

420. Bolivia y su perito económico, Econ One, se oponen al perfil de producción empleado por Navigant. En primer lugar, se oponen al uso del plan de negocios de RIGSSA de 1999 y señalan que "NMM no fue capaz de alcanzar los volúmenes de producción previstos en el Contrato de Suministro de 2001"⁵⁰¹. Según Econ One, "[e]sto indica que el Contrato de Suministro de 2001 fue demasiado optimista y no tomó en cuenta de forma adecuada los factores del lado de la demanda y de la oferta [...]"⁵⁰². Econ One también critica las tasas de crecimiento pronosticadas por Navigant que superan los requisitos del Contrato de Suministro, puesto que no consideran los factores que limitan la oferta y la demanda. En cuanto a las limitaciones de la oferta, Econ One alega que Navigant no tuvo en cuenta si había mano de obra suficiente para alcanzar sus estimaciones, ni si los procesos manuales utilizados habrían permitido que dicho crecimiento se materializara⁵⁰³. En relación con la demanda, Econ One critica que Navigant invoque *The Economics of Boron* para pronosticar un crecimiento del 5% entre los años 2010 y 2014, por las siguientes razones: (i) este libro fue publicado en 2006 (dos años después de la fecha de valuación que Econ One considera apropiada), (ii) la versión de 2002 no pronosticaba una tasa de crecimiento del 5% y (iii) la versión de 2006 sólo pronosticaba crecimiento hasta el año 2010⁵⁰⁴.
421. En consecuencia, el perfil de producción de Econ One supone que las concesiones habrían producido ulexita conforme a los volúmenes previstos en el Contrato de Suministro de 2001, con una demora de un año, hasta el agotamiento estimado de las concesiones, que Econ One calcula tendría lugar en el año 2029 a la tasa de producción propuesta, en función de las reservas probadas y probables calculadas por Behre Dolbear⁵⁰⁵. Econ One excluye la ulexita de 50-56% mencionada en el Contrato de Suministro de 2001, argumentando que los niveles de producción establecidos en el contrato sólo reflejan un máximo sujeto a las posibilidades de producción, y destacando que ni Quiborax ni NMM vendieron este tipo de ulexita entre los años 2001 y 2004⁵⁰⁶. Según el perfil de producción de Econ One, la

calculando el valor de perpetuidad a partir de 2019 menos el valor de perpetuidad a partir de 2037, descontada a 2019 (Véase Segundo IP Navigant, An. E.2).

⁵⁰¹ Primer IP Econ One, ¶ 87.

⁵⁰² Primer IP Econ One, ¶ 87.

⁵⁰³ Primer IP Econ One, ¶¶ 74-79.

⁵⁰⁴ Primer IP Econ One, ¶¶ 80-86; presentación de Econ One durante la audiencia, diapositiva 18.

⁵⁰⁵ Primer IP Econ One, ¶ 88.

⁵⁰⁶ Primer IP Econ One, ¶¶ 70-73.

producción comenzaría con 64.000 TM en el año 2004, alcanzaría 68.000 TM en el año 2006 y se mantendría constante hasta el año 2029⁵⁰⁷.

422. El Tribunal ha determinado por mayoría que la valuación *ex post* es en general apropiada en el presente caso, lo que implica calcular el valor a la fecha del Laudo, en principio empleando información *ex post*. Sin embargo, cuando tal información no parece brindar certeza suficiente, puede ser necesario volver a información *ex ante*. Tal como se manifestara *supra*, lo que verdaderamente importa es que la valuación refleje la pérdida real lo mejor posible. Aquí, el Tribunal considera especulativo que Navigant se haya basado exclusivamente en el crecimiento del mercado a fin de pronosticar la producción. NMM era una empresa en marcha que funcionó durante más de dos años con anterioridad a la expropiación y, en el año 2003 (su último año completo de operación), ni siquiera alcanzó los niveles de producción pronosticados en el Contrato de Suministro de 2001⁵⁰⁸. Del mismo modo, el Tribunal no está convencido de que “las Concesiones bolivianas abastecieran a aproximadamente un tercio del mercado agrícola global en el año 2009” [Traducción del Tribunal], tal como Navigant afirmara en su Primer Informe⁵⁰⁹. Las Demandantes tampoco han sustanciado su proyección de crecimiento de manera suficiente en términos de las limitaciones de la oferta y la demanda, en particular con respecto a los requisitos de mano de obra y fabricación necesarios para sustentar el crecimiento proyectado. En estas circunstancias, sería especulativo concluir que la producción de las Demandantes podría sostener un crecimiento del 5%.
423. Asimismo, el Tribunal toma nota de que Econ One critica a Navigant por proyectar ventas entre los años 2004 y 2012 que son mucho más elevadas que la ulexita que Quiborax efectivamente vendió durante ese período. A modo de ejemplo, Econ One subraya que “Quiborax vendió unas 10.500 toneladas de Ulexita Plus en total entre 2004 y 2012 [es decir, un promedio de aproximadamente 1.300 TM por año], mientras que el modelo *ex post* de Navigant proyecta ventas de Ulexita Plus de por lo menos 15.778 TM cada año, alcanzando incluso las 36.613 TM en 2012. De forma similar, Quiborax sólo vendió de 3.200 a 5.800 TM de Ulexita Natural por año entre 2009 a 2012, mientras que el modelo *ex post* de Navigant proyecta ventas de Ulexita

⁵⁰⁷ Primer IP Econ One, An. EO-3, tabla 4.

⁵⁰⁸ Primer IP Navigant, ¶ 113; Primer IP Econ One, ¶ 87.

⁵⁰⁹ Primer IP Navigant, ¶ 117. El Tribunal también destaca que, durante la audiencia, el Sr. Fosk declaró que Quiborax no aspiraba a captar el 32% de todo el mercado de los boratos; este objetivo se limitaba exclusivamente al mercado de la ulexita. Tr., Día 1, 256:4-257:18.

natural de más de 105.285 TM por año durante el mismo periodo”⁵¹⁰. Aunque las críticas de Econ One se dirijan a las proyecciones de precios de Navigant⁵¹¹, el Tribunal concluye que resulta especulativo suponer que NMM habría podido vender diez veces más ulexita plus y veintes veces más ulexita natural que Quiborax durante el mismo período. Si bien la ausencia de las concesiones puede justificar las cifras inferiores de Quiborax, el Tribunal no está convencido de que las proyecciones de las Demandantes tengan sustento suficiente.

424. Por lo tanto, el Tribunal basará sus proyecciones en el perfil de producción que Quiborax y RIGSSA acordaron contractualmente en el Contrato de Suministro de 2001. El Tribunal utilizará el Contrato de Suministro de 2001 y no el plan de negocios de 1999 de RIGSSA, en vista de que Bolivia se opone al uso del plan de negocios de 1999 y de que Navigant ha reconocido que era muy optimista⁵¹². El Tribunal también concluye que tiene sentido emplear el pronóstico más reciente.
425. El Contrato de Suministro de 2001 contemplaba las ventas de tres productos de ulexita diferentes en función del contenido de B₂O₃ de la ulexita:

CLÁUSULA SEXTA, PRODUCTOS Y CANTIDADES: Durante cada año contractual el vendedor se obliga a proveer y vender al comprador y el comprador se obliga a comprar los volúmenes que se indican a continuación: **Ulexita treinta por ciento.** Año dos mil uno. Veinticinco mil toneladas métricas. Año dos mil dos en adelante. Cincuenta mil metros. **Ulexita cuarenta por ciento.** Año dos mil uno hasta diez mil metros. Año dos mil dos doce mil metros. Año dos mil tres catorce mil toneladas métricas. Año dos mil cuatro dieciséis mil metros. Año dos mil cinco dieciocho mil metros. Año dos mil seis – dos mil quince dieciocho mil toneladas métricas. **Ulexita cincuenta - cincuenta y seis por ciento.** Año dos mil cinco – dos mil quince estimativamente, hasta treinta y seis mil toneladas métricas/Año. El cumplimiento por ambas partes de los volúmenes de venta y compra de Ulexita cuarenta por ciento y Ulexita cincuenta - cincuenta y seis por ciento quedará sujeto a las posibilidades de producción por el vendedor, al acuerdo de precio entre las partes y las condiciones de comercialización. Los volúmenes anuales de provisión y compra establecidos precedentemente podrán sufrir variaciones que serán acordadas en reuniones obligatorias entre comprador y vendedor al final de cada año contractual. Para adoptar las decisiones que procedan

⁵¹⁰ Segundo Informe Econ One, ¶ 219, que invoca la Base de Datos de Ventas por Transacción de Quiborax 2001-2009 (An. NCI-40), y el Informe de Costos de Boratos Granulex 24-9 B de Quiborax, 2009-2012 (An. NCI-171).

⁵¹¹ Econ One alega que “[n]o hay ninguna certeza de que Quiborax hubiera podido vender hasta veinte veces más ulexita de la que realmente vendió a los mismos precios” y que “[e]s bien posible que para vender esa mucho mayor cantidad de producto, Quiborax hubiera tenido que vender a precios más bajos” (Segundo Informe Econ One, ¶ 219).

⁵¹² Primer IP Navigant, ¶ 115. De hecho, la proyección *ex ante* de Navigant alcanza sólo el 75 % del plan de negocios de RIGSSA de 1999 (Primer IP Navigant, ¶ 115).

deberá tenerse especialmente en consideración las necesidades y requerimientos del mercado⁵¹³.

426. Estas cantidades se transcriben *infra*:

Tipo de ulexita	Año	Toneladas métricas
30 % B₂O₃	2001	25.000
	2002 en adelante	50.000
40 % B₂O₃	2001	10.000
	2002	12.000
	2003	14.000
	2004	16.000
	2005-2015	18.000
50-56 % B₂O₃	2005-2015	36.000

427. Tal como se destacara *supra*, Econ One alega que los niveles de producción para la ulexita 50-56% B₂O₃ sólo reflejan un máximo sujeto a las posibilidades de producción y destaca que ni Quiborax ni NMM vendieron este tipo de ulexita entre los años 2001 y 2004⁵¹⁴. Por consiguiente, el perfil de producción propuesto por Econ One excluye las 36.000 TM por año atribuibles a este tipo de ulexita y alcanza un máximo de 68.000 TM a partir del año 2006. Navigant reconoce que las Demandantes no vendieron ulexita 50-56% B₂O₃ entre los años 2001 y 2004⁵¹⁵, pero no reduce el perfil de producción por este motivo. En su lugar, el perfil de producción *ex ante* de Navigant prevé una mezcla diferente de productos de ulexita por un mínimo de 106.000 TM de producción a partir del año 2006⁵¹⁶.

⁵¹³ Ans. NCI-06, CD-16, págs. 5-6. El Tribunal entiende que cuando esta cláusula se refiere a "metros", alude a "toneladas métricas".

⁵¹⁴ Primer IP Econ One, ¶¶ 70-73.

⁵¹⁵ Primer IP Navigant, nota al pie 167.

⁵¹⁶ Primer IP Navigant, ¶¶ 114-116, nota al pie 167; Segundo IP Navigant, An. C.4.

428. Una vez más, el Tribunal considera que no hay suficiente certeza de que un posible comprador hubiera producido y vendido un tipo de ulexita que NMM no vendió previamente. Además, observa que el Contrato de Suministro estipula que "[e]l cumplimiento por ambas partes de los volúmenes de venta y compra de Ulexita cuarenta por ciento y Ulexita cincuenta - cincuenta y seis por ciento quedará sujeto a las posibilidades de producción por el vendedor, al acuerdo de precio entre las partes y las condiciones de comercialización"⁵¹⁷, y no contempla la producción de ulexita 50-56% B₂O₃ con anterioridad al año 2005. Dados los niveles históricos de producción de NMM (que se analizan en el siguiente párrafo), también sería especulativo suponer que las concesiones habrían producido 36.000 TM adicionales de otros tipos de ulexita. Por lo tanto, el Tribunal basará su perfil de producción en los volúmenes proyectados en el Contrato de Suministro de 2001 respecto de la ulexita 30% y 40% B₂O₃, y desestimará los volúmenes de producción proyectados respecto de la ulexita 50-56% B₂O₃.
429. Sobre la base de los volúmenes proyectados en el Contrato de Suministro respecto de la ulexita 30% y 40% B₂O₃ que se establecen en el párrafo 426 *supra*, las concesiones habrían producido 64.000 TM de producto en el año 2003, 66.000 TM en el año 2004 y 68.000 a partir del año 2005. No obstante, no es objeto de debate que las Demandantes no alcanzaron el nivel de producción pretendido para el año 2003 respecto de la ulexita 30% y 40% B₂O₃ (50.845 TM en lugar de 64.000 TM)⁵¹⁸. Por esta razón, el Tribunal coincide con Bolivia en que la producción de NMM a partir del año 2004 debería proyectarse en función de las cifras del Contrato de Suministro de 2001 con una demora de un año. Por consiguiente, la producción total de ulexita 30% y 40% B₂O₃ entre los años 2004 y 2015, con la demora de un año sugerida por Bolivia, sería la siguiente:

Año	Toneladas métricas
2004	64.000
2005	66.000
2006-2015	68.000

⁵¹⁷ Cláusula Sexta del Contrato de Suministro 2001, Ans. NCI-06 y CD-16.

⁵¹⁸ Primer IP Navigant, ¶ 113; Primer IP Econ One, ¶ 87.

430. Los peritos disienten en cuanto a la tasa de crecimiento desde el año 2015 hasta el agotamiento de las concesiones. Mientras que Navigant tiene en cuenta "una tasa de crecimiento de la producción anual supuesta del 1 por ciento por año a partir del año 2014 "[Traducción del Tribunal]⁵¹⁹, Econ One alega que "[l]o razonable sería asumir [...] que en algún momento futuro la producción dejaría de crecer, y los costos de explotación subirían"⁵²⁰. Por ende, el perfil de producción de Econ One supone niveles de producción de "68.000 TM en 2006, permaneciendo estable a ese nivel de 68.000 TM por año a partir de 2007 y hasta el agotamiento de las reservas de las Concesiones, lo que habría ocurrido en el año 2029"⁵²¹.
431. En ausencia de prueba concluyente en contrario, el Tribunal asumirá que la producción se habría mantenido estable hasta el agotamiento de las concesiones.
432. Por último, la Demandada ha sugerido que cualquier valuación de las concesiones debe justificar ciertos derechos de explotación que la comunidad minera SOCOMIRG supuestamente ejerció dentro de las concesiones de las Demandantes⁵²². La Demandada alega que había una controversia en curso entre NMM y SOCOMIRG con respecto a un contrato de explotación entre ellas y que el Decreto N.º 27548 de fecha 3 de junio de 2004⁵²³ le reconocía algunos derechos mineros a SOCOMIRG. Según la Demandada, un comprador dispuesto habría tenido en cuenta esta información al momento de calcular el valor de las inversiones.
433. La Demandante ha reconocido que existía una controversia entre NMM y SOCOMIRG en cuanto a la explotación por parte de la última de ciertas áreas de la concesión Borateras de Cuevitas. Según las Demandantes, SOCOMIRG anteriormente había explotado dos concesiones en el área de Borateras de Cuevitas, pero esos derechos habían quedado sin efecto en el año 2002⁵²⁴. Las Demandantes explican que NMM permitió que SOCOMIRG continuara con la explotación de sus concesiones anteriores en aras de evitar conflictos con los mineros locales, pero siempre insistió en que NMM era la propietaria legítima⁵²⁵. Las Demandantes también cuestionan la validez del Decreto N.º 27548 al argumentar que los derechos

⁵¹⁹ Primer IP Navigant, ¶ 121.

⁵²⁰ Primer IP Econ One, ¶ 79.

⁵²¹ Primer IP Econ One, ¶ 88, notas al pie omitidas

⁵²² Dúplica, ¶¶ 188-189.

⁵²³ An. CD-41.

⁵²⁴ Réplica, ¶¶ 150-151, An. CD-194, 06, 167.

⁵²⁵ Réplica, ¶ 151, An. CD-171.

extinguidos de SOCOMIRG respecto de las concesiones anteriores no podían volver a entrar en vigor por medio de un decreto gubernamental⁵²⁶.

434. El Tribunal entiende que la Demandada alega que la producción de las Demandantes debería reducirse, ya que el Decreto N.º 27548 le reconocía derechos de explotación a SOCOMIRG. Sin embargo, la Demandada no ha explicado el impacto del Decreto N.º 27548: este decreto no hace más que disponer que su objetivo consiste en establecer la relación entre el Estado boliviano y SOCOMIRG⁵²⁷, reconoce la validez de los contratos celebrados por el Estado boliviano y SOCOMIRG⁵²⁸, solicita que dos dependencias estatales asesoren a SOCOMIRG y supervisen sus operaciones⁵²⁹, y fija determinadas pautas a efectos de la explotación de la ulexita por parte de SOCOMIRG⁵³⁰. Incluso si este decreto hubiese tenido el efecto de revivir los contratos anteriores de SOCOMIRG (lo que no se ha determinado), dichos contratos no constan en el expediente, y el Tribunal debe concluir que tanto los derechos de SOCOMIRG como su eventual impacto en los derechos mineros de las Demandantes no han sido aún probados.
435. En cuanto a las actividades mineras de SOCOMIRG respecto de las concesiones de las Demandantes con anterioridad al dictado del Decreto N.º 27548, el Sr. Ricardo Ramos explicó durante la audiencia que toda la ulexita extraída por SOCOMIRG era adquirida por NMM⁵³¹. A la luz de esta explicación, que la Demandada no refutó, el Tribunal no encuentra razón alguna por la cual la ulexita extraída por SOCOMIRG no debiera incluirse en las cifras de producción de las Demandantes.

⁵²⁶ Réplica, ¶ 152, An. CD-171.

⁵²⁷ An. CD-41, Artículo 1 (“El presente Decreto Supremo tiene por objeto establecer la relación del Estado Boliviano y la empresa SOCOMIRG”).

⁵²⁸ An. CD-41, Artículo 2 (“Se reconoce la validez de los contratos suscritos entre el Estado Boliviano y la empresa SOCOMIRG y, se instruye al Complejo Industrial de Recursos Evaporíticos del Salar de Uyuni – CIRESU la suscripción de un contrato adicional”).

⁵²⁹ An. CD-41, Artículo 3 (“Se instruye al CIRESU y a la Corporación Minera de Bolivia – COMIBOL efectuar el asesoramiento, supervisión y control de las operaciones minero-industriales de la empresa SOCOMIRG”).

⁵³⁰ An. CD-41, Artículo 4 (“La ulexita comercializada por la empresa SOCOMIRG no podrá ser inferior al 32% (treinta y dos por ciento) de la ley de Óxido de Boro sobre base húmeda”) y Artículo 5 (“La explotación de la ulexita se efectuará bajo un Plan de Explotación racional y sistemática [sic] del yacimiento, en el marco de las leyes mineras y ambientales vigentes”).

⁵³¹ Tr., Día 2, 360:22-361:11.

(b) *Duración de las concesiones*

436. Durante su presentación en el curso de la audiencia sobre el fondo, Behre Dolbear alegó que el plazo de duración de las concesiones llegaría a 45 años, sobre la base de su cálculo de reservas y recursos⁵³². Navigant, que calcula los flujos de fondos en función del cálculo de reservas y recursos de Behre Dolbear, proyecta dichos flujos de fondos hasta el año 2043 en su cálculo *ex ante*⁵³³ y hasta el año 2037 en su cálculo *ex post*⁵³⁴.
437. Por otro lado, el perito económico de Bolivia alega que el agotamiento de las reservas de las concesiones habría tenido lugar en el año 2029, teniendo en cuenta las estimaciones de reservas probadas y probables realizadas por Behre Dolbear, con exclusión de los recursos⁵³⁵. Si bien Econ One no explica expresamente cómo llega a esta cifra, el Tribunal entiende que ha calculado cuántos años habrían tardado en agotarse las reservas a la tasa de producción que propone Econ One⁵³⁶.
438. El Tribunal ha efectuado su propio cálculo del plazo de duración de las concesiones. De acuerdo con la tasa de producción establecida en la sección precedente, las reservas y recursos que se encontraban en las concesiones a la fecha de la expropiación (que han sido cuantificados *supra* en 2.319.932 toneladas) se habrían agotado en el año 2039.
439. En vista de las conclusiones del Tribunal expuestas en los párrafos anteriores, el Tribunal calculará los flujos de fondos de las concesiones teniendo en cuenta reservas y recursos cuantificados en 2.319.932 toneladas a una tasa de producción de 64.000 TM en el año 2004, 66.000 TM en el año 2005 y 68.000 a partir del año 2006, hasta el agotamiento de las concesiones en el año 2039.

v. Flujos de fondos: productos, precios y costos de la ulexita

440. Los peritos coinciden respecto a los productos que NMM habría vendido, pero disienten en cuanto a las estimaciones de precios y costos que han de aplicarse a las proyecciones de flujos de fondos. El Tribunal abordará, primero, los productos a

⁵³² Presentación de Behre Dolbear, diapositiva 6.

⁵³³ Segundo IP Navigant, An. C.1, Nota 5.

⁵³⁴ Segundo IP Navigant, An. E.2, Nota 5.

⁵³⁵ Primer IP Econ One, ¶ 88.

⁵³⁶ Econ One explicó su metodología con ejemplos durante la audiencia. Véase Tr., Día 2, 619-622.

vender (a), luego, las estimaciones de precios (b), y, por último, las estimaciones de costos (c).

(a) *Productos a vender*

441. El perito de las Demandantes explica que “[l]as reservas de ulexita comprendidas en las Concesiones bolivianas permitirían que el propietario fabricara tres productos básicos de borato [...]: 1) ulexita secada al sol (nombre comercial: “Ulexita Natural”); 2) ulexita calcinada (nombre comercial: “Ulexita Plus”); y 3) ulexita granulada (nombre comercial: “Granulex Plus”). Los precios (y las ganancias) de estos productos se ven influidos por el contenido de boro y el procesamiento requerido para producir el producto. Los precios y las ganancias más altos corresponden a Granulex Plus, seguido de Ulexita Plus y, luego, Ulexita Natural” [Traducción del Tribunal]⁵³⁷.
442. Navigant proyecta la producción anual de estos tres productos en función de la composición de las ventas de Quiborax entre los años 2002 y 2004. Navigant destaca que, en el año 2003, “aproximadamente el 60 por ciento de la ulexita secada al sol utilizada para suministrar estos productos al mercado agrícola se vendía como Ulexita Natural, en tanto que aproximadamente el 30 por ciento y el 10 por ciento de la ulexita secada al sol era procesada y vendida como Ulexita Plus y Granulex Plus, respectivamente” [Traducción del Tribunal]⁵³⁸. Navigant supone que esta combinación de productos se mantendría constante luego de la instalación de equipos de procesamiento *in situ* en el año 2006⁵³⁹. Con anterioridad al año 2006, la producción se limitaba a Ulexita Plus y Ulexita Natural, ya que la planta de granulación requerida para producir Granulex Plus no se encontraría en funcionamiento⁵⁴⁰.
443. Econ One aplica los mismos supuestos con respecto a la producción de Ulexita Natural, Ulexita Plus y Granulex Plus⁵⁴¹, de modo que el Tribunal utilizará estos supuestos (incluida la combinación de productos) a efectos de sus cálculos.

⁵³⁷ Primer IP Navigant, ¶ 118 (notas al pie omitidas).

⁵³⁸ Primer IP Navigant, ¶ 119; An. C.

⁵³⁹ Primer IP Navigant, ¶ 119.

⁵⁴⁰ Primer IP Navigant, nota al pie 172.

⁵⁴¹ Econ One, Primer IP, ¶ 91; Segundo IP, ¶ 43.

(b) *Estimaciones de precios*

444. El cálculo *ex post* de Navigant considera los precios reales correspondientes a los flujos de fondos pasados, así como una proyección de los precios futuros en función de ello⁵⁴². Según Navigant, el precio real de la ulexita durante el período posterior al año 2029 aumentó considerablemente más de lo que había estimado en su primer informe, lo que tuvo el efecto de incrementar los flujos de fondos en su segundo informe⁵⁴³. Navigant ilustra el incremento de los precios correspondientes a Ulexita Plus en la siguiente tabla:

	Precio real	Primer informe <i>ex ante</i>
2008	436,33	436,33
2009	480,93	344,14
2010	497,19	251,95
2011	525,63	259,62
2012	463,62	267,53

[Traducción del Tribunal]

445. No obstante, Navigant explica que “[d]ado el marcado incremento que ha tenido lugar en los precios de la ulexita, no opinamos que sea razonable esperar que estos precios sigan aumentando con la inflación. En cambio, creemos que es probable que los niveles de precios promedio a cuatro años se consideren precios a largo plazo. En este sentido, no sometemos estos precios a ajustes por inflación en nuestro modelo *ex post* actualizado” [Traducción del Tribunal]⁵⁴⁴. En efecto, el Tribunal resalta que, a partir del año 2013, Navigant ha proyectado precios sobre la base del precio promedio entre los años 2009 y 2012, sin realizar ajustes por inflación⁵⁴⁵.

446. Econ One se opone a las estimaciones de precios *ex post* de Navigant. Econ One subraya que los precios de Navigant se basan en las ventas realizadas por Quiborax entre los años 2005 y 2012 de ulexita extraída de otros depósitos, y no en los precios a los cuales podría haberse vendido la ulexita extraída de las concesiones. Según

⁵⁴² Segundo IP Navigant, An. E.5 y An. E.6.

⁵⁴³ Segundo IP Navigant, nota al pie 144, An. E.4 y An. E.6.e.

⁵⁴⁴ Segundo IP Navigant, nota al pie 144.

⁵⁴⁵ Segundo IP Navigant, An. E.6, Nota 4 (“Creemos que los precios correspondientes al año 2012 son insostenibles a largo plazo; por consiguiente, con respecto al año 2013, nuestro pronóstico se basa en el precio promedio correspondiente al período 2004-2011. Con posterioridad al año 2013, mantenemos los precios constantes y asumimos que este nuevo umbral de precios continuará en el futuro cercano” [Traducción del Tribunal]).

Econ One, utilizar los precios de la ulexita extraída de otros depósitos es sumamente especulativo: la ulexita no es un *commodity* con características y precios estandarizados, y, tal como reconoce Behre Dolbear, los precios de los productos de ulexita varían de acuerdo con la calidad química, el tipo y el nivel de impurezas⁵⁴⁶. Asimismo, Econ One argumenta que los precios estimados por Navigant son insostenibles a las tasas de producción propuestas por Navigant. Econ One destaca que las ventas proyectadas por Navigant respecto del período 2004-2012 son mucho más elevadas que la ulexita que Quiborax efectivamente vendió durante dicho período⁵⁴⁷. Por lo tanto, alega que “[n]o hay ninguna certeza de que Quiborax hubiera podido vender hasta veinte veces más ulexita de la que realmente vendió a los mismos precios” y que “[e]s bien posible que para vender esa mucho mayor cantidad de producto, Quiborax hubiera tenido que vender a precios más bajos”⁵⁴⁸.

447. En consecuencia, Econ One proyecta los precios en función del precio real correspondiente al año 2004, sujeto a ajustes por inflación. Econ One rechaza la tasa de inflación empleada por Navigant en su valuación *ex ante*, en la que Navigant suponía que los precios de la ulexita se incrementarían a la tasa del 3,1 por ciento anual, que era equivalente a la tasa de inflación de los EE.UU. promedio a 20 años hasta el año 2003⁵⁴⁹. Econ One “[e]st[á] de acuerdo con indexar los precios según la tasa de inflación en los Estados Unidos, pero dicha indexación se debe hacer en base a la inflación futura esperada, no la inflación ocurrida en el pasado”⁵⁵⁰. Invoca las proyecciones de inflación de la Oficina Ejecutiva del Presidente de los Estados Unidos, del Banco de la Reserva Federal de Filadelfia y de la Administración de Información Energética de los EE.UU., entre otros organismos⁵⁵¹, y calcula que los precios aumentarían a partir del año 2005 a una tasa del 2,5 por ciento anual⁵⁵².
448. En consonancia con la valuación *ex post* que se considera apropiada en el caso que nos ocupa, el Tribunal considera que debe utilizar precios reales a fin de calcular la

⁵⁴⁶ Segundo IP Econ One, ¶ 218, que cita el Primer IP Behre Dolbear, ¶ 16.

⁵⁴⁷ Segundo Informe Econ One, ¶ 219, que invoca la Base de Datos de Ventas por Transacción de Quiborax 2001-2009 (An. NCI-40), y el Informe de Costos de Boratos Granulex 24-9 B de Quiborax, 2009-2012 (An. NCI-171).

⁵⁴⁸ Segundo Informe Econ One, ¶ 219.

⁵⁴⁹ Primer IP Navigant, ¶ 123.

⁵⁵⁰ Primer IP Econ One, ¶ 94.

⁵⁵¹ Véase Primer IP Econ One, nota al pie 162.

⁵⁵² Primer IP Econ One, ¶ 94.

pérdida de las Demandantes (sea para calcular flujos de fondos pasados o para proyectar flujos de fondos futuros).

449. Puesto que no se cuenta con información relativa a los precios de la ulexita extraída de las concesiones durante el período de tiempo pertinente, las Demandantes han calculado sus flujos de fondos sobre la base de los precios de la ulexita extraída por Quiborax de otros depósitos. A pesar de las objeciones de Econ One, el Tribunal concluye que esto es razonable. De hecho, no se encuentra seriamente controvertido que la ulexita extraída de las concesiones era de muy buena calidad y, en cualquier caso, de mejor calidad que la ulexita extraída por Quiborax en Chile⁵⁵³. Tanto NMM como Quiborax producían Ulexita Natural, Ulexita Plus y Granulex Plus bajo los mismos nombres comerciales, de modo que es razonable suponer que estos sean en esencia los mismos productos. Por último, el Tribunal emplea el perfil de producción de Econ One a fin de estimar los flujos de fondos; por ende, el argumento de Econ One según el cual Quiborax no habría podido sostener dichos precios respecto de mayores cantidades de ulexita no es pertinente.
450. Dicho esto, el Tribunal resalta que, a fin de proyectar los precios a partir del año 2013, Navigant ha utilizado un promedio de los cuatro años anteriores (2009-2012). Si bien el Tribunal admite que el uso de un promedio es apropiado, considera que la elección de cuatro años es arbitraria. Dicha elección coincide con el período de precios más elevados. El Tribunal considera que suponer que los precios se mantendrán en ese nivel a lo largo del plazo de duración de las concesiones es especulativo. Por lo tanto, empleará un promedio de todo el período posterior a la expropiación (2004-2012). El Tribunal se referirá más abajo el efecto de la inflación.

(c) Costos

451. No hay desacuerdo en materia de "gastos generales, administrativos y de comercialización" (gastos GAyC). Navigant proyectó los gastos GAyC sobre una base fija "al 19,5 por ciento de los ingresos con reducciones marginales de este porcentaje con el tiempo a fin de reflejar eficiencias de escala" [Traducción del Tribunal]⁵⁵⁴, y Econ One coincide con ello⁵⁵⁵.

⁵⁵³ Véanse, p. ej., Tr., Día 1, 281:1-282:14 (declaración del Sr. Allan Fosk); Declaración Testimonial del Sr. Ricardo Ramos, ¶ 11, y su declaración durante la audiencia, Tr., Día 2, 334:9-337:12; 356:20-357:8. Véase también informe de Aquater-Enichem, Sección 1.6.2, An. BD-4, pág. 28.

⁵⁵⁴ Primer IP Navigant, ¶ 128.

⁵⁵⁵ Primer IP Econ One, ¶ 100.

452. Los peritos disienten, sin embargo, en cuanto a la estimación de los “gastos de extracción y procesamiento” y los “gastos de transporte”. A efectos de sus proyecciones *ex ante*, Navigant estima los gastos futuros en concepto de extracción y procesamiento en función de los gastos correspondientes al año 2004 y los infla mediante el índice de precios al productor (IPP) aplicable a Bolivia. A efectos de sus cálculos *ex post*, Navigant incluyó los gastos reales en concepto de agua y combustible⁵⁵⁶. Navigant subraya que el IPP boliviano aumentó a una tasa que era mayor que la pronosticada, lo que derivó en costos más elevados en la valuación *ex post*⁵⁵⁷.
453. En cuanto a los gastos de transporte, en su valuación *ex ante*, Navigant también partió de las cifras correspondientes al año 2004 empleando “los gastos de flete reales en que se incurrió entre las dos ubicaciones (sobre la base de la revisión de las facturas de productos) junto con el cambio en los índices de precios de transporte/flete en Chile y Bolivia a fin de proyectar los gastos de flete futuros en USD por TM” [Traducción del Tribunal]⁵⁵⁸. A efectos de su valuación *ex post*, utilizó los índices de transporte reales para incorporar cifras más precisas⁵⁵⁹.
454. Econ One, por su parte, ha tomado los gastos correspondientes al año 2004 y los ha indexado a partir del año 2005 "de acuerdo con la tasa de inflación esperada a largo plazo en los Estados Unidos a la fecha de valuación, 2,5%"⁵⁶⁰. Econ One también se opone a los costos de Navigant en su valuación *ex post* ajustada, alegando que invoca los gastos operativos de Quiborax en Chile y los índices de precios de transporte entre Chile y Bolivia, en lugar de los precios observables⁵⁶¹.
455. La mayoría del Tribunal debe ser congruente con la lógica de fijación de precios elegida. Considera que el uso por parte de Navigant de costos reales, índices de precios de transporte actualizados y un IPP actualizado es más adecuado para una valuación *ex post* que los precios indexados por inflación. En ausencia de un sustituto más cercano, el Tribunal considera que utilizar los gastos de Quiborax parece adecuado. En cualquier caso, destaca que las proyecciones de costos que realiza Navigant en su valuación *ex post* son más elevadas que los costos *ex ante*

⁵⁵⁶ Primer IP Navigant, ¶ 172.

⁵⁵⁷ Primer IP Navigant, ¶ 171.

⁵⁵⁸ Primer IP Navigant, ¶ 128. El cálculo detallado puede encontrarse en el An. C del informe.

⁵⁵⁹ Primer IP Navigant, ¶¶ 173, 197.

⁵⁶⁰ Primer IP Econ One, ¶ 98, nota al pie omitida.

⁵⁶¹ Segundo IP Econ One, ¶ 222.

proyectados por Econ One, lo cual reduce las ganancias⁵⁶². Por consiguiente, empleará las cifras de Navigant en este aspecto.

vi. Flujos de fondos: otras variables

456. Los expertos están de acuerdo en la metodología para el cálculo de la amortización, es decir, suponen una vida útil de 20 años para los activos fijos, lo que redundaría en una amortización de 5% del costo de los activos fijos⁵⁶³. Los expertos están asimismo de acuerdo en la metodología utilizada para el cálculo del capital de trabajo⁵⁶⁴. Por lo tanto, el Tribunal utilizará la misma metodología.
457. Sin embargo, los expertos disienten respecto del monto de los gastos de capital. Sobre la base de conversaciones con Quiborax y Behre Dolbear, Navigant ha supuesto que el comprador de las concesiones habría efectuado dos inversiones de capital para respaldar el crecimiento y expansión de las concesiones⁵⁶⁵:
- a. USD 2 millones para una planta de granulación para procesar la ulexita secada al sol y convertirla en gránulos secos, a realizarse entre los años 2005-2006. Esta inversión le habría permitido a NMM vender Granulex Plus;
 - b. USD 2,5 millones para una instalación de almacenamiento y embalaje, a realizarse en el año 2005.
458. Econ One está de acuerdo con la inversión en la planta de granulación, pero reduce el gasto para la instalación de almacenamiento y embalaje a USD 1,322 millones, dado que su perfil de producción inferior demandaría una instalación más pequeña⁵⁶⁶. En tanto ha adoptado el perfil de producción de Econ One, el Tribunal utilizará las cifras de gastos de capital de Econ One.
459. Navigant supone asimismo que un comprador incurriría en gastos de capital de reemplazo y mantenimiento cada seis años a lo largo del período de referencia iguales a la amortización acumulada durante este período de seis años, inflado por el

⁵⁶² Segundo IP Navigant, An. E.6; Primer IP Econ One, An. EO-3, Tabla 2.

⁵⁶³ Primer IP Navigant, ¶ 128; Segundo IP, ¶ 104; Primer IP Econ One, ¶ 102; Segundo IP, ¶ 43.

⁵⁶⁴ Primer IP Navigant, ¶¶ An. C.2-C.7; Segundo IP, ¶ 105; Primer IP Econ One, ¶ 108; Segundo IP, ¶ 43.

⁵⁶⁵ Primer IP Navigant, ¶¶ 124-126.

⁵⁶⁶ Primer IP Econ One, ¶¶ 113-114.

IPP de Bolivia⁵⁶⁷. Econ One está de acuerdo con este enfoque, pero observa que Navigant no incluye esto en el valor terminal de las concesiones. En su Segundo Informe, Navigant corrige su error. El Tribunal ha incluido este gasto en sus cálculos, sobre la base de las cifras de amortización de Econ One, en tanto el Tribunal ha utilizado las estimaciones de gastos de capital de Econ One.

460. Los expertos disienten asimismo respecto del uso del tipo de cambio. Econ One afirma que Navigant usó Bolivianos y dólares estadounidenses de manera inconsistente, al aplicar diferentes tipos de cambio con el único propósito de aumentar el VJM de manera artificial. Según Econ One, aunque los precios sean en dólares estadounidenses, Navigant los convierte en Bolivianos, y efectúa sus cálculos en Bolivianos, sólo para convertir nuevamente los resultados a dólares estadounidenses. Según Econ One, esto redundante en un “ida y vuelta” incorrecto que sobreestima su valuación. Econ One critica asimismo a Navigant por no utilizar la paridad de poder adquisitivo (“PPA”) en su primer informe.
461. Navigant, por otra parte, afirma que las monedas utilizadas son de conformidad con la práctica estándar. Explica que los ingresos relativos a las concesiones son devengados en dólares estadounidenses, pero los costos se incurren predominantemente en moneda boliviana. Teniendo en cuenta esto, y en tanto la valuación debe construirse en una única moneda, Navigant ha convertido la estimación de flujos de fondos en Bolivianos (Bs), mientras que el experto de la Demandada eligió llevar a cabo el análisis de FFD en dólares estadounidenses. Sin embargo, Navigant afirma que “la elección de la moneda no es de mucha relevancia, en particular si la paridad de poder adquisitivo (“PPA”) es empleada tal como lo sugiere el Dr. Flores [de Econ One]”⁵⁶⁸ [Traducción del Tribunal]. En efecto, en su segundo informe, Navigant aplica el PPA.
462. El Tribunal ha realizado sus cálculos en dólares estadounidenses, de este modo, tomando en consideración las críticas que realiza Econ One a la metodología de Navigant. Dicho esto, ha necesitado convertir a dólares los costos en Bolivianos. Para ello, ha utilizado las tasas de cambio usadas por Navigant en su valuación *ex post*, a lo cual Econ One no parece oponerse. En efecto, Econ One sostiene que “los únicos datos que son observables y más precisos en el modelo *ex post* de Navigant que en su modelo *ex ante* son los datos de inflación y de tipo de cambio entre 2004 y

⁵⁶⁷ Primer IP Navigant, ¶ 127.

⁵⁶⁸ Segundo IP Navigant, ¶ 55.

2013, los cuales son parámetros históricos publicados”⁵⁶⁹. Por lo tanto, el Tribunal ha utilizado estas tasas de cambio reales en su cálculo de flujos de fondos pasados. Como los flujos de fondos futuros son entonces calculados en dólares, no ha necesitado utilizar estimaciones de tipo de cambio para esa parte de sus cálculos.

463. Finalmente, el Tribunal ha actualizado los flujos de fondos según la inflación a una tasa del 2,5%, tasa de inflación que fue propuesta por Econ One. En efecto, considerando la larga duración hasta el agotamiento de las reservas y recursos, parece económicamente correcto realizar un ajuste por inflación.

vii. Tasa de descuento

464. El Tribunal debe descontar las ganancias futuras a la fecha de valuación, es decir, el día 30 de junio de 2013. Para esto, debe seleccionar una tasa de descuento adecuada para el año 2013.
465. Los expertos están de acuerdo en que la medida adecuada para la tasa de descuento es el CPPC⁵⁷⁰. Sin embargo, disienten respecto de cinco componentes del cálculo del CPPC: la tasa de retorno libre de riesgo, la prima de riesgo de mercado, la prima de riesgo país, la prima de tamaño de *micro-caps* (todos estos cuatro factores para calcular el costo de capital) y el costo de la deuda⁵⁷¹. Disienten asimismo respecto de la fecha en la cual debería calcularse el CPPC: Navigant utiliza el año 2013, que es la fecha de su última valuación *ex post*, en tanto Econ One utiliza el año 2004, que es la fecha de su valuación *ex ante*.
466. Como consecuencia de estas diferencias, Econ One calcula el CPPC de las inversiones de las Demandantes en 2004 en 22,99%, en tanto Navigant en su valuación *ex ante* calcula el CPPC en 2004 en 13,27% en su primer informe⁵⁷² y en 11,81% en su segundo informe⁵⁷³. En su valuación *ex post*, Navigant calcula el CPPC en 2013 en 14,61% en su primer informe⁵⁷⁴ y en 10,78% en su segundo informe⁵⁷⁵.

⁵⁶⁹ Segundo IP Econ One, ¶ 217.

⁵⁷⁰ Véase, por ejemplo, Primer IP Econ One, ¶ 118.

⁵⁷¹ Primer IP Econ One, tabla 7 (pág. 46).

⁵⁷² Primer IP Navigant, ¶ 155, An. D.1.

⁵⁷³ Segundo IP Navigant, An. D.1.

⁵⁷⁴ Primer IP Navigant, ¶ 214; An. F.1.

⁵⁷⁵ Segundo IP Navigant, An. F.1.

467. Navigant no explica el razonamiento para las variables elegidas en su segundo informe: simplemente afirma que en aras de actualizar su valuación *ex post* ha “incorporado información nueva durante este período de tiempo con respecto a [...] variables necesarias para el cálculo del costo de capital”⁵⁷⁶ [Traducción del Tribunal]. Econ One no objeta de manera expresa las variables utilizadas por Navigant para el cálculo del CPPC en su valuación *ex post*. el análisis de Econ One se centra en el cálculo *ex ante* del CPPC de Navigant, aunque objeta la valuación *ex post* de Navigant por otros motivos. Para el análisis *infra*, salvo que haya pruebas en contrario, el Tribunal asumirá que las cifras actualizadas de Navigant se encuentran respaldadas por la misma justificación y fuentes utilizadas en su primer informe y reflejan simplemente la cifra actualizada. Asumirá asimismo que las objeciones de Econ One a las cifras *ex ante* de Navigant se aplican *mutatis mutandis* a sus cifras *ex post*.
- (a) *Tasa de retorno libre de riesgo*
468. Ambas partes están de acuerdo en utilizar el rendimiento al vencimiento sobre los bonos del Tesoro de los EE.UU. como tipificación para una tasa de interés libre de riesgo, pero disienten respecto de la clase de vencimiento a utilizar.
469. En su cálculo del costo de capital, Navigant utiliza una tasa libre de riesgo igual al bono del Tesoro de los EE.UU. a 10 años. Afirma que “hay numerosos profesionales de valuación que abogan por la utilización del bono del Tesoro de los EE.UU. a 10 años en lugar del bono del Tesoro de los EE.UU. a 20 años dado que la duración de los flujos de fondos para muchos proyectos es cercana a 10 años”⁵⁷⁷ [Traducción del Tribunal]. Por lo tanto, Navigant rechaza la elección de Econ One del bono del Tesoro de los EE.UU. a 20 años y en particular su decisión de hacer coincidir la duración de la tasa libre de riesgo con el horizonte de los flujos de fondos⁵⁷⁸.
470. Navigant cita a Aswarth Damodaran, que defiende “la utilización del bono del tesoro a 10 años como tasa libre de riesgo sobre todos los flujos de fondos para las empresas más maduras” [Traducción del Tribunal]. En lo que se refiere a “empresas jóvenes”, observa que “se puede esgrimir como argumento que deberíamos estar utilizando un bono del tesoro a 30 años como tasa libre de riesgo” [Traducción del Tribunal]. Sin embargo, posteriormente concluye que “[d]ado que la diferencia entre

⁵⁷⁶ Segundo IP Navigant, ¶ 157.

⁵⁷⁷ Segundo IP Navigant, ¶¶ 114-117.

⁵⁷⁸ Segundo IP Navigant, ¶ 115.

las tasas de los bonos a 10 años y a 30 años es pequeña [...] constituye una buena práctica en la valuación el uso de la tasa del bono a 10 años como tasa libre de riesgo sobre todos los flujos de fondos"⁵⁷⁹ [Traducción del Tribunal].

471. En consecuencia, en su primer informe, Navigant utiliza una tasa de 3,52%, que afirma que fue el rendimiento del bono del Tesoro de los EE.UU. a 10 años al 1 de agosto de 2009⁵⁸⁰, en tanto en su segundo informe utiliza 2,52%, que afirma fue el rendimiento de ese bono al 30 de junio de 2013⁵⁸¹.

472. Econ One sostiene que la tasa libre de riesgo adecuada corresponde al rendimiento del bono del Tesoro de los EE.UU. a 20 años a la fecha de valuación de Econ One del mes de junio de 2004 (5,43%). Justifica esta elección al poner énfasis en que los flujos de fondos de las concesiones cubren un período de más de 25 años:

El uso del rendimiento de los bonos a 20 años es más consistente con la recomendación de Ibbotson de que "el horizonte del título del Tesoro seleccionado debe corresponder con el horizonte de lo que se está valuando" que el uso del rendimiento de los bonos a 10 años, dado que en este caso proyectamos el flujo de fondos de las Concesiones por unos 25 años (de junio de 2004 a diciembre de 2029)⁵⁸².

473. Con respecto a la crítica de Navigant de que Econ One hace coincidir la duración de la tasa libre de riesgo con el horizonte de los flujos de fondos, el experto de Bolivia responde lo siguiente:

Navigant nunca calculó la duración del flujo de fondos de las Concesiones.

Navigant solo basa su uso del rendimiento de los bonos a 10 años en tendencias y datos generales reportados en la literatura financiera [...].

Sin embargo, simples cálculos financieros demuestran que la duración del flujo de fondos de las Concesiones en mi modelo es aproximadamente 17 años. Esta duración es incluso mayor que la duración de los bonos a 20 años, que es de 12,7 años, y mucho mayor que la duración de los bonos a 10 años, que es de 8,2 años⁵⁸³.

474. El Tribunal concluye que los bonos del Tesoro de los EE.UU. tanto a 10 como a 20 años podrían ser elecciones justificables para establecer la tasa libre de riesgo. Dado que la última propuesta de Navigant tiene un rendimiento al vencimiento al mes

⁵⁷⁹ An. NCI-196, págs. 7-8, nota al pie omitida.

⁵⁸⁰ Primer IP Navigant, ¶ 204; An. F.2.

⁵⁸¹ Segundo IP Navigant, An. F.2.

⁵⁸² Primer IP Econ One, ¶ 121, notas al pie omitidas. Véase asimismo An. EO-16, pág. 53.

⁵⁸³ Segundo IP Econ One, ¶¶ 142-143, notas al pie omitidas. Véase asimismo An. EO-24, tablas 4A a 4C.

de junio de 2013, mientras que la alternativa de Econ One tiene en cuenta el rendimiento al vencimiento al mes de junio de 2004, el Tribunal considera que la elección de las Demandantes del bono del Tesoro de los EE.UU. a 10 años proporciona una tasa de retorno libre de riesgo más adecuada a los fines de la presente valuación.

(b) *Prima de riesgo de mercado*

475. Los expertos económicos disienten asimismo respecto de la prima de riesgo de mercado a aplicar en el cálculo del costo de mercado.
476. Al invocar las estimaciones de 2006 por parte de Dimson, Staunton y Marsh de la prima de riesgo de mercado de los EE.UU. (*ERP*, por sus siglas en inglés) relativa a los Bonos del Tesoro de los EE.UU.⁵⁸⁴ y los datos del Prof. Damodaran que comparan los retornos del S&P 500 con los Bonos del Tesoro de los EE.UU.⁵⁸⁵, Navigant ha supuesto una prima de riesgo de mercado en 2009 de 5% para ambas de sus valuaciones *ex post*⁵⁸⁶.
477. Según Navigant, “otras fuentes de datos respetadas para la ERP” revelan que la prima de riesgo de mercado de Econ One “se encuentra en el extremo superior del rango de ERPs que muchas fuentes confiables consideran adecuado”⁵⁸⁷ [Traducción del Tribunal]. Específicamente, Navigant afirma:

Observamos que el Profesor Damodaran publica cálculos de ERP para el período 1928-2011 de 5,79 por ciento al utilizar un promedio aritmético y de 4,10 por ciento al utilizar un promedio geométrico. Calcula asimismo una ERP aritmética y geométrica de 3,36 y 2,35 para el período de tiempo más breve de 1962-2011. El Profesor Damodaran presenta asimismo una ERP prospectiva de 6,04 por ciento al día 1° de enero de 2012. Ibbotson/Morningstar publica una ERP de 7,6 por ciento para 1928-2014 y de 4,9 por ciento para 1962-2004. Dimson, Staunton & Marsh consideran que la ERP para 1900-2010 es de 4,4 por ciento. Por último, un relevamiento de académicos y profesionales presentado por Shannon Pratt y Roger Grabowski en su libro *Cost of Capital Applications and Examples* enumera una serie de cálculos de ERP que promedian el 4,9 por ciento⁵⁸⁸ [Traducción del Tribunal].

⁵⁸⁴ An. NCI-70

⁵⁸⁵ An. NCI-08

⁵⁸⁶ Segundo IP Navigant, anexo F.2, nota 2.

⁵⁸⁷ Segundo IP Navigant, ¶ 120.

⁵⁸⁸ Segundo IP Navigant, ¶ 119, notas al pie omitidas. Véanse asimismo Ans. NCI-127, 128, 198 y 130.

478. Econ One, por otro lado, toma la prima de riesgo de mercado calculada por Ibbotson en el mes de marzo de 2004 (7,2%) en base al rendimiento del bono del Tesoro de los EE.UU. a 20 años. Esto es consistente con su cálculo de la tasa libre de riesgo⁵⁸⁹. Además, el experto de Bolivia afirma que las fuentes citadas por Navigant no son comparables porque fueron publicadas después de la fecha de valuación (2004) y mezclan datos de varios períodos⁵⁹⁰. Econ One asevera asimismo que Ibbotson no se encuentra en el extremo superior del rango de primas de riesgo de mercado razonables, y que la prima de riesgo de mercado aritmética promedio utilizada por Econ One es la más adecuada para descontar flujos de fondos futuros⁵⁹¹.
479. El Tribunal observa la afirmación de Econ One de que la definición de la prima de riesgo de mercado debe ser consistente con la elección de la tasa de interés libre de riesgo⁵⁹². Esta afirmación no ha sido refutada por Navigant. En consecuencia, para ser consistentes con la tasa libre de riesgo definida *supra*, el Tribunal tendrá en cuenta la prima de riesgo de mercado sugerida por las Demandantes de 5%. Además, el Tribunal observa que las cifras de Navigant son más recientes que las de Econ One, y, por lo tanto, más adecuadas para una valuación *ex post*.

(c) *Prima de riesgo país*

480. Al medir el riesgo país, el experto de las Demandantes resaltó que no se vendió al mercado boliviano ninguno de los productos generados por las concesiones. En consecuencia, "los factores de riesgo macroeconómico y político de Bolivia tienen un impacto muy limitado (si lo hubiere) en las ventas e ingresos generados por las Concesiones bolivianas"⁵⁹³ [Traducción del Tribunal]. Por lo tanto, el riesgo país debería considerar los principales mercados en los que se vende la ulexita: Brasil, Estados Unidos, China e India. Navigant formuló una prima de riesgo país compuesta que considera el riesgo país individual de estos mercados. Para su valuación *ex post*, midió el riesgo país para el año 2009 en 4,24%⁵⁹⁴ y posteriormente lo redujo a 2,67% para 2013⁵⁹⁵.

⁵⁸⁹ Primer IP Econ One, ¶¶ 121, 125.

⁵⁹⁰ Segundo IP, ¶¶ 148-149 y An. EO-18.

⁵⁹¹ Segundo IP Econ One, ¶¶ 150-151.

⁵⁹² Primer IP Econ One, ¶ 121; An. EO-39, pág. 10-11: "[S]e debe ser coherente en cómo se define la tasa de interés libre de riesgo y en cómo se define la prima de riesgo estimado []" [Traducción del Tribunal].

⁵⁹³ Primer IP Navigant, ¶ 147.

⁵⁹⁴ Primer IP Navigant, ¶ 208.

⁵⁹⁵ Segundo IP Navigant, anexo F.4.

481. El experto de Bolivia sostiene que la prima de riesgo país adecuada es el *spread* del bono soberano entre los bonos bolivianos denominados en dólares estadounidenses y los bonos del tesoro de los EE.UU. En consecuencia, una evaluación adecuada del riesgo país, que promedia los datos publicados en el año 2004 por el Profesor Damodaran (9,75%) e Ibbotson (17,91%) conduce a aplicar un 13,83%⁵⁹⁶.
482. Navigant critica el enfoque de Econ One por dos motivos: (i) ignora la realidad de que no todas las actividades comerciales llevadas a cabo dentro de un país se encuentran igualmente afectadas por el riesgo país y (ii) el *spread* entre los bonos soberanos emitidos por el país receptor y el de los Estados Unidos es un instrumento inadecuado para medir el riesgo país al que se enfrenta una empresa comercial⁵⁹⁷.
483. El Tribunal observa que ambos expertos se apoyan en el artículo de Damodaran titulado "*Measuring Company Exposure to Country Risk: Theory and Practice*"⁵⁹⁸. El experto económico de las Demandantes cita a Damodaran en respaldo de su afirmación de que no todas las compañías dentro de un país se encuentran igualmente afectadas por el riesgo país:
- [N]o todas las compañías en un mercado emergente se encuentran igualmente expuestas al riesgo país [...] necesitamos hacer una distinción entre las empresas. [...] [L]a exposición de una compañía al riesgo país no proviene del lugar en el cual se constituyó y negocia sino del lugar donde opera⁵⁹⁹ [Traducción del Tribunal].
484. Navigant se refiere asimismo al "Enfoque Lambda" de Damodaran, un ajuste del *spread* del bono para dar cuenta de los distintos niveles de riesgos país que enfrentan las diferentes compañías⁶⁰⁰, aunque no lo aplica⁶⁰¹.
485. El experto de Bolivia, por otro lado, invoca a Damodaran para poner énfasis en que no debe subestimarse el riesgo de mercado local, tal como afirma que hace Navigant:

Una compañía puede estar expuesta al riesgo país, incluso si no obtiene ingresos provenientes de ese país, si sus instalaciones de producción se encuentran en ese país. Después de todo, la convulsión política y económica en el país puede desviar los cronogramas de producción y

⁵⁹⁶ Primer IP Econ One, ¶ 140, notas al pie omitidas. Véanse asimismo Ans. EO-19 y EO-20.

⁵⁹⁷ Segundo IP Navigant, ¶¶ 125-138.

⁵⁹⁸ An. NCI-131.

⁵⁹⁹ An. NCI-131, pág. 1.

⁶⁰⁰ An. NCI-131, pág. 17.

⁶⁰¹ Segundo IP Navigant, ¶ 134.

afectar las ganancias de las compañías. Las compañías que pueden trasladar sus instalaciones de producción a cualquier otro lugar pueden extender su riesgo a diversos países, pero el problema se magnifica para aquellas compañías que no pueden trasladar sus instalaciones de producción. Considérese el caso de las compañías mineras. Una mina de oro africana puede exportar la totalidad de su producción pero enfrentará una exposición substancial al riesgo país porque sus minas no son pasibles de ser trasladadas⁶⁰² [Traducción del Tribunal].

486. Econ One cita asimismo como respaldo el “Enfoque Bludgeon” que utiliza una prima riesgo país general:

La suposición más simple de realizar al tratar con el riesgo país, y la que se realiza con mayor frecuencia, es que todas las empresas en un mercado se encuentran igualmente expuestas al riesgo país⁶⁰³ [Traducción del Tribunal].

487. El Tribunal comparte la visión de la Demandada en lo que se refiere a la relevancia del riesgo país del Estado receptor de la inversión. En efecto, incluso si los productos de ulexita generados por las concesiones mineras no se venden localmente, las operaciones mineras se encuentran ubicadas en Bolivia y no pueden ser trasladadas. En consecuencia, se encuentran claramente sujetas al riesgo país de Bolivia. Por lo tanto, el Tribunal no recurrirá a la prima de riesgo país propuesta por Navigant.

488. Dado la invocación de las Partes de los escritos del Prof. Damodaran, el Tribunal se ve persuadido a utilizar la prima de riesgo país según datos publicados por esta fuente, es decir, 9,75%. El Tribunal es consciente de que esta prima se relaciona con el año 2004 y que el análisis *ex post* seleccionado exige la utilización de una cifra del año 2013. Sin embargo, las Partes no han indicado la cifra del año 2013, y el Tribunal considera que los datos de 2004 reflejan mejor el riesgo real que el bajo riesgo propuesto por el experto de las Demandantes.

(d) *Prima de tamaño de Micro-caps*

489. La cuarta área de divergencia entre los expertos económicos de las Partes radica en la inclusión de Bolivia de una prima de tamaño para micro-caps de 4,01%.

490. Econ One explica que las pequeñas empresas tienden a producir rendimientos financieros más altos que las empresas grandes. Esto se debe a que los mercados perciben que invertir en pequeñas empresas entraña más riesgos que invertir en las grandes empresas; en consecuencia, las pequeñas empresas necesitan ofrecer a los posibles inversionistas mayores rendimientos para compensar por sus mayores

⁶⁰² An. NCI-131, pág. 18.

⁶⁰³ An. NCI-131, pág. 16.

riesgos⁶⁰⁴. En consecuencia, ha aplicado la prima de tamaño calculada por Ibbotson para las empresas *micro-cap*⁶⁰⁵.

491. Navigant no está de acuerdo con la inclusión de la prima de riesgo de las empresas pequeñas esencialmente porque las concesiones “podían producir un *commodity* con una demanda global que no dependía de la demanda del mercado local”⁶⁰⁶ [Traducción del Tribunal].
492. Aunque ni las Demandantes ni Navigant controvierten que NMM es una empresa pequeña, Navigant argumenta que esta prima sólo es aplicable a las compañías “con demanda incierta, un mayor riesgo de fracaso, y un mayor grado de competencia” [Traducción del Tribunal], lo que no era el caso aquí⁶⁰⁷. Sin embargo, Navigant no ha respaldado de otro modo esta aseveración. Econ One, en cambio, ha presentado autoridades financieras que avalan la inclusión de la prima de tamaño⁶⁰⁸, en particular el “*Stocks, Bonds, Bills, and Inflation, SBBI Valuation Edition 2004 Yearbook*” de Ibbotson, del cual toma la prima de tamaño para las compañías *micro-cap*⁶⁰⁹.
493. La ausencia de un argumento convincente en contrario por parte de las Demandantes, conjuntamente con el hecho indiscutido de que el Tribunal está valorando una compañía pequeña, lo conduce a concluir que una prima de tamaño de *micro-cap* de 4,01% debería factorizarse dentro de la tasa de descuento. El Tribunal es consciente de que esta prima se relaciona con el año 2004 y que el análisis *ex post* seleccionado exige la utilización de una cifra del año 2013. Sin embargo, la cifra del año 2013 no consta en el expediente, y el Tribunal considera que los datos de 2004 son razonables y, por lo tanto, pueden aplicarse a la presente valuación.

(e) *Costo de la deuda*

494. Los expertos de las Demandantes se apoyan en dos fuentes de información para establecer el costo de la deuda: (i) los rendimientos de bonos para Río Tinto y Compass Minerals y (ii) las tasas de interés activas que reflejan el costo de tomar

⁶⁰⁴ Primer IP Econ One, ¶ 141.

⁶⁰⁵ An. EO-16, pág. 129.

⁶⁰⁶ Segundo IP Navigant, ¶ 139.

⁶⁰⁷ Segundo IP Navigant, ¶ 139.

⁶⁰⁸ Ans. EO-16, EO-21, EO-22, EO-47 y EO-48.

⁶⁰⁹ An. EO-16, pág. 129.

préstamos para financiar las concesiones, es decir una tasa comercial de LIBOR + 4%⁶¹⁰. Esta prima "refleja el riesgo adicional relativo al crédito bancario a corto plazo de las Concesiones Bolivianas"⁶¹¹ [Traducción del Tribunal].

495. Navigant agrega que "no supone que [NMM] tendría acceso a deuda en los mismos términos que Río Tinto o Compass Minerals. En cambio, utilizamos estas compañías y LIBOR+4 como tasas de referencia"⁶¹² [Traducción del Tribunal].
496. En base a estas fuentes, en su primer informe pericial, Navigant calcula el costo de la deuda al 7,5% en dólares estadounidenses, y al 9,44% en Bolivianos para ajustarlo por inflación (Navigant utiliza este último para su fórmula de descuento, en tanto sus flujos de fondos son en Bolivianos)⁶¹³. En su cálculo *ex post* ajustado, Navigant estima el costo de la deuda en dólares estadounidenses al 5,5% y al 7,44% en Bolivianos ajustado por inflación (utilizando nuevamente el último a los fines de su fórmula de descuento)⁶¹⁴.
497. Para Econ One, el enfoque de Navigant no es apropiado y resulta en un costo de la deuda demasiado bajo. Econ One refuta la referencia a compañías multinacionales como Río Tinto y Compass Minerals que tienen diferentes posibilidades de emitir deuda y acceso a los mercados financieros internacionales⁶¹⁵. Por lo tanto, afirma que el costo de la deuda debería ser de 11,93%, la suma de la tasa libre de riesgo de los EE.UU. y la prima de riesgo para los bonos bolivianos⁶¹⁶.
498. En lo que se refiere a la utilización de LIBOR + 4%⁶¹⁷, Navigant explica que "[h]istóricamente, LIBOR+2 por ciento sigue a la tasa de interés preferencial", que "es la tasa que los bancos cobran a sus clientes más confiables, y, por lo tanto, [...] no se encuentra disponible en forma generalizada en el mercado público. Como tal, una prima de 2 por ciento a tasa preferencial [es decir, LIBOR + 4%] refleja una tasa que se encontraría disponible al mercado público de una forma más generalizada" y es

⁶¹⁰ Primer IP Navigant, ¶¶ 211-212.

⁶¹¹ Primer IP Navigant, ¶ 152.

⁶¹² Segundo IP Navigant, ¶ 142.

⁶¹³ Primer IP Navigant, ¶ 213; An. F.5.

⁶¹⁴ Segundo IP Navigant, An. F.5

⁶¹⁵ Primer IP Econ One, ¶ 147.

⁶¹⁶ Primer IP Econ One, ¶ 148 y tabla 7, An. EO-19.

⁶¹⁷ Equivalente a 5,52% en 2009 (fecha de la primera valuación *ex post* de Navigant, véase Primer IP Navigant, ¶ Tabla 20 en pág. 83; An. F.5), y equivalente a 4,69% en 2013 (fecha de la valuación *ex post* ajustada de Navigant, véase Segundo IP Navigant, ¶ An. F.5).

“completamente razonable”⁶¹⁸ [Traducción del Tribunal]. Navigant afirma asimismo que LIBOR + 4% “refleja de manera adecuada el riesgo adicional relativo al crédito bancario a corto plazo de las Concesiones Bolivianas”⁶¹⁹ [Traducción del Tribunal].

499. Econ One sostiene que “es ilógico asumir que las Concesiones pudieran contraer deuda a un costo de tan solo LIBOR + 4%.”, dado que NMM no es comparable con Río Tinto y Compass Minerals. Por ejemplo, Compass Minerals está valorada en USD 591 millones, es decir, 18 veces el valor de las concesiones según la valuación *ex ante* de Navigant, y sin embargo el costo de la deuda es 7,63%⁶²⁰.
500. El Tribunal no entiende que Navigant esté proponiendo que el costo de la deuda sea LIBOR + 4%. Navigant ha tomado esta tasa, conjuntamente con el costo de la deuda de Río Tinto y Compass Minerals, como tasas de referencia, y ha llegado a la conclusión de que la tasa apropiada es 7,44%. El Tribunal considera que esta tasa es razonable para el año 2013. En cambio, considera que la tasa de Econ One de 11,93% (que fue calculada para el año 2004) es inapropiada.

(f) *Conclusiones respecto de la tasa de descuento*

501. En consecuencia, el Tribunal determina que la tasa de descuento aplicable, sobre la base de la fórmula de CPPC planteada por los expertos de las Partes, es de 18,4%.

viii. Cuantificación

502. Sobre la base de los parámetros establecidos en las secciones precedentes, el Tribunal ha calculado los daños sufridos por las Demandantes en base a los flujos de fondos que sus reservas de ulexita habrían generado en ausencia de la expropiación. El Tribunal cuantifica estos daños en USD 48.619.578, desglosados de la siguiente manera: ⁶²¹
- a. Flujos de fondos pasados (es decir, flujos de fondos que se habrían devengado entre la fecha de la expropiación y la fecha del Laudo, utilizando el 30 de junio

⁶¹⁸ Segundo IP Navigant, ¶ 142.

⁶¹⁹ Primer IP Navigant, ¶ 212.

⁶²⁰ Segundo IP Econ One, ¶ 197.

⁶²¹ El Tribunal destaca que, del monto total asignado, USD 47.229.424 corresponden a reservas que se habrían agotado en 2029. El monto de USD 1.390.154 remanente corresponde a recursos que se habrían agotado entre 2030 y 2039. El valor relativamente bajo que se atribuye a los recursos se explica por el efecto aumentado de descontar flujos de fondos que se encuentran más en el futuro.

de 2013 como referente): USD 30.081.458. Este monto incluye los intereses anteriores al Laudo tal como se especifica en la Sección VII.A.6 *infra*⁶²².

- b. Flujos de fondos futuros (proyectados desde el día 1 de julio de 2013 hasta el agotamiento de las concesiones): USD 18.538.119.

5. El reclamo por la pérdida de recursos de litio

a. La posición de las Demandantes

503. Además del valor de las reservas de ulexita en la concesión, las Demandantes solicitan una indemnización por daños en la suma de USD 736.385⁶²³ por la pérdida de recursos de litio de las concesiones Inglaterra, Tete y parte de Don David⁶²⁴. Según las Demandantes, este reclamo está respaldado por los hallazgos de su experto minero⁶²⁵ y por los propios estudios gubernamentales de Bolivia que confirman la presencia de litio en el área de Río Grande⁶²⁶.
504. A fin de estimar el VJM de los recursos de litio dentro de las concesiones, el perito económico de las Demandantes ha implementado un enfoque de operaciones comparables. Navigant explicó los distintos pasos en este enfoque de la siguiente manera:

En primer lugar identificamos operaciones comparables recientes para arribar al precio por tonelada del múltiplo de recursos de litio. Posteriormente, utilizando los datos disponibles en el estudio Orstom y la ubicación del área de las concesiones bolivianas, estimamos el área dentro de las Concesiones bolivianas que probablemente contendría recursos de litio. Por último, multiplicamos los recursos de litio estimados dentro de esta sub-área de la Concesión boliviana por el precio por tonelada del múltiplo de recursos de litio en una estimación del valor justo de mercado de los recursos de litio⁶²⁷ [Traducción del Tribunal].

⁶²² Según los cálculos del Tribunal, los flujos de fondos pasados netos desde el día 23 de julio de 2004 hasta el día 30 de junio de 2013 ascienden a USD 27.977.499. Como se explica en la Sección 6 *infra*, el Tribunal ha aplicado intereses a una tasa LIBOR + 2% a 1 año, capitalizados anualmente, respecto de estos flujos de fondos, lo que arroja un monto total (más intereses) de USD 30.081.458.

⁶²³ Segundo IP Navigant, ¶ 177, tabla 16 y el petitorio de las Demandantes en la página 170 de su Réplica.

⁶²⁴ Segundo IP Navigant, ¶ 176 y tabla 15.

⁶²⁵ Segundo IP Behre Dolbear, ¶ 87.

⁶²⁶ Informe SNG 2008, Sección II, págs. 5 y 7, An. BD-37.

⁶²⁷ Segundo IP Navigant, ¶ 170.

b. La posición de la Demandada

505. La Demandada refuta esto. Si bien Bolivia ha descrito al Salar como “el depósito más grande en minerales de litio” del mundo⁶²⁸, Econ One sostiene que la invocación de las Demandantes del estudio Orstom-Risacher es defectuosa⁶²⁹, que la estimación de Navigant dista de ser conservadora⁶³⁰, y que su enfoque de operaciones comparables es inválido⁶³¹. Además, en general opina que “la estimación del valor de los recursos de litio en las Concesiones realizado por Navigant por USD 736.385 es especulativa, errónea y sin ningún fundamento válido”⁶³².

c. Análisis

506. Las Demandantes y su experto Navigant han calculado el VJM de los recursos de litio para tres concesiones: Inglaterra, Tete y parte de Don David. Las demás concesiones no se encuentran incluidas dado que están consideradas fuera del área de concentración de litio.

507. Tanto el informe publicado por Orstom-Risacher en el año 1989 (co-contratado por la entidad estatal *Complejo Industrial de los Recursos Evaporíticos del Salar de Uyuni* (“CIRESU”), la Universidad de San Andrés de Bolivia y la organización de investigaciones francesa Orstom) y un informe elaborado por SERGEOTECMIN de Bolivia en 2008 dan cuenta de la existencia de litio en el Salar de Uyuni en general y en la desembocadura del Río Grande, donde se encuentran ubicadas las concesiones, en particular. El informe Orstom-Risacher describe al Salar de Uyuni como “la primera reserva del mundo en litio (8,9 millones de toneladas solamente en la costra superficial)” y destaca que la “zona más concentrada en estos elementos se encuentra en la costra superficial al sur del Salar, cerca de la desembocadura del Río Grande”⁶³³. El informe SERGEOTECMIN consideró “indiscutible que [el Salar de Uyuni] posea una importante reserva de litio a nivel mundial”⁶³⁴.

⁶²⁸ Mem. de Contestación, ¶ 22.

⁶²⁹ Segundo IP Econ One, ¶¶ 266-271.

⁶³⁰ Segundo IP Econ One, ¶¶ 278-286.

⁶³¹ Segundo IP Econ One, ¶¶ 287-292.

⁶³² Segundo IP Econ One, ¶ 293.

⁶³³ An. BD-3, pág. 61.

⁶³⁴ An. BD-37, Parte II, pág. 5.

508. A pesar de que la existencia de elevados niveles de litio en el Salar de Uyuni no se discute, el Tribunal no está convencido respecto del reclamo por la pérdida de los recursos de litio en tres de las concesiones. En primer lugar, aunque las Demandantes solicitaron a Behre Dolbear, su experto en la industria, que calculara las reservas y recursos de boro, le han encomendado a Navigant, su experto económico, la tarea de estimar los recursos de litio, sin justificar esta diferenciación. Como consecuencia, Behre Dolbear hace una referencia vaga al “potencial de litio” de las concesiones de las Demandantes⁶³⁵, en tanto Navigant lleva a cabo una evaluación detallada de los recursos de litio⁶³⁶. El Tribunal considera difícil basarse en la evidencia de un experto financiero para evaluar un hecho geológico, como la existencia y el alcance de la presencia de un mineral.
509. En segundo lugar, las Demandantes no han demostrado que tuvieran planes razonablemente predecibles para extraer, explotar o comercializar el litio. Tampoco han establecido que tuvieran conocimientos especiales y experiencia en el negocio del litio y no han alegado que fuera esencialmente idéntico a ser activo en la industria y el mercado de los boratos. Su experto económico confirmó en la audiencia que no estaba al tanto de que Quiborax participara del negocio del litio en el año 2004⁶³⁷.
510. En consecuencia, el Tribunal desestima el reclamo por daños resultantes de la pérdida de recursos de litio.

6. Intereses

a. La posición de las Demandantes

511. Las Demandantes solicitan intereses compuestos anteriores y posteriores al Laudo de conformidad con el derecho internacional consuetudinario y el Artículo VI(2) del TBI. Navigant ha proporcionado dos cálculos alternativos de intereses anteriores al laudo sobre los flujos de fondos perdidos desde el día 30 de junio de 2004 hasta el día 30 de junio de 2013, al aplicar dos tasas de interés alternativas: LIBOR + 2%⁶³⁸ y la tasa de la deuda soberana de Bolivia⁶³⁹. Este interés ha sido incorporado al cálculo de los flujos de fondos pasados de Navigant, desde la fecha de vencimiento de cada

⁶³⁵ Segundo IP Behre Dolbear, ¶ 88.

⁶³⁶ Segundo IP Navigant, ¶¶ 170-181.

⁶³⁷ Tr., Día 2, 577:14-578:15.

⁶³⁸ Segundo IP Navigant, An. H.1.

⁶³⁹ Segundo IP Navigant, An. H.2.

uno de los flujos de fondos en forma anual⁶⁴⁰. Se proponen las mismas tasas de interés para el cálculo de intereses posteriores al Laudo, los que se devengarían desde la fecha del Laudo hasta la fecha de pago.

b. La posición de la Demandada

512. La Demandada se opone a la solicitud de intereses anteriores al Laudo de las Demandantes dado que “en la medida en que la compensación solicitada se refiere a ganancias futuras, este concepto es el de lucro cesante. [...] Si se otorgasen daños por lucro cesante no corresponde, además, que estos daños generen intereses”⁶⁴¹. Por lo tanto, si correspondiera, los intereses deberían adjudicarse desde la fecha de valuación en adelante⁶⁴². Bolivia se opone a los intereses compuestos pero está de acuerdo con las Demandantes en utilizar una tasa de LIBOR + 2%⁶⁴³.

c. Análisis

513. El Tribunal considera que se adeudan intereses tanto anteriores como posteriores al Laudo. Con respecto a los intereses anteriores al Laudo, el Tribunal ya ha determinado que, como parte de una valuación *ex post*, las pérdidas pasadas deben ser actualizadas al valor presente a través de la aplicación de una tasa de interés. Estos intereses compensan el hecho de que las Demandantes no se encontraron en posesión de los fondos a los cuales tenían derecho y, por lo tanto, debieron tomar préstamos a un costo o se vieron privadas de la oportunidad de invertir estos fondos obteniendo un beneficio. En cuanto a los intereses posteriores al Laudo, no hay disputa sobre el principio de que deben aplicarse. Bolivia acepta que, en el supuesto de que se adeudara compensación, “debería actualizarse a una tasa simple libre de riesgo desde la fecha de valuación [...]”⁶⁴⁴. El Tribunal ha establecido *supra* (véase Sección VII.A.4.c.i) que la fecha de valuación es la fecha del Laudo, utilizando el día 30 de junio de 2013 como referente.

514. El Tribunal es consciente de la preocupación de la Demandada respecto de otorgar intereses por el lucro cesante y su alegación de doble contabilización. En efecto, según el comentario al Artículo 38 de la CDI, “[c]uando, como parte de la

⁶⁴⁰ Véase Segundo IP Navigant, An. H.

⁶⁴¹ Dúplica, ¶ 206.

⁶⁴² Dúplica, ¶ 210.

⁶⁴³ Dúplica, ¶¶ 206 y 210.

⁶⁴⁴ Dúplica, ¶ 210.

indemnización del perjuicio causado por un hecho ilícito, se incluya una suma por lucro cesante, sería inapropiado otorgar intereses si el Estado lesionado obtuviera así un doble resarcimiento", porque "[u]na suma en capital no puede devengar intereses y teóricamente utilizarse al mismo tiempo para obtener beneficios"⁶⁴⁵. Sin embargo, el Comentario de la CDI procede a explicar que "pueden pagarse intereses sobre los beneficios que se hubieran realizado pero que el propietario original no ha podido realizar". En consecuencia, si se aplican intereses a los flujos de fondos pasados netos (a saber, los flujos de fondos que se habrían obtenido entre el día 23 de julio de 2004 y el día 30 de junio de 2013 pero cuya percepción fue denegada a las Demandantes debido a la medida expropiatoria de Bolivia) a partir de la fecha en la cual vencieron esos flujos de fondos, no existe doble contabilización. El Tribunal entiende que esto es lo que ha hecho Navigant⁶⁴⁶.

515. Los intereses deben calcularse desde la fecha en la cual se sufrió la pérdida. Con respecto a los flujos de fondos pasados, se sufrió la pérdida en las fechas en las que dichos flujos de fondos habrían devenido pagaderos pero no se percibieron, con posterioridad al día en que las Demandantes devolvieron las concesiones a Bolivia, es decir, el día 23 de julio de 2004. Por lo tanto, el Tribunal otorga intereses sobre los flujos pasados de NMM desde el 23 de julio de 2004 hasta el 30 de junio de 2013, a la tasa y en los términos descritos *infra*. Estos intereses, que se han devengado sobre dichos flujos de fondos pasados a medida que devenían pagaderos, ya se han incluido en el valor total de los flujos de fondos pasados señalado en el párrafo 502.a *supra*⁶⁴⁷.
516. Posteriormente, los intereses se devengarán sobre el monto total otorgado a partir del día 1° de julio de 2013 hasta tanto la Demandada cumpla con sus obligaciones de pago. Los intereses se devengan sobre el monto total adjudicado porque el Tribunal ha utilizado el día 30 de junio de 2013 como fecha de valuación.
517. Las Demandantes proponen dos tasas de interés alternativas tanto para los intereses anteriores al Laudo como para los posteriores al Laudo: LIBOR a un año + 2% o la Tasa de Deuda Soberana de Bolivia⁶⁴⁸. Bolivia está de acuerdo con las Demandantes en utilizar LIBOR + 2% y rechaza la tasa de interés alternativa

⁶⁴⁵ Comentario al Artículo 38 de la CDI, ¶ 11.

⁶⁴⁶ Segundo IP Navigant, tabla 12 y An. H.

⁶⁴⁷ Véase nota 622 *supra*.

⁶⁴⁸ Réplica, ¶ 460.

sugerida⁶⁴⁹. Por lo tanto, el Tribunal aplicará la tasa considerada adecuada por ambas Partes, LIBOR a un año + 2%, que considera una tasa adecuada para las deudas en divisas estadounidenses adeudadas fuera de los Estados Unidos durante los períodos pertinentes.

518. Las Demandantes argumentan que “[t]anto los intereses anteriores al laudo como los posteriores al laudo deben ser compuestos” ya que hay una “sólida base económica para otorgar intereses compuestos, como la manera más apropiada de representar el valor temporal del dinero”⁶⁵⁰ [Traducción del Tribunal]. Sostienen que la tasa de interés debería determinarse de conformidad con el derecho internacional, resaltando que aunque “los daños que surgen a raíz del incumplimiento contractual pueden estar sujetos a restricciones establecidas por el derecho local, [e]sto no es cierto para los casos de expropiación, que se deciden en virtud del derecho internacional”⁶⁵¹ [Traducción del Tribunal]. La Demandada, por su parte, afirma que el interés compuesto “debe ser fuertemente rechazado por cuanto choca con el Derecho boliviano, que exige que la tasa de interés sea simple”⁶⁵². En respaldo, cita al Artículo 412 del Código Civil Boliviano, que reza de la siguiente manera:

Están prohibidos el anatocismo y toda otra forma de capitalización de los intereses. Las convenciones en contrario son nulas”⁶⁵³.

519. En primer lugar, el Tribunal debe determinar si debe aplicar a esta cuestión la legislación boliviana o el derecho internacional. En la sección sobre derecho aplicable al fondo de la controversia (Sección V.B *supra*), el Tribunal sostuvo que, ante la ausencia de una elección de derecho en el tratado y en aplicación del Artículo 42 del Convenio CIADI, debía determinar si asigna una cuestión determinada al derecho interno o al derecho internacional.
520. El Tribunal no se encuentra persuadido de que sea adecuado aplicar la legislación nacional a la cuestión de los intereses compuestos. La reparación por expropiación se rige por el derecho internacional y la reparación íntegra incluye los intereses por pago fuera de término. La aplicación de la legislación nacional puede ser adecuada para los reclamos contractuales, pero no para un reclamo por violaciones al TBI. Esta

⁶⁴⁹ Mem. de Contestación, ¶¶ 444-445; Dúplica, ¶ 210.

⁶⁵⁰ Mem., ¶ 217.

⁶⁵¹ Réplica, ¶ 472.

⁶⁵² Mem. de Contestación, ¶ 446.

⁶⁵³ An. R-358.

posición es avalada por los casos a los que hicieran referencia tanto Bolivia como las Demandantes.

521. Un ejemplo es el caso *Duke Energy c. Ecuador*, que ha invocado Bolivia en respaldo de su solicitud de interés simple. *Duke Energy* implicó una controversia contractual y, por lo tanto, el tribunal “est[uvo] de acuerdo con el argumento de la Demandada en favor del interés simple”, al agregar que “la legislación ecuatoriana prohíbe el interés compuesto en el presente caso”⁶⁵⁴ [Traducción del Tribunal]. Sin embargo, ese mismo laudo observó que “se pueden otorgar intereses compuestos para los reclamos de expropiación pero no para los reclamos contractuales”⁶⁵⁵ [Traducción del Tribunal]. Otros tribunales arbitrales, como el de *Santa Elena c. Costa Rica*, han trazado asimismo la distinción entre los casos que involucran violaciones a los tratados y aquellos que involucran incumplimientos contractuales⁶⁵⁶.
522. El Tribunal considera que las demás autoridades invocadas por Bolivia en favor del interés simple son de poca ayuda. *Desert Line c. Yemen* fue una controversia contractual y el tribunal no proporcionó razón alguna para otorgar intereses simples⁶⁵⁷. *Aucoven c. Venezuela* otorgó intereses simples, pero se trató de una controversia contractual regida principalmente por la legislación venezolana⁶⁵⁸, especificando que el derecho internacional primaría en el supuesto de normas nacionales conflictivas. El tribunal sostuvo que la legislación venezolana aplicable combinada con la disposición contractual pertinente no permitían la aplicación de intereses compuestos. Concluyó asimismo que el derecho internacional no exigía el interés compuesto para los casos contractuales, con la consecuencia de que no surgió conflicto alguno⁶⁵⁹.
523. Por consiguiente, a los fines de determinación de intereses, el Tribunal aplicará el derecho internacional. El estándar de compensación aplicable en virtud del derecho internacional consuetudinario es la reparación íntegra. El interés compuesto, que se

⁶⁵⁴ *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. República de Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/04/19 (“*Duke Energy c. Ecuador*”), Laudo de fecha 18 de agosto de 2008, ¶ 457.

⁶⁵⁵ *Duke Energy c. Ecuador*, Laudo de fecha 18 de agosto de 2008, ¶ 432.

⁶⁵⁶ *Santa Elena c. Costa Rica*, Caso CIADI N.º ARB/96/1, Laudo de fecha 17 de febrero de 2000, ¶ 97. Véase asimismo *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB/00/5 (“*Aucoven c. Venezuela*”), Laudo de fecha 23 de septiembre de 2003, ¶ 394.

⁶⁵⁷ *Desert Line Projects LLC c. República de Yemen*, Caso CIADI N.º ARB/05/17 (“*Desert Line c. Yemen*”), Laudo de fecha 6 de febrero de 2008, ¶¶ 294-295.

⁶⁵⁸ *Aucoven. c. Venezuela*, Laudo de fecha 23 de septiembre de 2003, ¶ 105.

⁶⁵⁹ *Aucoven. c. Venezuela*, Laudo de fecha 23 de septiembre de 2003, ¶¶ 394-395.

ha convertido en el estándar para remunerar la utilización del dinero en las finanzas modernas, se acerca más al logro de este objetivo que el interés simple. En efecto, al verse privado de la utilización del dinero al que tenía derecho, un acreedor puede verse obligado a contraer préstamos o a renunciar a inversiones, por los cuales pagará o recibirá intereses compuestos.

524. El Tribunal es consciente de que el Comentario al Artículo 38 de la CDI, que también invoca la Demandada, establece que "[l]a opinión general de las cortes y tribunales ha sido contraria al otorgamiento de intereses compuestos"⁶⁶⁰. Sin embargo, una revisión de decisiones arbitrales demuestra que se considera que los intereses compuestos "reflejan de forma más adecuada las prácticas financieras contemporáneas"⁶⁶¹ y constituyen "el estándar de derecho internacional en [] casos de expropiación"⁶⁶² [Traducción del Tribunal]. La opinión de que los intereses compuestos alcanzan mejor la reparación íntegra ha sido adoptada por un gran número de decisiones⁶⁶³ y es compartida por este Tribunal.

525. En lo que a periodicidad se refiere, el Tribunal opta por el interés compuesto anual.

526. Por las razones esgrimidas *supra*, el Tribunal otorga intereses compuestos anuales sobre la compensación de daños otorgada, a la tasa de un año LIBOR más dos por ciento. El Tribunal ha aplicado intereses a los flujos de fondos pasados a medida que fueron venciendo desde el 23 de julio de 2004 hasta el 30 de junio de 2013, y por lo tanto no es necesario que se agreguen a los daños otorgados. Dado que el Tribunal ha utilizado el día 30 de junio de 2013 como fecha de valuación, se devengarán intereses sobre el monto total adjudicado a partir del día 1° de julio de 2013 hasta la fecha de pago.

B. Sentencia declarativa y daños morales

1. Resumen

527. Las Demandantes sostienen que, al realizar actos de hostigamiento posteriores a la expropiación (en particular, la iniciación del caso penal en Bolivia), la Demandada ha

⁶⁶⁰ Comentario al Artículo 38 de la CDI, ¶ 8.

⁶⁶¹ *LG&E c. Argentina*, Laudo de fecha 25 de julio de 2007, ¶ 103.

⁶⁶² *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N.º ARB/99/6, Laudo de fecha 12 de abril de 2002, ¶ 174. Véase asimismo *Occidental c. Ecuador II*, Laudo de fecha 5 de octubre de 2012, ¶ 840.

⁶⁶³ Véase, por ejemplo, *El Paso c. Argentina*, Laudo de fecha 31 de octubre de 2011, ¶ 745; *Vivendi c. Argentina II*, ¶ 9.2.6; *Wena c. Egipto*, Laudo de fecha 8 de diciembre de 2000, ¶ 129.

violado su obligación de otorgar un trato justo y equitativo a sus inversiones, así como su obligación de no menoscabar esas inversiones a través de medidas arbitrarias y discriminatorias. Como reparación, solicitan una sentencia declarativa de que se han violado esos estándares, así como daños morales⁶⁶⁴.

528. Las Demandantes alegan asimismo que, a través de su conducta procesal en este arbitraje (incluyendo a través de la iniciación y continuación del caso penal), la Demandada ha violado otras obligaciones del derecho internacional que emanan del Convenio CIADI o de principios generales del derecho. Como reparación de estas presuntas violaciones, las Demandantes solicitan una sentencia declarativa.
529. Como algunos de estos reclamos y argumentos se superponen, el Tribunal los abordará en forma conjunta. En primer lugar abordará la solicitud de una sentencia declarativa de las Demandantes, sea como una cuestión de TJE, medidas injustificadas o discriminatorias, u otras violaciones del derecho internacional (Sección 2 *infra*). Posteriormente abordará la solicitud de daños morales (Sección 3 *infra*).

2. Solicitud de una sentencia declarativa

530. En la audiencia sobre jurisdicción, las Demandantes solicitaron en primer lugar al Tribunal el dictado de una sentencia declarativa en virtud del Artículo 37 de los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados⁶⁶⁵. Con posterioridad a las instrucciones del Tribunal en la Resolución Procesal N.º 8, las Demandantes presentaron una Solicitud de Sentencia Declarativa el día 27 de mayo de 2011. Por lo tanto, esta solicitud cumple con el requisito temporal establecido por la Regla 40 de las Reglas de Arbitraje CIADI. La Demandada presentó una Contestación a la Solicitud de Sentencia Declarativa de las Demandantes el día 10 de junio de 2011. En su Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal decidió que entendería la Solicitud de Sentencia Declarativa de las Demandantes con arreglo al Artículo 37 de los Artículos de la CDI en el Laudo final⁶⁶⁶. Ambas Partes realizaron alegaciones adicionales respecto de esta solicitud en la segunda serie de escritos sobre el fondo.

⁶⁶⁴ Véase, por ejemplo, Mem., págs. 98-100, Réplica, pág. 170, DAAQ, diapositiva 78.

⁶⁶⁵ El Tribunal observa que ya en su Memorial las Demandantes habían solicitado un laudo que declare que Bolivia había violado sus obligaciones en virtud de los Artículos III y IV del TBI al someter a las Demandantes a actos de hostigamiento, en particular el inicio de procesos penales, aunque esta solicitud no fue articulada en virtud del Artículo 37 de los Artículos de la CDI.

⁶⁶⁶ Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 308.

a. La posición de las Demandantes

531. Tal como se describiera en la Decisión sobre Jurisdicción⁶⁶⁷, de conformidad con el Artículo 37 de los Artículos de la CDI las Demandantes solicitaron al Tribunal que declare formalmente que “la conducta de la Demandada en el presente arbitraje constituye una violación de sus obligaciones en virtud del [Convenio CIADI] y de su obligación general en virtud del derecho internacional de conducirse en el arbitraje con integridad y buena fe”⁶⁶⁸ [Traducción del Tribunal]. En su Réplica, las Demandantes modificaron su solicitud y demandaron que el Tribunal declare que la conducta de la Demandada en este arbitraje “constituye violaciones de la obligación de la Demandada de otorgar un trato justo y equitativo, de no adoptar medidas arbitrarias o discriminatorias, y su obligación general de conducirse en el arbitraje con integridad y buena fe”⁶⁶⁹. Específicamente:

Las Demandantes [...] solicitan al Tribunal que declare que la conducta de la Demandada en el arbitraje, en particular: (i) la iniciación por parte de la Demandada del caso penal en Bolivia y su negativa a suspender ese caso penal, [d]e este modo, perjudicando intencional y deliberadamente la integridad del proceso arbitral, (ii) los intentos de la Demandada de obtener beneficios de su conducta ilícita en sus presentaciones escritas y orales sobre jurisdicción, (iii) la negativa de la Demandada de sufragar su porción de los anticipos de costas, y (iv) las acusaciones maliciosas de fraude de la Demandada, tanto en la etapa de jurisdicción como de fondo, constituye violaciones de la obligación de la Demandada de otorgar un trato justo y equitativo, de no adoptar medidas arbitrarias o discriminatorias, y su obligación general de conducirse en el arbitraje con integridad y de buena fe⁶⁷⁰ [Traducción del Tribunal].

532. Según fuera reformulado por las Demandantes en su Réplica, su solicitud se basa en las siguientes alegaciones:

- a. La iniciación del caso penal por parte de Bolivia fue parte de “una campaña orquestada en contra de las Demandantes”⁶⁷¹ [Traducción del Tribunal], en pos de eludir su responsabilidad internacional en este arbitraje⁶⁷².

⁶⁶⁷ Decisión sobre Jurisdicción, ¶¶ 299-303.

⁶⁶⁸ SSD, ¶ 1.

⁶⁶⁹ Réplica, ¶ 550.

⁶⁷⁰ Réplica, ¶ 550.

⁶⁷¹ Réplica, ¶ 519.

⁶⁷² Esta no es la primera vez que las Demandantes sostienen que la incoación de procesos penales viola sus derechos. Tal como se analizara en la Sección VI.B *supra*, las Demandantes afirman que los actos de hostigamiento de Bolivia posteriores a la expropiación (en particular la incoación del caso penal) equivale a una violación por parte de Bolivia del estándar TJE así como una medida arbitraria o discriminatoria en virtud de los Artículos IV y III del TBI, respectivamente. En su Réplica de Solicitud de Medidas Provisionales, las Demandantes invocaron asimismo sus derechos procesales a la

- b. La conducta de Bolivia ha sido irrespetuosa hacia el Tribunal, el Centro y el sistema del CIADI en su conjunto, incluyendo por no cumplir con la Decisión del Tribunal sobre Medidas Provisionales, al recusar a todo el Tribunal por el supuesto perjuicio del caso con posterioridad a esa decisión, y al no cumplir con el pago del anticipo de fondos por los costos del arbitraje.
 - c. Al no cumplir con la suspensión del caso penal tal como lo ordenara el Tribunal en su Decisión sobre Medidas Provisionales, la Demandada ha perjudicado la integridad del arbitraje y ha agravado la controversia.
 - d. La Demandada ha utilizado el caso penal para su propio beneficio en este arbitraje, en particular al obstruir el acceso a los testigos de las Demandantes y al utilizar el caso penal para recopilar pruebas para este arbitraje.
 - e. La Demandada ha formulado acusaciones falsas de fraude y corrupción contra las Demandantes y personas relacionadas, sin considerar las consecuencias de esas acusaciones para aquellos involucrados, y ha presentado relatos fácticos incompatibles destinados a negarles a las Demandantes el acceso al arbitraje.
533. Las Demandantes sostienen que la conducta de Bolivia equivale a un hecho internacionalmente ilícito dentro del significado del Artículo 2 de los Artículos de la CDI. Esta disposición exige que el hecho (i) sea atribuible al Estado y (ii) constituya una violación de una obligación internacional del Estado. Las Demandantes afirman que se cumplen ambos requisitos. En primer lugar, los actos de la Demandada en este arbitraje son atribuibles al Estado de Bolivia. En segundo lugar, a través de los actos descritos *supra*, Bolivia ha violado lo siguiente:
- a. Sus obligaciones internacionales en virtud del TBI (específicamente, sus obligaciones de otorgar un trato justo y equitativo y de no adoptar medidas arbitrarias o discriminatorias)⁶⁷³;
 - b. Sus obligaciones internacionales en virtud del Convenio CIADI (en particular, los Artículos 47 y 61 del Convenio CIADI, la Regla 14 del Reglamento Administrativo y Financiero y las Reglas de Arbitraje CIADI)⁶⁷⁴, y

preservación del *status quo* y el no agravamiento de la controversia, la exclusividad del arbitraje CIADI en virtud del Convenio CIADI, y la integridad de los procedimientos de arbitraje.

⁶⁷³ Réplica, ¶¶ 515, 524.

⁶⁷⁴ SSD, ¶¶ 63-65; 88; Réplica, ¶ 535.

- c. Su obligación general de conducirse en el arbitraje con integridad y buena fe⁶⁷⁵.
534. En consecuencia, las Demandantes afirman que, conforme a los Artículos 31 y 34 de los Artículos de la CDI, tienen derecho a una reparación íntegra por el daño ocasionado.
535. Las Demandantes observan que, de conformidad con el Artículo 34 de los Artículos de la CDI, la reparación íntegra puede adoptar la forma de restitución, indemnización o satisfacción. Sin embargo, como en este caso la restitución no es adecuada y la indemnización no es suficiente, las Demandantes solicitan satisfacción en la forma de una declaración de que la conducta de Bolivia en este arbitraje constituye un hecho internacionalmente ilícito. Las Demandantes afirman que una sentencia declarativa constituye una forma aceptable de satisfacción conforme con el Artículo 37 de los Artículos de la CDI, y una que se encuentra asimismo dentro de las facultades inherentes del Tribunal.

b. La posición de la Demandada

536. Las excepciones formuladas por la Demandada respecto de la solicitud de sentencia declarativa de las Demandantes han evolucionado. En su Contestación a la Solicitud de Sentencia Declarativa de las Demandantes, Bolivia alegó que la solicitud por parte de las Demandantes de una declaración en virtud del Artículo 37 de los Artículos de las CDI era (i) prematura e (ii) inadmisibles en la medida en que supera el alcance del recurso de satisfacción conforme al Artículo 37 de los Artículos. Asimismo, la Demandada argumentó (iii) que el Tribunal no goza de la facultad de otorgar el resarcimiento punitivo solicitado por las Demandantes y (iv) que el resarcimiento contemplado en el Artículo 37 no se encuentra a disposición de los inversionistas. En subsidio, la Demandada alega (v) que las pruebas no sustentan la solicitud de las Demandantes y (vi) que Bolivia no ha incumplido una obligación internacional ni le ha causado a las Demandantes un daño que no pudiera ser compensado mediante un resarcimiento monetario.
537. A su vez, en su Dúplica y durante la audiencia sobre el fondo, la Demandada formuló ciertas excepciones jurisdiccionales que no había planteado anteriormente. Al igual que en su Contestación a la Solicitud de Sentencia Declarativa de las Demandantes, Bolivia también argumentó (i) que el Tribunal no goza de la facultad necesaria para pronunciarse respecto de dicha solicitud, si bien ahora parece argumentarlo como

⁶⁷⁵ SSD, ¶¶ 63-65; 88; Réplica, ¶ 550.

cuestión de jurisdicción. La Demandada también alega (ii) que el Tribunal carece de jurisdicción para pronunciarse respecto de la Solicitud de Sentencia Declarativa de las Demandantes, dado que el Tribunal sólo goza de competencia para decidir reclamos que surjan directamente de una inversión. Además, la Demandada parece sostener (iii) que la solicitud de las Demandantes es inadmisibile, pero, más allá de enunciar esta excepción en el título de la sección pertinente, no la articula en el texto de su Dúplica⁶⁷⁶. Por último, la Demandada afirma (iv) que las Demandantes no han demostrado sus alegaciones de mala conducta procesal. En forma separada, la Demandada (v) niega haber violado el estándar TJE o sometido a las Demandantes a medidas injustificadas o discriminatorias a través de actos de hostigamiento posteriores a la expropiación.

c. Análisis

i. Excepciones a la jurisdicción

538. Tanto en su Dúplica como en el curso de sus alegatos de cierre durante la audiencia sobre el fondo, la Demandada formuló ciertas excepciones jurisdiccionales respecto de la Solicitud de Sentencia Declarativa de las Demandantes que no había planteado anteriormente⁶⁷⁷. Primero, Bolivia alegó que el Tribunal no goza de las facultades necesarias para pronunciarse respecto de dicha solicitud. Si bien Bolivia ya había planteado tal argumento en su Contestación a la Solicitud de Sentencia Declarativa de las Demandantes, ahora parece hacerlo como cuestión de jurisdicción. El argumento de la Demandada parece consistir en que, puesto que ni el Convenio CIADI ni sus Reglas de Arbitraje ni el TBI (es decir, los instrumentos que establecen el consentimiento de las partes contratantes) le conceden al Tribunal la facultad de dictar una sentencia declarativa o disponer cualquier otro recurso que no se encuentre específicamente previsto allí a fin de sancionar la conducta procesal de las

⁶⁷⁶ Véase Dúplica, Sección V.B.3 titulada “La solicitud de las Demandantes de una declaración bajo el Artículo 37 del Proyecto de Artículos de la CDI es inadmisibile y legalmente incorrecta”.

⁶⁷⁷ Dúplica, ¶¶ 123, 154-155. Véanse también alegatos de cierre de la Demandada durante la audiencia sobre el fondo, Tr., Día 3, 870:18-871:12. Aunque, en su Contestación a la Solicitud de Sentencia Declarativa de las Demandantes, la Demandada alegaba que “[o]bviamente, la falta de jurisdicción del Tribunal de Arbitraje en el marco del caso que nos ocupa se extiende a su jurisdicción para examinar la Solicitud de las Demandantes” [Traducción del Tribunal] (CSD, ¶ 3), no negó de otra manera la jurisdicción del Tribunal para pronunciarse respecto de dicha solicitud por razones que le fuesen propias.

Partes, el Tribunal carece de jurisdicción para pronunciarse respecto del presente reclamo⁶⁷⁸.

539. Segundo, la Demandada argumenta que el Tribunal carece de jurisdicción para pronunciarse respecto de la Solicitud de Sentencia Declarativa de las Demandantes, en tanto "[e]l Tribunal sólo es competente para decidir reclamos que surjan **directamente** de una inversión y no reclamos fundamentados en la actuación de los órganos judiciales de Bolivia, su conducta procesal en este arbitraje, o el supuesto acoso del que las Demandantes se dicen víctimas"⁶⁷⁹.
540. El Tribunal destaca que la Solicitud de Sentencia Declarativa de las Demandantes se realizó durante la audiencia sobre jurisdicción. Ambas partes tuvieron la oportunidad de manifestar sus opiniones acerca de la solicitud durante la fase dedicada a la determinación de la jurisdicción del Tribunal. No obstante, la Demandada optó por no formular excepciones jurisdiccionales en dicha etapa.
541. La fase jurisdiccional finalizó con la Decisión sobre Jurisdicción, en que el Tribunal estableció que tenía jurisdicción respecto de los reclamos de Quiborax y NMM. El Tribunal considera que no hay motivos que justifiquen la reapertura de las cuestiones jurisdiccionales en esta instancia, suponiendo que esto fuera posible. Por lo tanto, rechaza las nuevas excepciones jurisdiccionales de la Demandada.

ii. Excepciones a la admisibilidad

542. En su Contestación a la Solicitud de Sentencia Declarativa de las Demandantes, Bolivia alegó que la solicitud por parte de las Demandantes de una declaración en virtud del Artículo 37 de los Artículos era prematura, "ya que requeriría que el Tribunal Arbitral no sólo afirmara su jurisdicción, sino también prejuzgara el fondo de los reclamos de las Demandantes, calculara los daños sufridos por las Demandantes (en su caso) y determinara si las otras formas de resarcimiento pretendidas por las Demandantes (incluida la asignación de las costas) son suficientes para compensar tales daños" [Traducción del Tribunal]⁶⁸⁰. El Tribunal entiende que esta excepción ha devenido abstracta, puesto que el Tribunal ha decidido abordar la solicitud de las

⁶⁷⁸ Dúplica, ¶¶ 54-155, 157. La Demandada articuló esta excepción jurisdiccional por primera vez en su Dúplica. En su Contestación a la Solicitud de Sentencia Declarativa de las Demandantes, la Demandada argumentó que el Tribunal no gozaba de la facultad de dictar una sentencia declarativa. Sin embargo, no afirmó que, en consecuencia, el Tribunal carecía de jurisdicción, como lo hace ahora.

⁶⁷⁹ Dúplica, ¶ 125 (énfasis en el original).

⁶⁸⁰ CSD, ¶ 18.

Demandantes como parte de su Laudo sobre el fondo y ya ha establecido su jurisdicción.

543. Asimismo, la Demandada argumenta que, en tanto el Tribunal sólo le otorgaba a las Demandantes permiso para realizar presentaciones de conformidad con el Artículo 37 de los Artículos de la CDI, cualquier solicitud de resarcimiento que supere el alcance del Artículo 37 (esto es, mediante formas de resarcimiento distintas de la satisfacción) es inadmisibile. El Tribunal considera que la excepción de la Demandada es excesivamente formalista. La solicitud de sentencia declarativa de las Demandantes no se basa exclusivamente en el Artículo 37 de los Artículos de la CDI. En su Memorial sobre el Fondo, las Demandantes ya habían solicitado un laudo que declarara que Bolivia había incumplido sus obligaciones con arreglo a los Artículos III y IV del TBI al someter a las Demandantes a actos de hostigamiento, en particular, al inicio de procesos penales⁶⁸¹. En la medida en que la solicitud de las Demandantes se basa en diversos fundamentos jurídicos, el Tribunal concluye que el hecho de que las Demandantes los desarrollaran en sus presentaciones posteriores en la materia era admisible.

iii. ¿Goza el Tribunal de la facultad de otorgar el resarcimiento solicitado?

544. La Demandada alega que el Tribunal no goza de la facultad de otorgar el resarcimiento solicitado por las Demandantes. Si bien el Tribunal ha desestimado este argumento como cuestión de jurisdicción, debe examinarlo como parte de su análisis de la solicitud de las Demandantes, sea como una cuestión de admisibilidad, sea como una cuestión de fondo, pudiendo permanecer abierta esta calificación.
545. Primero, la Demandada alega que el Tribunal no goza de la facultad de otorgar resarcimiento punitivo. Argumenta que “las facultades del Tribunal se limitan a las que se mencionan en el Convenio CIADI, en las Reglas de Arbitraje y en el Tratado,

⁶⁸¹ En su Memorial, las Demandantes solicitaron un laudo que haga lo siguiente:

“5) que declare que Bolivia incumplió sus obligaciones en virtud del Artículo IV del TBI al no concederle trato justo y equitativo a las Demandantes, al someter a las Demandantes a actos de hostigamiento destinados a obstaculizar los derechos de las Demandantes conforme al TBI;

“6) que declare que Bolivia incumplió sus obligaciones en virtud del Artículo III del TBI al someter a las Demandantes a medidas injustificadas y discriminatorias, que consistieron en actos de hostigamiento destinados a obstaculizar los derechos de las Demandantes conforme al TBI[.]” [Traducción del Tribunal]. (Mem., págs. 99-100).

ninguno de las cuales incluye la facultad de otorgar resarcimiento *punitivo* por el supuesto incumplimiento de deberes procesales” [Traducción del Tribunal]⁶⁸².

546. Según la Demandada, “[e]l único resarcimiento que podría funcionar como sanción admitida en el marco del arbitraje CIADI por asumir una conducta indebida durante el procedimiento es la asignación de costas en contra de la parte responsable de dicha conducta en el laudo” [Traducción del Tribunal]⁶⁸³. Esta sanción se basa en la facultad del Tribunal de asignar costas en virtud del Artículo 61(2) del Convenio CIADI y de la Regla 28 de las Reglas de Arbitraje⁶⁸⁴. En cambio, no existe facultad alguna de imponer una sanción a un Estado por el incumplimiento de una medida provisional: los *travaux préparatoires* del Convenio CIADI demuestran que los Estados Contratantes rechazaron expresamente toda sanción⁶⁸⁵.
547. La Demandada agrega que el Tribunal tampoco tiene la facultad inherente de otorgar resarcimiento punitivo por el supuesto incumplimiento de deberes procesales. Bolivia coincide con las Demandantes en que “cualquier tribunal goza de la autoridad de declarar ilícita la conducta de cualquiera de las partes en una controversia, como paso inevitable en la resolución de cualquier disputa legal” [Traducción del Tribunal]⁶⁸⁶. Sin embargo, las “Demandantes no han demostrado ni cómo ni por qué una ‘*respuesta firme*’ por parte del Tribunal Arbitral mediante la cual éste declare a Bolivia ‘*culpable*’ de una supuesta mala conducta procesal constituye ‘*un paso inevitable en la resolución de [la presente] disputa legal*’” [Traducción del Tribunal]⁶⁸⁷. El hecho de que las Demandantes sólo realizaran esta solicitud durante la audiencia sobre jurisdicción demuestra que no lo es. Las Demandantes tampoco han probado que su reclamo de indemnización por daño moral y costas no pueda compensar plenamente el daño supuestamente causado por Bolivia.
548. Según la Demandada, ninguno de los casos citados por las Demandantes apoyan su solicitud. En el caso *Enron*, el tribunal no decidió que gozara de la facultad de otorgar resarcimiento declarativo punitivo, sino que, dado que las partes habían

⁶⁸² CSD, ¶ 30 (énfasis en el original).

⁶⁸³ CSD, ¶ 40 (énfasis en el original). Véase también Dúplica, ¶ 156.

⁶⁸⁴ CSD, ¶ 40. Véase también Dúplica, ¶ 156.

⁶⁸⁵ CSD, ¶ 39 (*que cita* Aron Broches, Chairman of the Legal Committee, Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States: Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention, Volume II, Part 2, International Centre for Settlement of Investment Disputes (ed.), 1968, An. R-226, pág. 815).

⁶⁸⁶ CSD, ¶ 45, que cita SSD, ¶ 82.

⁶⁸⁷ CSD, ¶ 46, énfasis en el original, notas al pie omitidas.

acordado que el tribunal podía efectuar una declaración, el tribunal sólo examinó su facultad de disponer medidas de cumplimiento y medidas precautorias⁶⁸⁸. En *Cementownia*, el tribunal dictó una sentencia declarativa que no se basaba en el Artículo 37 de los Artículos de la CDI, le otorgó ese resarcimiento al Estado y no al inversionista, y declaró que la parte demandante había planteado un reclamo fraudulento como parte de su razonamiento para la desestimación del reclamo⁶⁸⁹.

549. Para la Demandada, la naturaleza punitiva del resarcimiento solicitado surge claramente de las declaraciones de las Demandantes. Por consiguiente, alega que "[s]ólo la naturaleza y el propósito punitivos del resarcimiento, al presentar públicamente a Bolivia como un Estado corrupto (lo que no es), podrían servir para compensar el supuesto daño sufrido por las Demandantes" [Traducción del Tribunal]⁶⁹⁰.
550. Segundo, la Demandada también argumenta que la sentencia declarativa conforme al Artículo 37 de los Artículos de la CDI (es decir, la satisfacción) no es uno de los remedios que se encuentran a disposición de los inversionistas en el contexto de las controversias entre inversionistas y Estados. Invocando jurisprudencia⁶⁹¹ y doctrina legal del CIADI⁶⁹², la Demandada alega que los Artículos de la CDI no pueden trasladarse completamente a las controversias entre inversionistas y Estados, y que "la satisfacción como remedio sólo se encuentra a disposición de un Estado perjudicado en contra de un Estado responsable" [Traducción del Tribunal]⁶⁹³. Ya que el propósito de la satisfacción consiste en restablecer la dignidad, el honor o la soberanía del Estado perjudicado", "la satisfacción sólo puede desempeñar su rol de reparación en la medida en que exprese cierto grado de *castigo* del Estado

⁶⁸⁸ CSD, ¶ 49, que cita *Enron c. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 14 de enero de 2004, ¶ 81, An. R-108.

⁶⁸⁹ CSD, ¶ 50, que cita *Cementownia "Nowa Huta" S.A. c. República de Turquía*, Caso CIADI N.º ARB/06/2, Laudo de fecha 17 de septiembre de 2009, ¶ 158, An. R-186.

⁶⁹⁰ CSD, ¶ 35.

⁶⁹¹ En particular, *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/04/14, Laudo de fecha 8 de diciembre de 2008, ¶ 113, y *CMS c. Argentina*, Laudo de fecha 12 de mayo de 2005, ¶ 399.

⁶⁹² En particular, S. Ripinsky, K. Williams, *Damages in International Investment Law*, British Institute of International and Comparative Law, 2008, pág. 30, An. R-220, y Carole Malinvaud, *Non-pecuniary Remedies in Investment Treaty and Commercial Arbitration*, en: Albert Jan van den Berg (ed), 50 years of ICCA International Arbitration Conference, ICCA Congress Series, 2009 Dublin Volume 14, pág. 225, An. R-221.

⁶⁹³ CSD, ¶ 62.

responsable” [Traducción del Tribunal]⁶⁹⁴. La Demandada también argumenta que el caso del *Canal de Corfú* no brinda sustento a la solicitud de las Demandantes⁶⁹⁵.

551. Aún en el caso de que el Tribunal considerara que el Artículo 37 de los Artículos de la CDI es aplicable al caso que nos ocupa, la Demandada alega que las condiciones previas a su aplicación no se cumplen. Conforme al Artículo 37 de los Artículos de la CDI, la satisfacción está destinada a reparar un perjuicio que no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización. No obstante, las Demandantes no han demostrado que hayan sufrido un perjuicio, mucho menos un perjuicio no susceptible de reparación mediante compensación monetaria⁶⁹⁶.
552. Las Demandantes, por su parte, insisten en que la satisfacción es un remedio que se encuentra a disposición de los inversionistas. Con arreglo al Artículo 37 de los Artículos de la CDI, el Estado está obligado a dar satisfacción si su hecho internacionalmente ilícito no puede ser reparado mediante restitución o indemnización. Sin embargo, resaltan que la satisfacción puede adoptar distintas formas y no se limita a los ejemplos que ofrece el Artículo 37. En efecto, una de las formas más comunes de satisfacción es la declaración de la ilicitud del hecho por el tribunal competente. Las Demandantes también argumentan que el Tribunal tiene la facultad inherente de dictar una sentencia declarativa, en tanto cualquier tribunal goza de la autoridad de declarar ilícita la conducta de cualquiera de las partes en una controversia, como paso inevitable en la resolución de cualquier disputa legal.
553. Las Demandantes no niegan que la sentencia declarativa cumpliría un rol ejemplar. En particular, alegan que “[l]a piedra angular de todo sistema de arbitraje internacional que involucra a Estados es el supuesto fundamental de que los Estados cumplirán con sus obligaciones internacionales, una vez que las hayan asumido en forma voluntaria” [Traducción del Tribunal]⁶⁹⁷. Por consiguiente, “la indiferencia profesada por la Demandada hacia el incumplimiento de sus obligaciones internacionales [...] afecta el corazón del sistema de arbitraje CIADI” y “torna

⁶⁹⁴ CSD, ¶ 63, *que cita* E. Wyler, A. Papaux, “The Different Forms of Reparation: Satisfaction”, en *The Law of International Responsibility*, ed. J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson, OUP 2010, pág. 623, An. R-222; el caso *Manouba* (Francia c. Italia), Laudo del Tribunal de fecha 6 de mayo de 1913, Traducción No Oficial al Inglés, pág. 7; el caso *Rainbow Warrior*, Decisión de fecha 30 de abril de 1990, UNRIAA Vol. XX, 1990, pág. 273.

⁶⁹⁵ El caso del *Canal de Corfú* (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte c. República Popular de Albania), Fallo sobre el fondo de fecha 9 de abril de 1949, ICJ Reports 4, 1949, pág. 35.

⁶⁹⁶ CSD, ¶ 67.

⁶⁹⁷ Réplica, ¶ 537.

insostenible cualquier procedimiento judicial o arbitral que involucre a particulares y Estados” [Traducción del Tribunal]⁶⁹⁸. En opinión de las Demandantes, “el abierto desafío de la Demandada al sistema de arbitraje CIADI durante el procedimiento no puede quedar impune” y “requiere una respuesta firme de este Tribunal” [Traducción del Tribunal]⁶⁹⁹. Por lo tanto, tal como en el caso del *Canal de Corfú*, “la sentencia declarativa del Tribunal es necesaria a fin de garantizar el respeto del sistema de arbitraje CIADI, cuyo órgano es el Tribunal y al que la Demandada ha sometido voluntariamente esta controversia con arreglo al Artículo X del TBI” [Traducción del Tribunal]⁷⁰⁰.

554. El Tribunal coincide con la Demandada en que algunos tipos de satisfacción no se encuentran a disposición de los inversionistas en el marco de arbitrajes entre inversionistas y Estados. El Artículo 34 de los Artículos de la CDI incluye a la satisfacción como forma de reparación⁷⁰¹, y dicho remedio se desarrolla en más detalle en el Artículo 37 en los siguientes términos:

Satisfacción

1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a dar satisfacción por el perjuicio causado por ese hecho en la medida en que ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización.
2. La satisfacción puede consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada.
3. La satisfacción no será desproporcionada con relación al perjuicio y no podrá adoptar una forma humillante para el Estado responsable.

555. Sin embargo, el Tribunal concluye que algunos tipos de satisfacción como remedio no pueden trasladarse a las controversias entre inversionistas y Estados. Cabe recordar que la Segunda Parte de los Artículos de la CDI, incluyendo las reglas en materia de reparación y, en particular, el Artículo 37, “[n]o se aplica a las obligaciones de reparación en la medida en que éstas nacen con respecto a una persona o

⁶⁹⁸ Réplica, ¶ 540.

⁶⁹⁹ Réplica, ¶ 541.

⁷⁰⁰ Réplica, ¶ 543.

⁷⁰¹ El Artículo 34 de los Artículos de la CDI (formas de reparación) establece que “[l]a reparación íntegra del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito adoptará la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada, de conformidad con las disposiciones del presente capítulo”.

entidad distinta de un Estado o son invocadas por ella”⁷⁰². Dicho esto, los Artículos de la CDI reformulan el derecho internacional consuetudinario, y sus reglas en materia de reparación han servido como guía para muchos tribunales en el marco de controversias entre inversionistas y Estados⁷⁰³. En opinión del Tribunal, los remedios descritos brevemente en los Artículos de la CDI son aplicables en el contexto del arbitraje entre inversionistas y Estados según la naturaleza del remedio y del perjuicio que está destinado a reparar.

556. El comentario de la CDI explica que la satisfacción “[n]o se trata de una forma normal de reparación, por cuanto en muchos casos el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de un Estado puede repararse íntegramente por restitución o indemnización”⁷⁰⁴. Se trata de un remedio excepcional, que se encuentra disponible sólo “en la medida en que [el perjuicio] no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización”⁷⁰⁵.
557. La jurisprudencia internacional sugiere fuertemente que algunos tipos de satisfacción son un remedio diseñado exclusivamente para los Estados. A modo de ejemplo, el tribunal del caso *Rainbow Warrior* destacó que la satisfacción, “en particular, guarda relación con los casos de daño moral o jurídico ocasionado directamente al Estado, especialmente en oposición a los casos de daño a las personas en los que da lugar a responsabilidades internacionales”⁷⁰⁶. De hecho, los daños que tradicionalmente se han reparado mediante la satisfacción se relacionan con perjuicios que sólo pueden sufrir los Estados, tales como las violaciones de la soberanía nacional⁷⁰⁷, o “los ultrajes a los símbolos del Estado, por ejemplo la bandera nacional, las violaciones de [...] la integridad territorial, [...] los malos tratos o ataques deliberados contra jefes de Estado o de Gobierno o contra representantes diplomáticos o consulares, u otras personas que gozan de protección diplomática y la violación de los locales de embajadas o consulados o de las residencias particulares de los miembros de la

⁷⁰² Comentario a los Artículos de la CDI, Artículo 28, ¶ 3.

⁷⁰³ Véase, p. ej., *Micula c. Rumania*, Laudo Definitivo de fecha 11 de diciembre de 2013, ¶ 916, Nota 172.

⁷⁰⁴ Comentario a los Artículos de la CDI, Artículo 37, ¶ 1.

⁷⁰⁵ Comentario a los Artículos de la CDI, Artículo 37, ¶ 1.

⁷⁰⁶ *Caso relativo al Asunto del Rainbow Warrior*, Nueva Zelandia c. Francia, Laudo Arbitral de fecha 30 de abril de 1990, ¶ 12.

⁷⁰⁷ *Caso del Canal de Corfú*, Reino Unido c. Albania, CIJ, Fallo sobre el Fondo de fecha 9 de abril de 1949, pág. 35 (en que la CIJ le asignó resarcimiento declarativo a Albania al subrayar que “el acto de la Marina Británica constituía una violación de la soberanía albanesa” [Traducción del Tribunal]).

misión"⁷⁰⁸. Gaetano Arangio-Ruiz, Relator Especial de la CDI, también explica que "el daño 'moral' causado al Estado [...] es de hecho distinto [...] del daño moral 'privado' causado a los nacionales o agentes del Estado. Este 'daño moral causado al Estado' consiste principalmente, por una parte, en la vulneración del derecho del Estado en sí mismo y, por otra, en el daño ocasionado a la dignidad, el honor o el prestigio del Estado"⁷⁰⁹.

558. Las formas tradicionales en que se ha expresado la satisfacción (tal como una disculpa) son más apropiadas para las relaciones entre Estados. En cambio, el perjuicio causado a particulares como consecuencia de situaciones de hostigamiento, amenaza o violencia, así como el daño a la reputación, pueden repararse mediante compensación monetaria⁷¹⁰. Asimismo, la práctica de las cortes y los tribunales internacionales de derechos humanos demuestra que el daño que resulta del sufrimiento, de las dificultades o del menoscabo de valores significativos de un particular puede compensarse en términos monetarios⁷¹¹.
559. Por lo tanto, el tipo de satisfacción que está destinada a reparar el daño causado a la dignidad, al honor y al prestigio de un Estado, no es aplicable en las controversias entre inversionistas y Estados. Esta posición es compartida por doctrinarios y tribunales por igual. Por ejemplo, Ripinsky y Williams han concluido que "queda claro que determinadas reglas, tales como la que introduce la satisfacción como forma de reparación, serán valiosas sólo en un contexto Estado-Estado" [Traducción del Tribunal]⁷¹². En forma similar, el tribunal del caso *CMS* resolvió que, puesto que no se trataba de un caso de reparación debida a un Estado perjudicado, la satisfacción podía ser "desestimad[a] desde un comienzo"⁷¹³.
560. El hecho de que algunos tipos de satisfacción no estén disponibles no significa que el Tribunal no pueda dictar una sentencia declarativa como medio de satisfacción en

⁷⁰⁸ Comentario a los Artículos de la CDI de 2001, Artículo 37, ¶ 4, notas al pie omitidas.

⁷⁰⁹ Gaetano Arangio-Ruiz, Relator Especial, Segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados, Anuario CDI, 1989, Vol II, Primera parte, ¶ 14, énfasis agregado.

⁷¹⁰ *Desert Line c. Yemen*, Laudo de fecha 6 de febrero de 2008, ¶ 286. Véase también Dictamen en los Casos de *Lusitania*, Comisión de Reclamaciones Mixtas EE.UU.-Alemania, 1923, UNRIAA, Tomo VII, pág. 40;

⁷¹¹ *Vernava y otros c. Turquía*, Solicitudes TEDH N.ºs 16064/90, 16065/90, etc., Fallo de la Gran Cámara de fecha 18 de septiembre de 2009, ¶ 84; *Villagran Morales y otros c. Guatemala*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N.º 77, Fallo de fecha 26 de mayo de 2001, ¶ 84.

⁷¹² S. Ripinsky, K. Williams, *Damages in International Investment Law*, British Institute of International and Comparative Law, 2008, pág. 30, An. R-220.

⁷¹³ *CMS c. Argentina*, Laudo de fecha 12 de mayo de 2005, ¶ 399, nota al pie omitida.

virtud del Artículo 37 de los Artículos de la CDI, si corresponde. Además, ésta también es una facultad inherente al mandato del Tribunal de resolver la controversia. Las Partes coinciden –y están en lo correcto al hacerlo– en que “cualquier tribunal goza de la autoridad de declarar ilícita la conducta de cualquiera de las partes en una controversia, como paso inevitable en la resolución de cualquier disputa legal” [Traducción del Tribunal]⁷¹⁴. Tal como explica el comentario de la CDI y demuestra la jurisprudencia de la CIJ/CPJI⁷¹⁵, una declaración semejante puede ser una forma de satisfacción o no serlo, según las circunstancias:

[A]unque la formulación de una declaración por una corte o tribunal competente puede considerarse una forma de satisfacción en un caso determinado, esas declaraciones no están asociadas intrínsecamente con el remedio de satisfacción. Cualquier corte o tribunal que entienda de una controversia tiene facultades para determinar la licitud del comportamiento de que se trate y presentar sus conclusiones en una declaración, como parte necesaria del proceso que lleva a fallar sobre el asunto. Esa declaración puede ser un preliminar de una decisión sobre cualquier forma de reparación, o bien puede ser el único remedio exigido⁷¹⁶.

561. El Tribunal coincide con la Demandada en que una declaración semejante no puede ser de naturaleza punitiva. El mandato del Tribunal consiste en resolver la controversia que se le plantea y no en castigar a las Partes. Dicho esto, como parte del proceso de resolución de la controversia, la declaración puede concebirse de manera no punitiva.
562. En vista de este marco jurídico, el Tribunal procederá a abordar los argumentos de las Partes sobre el fondo de la solicitud de las Demandantes.

iv. ¿La conducta de la Demandada ha redundado en el incumplimiento de sus obligaciones internacionales?

563. Las Demandantes alegan que la Demandada ha incumplido esencialmente tres categorías de obligaciones internacionales: (a) sus obligaciones sustantivas en virtud

⁷¹⁴ CSD, ¶ 45, que cita SSD, ¶ 82.

⁷¹⁵ Véanse, p. ej., *Caso relativo al Camerún Septentrional*, Camerún c. Reino Unido, Fallo de fecha 2 de diciembre de 1963, pág. 37 (“El hecho de que, cuando corresponda, la Corte puede dictar una sentencia declarativa es indiscutible” [Traducción del Tribunal]); *Caso relativo a Ciertos Intereses Alemanes en la Alta Silesia Polaca*, Alemania c. Polonia, CPJI (Fondo) 1926, pág. 19 (“[N]o hay nada que impida que la Corte se pronuncie respecto de la cuestión que consiste en determinar si [...] Polonia actúa de conformidad con sus obligaciones frente a Alemania en virtud de la Convención de Ginebra” [Traducción del Tribunal]); *Caso de Haya de la Torre*, Colombia c. Perú, Fallo de fecha 13 de junio de 1951, pág. 16; *Caso relativo al derecho de asilo*, Colombia c. Perú, Fallo de fecha 20 de noviembre de 1950, pág. 18, 26 (en que la Corte afirmó que realizar una declaración con respecto a una supuesta violación de la Convención de La Habana formaba parte del deber judicial de la Corte de resolver la disputa legal que existía entre las Partes).

⁷¹⁶ Comentario a los Artículos de la CDI, Artículo 37, ¶ 6.

de los Artículos III y IV del TBI, (b) ciertas obligaciones en virtud del Convenio CIADI, y (c) su deber de arbitrar de buena fe. El Tribunal abordará cada categoría en forma separada.

(a) *¿La conducta de la Demandada ha redundado en el incumplimiento de sus obligaciones sustantivas en virtud del TBI?*

564. Las Demandantes argumentan que, al cometer actos de hostigamiento posteriores a la expropiación (en particular, el inicio del proceso penal en Bolivia), la Demandada ha incumplido sus obligaciones de concederles trato justo y equitativo a sus inversiones y de no obstaculizar dichas inversiones a través de medidas arbitrarias y discriminatorias (Artículos IV y III del TBI, respectivamente).

565. Tal como se describiera en la Sección VI.B *supra*, las Demandantes alegan que, desde el momento en que presentaron su solicitud de arbitraje, la Demandada puso en práctica una estrategia de hostigamiento (que ellas describen como una “campaña orquestada” [Traducción del Tribunal]⁷¹⁷) a fin de evitar su responsabilidad internacional con arreglo al TBI y obligar a las Demandantes a abandonar su reclamo. Esta estrategia de hostigamiento se ve demostrada por el inicio por parte de Bolivia de inspecciones en contra de NMM y del proceso penal en contra de Allan Fosk, David Moscoso y otras personas vinculadas a la operación de Quiborax y NMM en Bolivia, así como por el Memo Interministerial de 2004 en que Bolivia expone su estrategia de defensa con respecto al arbitraje CIADI. En efecto, según las Demandantes, en su Decisión sobre Medidas Provisionales, el Tribunal aceptó que el caso penal formaba parte de la estrategia de defensa de Bolivia con respecto al presente arbitraje⁷¹⁸.

566. Las Demandantes alegan que la conducta de Bolivia supone un incumplimiento de sus obligaciones de conceder trato justo y equitativo a sus inversiones y de no obstaculizar dichas inversiones a través de medidas arbitrarias y discriminatorias. Citando el caso *Vivendi II*, las Demandantes argumentan que las medidas destinadas a frustrar los derechos de los inversionistas y a castigar a los inversionistas por ejercer su derecho de arbitrar constituyen un supuesto de trato injusto e inequitativo⁷¹⁹. De hecho, argumentan que dichas medidas son arbitrarias por naturaleza, en tanto carecen de fundamento jurídico.

⁷¹⁷ Réplica, ¶ 519.

⁷¹⁸ Réplica, ¶¶ 521-523.

⁷¹⁹ Réplica, ¶ 524, que cita *Vivendi c. Argentina II*, Laudo de fecha 20 de agosto de 2007, ¶ 7.4.45.

567. Las Demandantes niegan que el Tribunal haya resuelto sus reclamos procesales en su Decisión sobre Medidas Provisionales. Si bien el Tribunal dispuso que Bolivia debía suspender el caso penal durante el plazo de duración del arbitraje en aras de garantizar su integridad, esto no torna abstractos los reclamos sustantivos de las Demandantes en virtud de los estándares de TJE y medidas arbitrarias o discriminatorias. De la misma manera, el hecho de que el caso penal no haya afectado sustancialmente los derechos de las Demandantes en el marco del arbitraje no desmiente que el propósito de dicho caso consistiera en negarles a las Demandantes su condición de inversionistas extranjeras de conformidad con el TBI⁷²⁰.
568. La Demandada niega que su conducta redunde en el incumplimiento de su obligación de conceder trato justo y equitativo. Alega que, dado que los supuestos actos de hostigamiento cesaron luego de la revocación de las concesiones mineras, no pudieron afectar la inversión de las Demandantes, y argumenta que el Tribunal llegó a la misma conclusión en su Decisión sobre Medidas Provisionales⁷²¹. También alega que el reclamo se basa en una reconstrucción irreal y confusa de los hechos en cuanto a los actos de las autoridades fiscales y al proceso penal en curso en Bolivia. Por último, la Demandada afirma que el reclamo ha devenido abstracto, ya que el proceso penal se basaba en acusaciones de falsificación relativas a la condición de accionistas de NMM y de inversionistas bajo el TBI de Quiborax y Allan Fosc, cuestión que ya se ha abordado en la Decisión sobre Jurisdicción del Tribunal.
569. En su Decisión sobre Medidas Provisionales, el Tribunal concluyó que “[a]nalizados en forma conjunta con el Memo de 2004, la inspección y el proceso penal parec[ía]n ser parte de una estrategia de defensa adoptada por Bolivia en relación con el arbitraje ante el CIADI”⁷²². Sin embargo, el Tribunal también concluyó que no quedaba claro si dicha estrategia de defensa constituía un supuesto de hostigamiento⁷²³. Además, el Tribunal concluyó que, aunque el inicio del proceso penal exacerbó el clima de hostilidad en que se desarrollaba la controversia, no agravó la disputa⁷²⁴. A efectos de llegar a dicha conclusión, el Tribunal tuvo en cuenta el hecho de que, luego de la revocación de las concesiones mineras, las

⁷²⁰ Réplica, ¶¶ 516-518.

⁷²¹ Decisión sobre Medidas Provisionales, ¶ 138.

⁷²² Decisión sobre Medidas Provisionales, ¶ 122.

⁷²³ Decisión sobre Medidas Provisionales, ¶ 123.

⁷²⁴ Decisión sobre Medidas Provisionales, ¶ 138.

Demandantes no tuvieron más actividades o presencia en Bolivia, y que Allan Fosk (el único Demandante implicado en el proceso penal) no vivía en Bolivia. En esas circunstancias, el Tribunal rechazó las alegaciones de las Demandantes según las cuales el proceso penal las habría sometido a una “presión intolerable” a fin de que abandonaran sus reclamos.⁷²⁵

570. Las Demandantes no han ofrecido pruebas concluyentes que alteren estas conclusiones. El Tribunal está al tanto de que Bolivia no ha suspendido el procedimiento penal y de que ha adoptado diversas medidas procesales en el contexto de dicho procedimiento que involucran al Sr. Fosk, al Sr. Moscoso y a otras personas vinculadas a las Demandantes⁷²⁶. Si bien reconoce que tales medidas exacerbaron el clima de hostilidad en que se ha desarrollado el presente arbitraje, el Tribunal no está convencido de que el caso penal o las inspecciones que inició la Demandada en contra de las Demandantes con posterioridad a la expropiación de sus inversiones supongan un incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo o una obstaculización de sus inversiones. Esta conclusión se ve reforzada por el hecho de que el Tribunal ha afirmado que no goza de jurisdicción respecto de Allan Fosk.

571. En su Decisión sobre Medidas Provisionales, el Tribunal resaltó que “Bolivia tiene la facultad soberana de iniciar acciones penales por conductas delictivas dentro de su territorio, si posee los elementos justificativos suficientes”, al igual que “la facultad de investigar si los Demandantes han invertido en Bolivia de conformidad con las leyes bolivianas y presentar pruebas al respecto”, si bien al mismo tiempo subrayó que “dichas facultades deben ejercerse de buena fe y respetando los derechos de los Demandantes, incluido su derecho *prima facie* de iniciar este arbitraje”⁷²⁷. Si bien en su Decisión sobre Jurisdicción el Tribunal rechazó las acusaciones de falsificación que subyacen al proceso penal iniciado en contra de Allan Fosk y otros, confirmó que existían ciertas discrepancias en los registros societarios de NMM⁷²⁸. No le

⁷²⁵ Decisión sobre Medidas Provisionales, ¶ 138.

⁷²⁶ Véanse ¶¶ 64 y 66 *supra*.

⁷²⁷ Decisión sobre Medidas Provisionales, ¶ 123.

⁷²⁸ Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 192 (“Sobre la base su examen de la totalidad del expediente, el Tribunal constata que el recuento de los hechos de los Demandantes resulta consistente y bien documentada [*sic*]. Si bien existen algunas discrepancias a nivel documental (principalmente en cuanto a los balances generales de NMM y Río Grande para los ejercicios 2001 y 2003, respectivamente, y el la [*sic*] actas del 11 de septiembre de 2001), estas no prueban la existencia de fraude ni resultan suficientes para contrarrestar la abundante evidencia que existe en favor de los Demandantes. Por estos motivos, el Tribunal está persuadido de que Quiborax adquirió 13.636 acciones (50,995%) y Allan Fosk recibió 1 acción (0,005%) de NMM en agosto y septiembre de 2001,

corresponde al Tribunal determinar si estas discrepancias eran suficientes para justificar el inicio de acciones penales en Bolivia. No obstante, ellas confirman la conclusión del Tribunal de que Bolivia no actuó en forma injusta e inequitativa al momento de iniciar el proceso penal o las inspecciones.

572. En consecuencia, el Tribunal concluye que las Demandantes no han demostrado una conducta que suponga una violación de los Artículos III o IV del TBI derivada de una pretendida estrategia de hostigamiento luego de la presentación por parte de las Demandantes de su Solicitud de Arbitraje.

(b) *¿La Demandada ha incumplido sus obligaciones en virtud del Convenio CIADI?*

573. Las Demandantes también alegan que, a través de su conducta procesal en el marco del presente arbitraje (incluso mediante el inicio y la continuación del caso penal), la Demandada ha incumplido las obligaciones establecidas por el Convenio CIADI y le ha faltado el respeto al Tribunal, al Centro y al sistema CIADI en su conjunto⁷²⁹. En particular, las Demandantes argumentan lo siguiente:

- a. Al negarse a cumplir con la Decisión sobre Medidas Provisionales del Tribunal, la Demandada violó el Artículo 47 del Convenio CIADI⁷³⁰. Contrariamente a lo que alega la Demandada, dicha Decisión no es una simple “recomendación” [Traducción del Tribunal], sino que es vinculante para la Demandada.
- b. Al recusar a todo el Tribunal por el supuesto prejuzgamiento del caso después de tal decisión, la Demandada le ha faltado el respeto tanto al Tribunal como al sistema CIADI.
- c. Al no proceder al pago de su parte del anticipo de costas del arbitraje, ha violado el Artículo 61 y la Regla 14 del Reglamento Administrativo y Financiero.

574. La Demandada niega las alegaciones (a) y (c). En particular, argumenta lo siguiente:

- a. El incumplimiento de la recomendación de medidas provisionales del Tribunal no constituye una violación del Artículo 47 del Convenio CIADI⁷³¹. Citando los

y de que no cometieron fraude ni fabricaron pruebas para poder acceder al sistema de arbitraje del CIADI”).

⁷²⁹ Réplica, ¶¶ 533-534; 535(iii).

⁷³⁰ Réplica, ¶¶ 526, 535(i).

⁷³¹ La Demandada también ha argumentado que el derecho boliviano le impide suspender el procedimiento penal, tal como recomendará el Tribunal. Véanse, p.ej., cartas de Bolivia de fechas 2 de junio de 2014 y 12 de junio de 2015.

travaux préparatoires del Convenio CIADI y la doctrina y jurisprudencia, la Demandada alega que las medidas provisionales otorgadas con arreglo al Convenio CIADI no son vinculantes y que no se prevé sanción alguna para su incumplimiento. Los tribunales CIADI citados por las Demandantes se equivocaron al adherirse, sin un análisis independiente, a la resolución del caso *LaGrand* relativa a la naturaleza vinculante de las decisiones sobre medidas provisionales adoptadas por la CIJ.

- b. El hecho de que Bolivia no haya procedido al pago de parte del anticipo de costas no supone una violación ni del Convenio CIADI o el Reglamento Administrativo y Financiero ni del deber de buena fe de Bolivia. Ni el Artículo 61 del Convenio CIADI ni el Artículo 14(3)(d) del Reglamento Administrativo y Financiero le imponen a las partes en un procedimiento de arbitraje la obligación de pagar el anticipo de costas. En cualquier caso, Bolivia no incumplió su deber de arbitrar en forma justa y de buena fe por el mero hecho de no pagar anticipos de costas.

575. El Tribunal abordará en primer lugar la alegación de las Demandantes según la cual la Demandada ha violado el Artículo 47 del Convenio CIADI (1). Luego, procederá a analizar su alegación según la cual la Demandada ha violado el Convenio CIADI al no proceder al pago de anticipos de costas (2). En cuanto a la alegación de las Demandantes según la cual, al recusar a todo el Tribunal después de la Decisión sobre Medidas Provisionales, la Demandada le ha faltado el respeto tanto al Tribunal como al sistema CIADI, las Demandantes no invocan el incumplimiento de una obligación particular de conformidad con el Convenio CIADI. El Tribunal entiende que este es otro supuesto incumplimiento del deber de arbitrar de buena fe y, por ende, lo abordará en la sección pertinente.

(1) *¿La Demandada violó el Artículo 47 del Convenio CIADI?*

576. Las Demandantes alegan que, al no cumplir con la Decisión sobre Medidas Provisionales, la Demandada ha violado el Artículo 47 del Convenio CIADI. El hecho de que la Demandada no cumplió con estas medidas provisionales no es objeto de debate⁷³². La cuestión que surge consiste en determinar si el Artículo 47 del

⁷³² Según la Decisión sobre Medidas Provisionales, la Demandada debía “tomar todas las medidas necesarias para suspender el proceso penal identificado como Caso No. 9394/08 [...] y cualquier otro proceso penal directamente relacionado con este arbitraje, hasta que haya concluido este arbitraje o hasta que se reconsidere esta decisión, ya sea a instancia de alguna de las Partes o por iniciativa propia del Tribunal”, y “abstenerse de iniciar cualquier otro proceso penal directamente relacionado con este arbitraje o tomar cualquier otra acción que pueda poner en riesgo la integridad procesal de

Convenio CIADI le impone a la Demandada la obligación de cumplir con las medidas provisionales.

577. El Artículo 47 del Convenio CIADI establece lo siguiente:

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal, si considera que las circunstancias así lo requieren, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes.

578. Es cierto que el sentido corriente⁷³³ de esta disposición, en particular, los términos “recomendar”⁷³⁴ y “considere necesarias” no expresan la noción de una orden vinculante. Lo mismo puede decirse en cuanto al contexto; otras disposiciones del Convenio CIADI emplean un lenguaje diferente al referirse a obligaciones vinculantes⁷³⁵. De modo similar, los *travaux préparatoires* del Convenio CIADI, en la medida en la que sean relevantes como medio de interpretación complementario⁷³⁶, demuestran que un borrador anterior utilizaba la palabra “dictar” que luego fue sustituida por “recomendar”⁷³⁷.

579. A pesar de esto, los tribunales CIADI han concluido en forma consistente que gozan de la facultad de emitir órdenes vinculantes en materia de medidas provisionales⁷³⁸.

este arbitraje”. (Decisión sobre Medidas Provisionales, Sección V). El hecho de que la Demandada no haya suspendido el proceso penal identificado como Caso N.º 9394/08 no es controvertido.

⁷³³ De acuerdo con las reglas de interpretación de los tratados establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“CVDT”), esta disposición debe interpretarse “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin” (Artículo 31(1) de la CVDT).

⁷³⁴ El Artículo 39(1) de las Reglas de Arbitraje CIADI establece los procedimientos específicos aplicables a las medidas provisionales. También emplea el término “recomiende”.

⁷³⁵ Por ejemplo, los Artículos 53 y 54 del Convenio CIADI utilizan el tiempo futuro obligatorio (“shall”) en relación con los laudos.

⁷³⁶ Véase Artículo 32 de la CVDT.

⁷³⁷ Historia del Convenio del CIADI, Documento Relativos al Origen y a la Formulación del Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Volumen IV, Documentos 44-146 (1969), SID/LC/SR/16 (30 Dic. 1964), Summary Proceedings of the Legal Committee Meeting, 8 de diciembre de 1964, págs. 434-437.

⁷³⁸ Véanse, p. ej, *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España* (Caso CIADI N.º ARB/97/7), Resolución Procesal N.º 2 de fecha 28 de octubre de 1999, ¶ 9; *Pey Casado c. Chile*, Decisión sobre Medidas Provisionales de fecha 25 de septiembre de 2001, ¶¶ 17-25; *Tokios Tokelés c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/02/18, Resolución Procesal N.º 1 de fecha 1 de julio de 2003, ¶ 4; *Occidental c. Ecuador II*, Decisión sobre Medidas Provisionales de fecha 17 de agosto de 2007, ¶ 58; *City Oriente c. República del Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/06/21, Decisión sobre Medidas Provisionales de fecha 19 de noviembre de 2007, ¶¶ 51-53; *Perenco Ecuador Limited c. República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/08/6, Decisión sobre Medidas Provisionales de fecha 8 de mayo de 2009, ¶¶ 67-70; *Millicom International Operations B.V. y Sentel GSM S.A. c. República de Senegal*, Caso CIADI N.º ARB/08/20, Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales de fecha 9 de diciembre de 2009, ¶ 49; *Tethyan Copper Company Pty Limited c. República Islámica de Pakistán*,

La lógica subyacente es que estas decisiones obtienen su fuerza obligatoria de la función de los recursos provisionales, que consiste en garantizar los derechos del solicitante mientras el procedimiento se encuentra en curso. En los términos empleados por la CIJ en el contexto del caso *LaGrand*, “la facultad en cuestión se basa en la necesidad, cuando las circunstancias lo requieran, de salvaguardar los derechos de las partes de la manera determinada por el fallo definitivo de la Corte y evitar perjudicarlos” [Traducción del Tribunal]⁷³⁹. Si bien la redacción y el contexto del Artículo 41 del Estatuto de la CIJ no son estrictamente idénticos a los del Convenio CIADI (“indica” en lugar de “recomienda”)⁷⁴⁰, la función de las medidas es la misma.

580. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (el "TEDH") justifica la fuerza vinculante de sus medidas provisionales sobre la base de los mismos principios. A modo de ejemplo, en *Mamatkulov*, resaltó que las medidas provisionales dispuestas de conformidad con el Artículo 39 del Reglamento del TEDH:

[...] desempeñan un rol vital a fin de evitar situaciones irreversibles que impedirían que el Tribunal examinara la solicitud de manera adecuada y, cuando correspondiera, le garantizara al solicitante el beneficio práctico y eficaz de los derechos invocados en virtud de la Convención. Por consiguiente, en estas condiciones, el incumplimiento de medidas provisionales por parte de un Estado demandado menoscabará la eficacia del derecho de solicitud individual garantizado por el Artículo 34 y el compromiso formal del Estado previsto en el Artículo 1 de proteger los derechos y libertades establecidos en la Convención [Traducción del Tribunal]⁷⁴¹.

581. El tribunal del caso *City Oriente* adoptó esencialmente el mismo razonamiento en los siguientes términos:

[...] la interpretación teleológica del [Artículo 47 del Convenio CIADI y de la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje CIADI] deriva en la conclusión de que las medidas provisionales recomendadas son necesariamente vinculantes. El Tribunal sólo podrá disponer dichas medidas si su adopción es necesaria a fin de preservar los derechos de las partes y garantizar que el laudo cumplirá su objetivo de ofrecer protección judicial eficaz. Dichas metas sólo podrán alcanzarse si las medidas son vinculantes y comparten exactamente

Caso CIADI N.º ARB/12/1, Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandante de fecha 13 de diciembre de 2012, ¶ 120.

⁷³⁹ *LaGrand*, Alemania c. Estados Unidos de América, ICJ Rep. 466, Fallo de fecha 27 de junio de 2001, ¶ 102.

⁷⁴⁰ El Artículo 41.1 del Estatuto de la CIJ dispone que “[l]a Corte tendrá facultad para indicar [...] las medidas provisionales”, en tanto que el Artículo 94.1 de la Carta de las Naciones Unidas hace referencia expresa a la fuerza vinculante de las decisiones de la Corte, al igual que el Artículo 53 del Convenio CIADI.

⁷⁴¹ *Mamatkulov y Askarov. c. Turquía*, Solicitudes N.ºs 46827/99 y 46951/99, TEDH, Fallo de fecha 4 de febrero de 2005, ¶ 125, énfasis agregado.

la misma naturaleza vinculante que el laudo arbitral definitivo. Por ende, el Tribunal concluye que la palabra "recomendar" tiene el mismo valor que la palabra "ordenar" [Traducción del Tribunal]⁷⁴².

582. A la luz de estas razones, el Tribunal se adherirá a esta línea consistente de casos y a la evolución del derecho internacional evidenciada en la jurisprudencia de la CIJ y del TEDH. En consecuencia, resuelve que la parte operativa de la Decisión sobre Medidas Provisionales era vinculante para la Demandada y no simplemente una recomendación opcional. Por lo tanto, concluye que, al no cumplir con dichas medidas provisionales, la Demandada ha violado el Artículo 47 del Convenio CIADI.
583. Dicho esto, en vista del texto del Artículo 47 y de la evolución relativamente reciente del derecho internacional con respecto a su interpretación, el Tribunal no considera que el incumplimiento por parte de la Demandada de la Decisión sobre Medidas Provisionales suponga una violación de su deber de arbitrar de buena fe. Puede que Bolivia no haya estado al tanto de la naturaleza vinculante de estas medidas provisionales cuando no las cumplió. Asimismo, tal como se analizará en más detalle *infra*, el Tribunal concluye que el derecho subyacente que estas medidas intentaban proteger –el derecho a la integridad procesal del proceso arbitral– finalmente no se vio vulnerado. Por consiguiente, aunque la Demandada violó el Artículo 47 al no cumplir con las medidas provisionales, esta violación no constituyó un incumplimiento del deber de arbitrar de buena fe en función de los hechos del caso que nos ocupa⁷⁴³.

(2) *¿La Demandada violó el Artículo 61 del Convenio CIADI y el Artículo 14 del Reglamento Administrativo y Financiero?*

584. Las Demandantes alegan que Bolivia ha violado el Artículo 61 del Convenio CIADI y el Artículo 14 del Reglamento Administrativo y Financiero al no proceder al pago de sus anticipos de costas.
585. El Artículo 61 del Convenio CIADI habla de anticipos exclusivamente en el contexto de los procedimientos de conciliación. Guarda silencio acerca de los anticipos en el marco del arbitraje. En cambio, el Artículo 14 del Reglamento Administrativo y Financiero dispone que las partes "harán [...] pagos por adelantado" al Centro en

⁷⁴² *City Oriente c. República del Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/06/21, Decisión sobre Medidas Provisionales de fecha 19 de noviembre de 2007, ¶ 52.

⁷⁴³ El Tribunal no advierte contradicción alguna en su resolución. Puesto que las medidas provisionales adoptadas en virtud del Artículo 47 son vinculantes *per se*, su incumplimiento constituirá una violación automática del Artículo 47. Esto no da lugar necesariamente a una violación del derecho subyacente que las medidas intentan preservar; la cuestión que consiste en determinar si tales derechos se ven perjudicados dependerá de los hechos del caso.

partes iguales⁷⁴⁴. Dicha redacción efectivamente expresa una obligación de hacer pagos por adelantado.

586. El hecho de que la Demandada no haya hecho la mayor parte de los pagos por adelantado requeridos por el Centro no es objeto de debate.⁷⁴⁵ Dicho esto, tal incumplimiento puede subsanarse de manera adecuada mediante una asignación de costas, y no se necesita una sentencia declarativa para resolver la controversia en este aspecto. Por consiguiente, el Tribunal desestima la solicitud de sentencia declarativa en relación con los pagos por adelantado y tomará en cuenta el incumplimiento al momento de asignar las costas del procedimiento.

(c) *¿La Demandada incumplió su deber de arbitrar de buena fe?*

587. Por último, las Demandantes alegan que la Demandada ha incumplido una serie de deberes, todos los cuales pueden interpretarse como parte del deber de arbitrar de buena fe. En particular, las Demandantes argumentan lo siguiente:

- a. El incumplimiento por parte de la Demandada de la Decisión sobre Medidas Provisionales no sólo viola el Artículo 47 del Convenio CIADI, sino también “el principio subyacente según el cual las partes deberán abstenerse de cualquier acto que perjudique la integridad del proceso” [Traducción del Tribunal]⁷⁴⁶. En efecto, las Demandantes afirman que el Tribunal resolvió que el caso penal perjudicaba *ipso facto* la integridad del arbitraje.
- b. El hecho de que la Demandada no suspendiera el caso penal constituye un incumplimiento de su deber de abstenerse de agravar la controversia⁷⁴⁷.
- c. La Demandada ha utilizado el caso penal en su favor en el marco del presente arbitraje. Específicamente, las Demandantes alegan que Bolivia ha cuestionado la autenticidad, veracidad y corrección de los documentos societarios de NMM, al mismo tiempo que aseguraba que las personas que prepararon tales documentos (en particular, el ex-abogado de las Demandantes, Fernando Rojas) no estarían disponibles para prestar declaración durante la audiencia. También argumentan que Bolivia ha ofrecido “pruebas” obtenidas en el caso penal en sustento de sus falsas acusaciones de fraude en el contexto del

⁷⁴⁴ Artículo 14 (3)(a) y (d).

⁷⁴⁵ Véase la Sección VIII (Costas) *infra*.

⁷⁴⁶ Solicitud de Sentencia Declarativa de las Demandantes, ¶ 24.

⁷⁴⁷ Solicitud de Sentencia Declarativa de las Demandantes, ¶ 24.

presente arbitraje, entre las que se destaca la "confesión" forzada de David Moscoso. Para las Demandantes, esto constituye una violación del principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*⁷⁴⁸.

- d. La Demandada ha acusado falsamente a las Demandantes y a personas vinculadas con ellas de fraude y corrupción, sin importarle las consecuencias de tales acusaciones para los involucrados. A pesar del hecho de que, en su Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal concluyó que las Demandantes no habían incurrido en fraude ni falsificado pruebas a fin de acceder al arbitraje CIADI⁷⁴⁹, la Demandada continúa haciendo acusaciones de corrupción y fraude carentes de sustento en su Memorial de Contestación. Esta vez, la Demandada acusa al Sr. Moscoso de haber abusado de su cargo público y sobornado a senadores bolivianos a efectos de obtener las concesiones mineras de RIGSSA, sin ofrecer ninguna prueba de estas acusaciones y asegurando que el Sr. Moscoso no podría prestar declaración.
- e. La Demandada ha presentado relatos fácticos incompatibles destinados a negarles a las Demandantes acceso al arbitraje (en particular, al acusar a las Demandantes de falsear su condición de accionistas luego de la expropiación, al mismo tiempo que las acusaba de ocultar su condición de accionistas con anterioridad a la expropiación). Las Demandantes argumentan que, a través de la conducta descrita en (d) y (e), la Demandada ha incumplido su deber de arbitrar en forma justa y de buena fe⁷⁵⁰.
- f. Al recusar a todo el Tribunal por el supuesto prejuzgamiento del caso con posterioridad a la Decisión sobre Medidas Provisionales (recusación que fue rechazada por el Presidente del Banco Mundial), la Demandada le ha faltado el respeto tanto al Tribunal como al sistema CIADI.

588. La Demandada niega las alegaciones de las Demandantes. En particular, argumenta lo siguiente:

- a. La continuación del proceso penal en Bolivia no perjudica *ipso facto* la integridad del proceso arbitral. En su Decisión sobre Medidas Provisionales, el Tribunal concluyó sólo que "los Demandantes han demostrado *la existencia de*

⁷⁴⁸ Réplica, ¶¶ 527-529; 535(ii).

⁷⁴⁹ Réplica ¶ 531, que cita Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 192.

⁷⁵⁰ Réplica, ¶¶ 530-532; 535(iv).

una amenaza a la integridad procesal del proceso ante el CIADI, en especial respecto a su derecho a acceso a la prueba que podría ser aportada por posibles testigos⁷⁵¹, y no que dicha amenaza se hubiera materializado. En efecto, las Demandantes no han logrado demostrar que, en función de los hechos, el proceso penal haya impedido que las Demandantes accedieran a posibles testigos o que Bolivia lo haya utilizado de manera ilícita para presentar pruebas a efectos del presente arbitraje. En particular, las Demandantes no han demostrado que el Sr. Fernando Rojas (ex-abogado de las Demandantes en Bolivia) no estuviera disponible como testigo ni han explicado el tema acerca del cual habría prestado declaración. La aseveración de las Demandantes de que los hermanos Ugalde no estaban dispuestos a prestar declaración carece de relevancia, ya que no forman parte del caso penal. En cuanto al Sr. Moscoso, la Demandada afirma que las Demandantes no parecen considerar que su declaración sea pertinente.

- b. La continuación del proceso penal tampoco agrava la controversia. En realidad, en su Decisión sobre Medidas Provisionales, el Tribunal concluyó que el caso penal no agravó la controversia ni modificó su status quo⁷⁵².
- c. Las Demandantes no han logrado demostrar que Bolivia haya utilizado de manera ilícita el proceso penal que se tramitaba en Bolivia para presentar pruebas a efectos del presente arbitraje. Esta alegación se refiere a tres documentos (en particular, la Declaración Jurada del Sr. Moscoso (R-22) que admitía que las actas de la asamblea de accionistas de NMM celebrada el día 13 de septiembre de 2001 fueron falsificadas; el Informe Documentológico (R-146) que demostraba que la práctica de NMM consistía en pegar actas mecanografiadas de reuniones de directorio y juntas de accionistas sobre las páginas del libro en que las actas deberían haber sido escritas a mano; y una certificación del Registro de Comercio de Bolivia que demostraba, *inter alia*, que Quiborax nunca estuvo inscrita en Bolivia (R-123). Estos documentos no se obtuvieron al sólo efecto de ser utilizados en el marco del presente arbitraje. En cualquier caso, el hecho de que Bolivia obtuviera documentos que obraban en el expediente de procesos penales locales que sean relevantes para el arbitraje no puede, en sí mismo, constituir un “acto ilícito” o un incumplimiento del deber de Bolivia de arbitrar de buena fe. Las Demandantes tuvieron la oportunidad de

⁷⁵¹ Decisión sobre Medidas Provisionales, ¶ 148 (énfasis agregado).

⁷⁵² Decisión sobre Medidas Provisionales, ¶ 138.

impugnar estas pruebas, el Tribunal continúa teniendo la libertad de determinar su valor probatorio y los funcionarios de Bolivia habrían corrido el riesgo de incurrir en responsabilidad personal si hubiesen ignorado pruebas emergentes durante el proceso penal que pudieran ser relevantes a fin de desestimar la jurisdicción del Tribunal.

d. Las Demandantes no han demostrado que, al continuar el proceso penal, Bolivia haya incumplido su deber de arbitrar de buena fe. Tal alegación “es absurda y un insulto para Bolivia [;], [a]l igual que cualquier otro país, Bolivia no sólo tiene el derecho, sino también el deber, de investigar delitos graves cometidos dentro de su territorio e iniciar acciones penales respecto de ellos” [Traducción del Tribunal]⁷⁵³.

e. Las Demandantes no han logrado demostrar que las excepciones jurisdiccionales de Bolivia constituyan una conducta de mala fe que redunde en el incumplimiento del deber de buena fe de Bolivia. Los argumentos sobre jurisdicción planteados por Bolivia no son contradictorios, sino consistentes.

589. Las alegaciones de las Demandantes se refieren a distintas facetas del deber de arbitrar de buena fe. La existencia de este deber es innegable. Surge del Artículo 26 de la CVDT en relación con el Artículo X del TBI. El Artículo 26 de la CVDT dispone que “[t]odo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Tal como la CIJ estableciera en el marco del caso *Nuclear Tests*, “[u]no de los principios básicos que rigen la creación y el cumplimiento de las obligaciones jurídicas, cualquiera que sea su fuente, es el principio de buena fe. [...] la propia regla de *pacta sunt servanda* del derecho de los tratados se basa en la buena fe [...]” [Traducción del Tribunal]⁷⁵⁴.

590. A su vez, el Artículo X del TBI contiene el consentimiento del Estado Contratante con respecto a la solución de controversias entre inversionistas y Estados, incluyendo el acuerdo de arbitrar en virtud del Convenio CIADI, al que el inversionista se adhiere al iniciar un procedimiento de arbitraje⁷⁵⁵. Este compromiso de arbitrar debe cumplirse

⁷⁵³ CSD, ¶¶ 117-118.

⁷⁵⁴ *Ensayos Nucleares*, Nueva Zelandia c. Francia, ICJ Rep. 457, Fallo de fecha 20 de diciembre de 1974, ¶ 49.

⁷⁵⁵ En su Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal ya determinó que las Partes prestaron su consentimiento válido al arbitraje de conformidad con las reglas del Convenio CIADI y que la Demandada prestó consentimiento a través del Artículo X del TBI (véase Decisión sobre Jurisdicción, ¶¶ 255, 309).

de buena fe con arreglo al Artículo 26 de la CVDT. En otras palabras, las Partes deben arbitrar de buena fe.

591. Los tribunales internacionales reconocen la existencia de un deber de arbitrar de buena fe. A modo de ejemplo, el tribunal del caso *Methanex* resaltó que "cada una de las Partes Contendientes le debía en el marco del presente arbitraje un *deber legal general* tanto a la otra como al Tribunal de actuar de buena fe durante el proceso arbitral que nos ocupa" [Traducción del Tribunal]⁷⁵⁶. De modo similar, el tribunal de *Libananco* resolvió que "las partes tienen la obligación de arbitrar en forma justa y de buena fe; [...] este principio es aplicable a todo tipo de arbitraje, incluido el arbitraje de inversión, y a todas las partes, incluidos los Estados (aun en ejercicio de sus poderes soberanos)" [Traducción del Tribunal]⁷⁵⁷.
592. El principio de buena fe comprende el deber de no realizar ningún acto que pueda frustrar el objeto y fin de la obligación que han asumido las partes, incluso si el propio acto no se encontrara expresamente prohibido por las disposiciones del tratado⁷⁵⁸. Tal como subrayara la CIJ en *Gabcikovo-Nagymaros*, "[e]l principio de buena fe obliga a las partes a aplicar [la obligación] en forma razonable de manera de poder concretar su propósito" [Traducción del Tribunal]⁷⁵⁹.
593. Por ende, la obligación de arbitrar de la Demandada prevista en el Artículo X del TBI comprende el deber de no actuar de manera de menoscabar o frustrar el proceso arbitral. Esto incluye, por ejemplo, el deber de abstenerse de perjudicar la integridad procesal del arbitraje o agravar la controversia. Así, toda acción contraria al desarrollo eficaz del proceso arbitral puede redundar en el incumplimiento de este deber, incluso si dicha acción no se encuentra prohibida por los términos expresos del TBI o del Convenio CIADI.
594. En estas circunstancias, el Tribunal no está convencido que deba emitir una declaración de incumplimiento del deber de arbitrar de buena fe. Primero, el Tribunal no considera que la Demandada haya incumplido su deber de arbitrar de buena fe al

⁷⁵⁶ *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*, Tribunal CNUDMI en virtud del Capítulo XXI del TLCAN, Laudo Definitivo de fecha 3 de agosto de 2005, Parte II – Capítulo I, ¶ 54, énfasis agregado.

⁷⁵⁷ *Libananco Holdings Co. Limited c. República de Turquía*, Caso CIADI N.º ARB/06/8, Decisión sobre Cuestiones Preliminares de fecha 23 de junio de 2008, ¶ 78.

⁷⁵⁸ Oliver Dorr, Kristen Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Springer 2012, pág. 446.

⁷⁵⁹ *Proyecto Gabcikovo-Nagymaros*, Hungría c. Eslovaquia, ICJ Rep. 7, Fallo de fecha 25 de septiembre de 1997, ¶ 149, énfasis agregado.

iniciar o no suspender el proceso penal. Tal como el Tribunal ha destacado en varias ocasiones, Bolivia tiene la prerrogativa soberana de iniciar acciones penales respecto de delitos cometidos en su territorio, y ni el TBI ni el Convenio CIADI la limitan. Dada la existencia de discrepancias en los registros societarios de NMM, el Tribunal no puede concluir que el único objetivo que Bolivia perseguía al momento de iniciar el proceso penal fuera el de frustrar los derechos de las Demandantes en el contexto del presente arbitraje. El proceso penal no le causó perjuicio real alguno a los derechos procesales de las Demandantes, lo que reviste aún mayor importancia. En la Decisión sobre Medidas Provisionales, el Tribunal concluyó que el caso penal no había agravado la controversia ni modificado el status quo⁷⁶⁰. El Tribunal confirma esta conclusión: si bien el procedimiento penal indudablemente ha acrecentado el clima de hostilidad en que se desarrolló el presente arbitraje, no ha dificultado aún más la solución de la controversia⁷⁶¹. Es cierto que, en esa Decisión, el Tribunal advirtió “la existencia de una amenaza a la integridad procesal del proceso ante el CIADI, en especial respecto a su derecho a acceso a la prueba que podría ser aportada por posibles testigos”⁷⁶². Sin embargo, no se ha demostrado que esta amenaza se haya materializado. Si bien es cierto que las Demandantes no pudieron convocar a los Sres. Moscoso y Rojas como testigos, las Demandantes han aportado pruebas (incluyendo otros testigos) y han tenido la oportunidad de refutar las pruebas presentadas por la Demandada. En otras palabras, las Demandantes han tenido muchas oportunidades de que sus “reclamos y solicitudes de resarcimiento planteados en el marco del presente arbitraje [fueran] considerados y resueltos por el tribunal de arbitraje de manera justa” [Traducción del Tribunal]⁷⁶³. Las propias Demandantes parecen admitir esto, en tanto reconocen que “el caso penal no ha afectado sustancialmente los derechos de las Demandantes en el contexto del arbitraje [...]” [Traducción del Tribunal]⁷⁶⁴.

595. De modo similar, el Tribunal no considera que la Demandada haya incumplido el deber de buena fe a través de su conducta procesal en el marco del presente arbitraje. La Demandada tiene el derecho de presentar las alegaciones de hecho y

⁷⁶⁰ Decisión sobre Medidas Provisionales, ¶ 138.

⁷⁶¹ *Amco Asia c. Indonesia*, Decisión sobre solicitud de medidas provisionales de fecha 9 de diciembre de 1983, ICSID Reports, 1993, pág. 412.

⁷⁶² Decisión sobre Medidas Provisionales, ¶ 148. El Tribunal no resolvió que la continuación del caso penal perjudicara *ipso facto* la integridad del procedimiento de arbitraje, tal como han alegado las Demandantes. Simplemente reconoció la existencia de una amenaza a dicha integridad.

⁷⁶³ *Plama c. Bulgaria*, Resolución de fecha 6 de septiembre de 2005, ¶ 40.

⁷⁶⁴ Réplica, ¶ 518.

los argumentos jurídicos que elija, y el Tribunal tiene el deber de aceptarlos o rechazarlos en función de sus méritos. Más en particular, el Tribunal ha concluido que las acusaciones de fraude y corrupción de la Demandada carecen de fundamento, y lo ha establecido no sólo en su Decisión sobre Jurisdicción, sino también en este Laudo. El Tribunal considera que ello es resarcimiento suficiente para las Demandantes. El derecho de la Demandada de recusar a los miembros del Tribunal puede ser objeto de consideraciones similares. Toda parte puede ejercer este derecho si considera que se justifica en virtud del Artículo 14(1) del Convenio⁷⁶⁵, siempre que no lo haga al sólo efecto de frustrar el proceso arbitral. El Tribunal no encuentra indicio alguno en el expediente de que este fuera el caso.

596. Por las razones expuestas, el Tribunal desestima la solicitud de sentencia declarativa de las Demandantes.

3. Indemnización por daño moral

597. El Tribunal procederá a analizar la solicitud de indemnización por daño moral realizada por las Demandantes. En primer lugar, abordará las excepciones jurisdiccionales de la Demandada con respecto a esta solicitud (a), antes de proceder al fondo (b).

a. Excepciones a la jurisdicción

598. Tanto en su Dúplica como en el curso de sus alegatos de cierre durante la audiencia sobre el fondo, la Demandada alegó que el Tribunal carece de jurisdicción para pronunciarse respecto de las solicitudes de indemnización por daño moral de las Demandantes⁷⁶⁶. Al igual que en el caso de la sentencia declarativa, Bolivia argumenta que "[e]l Tribunal sólo es competente para decidir reclamos que surjan **directamente** de una inversión y no reclamos fundamentados en la actuación de los órganos judiciales de Bolivia, su conducta procesal en este arbitraje, o el supuesto acoso del que las Demandantes se dicen víctimas"⁷⁶⁷.

599. El Tribunal destaca que las Demandantes solicitaron la indemnización por daño moral en su Memorial de fecha 14 de septiembre de 2009. Durante la fase del

⁷⁶⁵ El Artículo 57 del Convenio CIADI dispone que "[c]ualquiera de las partes podrá proponer a la Comisión o Tribunal correspondiente la recusación de cualquiera de sus miembros por la carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el apartado (1) del Artículo 14".

⁷⁶⁶ Dúplica, ¶ 123; Tr., Día 3, 870:18-871:12.

⁷⁶⁷ Dúplica, ¶ 125 (énfasis en el original).

presente arbitraje dedicada a las excepciones jurisdiccionales de la Demandada, Bolivia formuló Excepciones a la Jurisdicción y presentó una Réplica sobre Jurisdicción (de fechas 30 de julio de 2010 y 13 de enero de 2011, respectivamente). Ninguno de dichos escritos alegaba que el Tribunal carecía de jurisdicción respecto de la solicitud de indemnización por daño moral y esto tampoco se planteó durante la audiencia sobre jurisdicción.

600. En consecuencia, el Tribunal concluye que las nuevas excepciones jurisdiccionales formuladas por la Demandada son extemporáneas y, por lo tanto, las rechaza. Habiendo dicho esto, si el Tribunal no hubiera resuelto que las excepciones son extemporáneas, las habría rechazado por las razones esgrimidas *infra*.

b. Fondo

i. La posición de las Demandantes

601. Las Demandantes alegan que Quiborax ha sufrido una pérdida de crédito y reputación como consecuencia de las acciones penales iniciadas en Bolivia en contra de Alan Fosk, David Moscoso y otras personas vinculadas a NMM, así como un daño respecto de sus derechos procesales ante el Tribunal, puesto que han perdido testigos importantes para su caso debido a la intimidación y la acción penal llevada a cabo por Bolivia. Como reparación, reclaman el monto de USD 4 millones⁷⁶⁸.
602. Las Demandantes argumentan que tienen derecho a recibir una indemnización por haber sufrido un daño moral "debido a la acción penal a la que han sido sometidas en Bolivia" [Traducción del Tribunal]⁷⁶⁹. Afirman que "[e]l propósito de la solicitud de indemnización por daño moral de las Demandantes consiste, en la medida de lo posible, en erradicar las consecuencias no materiales de los actos ilícitos de Bolivia" [Traducción del Tribunal]⁷⁷⁰. Contrariamente a las alegaciones de la Demandada, el propósito no consiste en castigar a Bolivia.
603. Según las Demandantes, existe un principio general en el derecho internacional que establece que los Estados están obligados a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito, incluido todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito (Art. 31 de los Artículos

⁷⁶⁸ Réplica, Sección IX(6). En el Memorial, las Demandantes habían solicitado USD 5 millones (véase Mem., ¶ 275 y Sección X(9)).

⁷⁶⁹ Mem., ¶ 266.

⁷⁷⁰ Réplica, ¶ 487.

de la CDI sobre Responsabilidad del Estado). Los sistemas jurídicos nacionales reconocen ampliamente el principio según el cual la reparación por actos ilícitos comprende la indemnización por daño moral⁷⁷¹. En el ámbito del derecho internacional, este principio fue reconocido en el caso *Lusitania* y se ha establecido también en la jurisprudencia de casos en materia de inversión⁷⁷².

604. Las Demandantes alegan que "[t]ambién es claro que las personas jurídicas pueden sufrir daños no pecuniarios" [Traducción del Tribunal]⁷⁷³. En sustento de esta afirmación, invocan a la Comisión de Derecho Internacional⁷⁷⁴, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷⁷⁵ y a los tribunales CIADI⁷⁷⁶.
605. Citando laudos en materia de arbitraje internacional⁷⁷⁷, las Demandantes argumentan que el estándar aplicable a efectos de otorgar una indemnización por daño moral se encuentra sujeto a la discrecionalidad del Tribunal. Por consiguiente, objetan la alegación de Bolivia según la cual debería aplicarse el triple criterio del caso *Lemire c. Ucrania*⁷⁷⁸, que exige (i) que los actos del Estado constituyan un maltrato en contravención de las normas de acuerdo con las cuales se espera que actúen las naciones civilizadas; (ii) que los actos del Estado causen una pérdida de reputación, y que (iii) tanto la causa como el efecto sean graves y sustanciales.
606. No obstante, si el Tribunal considerara que este criterio es efectivamente aplicable, las Demandantes están seguras de que su caso cumple con estos requisitos:

⁷⁷¹ Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, OUP (2005), pág. 37, An. CL-29.

⁷⁷² *Lusitania (EE.UU. c. Alemania)*, 1 de noviembre de 1923, 7 UNRIAA pág. 36, An. CL-19; *Benvenuti & Bonfant c. Congo*, Caso CIADI N.º ARB/77/2, Laudo de fecha 8 de agosto de 1980, ¶ 4.96, An. CL-4; *Auconven c. Venezuela*, Laudo de fecha 6 de febrero de 2008, ¶ 289.

⁷⁷³ Mem., ¶ 269.

⁷⁷⁴ James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press (2002), Comentario sobre el Artículo 36(4), An. CL-23.

⁷⁷⁵ *Comingersoll S.A. c. Portugal*, TEDH, Fallo de fecha 6 de abril de 2000 (Gran Cámara), ¶ 35, An. CL-9; *Partido de la Libertad y la Democracia (ÖZDEP) c. Turquía*, TEDH, Fallo de fecha 8 de diciembre de 1999 (Gran Cámara), ¶ 57, An. CL-10.

⁷⁷⁶ Sergey Ripinsky, *Damages in International Investment Law* (2008), pág. 310, que hace referencia a *Tecmed c. México*, Laudo de fecha 29 de mayo de 2003, ¶ 198, An. CL-27; *Yuri Bogdanov c. República de Moldavia*, Arbitraje CCE N.º V (114/2009), Laudo de fecha 22 de septiembre de 2005, An. CL-17.

⁷⁷⁷ *The Rompetrol Group 548 N. V. c. Rumania*, Caso CIADI N.º ARB/06/3 ("*Rompetrol c. Rumania*"), Laudo de fecha 6 de mayo de 2013, ¶ 289, An. R- 354; *Sr. Franck Charles Arif c. República de Moldavia*, Caso CIADI N.º ARB/11/23 ("*Arif c. Moldavia*"), Laudo de fecha 8 de abril de 2013, ¶ 591.

⁷⁷⁸ *Lemire c. Ucrania*, Laudo de fecha 28 de marzo de 2011, ¶ 333, An. R-350.

- a. "No se acepta entre las naciones civilizadas que Bolivia hubiera estado dispuesta a sacrificar la reputación de Quiborax a fin de evitar la responsabilidad internacional por sus actos ilícitos" [Traducción del Tribunal]⁷⁷⁹.
 - b. Quiborax ha sufrido una pérdida de reputación a causa de los actos ilícitos de Bolivia. Ha sido desacreditada⁷⁸⁰ y "nunca más podrá hacer negocios en Bolivia debido a las acusaciones públicas de fraude y corrupción de la Demandada en contra de la compañía" [Traducción del Tribunal]⁷⁸¹. Las Demandantes también insisten en la relación causal entre la conducta ilícita de Bolivia y el perjuicio, ya que la reputación de Quiborax en Bolivia estaría intacta si no fuera por los actos de la Demandada⁷⁸².
 - c. Las Demandantes también argumentan que "[l]a exclusión efectiva de Quiborax de su país vecino genera costos financieros sustanciales" [Traducción del Tribunal] y da lugar a la privación de importantes ventajas competitivas⁷⁸³.
607. En cuanto al monto de USD 4 millones que se reclama, las Demandantes alegan que, en tanto el daño a la reputación "es muy difícil de calcular [...] [y] dadas las incertidumbres [,] corresponde reclamar una cifra conservadora" [Traducción del Tribunal]⁷⁸⁴. Además, afirman que este monto "ayudará a poner a Quiborax en condiciones de recibir un resarcimiento por el hecho ilícito internacional. La indemnización por daño moral es la única forma de lograrlo" [Traducción del Tribunal]⁷⁸⁵.

ii. La posición de la Demandada

608. La Demandada niega que las Demandantes hayan sufrido un daño moral y alega que, en cualquier caso, el monto reclamado es desproporcionado. Según la Demandada, "[e]l reclamo por 'daños morales' presentado por las Demandantes constituye, en realidad, un reclamo de daños punitivos disfrazado"⁷⁸⁶, que pretende

⁷⁷⁹ Réplica, ¶ 506.

⁷⁸⁰ Réplica, ¶ 498.

⁷⁸¹ Réplica, ¶ 498.

⁷⁸² Réplica, ¶ 502.

⁷⁸³ Réplica, ¶ 499.

⁷⁸⁴ Réplica, ¶¶ 510-511.

⁷⁸⁵ Réplica, ¶ 512.

⁷⁸⁶ Mem. Contestación, ¶ 415.

imponerle a Bolivia un castigo ejemplar⁷⁸⁷. En opinión de la Demandada, este tipo de reclamo es inadmisibles en el contexto del derecho internacional y, por ende, debe desestimarse.

609. Aun si este Tribunal concluyera que el reclamo de daño moral no persigue un objetivo punitivo, la Demandada afirma que Quiborax no tiene el derecho de recibir compensación, dado que no se cumple con ninguna de las condiciones establecidas por la jurisprudencia internacional. Citando el caso *Lemire c. Ucrania*, la Demandada argumenta que el daño moral sólo puede asignarse en casos excepcionales, cuando

los actos del Estado supongan amenaza física, detención ilegal u otras situaciones análogas en que el maltrato contravenga las normas de acuerdo con las cuales se espera que actúen las naciones civilizadas; los actos del Estado causen un deterioro en la salud, estrés, ansiedad, sufrimiento psíquico de otro tipo, por ejemplo, humillación, vergüenza y degradación, o pérdida de reputación, crédito y posición social; y tanto la causa como el efecto sean graves o sustanciales [Traducción del Tribunal]⁷⁸⁸.

610. En consecuencia, según la Demandada, las Demandantes deben demostrar que (i) que el Estado ha cometido un acto ilícito, (ii) el acto ha causado un daño y (iii) tanto el acto como el daño revisten especial gravedad⁷⁸⁹. Según la Demandada, los tribunales internacionales han confirmado de modo constante estas tres condiciones, las que deben cumplirse de manera cumulativa⁷⁹⁰.

611. Más en particular, la Demandada alega que:

- a. Bolivia no ha actuado en forma ilícita.
- b. Quiborax no ha demostrado que haya sufrido un daño moral. Según Bolivia, la jurisprudencia en casos en materia de inversión demuestra que los tribunales han sido muy estrictos al momento de exigir pruebas concluyentes, y numerosos tribunales han desestimado solicitudes de daño moral por falta de pruebas.
- c. Quiborax no ha logrado demostrar la existencia de un nexo causal entre los actos supuestamente ilícitos de Bolivia y el presunto daño. De hecho, no hay pruebas que "permitan verificar pérdidas económicas, de crédito o de

⁷⁸⁷ Mem. Contestación, ¶ 415.

⁷⁸⁸ *Lemire c. Ucrania*, Laudo de fecha 28 de marzo de 2011, ¶ 333, An. R-350.

⁷⁸⁹ Mem. Contestación, ¶ 419.

⁷⁹⁰ *Tza Yap Shum c. República del Perú*, Caso CIADI N.º ARB/07/6, Laudo de fecha 7 de julio de 2011, ¶ 282, An. R-351.

clientes"⁷⁹¹. Asimismo, "las Demandantes deberían demostrar que dicho daño moral no es imputable a su propia conducta"⁷⁹².

- d. Ni los supuestos actos ni sus consecuencias son de naturaleza especialmente grave. Sólo hay dos casos en materia de inversión internacional en los que se otorgó una indemnización por daño moral: *Benvenuti* y *Desert Line*. El primero se resolvió *ex aequo et bono* y, por ende, tiene valor limitado como precedente. El último presentaba circunstancias verdaderamente extremas, en que se ponían en riesgo vidas humanas y, por lo tanto, no puede compararse con el presente caso.

612. Además, aun si, *par impossible*, el Tribunal considerara que hubo un acto internacional ilícito y corresponde otorgar una indemnización por daño moral, la Demandada alega que la compensación monetaria no se encuentra disponible como recurso, dado que "este tipo de daño, por definición, no es susceptible a una valoración financiera"⁷⁹³.

613. En cualquier caso, la Demandada argumenta que el monto reclamado "es exagerado y no tiene sustento alguno"⁷⁹⁴ y que los hechos que derivan en la asignación de una indemnización de USD 1 millón en concepto de daño moral en el marco del caso *Desert Line* no pueden compararse con los del caso que nos ocupa.

614. Por último, Bolivia afirma que "[e]n vista de la conducta irregular de las Demandantes en la obtención y la administración de las operaciones, este Tribunal no debe alejarse de la venerable tendencia desarrollada por los tribunales recientes, que han rechazado reclamos por daño moral en contextos similares al de esta litigación injustificada"⁷⁹⁵.

iii. Análisis

615. Las Demandantes solicitan una indemnización por daño moral por un monto de USD 4 millones⁷⁹⁶, a fin de erradicar las consecuencias no materiales de los actos

⁷⁹¹ Dúplica, ¶ 141.

⁷⁹² Mem. Contestación, ¶ 432.

⁷⁹³ Dúplica, ¶ 133.

⁷⁹⁴ Mem. Contestación, ¶ 439.

⁷⁹⁵ Dúplica, ¶ 144.

⁷⁹⁶ Réplica, Sección IX(6). En el Memorial, las Demandantes habían solicitado USD 5 millones (véase Mem., ¶ 275 y Sección X(9)).

ilícitos de Bolivia en la medida de lo posible. La Demandada se opone a esta solicitud por considerarla un reclamo encubierto de daños punitivos, que no puede prosperar bajo el derecho internacional.

616. Esta solicitud busca un resarcimiento por el perjuicio moral que supuestamente sufrieron las Demandantes, al igual que personas vinculadas a ellas, a causa de los actos de hostigamiento posteriores a la expropiación a los que Bolivia presuntamente las sometió. En particular, las Demandantes se refieren al proceso penal en contra de Allan Fosk, David Moscoso y otros. Por ende, el daño en cuestión no surge de la pérdida de las inversiones de las Demandantes, sino de actos supuestamente cometidos luego de la expropiación.
617. El Tribunal entiende que el fundamento jurídico del reclamo de daño moral de las Demandantes es la presunta violación por parte de Bolivia de los Artículos III y IV del TBI como consecuencia de estos actos de hostigamiento posteriores a la expropiación. Si bien las Demandantes no han vinculado expresamente sus reclamos en virtud de los Artículos III y IV del TBI y su solicitud de indemnización por daño moral, las Demandantes alegan que el mismo proceso penal que constituye el fundamento de parte de sus reclamos de TJE y obstaculización es también la fuente de su pérdida de crédito y reputación y de la obstaculización de sus derechos procesales en el contexto del presente arbitraje⁷⁹⁷. Por lo tanto, el Tribunal entiende

⁷⁹⁷ En sus peticiones, las Demandantes reclaman una indemnización por daño moral por los actos de hostigamiento de Bolivia posteriores a la expropiación al solicitar un laudo que haga lo siguiente:

- "Que ordene a Bolivia pagar una compensación en una suma no inferior a USD 5.000.000 en concepto del daño moral sufrido por las Demandantes **debido a los actos ilegales de hostigamiento** por parte de Bolivia, ulteriores a la pérdida de la inversión de las Demandantes en Bolivia" [Traducción del Tribunal]. (Mem., Sección X(9), énfasis agregado).
- "Que ordene a Bolivia pagar una indemnización en una suma de USD 4.000.000 en concepto del daño moral sufrido por las Demandantes **debido a la expropiación ilícita y a los actos de hostigamiento** por parte de Bolivia, ulteriores a la pérdida de la inversión de las Demandantes en Bolivia" [Traducción del Tribunal]. (Réplica, Sección IX(6), énfasis agregado). Aunque las Demandantes vinculan esta solicitud con la expropiación de sus concesiones por parte de Bolivia, no establecen dicho nexo en sus argumentos.

A su vez, los mismos peticiones caracterizan los actos de hostigamiento de Bolivia posteriores a la expropiación como violaciones del estándar de trato justo y equitativo y de la prohibición de obstaculización a través de medidas injustificadas o discriminatorias. En particular, las Demandantes solicitan un laudo que haga lo siguiente:

- "Que declare que Bolivia violó sus obligaciones en virtud del Artículo IV del TBI al no otorgarles a las Demandantes un trato justo y equitativo, al expropiar de manera ilegal la inversión de las Demandantes en Bolivia **y a través de medidas posteriores a la expropiación de la inversión de las Demandantes**" [Traducción del Tribunal]. (Réplica, Sección IX(2), énfasis agregado). Véase también Mem., ¶ Sección X(5), en la que solicitan un laudo "que declare que Bolivia incumplió sus obligaciones en virtud del Artículo IV del TBI al no concederle trato justo y equitativo a las Demandantes, al someter a las Demandantes a

que el propósito de la solicitud de indemnización por daño moral de las Demandantes consiste en reparar el daño no material causado por las supuestas violaciones de los Artículos III y IV derivadas de estos actos de hostigamiento posteriores a la expropiación. El Tribunal ya ha resuelto que la Demandada no ha violado los Artículos III y IV del TBI mediante actos de hostigamiento posteriores a la expropiación. En consecuencia, no hay fundamento para un reclamo de reparación.

618. Dicho esto, si el Tribunal hubiese admitido este reclamo, lo habría rechazado de todos modos por falta de pruebas de cualquier daño moral en específico. En efecto, el Tribunal coincide con Bolivia y *Lemire* en que el umbral para asignar una indemnización por daño moral es elevado. También comparte la opinión de Bolivia según la cual ni la postura de las Demandantes ni las pruebas que obran en el expediente satisfacen los criterios exigentes que deben cumplirse a fin de otorgar una indemnización por daño moral. Asimismo, el Tribunal comparte la opinión de otros tribunales según la cual la indemnización por daño moral es un recurso excepcional⁷⁹⁸.
619. Por lo tanto, el reclamo de daño moral es desestimado.

actos de hostigamiento destinados a obstaculizar los derechos de las Demandantes conforme al TBI" [Traducción del Tribunal].

- "Que declare que Bolivia violó sus obligaciones en virtud del Artículo III del TBI al no proteger la inversión de las Demandantes en Bolivia y al obstaculizar la libre administración, mantenimiento, uso, usufructo, extensión, transferencia, venta y liquidación, a través de medidas injustificadas y discriminatorias que consistieron en la expropiación ilícita de la inversión de las Demandantes en Bolivia **y a través de medidas ulteriores a la expropiación de la inversión de las Demandantes**" [Traducción del Tribunal]. (Réplica, Sección IX(3), énfasis agregado). Véase también Mem., Sección X(6), en la que solicitan un laudo "que declare que Bolivia incumplió sus obligaciones en virtud del Artículo III del TBI al someter a las Demandantes a medidas injustificadas y discriminatorias, que consistieron en actos de hostigamiento destinados a obstaculizar los derechos de las Demandantes conforme al TBI" [Traducción del Tribunal, énfasis agregado].

⁷⁹⁸ *Arif c. Moldavia*, Laudo de fecha 8 de abril de 2013, ¶ 592: "El elemento de la excepcionalidad debe reconocerse y respetarse. [...] Por consiguiente, el Tribunal adhiere a la mayoría de las decisiones arbitrales y resuelve que la compensación por daño moral sólo puede asignarse en casos excepcionales, cuando tanto la conducta del infractor como el perjuicio de la víctima son graves y sustanciales" [Traducción del Tribunal]; véase también *Rompetrol c. Rumania*, Laudo de fecha 6 de mayo de 2013, ¶¶ 289, 293.

VIII. COSTAS

620. Tal como se explicara en los Antecedentes Procesales⁷⁹⁹, ambas partes solicitan que se les otorgue la totalidad de las costas vinculadas al presente arbitraje, incluyendo los honorarios y gastos legales en que se hubiera incurrido en relación con el procedimiento que nos ocupa.
621. Los honorarios y gastos legales de las Demandantes ascienden a USD 7.660.375. Las Demandantes han pagado un derecho de registro no reembolsable de USD 25.000.000 y anticipado USD 1.500.000 a cuenta de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal, así como de los honorarios y gastos administrativos del CIADI, incluyendo el segundo, tercero, cuarto y quinto pago por adelantado de la Demandada⁸⁰⁰.
622. Los honorarios y gastos legales de la Demandada ascienden a USD 1.844.051,57. La Demandada le ha anticipado USD 150.000 al CIADI.⁸⁰¹
623. Las Partes no han cuestionado el hecho de que el Tribunal tenga amplia discrecionalidad para distribuir las costas del arbitraje entre las Partes, incluyendo los honorarios y gastos legales, en la forma que estime conveniente de conformidad con el Artículo 61(2) del Convenio CIADI:
- En el caso de procedimiento de arbitraje el Tribunal determinará, salvo acuerdo contrario de las partes, los gastos en que estas hubieren incurrido en el procedimiento, y decidirá la forma de pago y la manera de distribución de tales gastos, de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y de los derechos devengados por la utilización del Centro. Tal fijación y distribución formarán parte del laudo.
624. El Tribunal ha considerado todas las circunstancias del presente caso y observa, en particular, que el procedimiento se ha visto demorado en diversas ocasiones, con sus respectivas consecuencias en términos de costas, por las siguientes razones: (i) la propuesta de recusación del Tribunal por parte de la Demandada, que dio lugar a la suspensión del procedimiento, (ii) su oposición a la jurisdicción del Tribunal y (iii) su

⁷⁹⁹ Véase Sección III *supra*.

⁸⁰⁰ En particular, las Demandantes le han pagado al CIADI lo siguiente: (i) el derecho de registro de USD 25.000; (ii) su parte de los pagos por adelantado solicitados por el CIADI, por un monto de USD 825.000, y (iii) la parte de la Demandada del segundo, tercero, cuarto y quinto pago por adelantado solicitados por el CIADI, por un monto de USD 675.000 (Declaración de Costos de las Demandantes, ¶ 12 y Sección 6.1).

⁸⁰¹ La Demandada ha pagado al CIADI únicamente el primer y sexto pago por adelantado solicitado por el CIADI.

solicitud de inspección de documentos respecto de los títulos originales de acciones de NMM, que tuvo lugar en la Oficina del Banco Mundial ubicada en París. Asimismo, el Tribunal destaca que las Demandantes han resultado vencedoras en la fase de jurisdicción y han establecido violaciones de los Artículos III, IV y VI del TBI. Además, en vista de la negativa de la Demandada, las Demandantes han tenido que realizar el segundo, tercero, cuarto y quinto pago por adelantado de la Demandada al CIADI por un monto de USD 675.000.

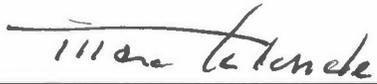
625. A la luz de estos factores y teniendo en cuenta todas las circunstancias, el Tribunal concluye en ejercicio de su discrecionalidad que es justo que la Demandada se haga cargo de su parte de las costas del arbitraje, es decir, de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal, así como de los cargos por la utilización del Centro, más el 50% de la parte de dichas costas correspondiente a las Demandantes. En concreto, la Demandada deberá (i) reembolsarle a las Demandantes el segundo, tercero, cuarto y quinto pago por adelantado que las Demandantes efectuaron al CIADI en nombre de la Demandada, por un total de USD 675.000, y (ii) abonarle a las Demandantes un monto adicional equivalente al 50% de la participación de las Demandantes a las costas efectivas del arbitraje, que se reflejarán en el informe financiero final del CIADI respecto del procedimiento. Esta distribución no incluye el derecho de registro, que continuará siendo a cargo de las Demandantes. El Tribunal, por mayoría, considera justo que cada Parte se haga cargo de sus propios honorarios legales y demás costos y gastos en que hubiera incurrido en relación con el caso.⁸⁰²

IX. DECISIÓN

626. Por las razones expuestas en este Laudo, el Tribunal resuelve lo siguiente:
- a. La Demandada ha violado el Artículo VI del TBI al expropiar las inversiones de las Demandantes en Bolivia sin cumplir con los requisitos establecidos en dicho Artículo;
 - b. La Demandada ha violado el Artículo IV(1) del TBI al no garantizar un trato justo y equitativo dentro de su territorio a las inversiones de las Demandantes;

⁸⁰² El árbitro Lalonde habría preferido que se hubiese ordenado a la Demandada hacerse cargo del 50% de los honorarios y gastos de representación legal de las Demandantes.

- c. La Demandada ha violado el Artículo III(2) del TBI al obstaculizar la libre administración, mantenimiento, uso, usufructo, extensión, transferencia, venta y liquidación de las inversiones de las Demandantes a través de medidas injustificadas o discriminatorias;
- d. Como consecuencia de las violaciones del TBI por parte de la Demandada, la Demandada pagará a las Demandantes una indemnización de daños y perjuicios por un monto de USD 48.619.578;
- e. La Demandada pagará intereses respecto del monto especificado en el inciso (d) *supra* a la tasa LIBOR a 1 año + 2%, compuesta en forma anual, calculados desde el día 1 de julio de 2013 hasta la fecha de su pago total;
- f. La Demandada se hará cargo de su parte de las costas del arbitraje así como del 50% de la parte de dichas costas correspondientes a las Demandantes. Por consiguiente, la Demandada pagará a las Demandantes USD 675.000, y también el equivalente al 50% de la participación de las Demandantes a las costas efectivas del procedimiento tal y como se refleje en el informe financiero final del CIADI respecto del procedimiento;
- g. Cada Parte se hará cargo de los honorarios y gastos en que haya incurrido a efectos de la preparación y presentación de su caso;
- h. Todos los demás reclamos o petitorios son desestimados.



The Hon. Marc Lalonde P.C., O.C., Q.C.
Árbitro

Fecha: **SEP 15 2015**



Prof. Brigitte Stern
Árbitro

Fecha: **SEP 07 2015**
Sujeto a su opinión parcialmente disidente



Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler
Presidente del Tribunal

Fecha: **SEP 03 2015**

OPINIÓN PARCIALMENTE DISIDENTE

1. Si bien tengo gran respeto y estima por mis distinguidos colegas y, en general, coincido con el resultado del laudo, no puedo coincidir con ellos respecto de conclusiones legales significativas, que, en mi opinión, tienen consecuencias de amplio alcance para el equilibrio global del sistema de arbitraje internacional en materia de inversiones y, como tales, revisten importancia para las Partes.
2. Para que quede claro, coincido con la mayoría en que ha habido una expropiación ilícita, puesto que no siguió el debido proceso y fue discriminatoria. Esta opinión no está escrita con el fin de tomar posición respecto al monto otorgado al inversor, un asunto que no es tratado, sino que se refiere al método utilizado para calcularlo. .
3. Así, tal como afirmara Lao-Tseu, “*le but n'est pas seulement le but, mais le chemin qui y conduit*” (“el propósito no es sólo la meta, sino el camino hacia ella”). Disiento fundamentalmente tanto respecto al enfoque teórico seguido como de su aplicación concreta a los hechos del caso, tal como lo hizo la mayoría.
4. A fin de tratar una alegada expropiación, cualquier tribunal ha de seguir tres pasos:
 - la calificación jurídica de la expropiación (I);
 - el establecimiento del estándar de compensación (II);
 - el método de cuantificación de la compensación (III).
5. Mi principal desacuerdo con mis colegas se concentra en el método utilizado a efectos de cuantificar el monto de compensación apropiado para la expropiación ilícita. No obstante, procederé a comentar brevemente los otros dos pasos en aras de presentar un análisis coherente.

I. La calificación jurídica de la expropiación

6. En lo que respecta a la calificación jurídica de la expropiación, coincido con que, en este caso concreto, el Tribunal se enfrentaba a una expropiación ilícita. Sin embargo, sería más imperativo que el Laudo en cuanto a la línea divisoria teórica entre una expropiación lícita y una ilícita. En efecto, hay un complejo debate permanente en relación con los estándares de compensación en el caso de una “expropiación lícita” y una “expropiación ilícita”, que deriva de algunas incertidumbres relativas a la distinción entre estos dos conceptos.

7. En este aspecto, en el Laudo se sostiene que “(e)l Tribunal está de acuerdo con las Demandantes en que el TBI no establece el estándar compensatorio para los actos internacionalmente ilícitos. El Artículo VI(2) del TBI establece el estándar compensatorio para las expropiaciones lícitas y es posible que incluya las expropiaciones que cumplan con todos los requisitos de legalidad con excepción del pago de una compensación”¹. Aunque el foco principal de este disenso no consiste en extenderse en la distinción entre expropiación lícita e ilícita, me gustaría señalar aquí que habría eliminado la frase “es posible que” en la oración del Laudo citada *supra*. De hecho, al hacerlo, soy fiel a las conclusiones del caso *Chorzów*² en el que la CPJI explicó la diferencia entre una expropiación lícita y una ilícita del siguiente modo:

El acto de Polonia que, según la Corte, es contrario a la Convención de Ginebra **no constituye una expropiación - para tornarlo lícito, sólo habría faltado el pago de una compensación justa**; constituye **una confiscación de bienes** y derechos **que no podrían expropiarse ni siquiera contra el pago de una compensación**”³[Traducción del Tribunal].

8. En realidad, no debería perderse de vista que, en principio, los Estados gozan de la facultad soberana de expropiar. Toda expropiación semejante debe respetar determinadas condiciones – interés público, debido proceso legal, no discriminación – y, si se lleva a cabo de conformidad con dichas condiciones, supone, en consecuencia, una obligación de compensar. Esto surge con bastante claridad de la Resolución 1803 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que dispone lo siguiente:

¹Laudo, § 326.

²*Fábrica de Chorzów*, Fallo sobre el Fondo, 13 de septiembre de 1928, *P.C.I.J. Reports*, Serie A, N.º 17 (“*Chorzów*”), pág. 46.

³ El Laudo efectivamente reconoce la existencia de dicha distinción en su § 370, donde establece que la CPIJ en el caso *Chorzów* “se encuentra ante una expropiación que es ilícita no sólo por falta de pago de compensación”.

La nacionalización, la expropiación o la requisición deberán fundarse en razones o motivos de utilidad pública, de seguridad o de interés nacional, los cuales se reconocen como superiores al mero interés particular o privado, tanto nacional como extranjero. **En estos casos se pagará al dueño la indemnización correspondiente**, con arreglo a las normas en vigor en el Estado que adopte estas medidas en ejercicio de su soberanía y en conformidad con el derecho internacional.⁴

Esto refleja la idea de que algunas expropiaciones no están autorizadas y otras están autorizadas. Si las condiciones para una expropiación autorizada no se cumplen o si la propia expropiación está prohibida por un tratado internacional, tal como ocurrió en el caso *Chorzów*, la expropiación debe considerarse ilícita.

9. En suma, *Chorzów* nos permite concluir que, de un lado de la línea divisoria, se encuentran las expropiaciones ilícitas que no están autorizadas y, del otro lado, se encuentran las expropiaciones lícitas, incluidas las expropiaciones a las que, para tornarlas lícitas, sólo falta el pago de una compensación justa.

10. El hecho de que una expropiación a la que sólo le falta la compensación justa deba tratarse de la misma manera que una expropiación lícita, ha sido reconocido recientemente por el tribunal del caso *Mobil c. Venezuela*, que estableció lo siguiente:

Sin embargo, el mero hecho de que un inversor no haya recibido compensación no convierte en sí mismo a una expropiación en ilegal⁵.

11. En el caso *Tidewater c. Venezuela*, se ha afirmado, aún más recientemente, lo siguiente:

A los fines presentes, es suficiente concluir que la expropiación que nos ocupa fue lícita, dado que sólo exige una indemnización, una cuestión que las Partes delegaron en este Tribunal para su determinación según los estándares prescriptos en el TBI⁶.

12. El mismo análisis también se había realizado anteriormente en la Decisión sobre Responsabilidad y Fondo del caso *ConocoPhillips c. Venezuela*, en la que una expropiación lícita se describe como una expropiación que sólo carece del pago del valor de la inversión al momento de la expropiación:

⁴ Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General de fecha 14 de diciembre de 1962, "Soberanía permanente sobre los recursos naturales". Énfasis agregado.

⁵ *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd. y Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB/07/27, Laudo del Tribunal, 9 de octubre de 2014, § 301.

⁶ *Tidewater Investment Srl, Tidewater Caribe, CA c. La República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB/10/5, Laudo, 13 de marzo de 2015, § 146.

... los casos citados por la Demandada en los que el Tribunal fijó la compensación por referencia al valor de la propiedad al momento de la expropiación son casos en los que la expropiación fue lícita y el único hecho supuestamente ilícito fue el incumplimiento en el pago del valor de la inversión a ser fijado, ya sea en los términos del tratado pertinente o del derecho internacional consuetudinario, al momento de la expropiación⁷.

13. Luego de aclarar tal distinción, la CPJI presentó “los principios rectores según los cuales puede determinarse el monto de compensación” [Traducción del Tribunal]⁸ y explicó que la compensación no había de ser la misma en ambas situaciones.

II. El establecimiento del estándar de compensación

14. En lo que respecta al estándar de compensación, la CPJI indicó claramente en *Chorzów* que dicho estándar es diferente en el caso de expropiación lícita o ilícita.

15. Si las condiciones para una expropiación autorizada se cumplen, la expropiación debe considerarse una expropiación legal. De hecho, la cuestión que consiste en determinar si corresponde proceder a compensación o reparación sólo puede resolverse cuando existe una calificación del acto supuestamente expropiatorio, sea por acuerdo (inusual), por un tribunal nacional o por un tribunal internacional. Esto tiene importantes consecuencias teóricas. Una de ellas es que, en tanto no se haya determinado en forma definitiva si existe o no expropiación, y si es o no ilegal, no surge la obligación de compensar o reparar. Por lo tanto, el estándar de compensación adecuado puede aplicarse recién después de que se haya determinado si la expropiación es lícita o ilícita.

16. En el caso de una expropiación lícita, incluida una expropiación a la que, para tornarlo lícita, sólo habría faltado el pago de una compensación justa, el estándar de compensación aplicable es el de **compensación justa**:

Por ende, la compensación debida al gobierno alemán no se limita necesariamente al valor del emprendimiento al momento de la desposesión, más intereses a la fecha de pago. Esta limitación sólo sería admisible si el Gobierno polaco hubiera tenido el derecho de expropiar y **si su acto ilícito consistiera simplemente en no haberles pagado a las dos Compañías el precio justo de lo que se expropió**; en el presente caso, una limitación de tal naturaleza ... sería lo mismo

⁷*ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. y ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB/07/30, Decisión sobre Jurisdicción y Fondo, 3 de septiembre de 2013, (“*ConocoPhillips*”), § 342.

⁸*Chorzów, op. cit.*, nota 2, pág. 46.

que hacer que la liquidación lícita y la desposesión ilícita fueran idénticas en lo que respecta a sus resultados financieros⁹ [Traducción del Tribunal].

17. Esta compensación justa es el valor del emprendimiento a la fecha de la expropiación más intereses. En otras palabras, una expropiación, a la que sólo le falta una compensación justa para ser lícita, debe tratarse como una **expropiación posiblemente lícita (o una expropiación posiblemente ilícita hasta tanto el tribunal haya otorgado la compensación debida para que la expropiación sea legal)**: esto se debe a que, tan pronto como se otorga la compensación justa necesaria para una expropiación lícita, la situación se ha restablecido y dicha condición para una expropiación lícita se ha cumplido.

18. En el caso de una expropiación ilícita, el estándar de compensación aplicable es el de **reparación íntegra**:

El principio fundamental contenido en la noción real de acto ilegal ... consiste en que la reparación, en la medida de lo posible, debe eliminar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer **la situación que, muy probablemente, habría existido** si dicho acto no se hubiera cometido. **La restitución en especie o, si esta no es posible, el pago de una suma que coincida con el valor que tendría una restitución en especie**; el otorgamiento, en caso de ser necesario, de una indemnización de daños por la pérdida sufrida que no sería cubierta por la restitución en especie o el pago en su lugar – esos son los principios que serían aplicables para un acto contrario al derecho internacional¹⁰ [Traducción del Tribunal].

19. Habiendo dicho esto, el Laudo indica correctamente el estándar de compensación aplicable en el caso de expropiación ilícita.

El Tribunal está de acuerdo con las Demandantes en que el TBI no establece el estándar compensatorio para los actos internacionalmente ilícitos.

...

Esta reparación debe ser “íntegra”, es decir, debe eliminar todas las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito y restituir a la parte perjudicada a la situación que habría existido si el hecho no se hubiese cometido. Si la restitución en especie es imposible o impracticable, la indemnización otorgada debe erradicar todas las consecuencias del hecho ilícito. En este

⁹*Chorzów, op. cit.*, nota 2, pág. 47. Énfasis agregado. En el mismo sentido, en el caso *Amoco*, el tribunal concluyó que la expropiación era lícita excepto por la falta de compensación y, por consiguiente, se comprometió a determinar el monto de compensación debido mediante un análisis exhaustivo del caso *Chorzów Factory*. En este caso, el Tribunal de Reclamaciones Irán-EE. UU. dejó el claro que “la compensación que ha de pagarse en el caso de **una expropiación lícita (o de una confiscación que a la que sólo le falta el pago de una compensación justa para ser lícita)** se limita al **valor del emprendimiento al momento de la desposesión**” [Traducción libre]. *Amoco International Finance Corporation c. República Islámica de Irán*, reimpreso en 15 Iran-US Claims Tribunal, Caso N.º 189, Laudo Parcial N.º 310-56-3, 24 de julio de 1987, con una Opinión Concurrente del Juez Brower § 196, énfasis agregado.

¹⁰ *Chorzów, op. cit.*, nota 2, pág. 47. Énfasis agregado. El tribunal de *Amoco* adoptó exactamente el mismo razonamiento, siguiendo las declaraciones de la CPJI paso a paso.

respecto, el Artículo 36 de la CDI dispone que “[e]l Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho...”¹¹

20. Estoy de acuerdo con estas afirmaciones con un *caveat*. El *caveat* es que este párrafo no menciona la expresión “con toda probabilidad”, la cual considero de suma importancia, tal y como se desarrollará posteriormente en esta opinión.

21. De hecho, la mayoría también estableció en el párrafo 372 del Laudo, citando el lenguaje exacto del caso *Chorzów* que:

...sobre la base de que “la reparación debe, en la medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que con toda probabilidad habría existido si dicho acto no se hubiera cometido”,[Traducción del Tribunal] la Corte concluyó que una expropiación ilícita “comprende la obligación de restituir la empresa y, si esto no fuere posible, pagar su valor *al momento de la indemnización*, que es el valor destinado para reemplazar la restitución que se ha tornado imposible”¹² [Traducción del Tribunal]

22. Me gustaría citar los mismos extractos de la decisión de *Chorzów* pero con un énfasis diferente.

... sobre la base de que “la reparación debe, en la medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que *con toda probabilidad* habría existido si el acto no if that act had not been committed”, the Court concluded that an unlawful expropriation “involves the obligation to restore the undertaking and, if this be not possible, to pay its value at the time of the indemnification, which value is designed to take the place of restitution which has become impossible..

23. En conclusión, y en forma simplificada, lo que surge del caso *Chorzów* es que la compensación por una expropiación lícita es una compensación justa representada por el valor del emprendimiento al momento de la desposesión, y que la reparación en el caso de la expropiación ilícita es la restitución en especie o lo que, con **toda probabilidad**, habría sido su valor al momento de la indemnización, es decir, el momento del fallo.

24. Por ende, puede decirse que el Tribunal es unánime al considerar que la “reparación íntegra” debe otorgarse en caso de expropiación ilegal. La principal diferencia entre mi análisis y el de mis co-árbitros es que considero que la reparación íntegra es aquella prevista con toda probabilidad al momento de la expropiación, mientras que la mayoría considera que es la

¹¹ Laudo, § 326 y 328. Se omiten los pies de página.

¹² Laudo, § 372. Énfasis en el Laudo; se omiten los pies de página. Las dos citas son respectivamente de págs. 47-48 y pág. 48 de *Chorzów*.

reparación íntegra reconstruída en el mundo existente al momento del laudo, el cual podría ser un mundo completamente diferente al existente al momento de la expropiación, tal como se explica ahora en más detalle.

III. El método de cuantificación de la compensación

25. Una vez que se acepta la distinción entre expropiación lícita e ilícita, este enfoque teórico debe traducirse en cifras. En otras palabras, los daños deben cuantificarse. Mi análisis se aleja fundamentalmente del enfoque adoptado en el Laudo en lo que respecta al método de cuantificación de los daños. Primero y principalmente, disiento del enfoque teórico en el que se basa el análisis de la mayoría, pero – tal como ya se ha indicado – también discrepo con la aplicación concreta de las premisas teóricas a los distintos elementos del caso, que, a mi juicio, resulta contradictorio e incoherente.

1. El enfoque teórico

26. La mayoría ha expuesto su enfoque de la siguiente manera: “El Tribunal ha determinado por mayoría que la valuación *ex post* es en general apropiada en el presente caso, lo que implica calcular el valor a la fecha del Laudo, en principio, empleando información *ex post*”¹³. Sin embargo, mis colegas no desarrollaron lo que hacía que el enfoque adoptado fuera “generalmente apropiado” en el caso que nos ocupa.

27. Partiendo de la idea – no cuestionada – que, en el caso de expropiación ilícita, debería haber reparación íntegra (que, en *Chorzów*, implicaba simplemente que las ganancias probables hasta la fecha del fallo debían sumarse al valor perdido a la fecha de la expropiación), la mayoría adoptó de hecho un análisis *ex post* “doble”, es decir, un análisis realizado a la fecha del Laudo Y en retrospectiva, en otras palabras, empleando información posterior a la expropiación.

¹³Laudo, § 422.

28. La mayoría intenta justificar su enfoque sobre la base de lo que se describe como un análisis cuidadoso del caso *Chorzów*¹⁴ así como de las posiciones adoptadas por “[v]arios tribunales de arbitraje de inversión”¹⁵.

29. En mi opinión, el análisis cuidadoso de *Chorzów* no sustenta el enfoque de la mayoría, y no puede discutirse que hay muy pocos laudos que hayan adoptado un análisis *ex post* tal como el que se ha utilizado aquí. Estos dos puntos se desarrollarán a continuación.

Análisis cuidadoso del caso Chorzów

30. Comenzaré con una reseña de las conclusiones de la CPJI, en el marco jurídico y económico de comienzos del siglo XX. En primer lugar, para poner las cosas en perspectiva, cabe destacar que, si la Corte efectivamente consideraba que, en el caso de una expropiación ilícita, la reparación íntegra implicaba el pago de una compensación que incluyera lo que entonces se denominaba *damnum emergens* y *lucrum cessans*, no consideraba el lucro cesante “futuro”, teniendo en cuenta sólo las ganancias probables perdidas entre la fecha de la expropiación y la fecha del fallo. **En otras palabras, *Chorzów* en ningún caso tuvo en cuenta el lucro cesante POSTERIOR a la fecha del fallo.**

El principio básico establecido en *Chorzów*, tal como ya se ha indicado, señala que la reparación debería restablecer la situación que *con toda probabilidad* habría existido en ausencia del acto ilegal.

31. Este principio básico debe traducirse en términos monetarios. A fin de lograrlo, esto es, de tratar de determinar la compensación que ha de otorgarse a la parte demandante expropiada en el caso de expropiación ilícita, la CPJI decidió recurrir a una investigación pericial. Planteó dos preguntas que son las siguientes:

I. - A. **¿Cuál era el valor**, al día 3 de julio de 1922, expresado en Reichsmarks actualizado al momento actual, del emprendimiento destinado a la fabricación de productos de nitrato cuya fábrica estaba situada en Chorzów, en la Alta Silesia Polaca, en el estado en el que se encontraba dicho emprendimiento (incluidas las tierras, los edificios, equipos, stocks y procesos a su

¹⁴ Laudo, § 371: “La mayoría ha llegado a esta conclusión después de analizar cuidadosamente el razonamiento de la CPJI en el marco del caso *Chorzów*”. Véanse, más en general, §§ 371-378.

¹⁵Laudo, § 378.

disposición, contratos de suministro y entrega, valor llave y perspectivas futuras), en la fecha indicada, en manos de Bayerische y Oberschlesische Stickstoffwerke?

B. ¿**Cuáles habrían sido** los resultados financieros, expresados en Reichsmarks actualizados al momento actual (**ganancias y pérdidas**), que **probablemente** habrían derivado del emprendimiento así constituido, desde el día 3 de julio de 1922 y hasta la fecha del fallo actual, si hubiera estado en manos de las Compañías mencionadas?

II. - ¿**Cuál sería el valor** a la fecha del fallo actual, expresado en Reichsmarks actualizado al momento actual, del mismo emprendimiento (Chorzów) si dicho emprendimiento (incluidas las tierras, los edificios, equipos, stocks y procesos a su disposición, contratos de suministro y entrega, valor llave y perspectivas futuras) hubiera continuado en manos de Bayerische y Oberschlesische Stickstoffwerke ...?¹⁶ [Traducción libre].

32. En aras de desarrollar los postulados subyacentes de la valuación al momento del fallo, la CPJI indicó claramente que, a diferencia de la primera valuación al momento de la expropiación a la que debería sumarse el lucro cesante, en principio, no debería sumarse lucro cesante alguno a la valuación realizada a la fecha del fallo, en términos ambiguos:

En cuanto al *lucrum cessans*, en relación con la Pregunta II, cabe resaltar que el costo de mantenimiento de los objetos corpóreos que forman parte del emprendimiento e incluso el costo de mejora y desarrollo normal de la instalación y de la propiedad industrial incorporada a ella deben absorber, en gran medida, las ganancias, reales o supuestas, del emprendimiento. Por lo tanto, hasta cierto punto, **cualquier ganancia puede no contabilizarse, en tanto se incluirá en el valor real o supuesto del emprendimiento al momento actual** [Traducción libre]¹⁷.

33. Es interesante destacar que, de hecho, la CPJI utilizó dos métodos de cálculo de la compensación debida en reemplazo de la restitución en el caso de expropiación ilícita:

- uno a la fecha de la confiscación, según el cual la compensación debería calcularse como si incluyera el valor basado en activos del emprendimiento al momento de la interferencia más el hipotético lucro cesante probable hasta la fecha del fallo.
- otro a la fecha del fallo, cuya hipotética valuación basada en activos debía incluir *ipso facto* la mayor parte del hipotético lucro cesante probable hasta la fecha del fallo¹⁸.

¹⁶Chorzów, *op. cit*, nota 2, págs. 51-52. Énfasis agregado.

¹⁷*Id.*, pág. 53. Énfasis agregado.

¹⁸ En efecto, la Corte efectivamente dijo que podía sumarse el lucro cesante que no estaría comprendido en el valor contable al momento del laudo.

34. El tribunal de *Amoco* ha reiterado la misma idea que la expresada por la CPJI:

La Corte considera que, en esta segunda hipótesis [evaluación a la fecha del fallo] **las ganancias, reales o supuestas, devengadas entre la confiscación y el fallo, en su mayor parte, se incorporarían al valor supuesto del emprendimiento al momento del fallo**, puesto que habrían sido absorbidas por el costo de mantenimiento de los bienes corpóreos y de mejora y desarrollo normal de la instalación ... No obstante, si quedara “un margen de ganancia”, “debería sumarse a la compensación a otorgarse”. Por el contrario, si una inversión de capital nuevo hubiera sido necesaria para el desarrollo normal del emprendimiento, el monto de dichas sumas debería deducirse¹⁹ [Traducción libre].

35. En términos simples, el enfoque adoptado por la CPJI en el marco del caso *Chorzów*, seguido por la decisión de mayoría del Tribunal de Reclamaciones Irán-EE. UU. en el contexto del caso *Amoco*, consideraba que, en el caso de expropiación lícita, todo lo exigible era el valor de lo que se perdió al momento de la expropiación, mientras que, en el caso de expropiación ilícita, lo exigible era la reparación íntegra, que suponía compensar por lo que se perdió al momento de la expropiación más lo que probablemente se habría ganado hasta el momento del fallo o laudo.

36. Cabe subrayar que el Juez Brower en una Opinión Concurrente en el caso *Amoco* disintió de las conclusiones de *Chorzów* y *Amoco*, dos decisiones que no consideran que debería otorgarse lucro cesante en el caso de expropiación lícita, tal como se mencionara recién:

En mi opinión, el caso *Fábrica de Chorzów* presenta un esquema simple: Si la expropiación es lícita, la parte afectada ha de recibir una indemnización de daños equivalente al “valor del emprendimiento” que haya perdido, incluidas las posibles ganancias futuras, a la fecha de la confiscación; sin embargo, en el caso de confiscación ilícita, la parte damnificada ha de ser efectivamente restituida al goce de su propiedad o, en el supuesto de que esto fuera imposible o inviable, ha de recibir **una indemnización de daños equivalente al mayor de los siguientes**: i) el valor del emprendimiento a la fecha de la pérdida (una vez más, incluido el lucro cesante), determinado sobre la base de información disponible a tal fecha, y ii) su valor (del mismo modo, incluido el lucro cesante) demostrado por su probable desempeño después de la fecha de la pérdida y antes de la fecha del laudo, en función de la verdadera experiencia posterior a la confiscación, más (en cualquiera de los casos) daños indirectos²⁰. [Traducción libre].

37. Parece que la solución posteriormente adoptada en *ADC*, que se mencionará *infra*, ya se encontraba descrita brevemente en esta Opinión Concurrente del Juez Brower.

¹⁹*Amoco*, op. cit., nota 8, § 204.

²⁰ Opinión Concurrente en *Amoco*, op. cit., nota 8, §§ 17-18. Énfasis agregado.

38. Desafortunadamente, la CPJI nunca tuvo que abordar los resultados de la investigación pericial, ya que las partes lograron un acuerdo transaccional y el caso no llegó a la fase de cuantificación. Esto ha facilitado muchas interpretaciones inexactas del caso *Chorzów*. No obstante, pueden subrayarse una serie de elementos.

39. Según la Corte, parece que **ambas valuaciones eran hipotéticas**: la primera incluía las ganancias probables que podían preverse a la fecha de la expropiación (“los resultados financieros ... que probablemente habrían derivado del emprendimiento ...”), en tanto que la segunda buscaba el valor probable a la fecha del fallo (“Cuál sería el valor a la fecha del fallo actual ...”). Este último punto ha sido resaltado por el tribunal de *Amoco*:

El otro método utilizado por la Corte a fin de “eliminar” las consecuencias de la confiscación ilícita consiste en una estimación del valor del emprendimiento al momento del fallo. La valuación del emprendimiento es exactamente la misma, con los mismos componentes. Sólo cambia la fecha. Asimismo, **la valuación es hipotética**, dado que se refiere al emprendimiento como habría sido si hubiera continuado en manos de los propietarios expropiados [Traducción del Tribunal]²¹.

40. Además, creo que, si la CPJI sugirió claramente que un método posible consistía en utilizar la fecha del laudo para evaluar el bien expropiado, no parece que la CPJI hubiera considerado la posibilidad de emplear información *ex post*. Siempre insistí en el hecho de que las evaluaciones habían de realizarse “muy probablemente”, lo que, en mi opinión, bien podría excluir la consideración de datos reales. **El propósito de la reparación consiste en compensar las consecuencias del acto ilegal del Estado, apreciadas a la fecha de dicha expropiación, y no las consecuencias de alguna posterior evolución de los precios o evolución de la demanda u otras circunstancias.**

41. Para resumirlo en términos simples, tanto la CPJI en el caso *Chorzów* como el tribunal de *Amoco* que siguió las instrucciones dadas por la CPJI, consideraban que, en el caso de expropiación lícita, todo lo exigible es una compensación justa equivalente al *damnum emergens*, mientras que, en el caso de expropiación ilícita, la compensación de comprender tanto el *damnum emergens* como el *lucrum cessans*.

²¹*Amoco, op. cit.*, nota 8, § 204. Énfasis agregado.

42. El problema es que la evolución del análisis económico y de las herramientas económicas ha tornado muy diferente la distinción entre *damnum emergens* y *lucrum cessans*. De hecho, el uso del método FFD²², que se ha generalizado a fin de calcular el valor justo de mercado de una empresa, incorpora, por así decirlo, el *lucrum cessans* al cálculo del *damnum emergens*. El vocabulario ha cambiado, pero esto no significa que, en el caso de expropiación ilícita, el lucro cesante hasta el momento del laudo no deba sumarse al valor de la empresa al momento de la expropiación. Retomaré esta cuestión *infra*.

Análisis de la jurisprudencia

43. La mayoría invoca jurisprudencia en sustento de su enfoque. No obstante, el análisis de la jurisprudencia de los tribunales de arbitraje de inversión demuestra que, en la abrumadora mayoría de los casos que han abordado una expropiación ilícita, se adoptó la fecha de la expropiación a fin de calcular los daños, en función de lo que era previsible a esa fecha. Es indiscutible que las decisiones que adoptaron una valuación *ex post* – en la interpretación amplia utilizada por la mayoría – son muy escasas: de hecho, la propia mayoría, en la nota al pie relativa a los “varios tribunales de arbitraje de inversión”, menciona sólo cuatro casos basados en tratados: *ADC c. Hungría*, *Siemens c. Argentina*, *ConocoPhillips c. Venezuela* y *Yukos c. Rusia*. Estos son – a mi leal saber y entender – los ÚNICOS casos²³ en casi treinta años de arbitrajes de inversión que adoptaron la fecha del laudo e información *ex post*, a diferencia de los cientos de casos que se basaron en la fecha de expropiación y en lo que era previsible a esa fecha. En otras palabras, **los cientos de laudos que han otorgado, en el caso de expropiación tanto lícito como ilícita, el valor justo de mercado del bien expropiado, evaluado a la fecha de la expropiación, con el conocimiento de ese momento.**

²² El análisis del flujo de fondos descontados (FFD) es un método de valuación de un proyecto o una compañía en función del valor del dinero en el tiempo. Todos los flujos de fondos futuros son estimados y descontados a fin de calcular sus valores actuales. La suma de todos los flujos de fondos futuros, tanto entrantes como salientes (el resultado de estos flujos de fondos entrantes y salientes representa las ganancias), es el valor actual neto, que se toma como el valor o precio de los flujos de fondos en cuestión: “‘Valor de flujo de fondos descontados’ significa los ingresos en efectivo realísticamente esperados de la empresa en cada año futuro de su vida económica razonablemente proyectados menos el gasto en efectivo esperado del año después de descontar este flujo de fondos netos correspondiente a cada año por un factor que refleje el valor del dinero en el tiempo, la inflación esperada y el riesgo asociado a dicho flujo de fondos en circunstancias realistas [Traducción del Tribunal]. World Bank (eds): “Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment. Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment”, 31 *I.L.M.* (1992), 1382, pág 7.

²³ A estos, debe agregarse un caso, tal como se menciona en el Laudo, que es el caso de *AMCO* resuelto en el año 1990 que era un caso bajo un contrato.

44. En otras palabras, el enfoque adoptado por la mayoría me parece una **posición ultraminoritaria**.

45. La cantidad sumamente limitada de decisiones que han adoptado el enfoque elegido por la mayoría no sería, en mi opinión, razón suficiente para no adoptarlo, si estas decisiones eran convincentes. No obstante, considero que este no es el caso, tal como surge de un rápido análisis de los casos mencionados, que procederé a revisar brevemente.

46. En el caso *ADC c. Hungría*²⁴, se realizó una valuación *ex post*, en el año 2006, pero la propia decisión reconoció que la inmensa mayoría de los casos adopta la fecha de la expropiación como fecha de valuación. Cabe destacar en principio que, en *ADC*, el tribunal aseveró que la valuación a la fecha del laudo es una situación excepcional que ha de aplicarse sólo cuando el valor del bien ha aumentado de manera considerable entre la fecha de la expropiación y la fecha del laudo:

El presente caso es **casi único** entre los casos resueltos relativos a la expropiación por parte de Estados de bienes de propiedad extranjera, puesto que el valor de la inversión luego de la fecha de expropiación (1 de enero de 2002) se ha incrementado muy considerablemente en tanto que todos los demás arbitrajes que aplican el estándar del caso *Fábrica de Chorzów* invariablemente comprenden escenarios en los que ha habido una reducción del valor de la inversión después de la interferencia regulatoria. **Es por esta razón que la aplicación del estándar de restitución por parte de diversos tribunales de arbitraje ha derivado en el uso de la fecha de la expropiación como la fecha aplicable a efectos de la valuación de daños**²⁵ [Traducción del Tribunal].

47. Por ende, el propio tribunal de *ADC* reconoce que **la valuación a la fecha de la expropiación es la solución habitual, aun en el caso de expropiación ilícita**. En este sentido, apoya más la solución defendida en la presente opinión que la posición minoritaria adoptada por la mayoría en el Laudo.

48. El segundo caso mencionado por la mayoría – *Siemens c. Argentina*²⁶ – es todavía menos convincente y no sustenta la posición de la mayoría, ya que – si se lo interpreta cuidadosamente – en realidad, utiliza una valuación a la fecha de la expropiación. Si bien es

²⁴*ADC c. Hungría*, Caso CIADI N.º ARB/03/16, Laudo del Tribunal, 2 de octubre de 2006.

²⁵*Id.*, §§ 496-497. Énfasis agregado.

²⁶*Siemens c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/8, Laudo, 6 de febrero de 2007.

cierto que el tribunal de *Siemens* ha realizado algunas afirmaciones teóricas sobre la base del enfoque de *ADC*²⁷, los cálculos prácticos se efectuaron a la fecha de la expropiación, como puede advertirse a partir de los siguientes fragmentos:

... el Tribunal tiene la tarea de valorar la inversión de Siemens al día 17 de mayo de 2001. [Cabe destacar que la fecha de la expropiación era el día 18 de mayo de 2001]

...

El Tribunal considera que es muy improbable que el monto de las ganancias se haya materializado alguna vez. Por estas razones, el Tribunal concluye que Siemens no tiene derecho a compensación alguna en concepto de lucro cesante [Traducción del Tribunal]²⁸.

49. Por lo tanto, el tribunal de *Siemens* consideró que el valor a la fecha del laudo era el valor a la fecha de expropiación más el lucro cesante hasta la fecha del laudo, cuando correspondiera, lo que no se consideró así en el caso que nos ocupa. En consecuencia, este caso no puede contarse entre las “varias” decisiones que adoptaron el mismo enfoque que la mayoría.

50. La misma posición teórica fue adoptada en el año 2013 en el contexto del caso *ConocoPhillips c. Venezuela*²⁹ por la mayoría con la disidencia de Georges Abi-Saab: “El Tribunal, sobre la base de los principios y autoridades analizadas *supra*, concluye que si la expropiación fue ilícita, la fecha de valoración es en general la fecha del laudo”³⁰.

51. No queda claro en qué autoridades se basa el tribunal exactamente, dado que menciona principalmente laudos que disponían el otorgamiento de reparación íntegra, pero que utilizaban la valuación a la fecha de la expropiación para otorgar dicha reparación íntegra. Asimismo, si bien el tribunal ha declarado que la fecha de valuación es la fecha del laudo, aún no ha procedido al cálculo.

52. Por último, en el año 2014, en el marco del caso *Yukos c. Rusia*³¹, una vez más, se utilizó la fecha del laudo o, en su lugar, el tribunal consideró que las demandantes tenían el derecho de elegir entre la valuación a la fecha de la expropiación y la valuación a la fecha del laudo, solución ya mencionada en *ADC*. Aunque no es el lugar para embarcarnos en los sumamente

²⁷*Id.*, § 360.

²⁸*Id.*, §§ 377, 379, 385.

²⁹*ConocoPhillips, op. cit.*, nota 6.

³⁰*Id.*, § 343.

³¹*Yukos c. La Federación Rusa*, Caso CPA N.º AA 227, Laudo Definitivo, (“*Yukos*”), 18 de julio de 2014.

complejos aspectos específicos de este caso, cabe mencionar que, como primer paso, el perito de las demandantes ha procedido a una valuación a la fecha en la que las demandantes consideraban la fecha de expropiación, a saber, 21 de noviembre de 2007. Luego, esta valuación se ajustó a la fecha que el tribunal consideró la fecha de expropiación –19 de diciembre de 2004 y a la fecha del laudo – 30 de junio de 2014, mediante el uso de un “índice” aplicado a la valuación inicial, y no a través de un cálculo autónomo. Por ende, el punto de partida fue la fecha de la expropiación, con la información disponible a esa fecha³².

53. No obstante, el punto más interesante, desde mi punto de vista, consiste en analizar la forma en la que el tribunal intenta justificar que la demandante pueda tener “lo mejor de” ambos mundos – la fecha de expropiación o la fecha del laudo – elección libre que, tal como explicaré *infra*, considero inaceptable.

1763. El Tribunal también sostiene que, en el caso de expropiación ilícita, tal como en el presente arbitraje, las Demandantes tienen derecho a seleccionar o bien la fecha de expropiación o bien la fecha del laudo como fecha de valuación. ...

1767. ... Primero, los inversionistas deben gozar de los beneficios de **los sucesos imprevistos que aumenten el valor** de un activo expropiado hasta la fecha de la decisión ...

1768. Segundo, los inversionistas no asumen el riesgo de **los sucesos imprevistos que disminuyan el valor** de un activo expropiado durante ese período de tiempo. ... Si el activo pudiera restituirse al inversionista en la fecha en la que se emite una decisión, pero su valor se hubiera reducido desde la expropiación, el inversionista tendría derecho a la diferencia de valor, **puesto que, en ausencia de la expropiación, el inversionista podría haber vendido el activo en una fecha anterior** a su valor superior previo. ...

1768. ... El Tribunal encuentra sustento para esta conclusión en el hecho de que este enfoque ha sido adoptado por tribunales en **una serie de decisiones recientes** que abordan la expropiación ilegal³³ [Traducción libre].

54. Curiosamente, al igual que la mayoría en el presente Laudo menciona varias decisiones, la “serie de decisiones recientes” citadas en el párrafo 1768 del Laudo Definitivo de *Yukos* se limita a las siguientes: “*ADC* ¶¶ 496–97; *Siemens* ¶ 352; *Amoco*, págs. 300–301” [Traducción libre]. Ya se ha dicho que ni *ADC* ni *Siemens* sustentan verdaderamente el análisis de la mayoría. En cuanto a la referencia a *Amoco*, la nota sugiere erróneamente que se trata de una

³²*Id.*, § 1714: “Con respecto al método FFD, las Demandantes describen su enfoque como un intento de reconstruir los “estados contables pro-forma” que la entidad de Yukos pertinente habría presentado en el mes de noviembre de 2007, sobre la base de los datos contables y operativos publicados por Rosneft y Gazprom Neft, que eran titulares de la mayoría de los activos de Yukos **en ese momento.**” [Traducción libre]. Énfasis agregado.

³³ Énfasis agregado. También cabe mencionar la referencia a los sucesos imprevistos, que claramente interfiere con el nexo de causalidad entre la expropiación ilícita y los daños incrementados reclamados, tal como se explicará *infra*.

referencia a la decisión de *Amoco*, mientras que las páginas citadas, en realidad, remiten a la Opinión Concurrente del Juez Brower, mencionada *supra*.

55. ¿Cuál es el razonamiento del tribunal de *Yukos* respecto de ese punto? Por un lado, si el valor ha aumentado debido al cambio de las condiciones económicas o de otra naturaleza, según el tribunal, la demandante tiene el derecho de percibir los beneficios de dicho incremento, aunque este cambio sea un hecho inesperado ajeno a la expropiación. Por otro lado, si el valor ha disminuido debido al cambio inesperado de las condiciones económicas o de otra naturaleza, según el tribunal, la demandante tiene derecho al valor superior, ya que podría haber vendido su propiedad con anterioridad a la reducción. Cabe preguntarse el motivo por el cual no se adoptó el mismo razonamiento en el caso de aumento, en tanto la demandante también podría haber vendido su propiedad con anterioridad al incremento ...

56. Considero que la solución sugerida por *ADC* y *Yukos* se encuentra sesgada en favor de los inversionistas y que la solución que impone en forma sistemática los daños más gravosos al Estado Demandado se parece a los daños punitivos, que se excluyen en derecho internacional. Una solución jurídica no puede basarse sólo en lo que es más favorable para una de las partes.

57. La mayoría parecía incómoda con esta cuestión y afirmó lo siguiente:

Algunas autoridades sugieren que esa fecha de valuación es aplicable sólo si el valor del bien se incrementó luego de la toma y no cuando disminuyó. A efectos del caso que nos ocupa, esta cuestión puede quedar abierta³⁴.

58. No creo que la cuestión pueda simplemente ignorarse y quedar abierta, tal como hizo la mayoría. En efecto, hay sólo dos opciones posibles para el uso de la fecha del laudo con información *ex post* y, en mi opinión, ninguna de ellas resulta satisfactoria.

59. Si la fecha del laudo con información *ex post* se utiliza **sólo** cuando es favorable al inversionista expropiado, considero que esto sería **contrario a una interpretación justa** del derecho internacional en materia de inversiones. Si, en aras de la coherencia, **siempre** se emplea la fecha del laudo con información *ex post*, considero que esto puede suponer una **injusticia** para el inversionista expropiado.

³⁴ Laudo, § 378. Nota al pie omitida.

60. Esto reconforta mi opinión según la cual una solución justa ha de basarse en lo que era previsible a la fecha de la expropiación, lo que, de hecho, es congruente con el respeto de las expectativas legítimas del inversionista. Esto no significa que el inversionista no deba recibir compensación íntegra, que, para la CPIJ en el caso *Chorzów*, no se limitaba al *damnum emergens*, sino que también incluía el probable *lucrum cessans* hasta el momento del fallo. El vocabulario ha cambiado, pero las ideas básicas se mantienen.

2. La aplicación concreta al caso

61. Una vez que la mayoría había afirmado que concluye que, en este caso particular, la valuación *ex post* es apropiada, lo que supone determinar el valor a la fecha del Laudo, en principio, utilizando información *ex post*, no aplicó dicho enfoque de manera coherente por diferentes razones: los datos no eran muy ciertos o apropiados o no estaban disponibles.

62. En mi opinión, las dificultades que enfrentó la mayoría al aplicar el método FFD al momento del Laudo son inherentes a su elección de utilizar información *ex post* información, que no se ajusta a dicho método.

63. Aquí, es dable intentar comprender con mayor precisión cómo funciona el método FFD a efectos de la evaluación de una empresa en marcha. Queda claro que este método se basa en la proyección a futuro de los resultados pasados así como en el plan de negocios para el futuro de la empresa en marcha que ha sido expropiada. Cuanto más lejanos en el futuro son los pronósticos, menos confiables son: muchas empresas no cumplen su plan de negocios, sus directores pueden cambiar, su directorio puede adoptar decisiones estratégicas que resultan equivocadas, etc. La incertidumbre se ve compensada por el hecho de que cuanto más en el futuro se considera un flujo de fondos, más descontado será. Esta es una forma de estabilidad matemática de este método hipotético de valuación de una empresa: los datos que son posiblemente erróneos son muy descontados, de modo que los errores agregados no modifiquen el resultado final de manera drástica. Esta es la belleza del método FFD y explica su amplia adopción. En otras palabras, el equilibrio interno y la aceptabilidad económica del sistema se basan en el hecho de que un flujo de fondos que está alejado de la fecha de la expropiación no tendrá impacto significativo en el valor de la empresa. Sin embargo, si la fecha de la evaluación pasa a la fecha del laudo – y, en nuestro caso, se trata de una proyección de casi 10 años desde

la expropiación – los datos relativos a la empresa gozan de muy poca confiabilidad. Entonces, aplicar a estos datos probables relativos a la empresa en un mundo “*contrafáctico*” elementos del mundo económico general real no hace que los datos sean más confiables. Sólo confunde el mundo “*contrafáctico*” y el mundo real, sin tornar al mundo “*contrafáctico*” más real. En su libro intitolado 1Q84, el escritor japonés Haruki Murakami, explicó claramente que las reglas de nuestro mundo real de una luna no serían aplicables en su mundo imaginario de dos lunas. Lo mismo ocurre aquí. Y, en mi opinión, el hecho de que dos árbitros brillantes no pudieran realizar el ejercicio en forma coherente – tal como se indicará *infra* – deriva de los problemas inherentes al método que eligen.

64. De hecho, la mayoría efectuó una serie de ajustes “pragmáticos” a su método teórico elegido a fin de tornarlo aceptable. Al final, esto crea un mosaico completo, que considero contrario a la previsibilidad necesaria del derecho. Procederé a ilustrar las distintas elecciones realizadas por la mayoría en el Laudo, que, en mi opinión, tornan el resultado algo impredecible.

65. En aras de valorar la empresa, deben determinarse distintos elementos: perfil de producción, flujos de fondos – que supone la determinación de precios, costos, gastos de capital y tipos de cambio – tasa de descuento – que depende de la tasa de retorno libre de riesgo, la prima de riesgo de mercado, la prima de riesgo país, la prima de tamaño de *micro-caps* y el costo de la deuda. A efectos del fácil seguimiento de los tecnicismos presentados, señalo aquí que Navigant era el perito de las Demandantes y Econ One era el perito de la Demandada.

En cuanto al perfil de producción, el Laudo utilizó datos *ex ante* a partir del año 2001.

66. Navigant había presentado una evaluación *ex ante* del perfil de producción, pasando de 59.861 Tm en el año 2004 a 171.022 Tm en el año 2014, y una evaluación *ex post* de 65.386 Tm en el año 2004 a 224.145 Tm en el año 2014 (§419 del Laudo). Econ One sólo ha presentado una evaluación *ex ante* de 64.000 Tm en el año 2004 y 68.000 Tm en el año 2006, cifra que siguió siendo la misma hasta el año 2029 (§421 del Laudo). La mayoría consideró “especulativo que Navigant se haya basado exclusivamente en el crecimiento del mercado a fin de pronosticar la producción” (§422 del Laudo). En otras palabras, la mayoría ignoró la información *ex post* real del crecimiento de mercado y, en su lugar, decidió emplear información *ex ante* que se remonta a cifras proyectadas en el Contrato de Suministro de 2001 entre Quiborax y RIGSSA,

lo que derivó en que se tomaran las cifras *ex-ante* de un perfil de producción de 64.000 Tm en el año 2004, que llegó a 68.000 Tm en el año 2006 y permaneció estable (§ 439 del Laudo).

En cuanto a los flujos de fondos, el Laudo utilizó datos *ex post* para los precios, costos y tipos de cambio, mientras que empleó datos *ex ante* para los gastos de capital.

67. Para los *precios*, Navigant utilizó como precios de la ulexita que habría sido extraída en Bolivia los precios *ex post* de la ulexita extraída en Chile basado en los precios promedio para el período 2009-2012 (§ 445 del Laudo) en tanto que Econ One proyectó los precios de la ulexita que habría sido extraída en Bolivia en función de los precios *ex ante* de dicha ulexita boliviana correspondientes al año 2004 (§ 447 del Laudo). La mayoría conservó los precios chilenos *ex post* correspondientes al período más extenso comprendido entre los años 2004-2012, lo que significa que los precios se basaban en datos *ex post* (§ 450 del Laudo).

68. Para los *costos*, Navigant empleó los costos *ex post* reales en concepto de agua, combustible y gastos de transporte (§§ 452-453 del Laudo), mientras que Econ One ha tomado los precios *ex ante* correspondientes al año 2004 y los ha proyectado aplicándoles la tasa de inflación esperada a largo plazo en los Estados Unidos a la fecha de expropiación (§ 454 del Laudo). La mayoría utilizó los costos *ex post* de Navigant, al afirmar que debe ser “congruente con la lógica de fijación de precios elegida” (§ 455 del Laudo).

69. Para los *gastos de capital*, Navigant ha proyectado un gran incremento, basado en datos *ex post* de la evolución del mercado (§ 457 del Laudo), en tanto que Econ One asumió una posición más conservadora y basó su proyección en datos *ex ante* (§ 458 del Laudo). La mayoría adoptó los gastos de capital de Econ One, ya que había adoptado el perfil de producción *ex ante* de esta última (§ 459 del Laudo).

70. Para los *tipos de cambio*, la mayoría “ha utilizado las tasas de cambio usadas por Navigant en su valuación *ex post*, a lo cual Econ One no parece oponerse” (§ 462 del Laudo).

En cuanto a la tasa de descuento, el Laudo utilizó en ocasiones datos *ex post* y en ocasiones datos *ex ante* para los distintos elementos constitutivos.

71. Econ One ha calculado el CPPC en el año 2004 en un 22,99 %, mientras que Navigant calculó el CPPC en el año 2013 en un 14,61 % en su Primer Informe y en un 10,78 % en su Segundo Informe (§ 466 del Laudo). La mayoría estimó un CPPC del 18,4 % (§ 501 del Laudo) basado en una tasa de retorno libre de riesgo *ex post*, una prima de riesgo de mercado *ex post*, una prima de riesgo país *ex ante*, una prima de tamaño de *micro-caps ex ante* y, por último, un costo de la deuda *ex post*.

72. Para la **tasa de retorno libre de riesgo**, Navigant basó su cálculo en el bono del Tesoro de los EE. UU. a 10 años que tuvo un rendimiento del 2,52 % en el año 2013 (§ 469 del Laudo), en tanto que Econ One calculó la tasa libre de riesgo sobre la base del rendimiento de un bono del Tesoro de los EE. UU. a 20 años en el mes de junio de 2004, que ascendía a 5,43 % (§ 472 del Laudo). La mayoría consideró más apropiado elegir el cálculo *ex post* de Navigant basado en datos del año 2013 (§ 474 del Laudo).

73. Para la **prima de riesgo de mercado**, Navigant calculó que dicha prima ascendía a 5 % al año 2009 (§ 476 del Laudo), mientras que Econ One la calculó en 7,2 % al año 2004 (§ 478 del Laudo). La mayoría conservó el cálculo *ex post* de Navigant, basado en datos del año 2009 resaltando que estas “[cifras] ...son más recientes que las de Econ One, y, por lo tanto, más adecuadas para una valuación *ex post*. (§ 479 del Laudo), a saber, 5 %.

74. Para la **prima de riesgo país**, Navigant midió la prima de riesgo país en 4,24% respecto del año 2009 en su Primer Informe y en 2,67 % respecto del año 2013 en su Segundo Informe (§ 480 del Laudo), en tanto que Econ One consideró que la prima de riesgo país debería ser 13,83%, siendo el promedio entre los datos publicados por el Profesor Damodaran en el año 2004, que ascendía a 9,75 % y los datos publicados ese mismo año por Ibbotson, que ascendía a 17,91% (§ 481 del Laudo). Si bien la mayoría tenía a su disposición cifras del año 2013, optó por emplear cifras *ex ante* del año 2004, con la siguiente explicación: “Dado la invocación de las Partes de los escritos del Prof. Damodaran, el Tribunal se ve persuadido a utilizar la prima de riesgo país según datos publicados por esta fuente, es decir, 9,75%. El Tribunal tiene conocimiento de que esta prima se relaciona con el año 2004 y que el análisis *ex post* seleccionado exige la utilización de una cifra del año 2013. Sin embargo, la cifra del año 2013 no consta en el expediente, y el Tribunal considera que los datos de 2004 reflejan mejor el riesgo real que el bajo riesgo propuesto por el experto de las Demandantes” (§ 489 del Laudo).

75. Para la *prima de tamaño de micro-caps*, Econ One incluyó una prima de tamaño de *micro-caps*, basada en datos correspondientes al año 2004, del 4,01 % (§ 489 del Laudo), mientras que Navigant no presentó cifra alguna, por considerar que un factor semejante no era aplicable a las Demandantes (§ 491 del Laudo). La mayoría decidió utilizar la cifra *ex ante* del año 2004, al afirmar que “(e)l Tribunal es consciente de que esta prima se relaciona con el año 2004 y que el análisis *ex post* seleccionado exige la utilización de una cifra del año 2013. Sin embargo, la cifra del año 2013 no consta en el expediente, y el Tribunal considera que los datos de 2004 son razonables y, por lo tanto, pueden aplicarse a la presente valuación” (§ 493 del Laudo).

76. Para el *costo de la deuda*, la mayoría retomó los datos *ex post*. Navigant ha propuesto un costo de la deuda del 9,44 % en Bolivianos en su Primer Informe y del 7,44 % otra vez en Bolivianos en su Segundo Informe, que contenía su cálculo *ex post* ajustado (§ 496 del Laudo), en tanto que Econ One propuso un 11,93 %, sobre la base de datos *ex ante* (§ 497 del Laudo). La mayoría concluyó lo siguiente: “Navigant ... ha arribado a la conclusión de que la tasa apropiada es 7,44%. El Tribunal considera que esta tasa es razonable para el año 2013. En cambio, considera que la tasa de Econ One de 11,93% (que fue calculada para el año 2004) es inapropiada” (§ 500 del Laudo).

77. En resumen, los cálculos realizados por la mayoría se basan en los siguientes parámetros, que considero incongruentes:

- Perfiles de producción basados en datos *ex ante* del año 2001
- Precios basados en precios *ex post* durante el período comprendido entre los años 2004-2012
- Costos basados en costos *ex post* de 2013
- Gastos de capital basados en datos *ex ante* del año 2004
- Tipos de cambio basados en datos *ex post* de 2013
- Tasa de retorno libre de riesgo basada en datos *ex post* del año 2009
- Prima de riesgo país basada en datos *ex post* del año 2013
- Prima de riesgo país basada en datos *ex ante* del año 2004
- Prima de tamaño de *micro-caps* basada en datos *ex ante* del año 2004
- Costo de la deuda basado en datos *ex post* del año 2013.

78. Esta peligrosa elección de fechas torna el cálculo impredecible y no es congruente con la aplicación justa del principio de legalidad, si bien reitero que, si disiento de la forma aleatoria en la que la compensación fue calculada por una mayoría compuesta por el Presidente y mi otro árbitro colega, no discrepo en forma específica en este caso en cuanto al monto concreto. En otras palabras, no tengo problemas con las cifras, tengo problemas con los principios que se aplicaron (o no se aplicaron) para alcanzar estas cifras. Una vez más, para que quede claro, no cuestiono la competencia de mis colegas, pero creo que las dificultades que enfrentaron en la aplicación del inusual método de valuación adoptado son inherentes a dicho método.

79. Intentaré aplicar la razón por la cual, en mi opinión, **la valuación siempre debería realizarse con las expectativas de la demandante al momento de la expropiación.**

3. La valuación debería reflejar las expectativas legítimas de la demandante existentes al momento de la expropiación.

80. La CPJI en el marco del caso *Chorzów* efectivamente hizo referencia a la fecha del fallo, pero debe quedar en claro que existe una diferencia con el método adoptado por la mayoría en el Laudo: en *Chorzów*, la valuación a la fecha del fallo fue utilizada como método alternativo a la valuación al momento de la expropiación, y la CPJI dejó en claro que tenía la libertad de emplear uno u otro método o realizar sus propios cálculos³⁵.

81. En mi opinión, el cálculo de la compensación debida **siempre debería determinar el daño tal como se lo percibe al momento de la expropiación.** Dicha indemnización de daños debería limitarse a lo que se ha perdido en el caso de expropiación lícita, pero sumada a la indemnización de daños por **lo que el inversionista espera al momento de la expropiación**

³⁵Por supuesto, es bien sabido que la pericia financiera no es una ciencia matemática, y, por ende, la Corte consideró que era sensato utilizar dos métodos a fin de determinar el valor del bien expropiado al momento del laudo y prefirió abordar las cuestiones desde dos ángulos diferentes: “La Corte advierte las dificultades que presentan estas dos cuestiones, dificultades que, sin embargo, son inherentes al caso particular objeto de análisis y se encuentran íntimamente relacionadas con el tiempo transcurrido entre la desposesión y el reclamo de compensación, así como con las transformaciones de la fábrica y los avances de la industria en la que está involucrada la fábrica. En vista de estas dificultades, la Corte considera preferible intentar determinar el valor que ha de estimarse a través de varios métodos, en aras de permitir una comparación y, en caso de ser necesario, completar los resultados de uno con los dos los otros. Por consiguiente, la Corte se reserva el derecho de revisar las valuaciones mencionadas en las distintas fórmulas: sobre la base de los resultados de dichas evaluaciones y de los hechos y documentos presentados ante ella, procederá a determinar la suma que ha de otorgarse al Gobierno Alemán, de conformidad con los principios jurídicos expuestos *supra*” [Traducción libre], *Chorzów, op. cit.*, nota 2, págs. 53-54.

en términos de expansión y ganancias futuras, en el caso de expropiación ilícita. **La valuación de los daños tiene lugar en un escenario contrafáctico, en el que considero que no deberían incorporarse datos reales.** Esto también es totalmente coherente con la decisión de *Chorzów*.

82. En primer lugar, me parece que los hechos conocidos a la fecha del acto de expropiación siempre deberían tomarse como referencia.

83. La valuación *ex post*, que significa una valuación que tiene en cuenta sucesos y evoluciones que tuvieron lugar con posterioridad al acto ilegal, es arbitraria. Los hechos existentes luego de la fecha del laudo no tiene nada que ver con los hechos del caso. La fecha de expropiación es la única que tiene relación objetiva con la controversia.

84. En segundo lugar, si se emplea información *ex post*, **el monto otorgado en concepto de daños variará con la fecha del laudo.**

85. Si la valuación se realiza utilizando información *ex post*, el uso de la retrospectiva es arbitraria en tanto considera todos los hechos hasta un momento fijo en el tiempo – el momento del laudo – que no tiene relación alguna con los sucesos en cuestión (excepto que es posterior). Si el laudo se hubiera dictado un año antes o tres años después, los hechos probablemente habrían sido diferentes, al igual que el monto otorgado por el laudo.

86. En aras de ilustrar esto, sólo imaginemos una planta que ha sido expropiada. Poco antes del momento del laudo, fue destruida por un huracán. Utilizar información *ex post* y determinar la compensación que sustituiría la restitución le negaría cualquier compensación al inversionista expropiado, lo que no parece justo.

87. En tercer lugar, **una regla básica en materia de reparación es la causalidad:** el daño que debe compensarse tiene que ser el resultado del acto ilegal.

88. El Artículo 31 de los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado apunta claramente a la necesidad de un nexo causal entre el daño y el acto ilegal:

Artículo 31

Reparación

1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio **causado** por el hecho internacionalmente ilícito.
2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, **causado** por el hecho internacionalmente ilícito³⁶.

89. La mayoría efectivamente ha reconocido la necesidad de un nexo causal y ha afirmado lo siguiente:

El daño respecto del cual se solicita reparación debe ser causado por el acto ilícito. En general, se acepta que la causalidad de hecho no es suficiente. Se necesita un elemento adicional ligado a la naturaleza de la causa, en ocasiones, denominado “causa de derecho” [Traducción del Tribunal] o causalidad suficiente. En este contexto, a veces, se recurre a la previsibilidad. El Comentario al Artículo 31 de los Artículos de la CDI expresa este requisito adicional de causa suficiente en los siguientes términos:

[L]a causalidad es, de hecho, una condición necesaria pero no suficiente para la reparación. Hay otro elemento vinculado a la exclusión del daño de carácter demasiado “remoto” o “indirecto” para ser objeto de reparación. En algunos casos se emplea el criterio de la “relación directa”, y, en otros, el de la “previsibilidad” o el de la “proximidad”³⁷.

90. La cita sobre previsibilidad que se encuentra en el párrafo 381 del Laudo, en mi opinión, aborda exclusivamente las consecuencias que surgen de un acto ilegal en una cadena ininterrumpida de sucesos, mientras que la situación que nos ocupa se trata de la interacción de sucesos complementarios, un acto ilegal y una fluctuación del mercado. La distinción entre estos dos tipos de situaciones – no siempre bien percibida – ha sido desarrollada *in extenso* en mi tesis³⁸:

Pour savoir dans quels cas le lien de causalité entre l’acte illicite et le dommage est considéré comme suffisant pour ouvrir un droit à réparation, nous allons étudier successivement ce que l’on peut appeler d’une part le lien de causalité simple, d’autre part le lien de causalité complexe.

L’étude du lien de causalité simple implique la détermination de l’ensemble des faits qui peuvent être considérés comme des conséquences d’un seul acte illicite ...

L’étude du lien de causalité complexe englobe par contre tous les problèmes soulevés par l’interférence de plusieurs causes – parmi lesquelles se trouve un acte illicite – dans la production d’un dommage ...

³⁶ Énfasis agregado.

³⁷ Laudo, § 381. Notas al pie omitidas.

³⁸ Todo esto se ha analizado en detalle en mi tesis, Brigitte Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973.

Traducción libre

Para saber en cuales casos el nexo causal entre el acto ilícito y el daño es considerado suficiente para dar lugar a un derecho de reparación, analizaremos sucesivamente aquello que se puede llamar por un lado el nexo de causalidad simple y por otra parte el nexo de causalidad complejo. El análisis del nexo causal simple implica la determinación del conjunto de hechos que pueden ser considerados como consecuencias de un acto ilícito único ...

El análisis del nexo causal complejo, por el contrario, comprende todos los problemas que surgen de la interferencia de múltiples causas – entre las cuales se encuentra un acto ilícito – en la producción de un daño ...

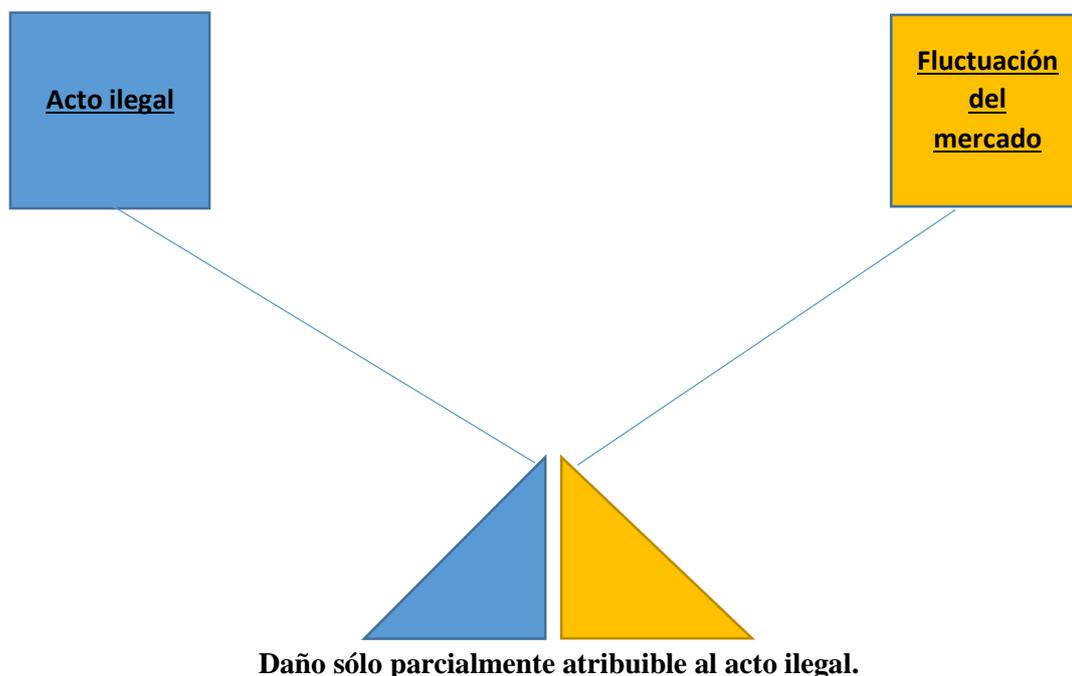
91. Desde mi punto de vista, la mayoría ha razonado en términos de lo que denominé “*un lien de causalité simple*” [“un nexo causal simple”], en tanto que la presente situación es una de “*lien de causalité complexe*” [“nexo causal complejo”]. A efectos de visualizar las dos situaciones a las que me refiero, puedo proporcionar los siguientes esquemas:

La previsibilidad aborda el nexo causal, tal como se ilustra en el siguiente gráfico



Daño total atribuible al autor del acto ilegal.

92. La intervención complementaria aborda la intervención de varias causales de daños y se ilustra en el siguiente gráfico:



93. La previsibilidad, al igual que la proximidad, es un criterio destinado a determinar las consecuencias que pueden considerarse resultantes de un acto ilegal y, por lo tanto, atribuibles al autor de este acto ilegal. Esto se advierte con bastante claridad si la cita invocada por la mayoría se reintroduce en su contexto total:

94. De hecho, el Comentario al Artículo 31 establece lo siguiente:

9) El párrafo 2 trata otra cuestión, a saber la cuestión del vínculo causal entre el hecho internacionalmente ilícito y el perjuicio. Sólo debe repararse íntegramente "el perjuicio... causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado". Se usa esta frase para dejar en claro que el objeto de la reparación es, en términos generales, el perjuicio causado por un hecho ilícito e imputable al hecho, más que todas y cada una de las consecuencias dimanadas de un hecho internacionalmente ilícito.

10) La imputación del perjuicio o la pérdida a un hecho ilícito constituye, en principio, un proceso jurídico y no meramente histórico o causal. Se utilizan diversos términos para describir el nexo que debe existir entre el hecho ilícito y el perjuicio para que surja la obligación de reparar. Por ejemplo, puede hacerse referencia a pérdidas "imputables [al hecho ilícito] como causa próxima", o a los daños de carácter "demasiado indirecto, remoto e incierto para ser evaluados", o "a los daños o pérdidas directos, incluido el daño al medio ambiente y el agotamiento de recursos naturales o el perjuicio a gobiernos, ciudadanos y empresas extranjeras como resultado del "hecho ilícito". Por consiguiente la causalidad es, de hecho, una condición

necesaria pero no suficiente para la reparación. Hay otro elemento vinculado a la exclusión del daño de carácter demasiado "remoto" o "indirecto" para ser objeto de reparación. En algunos casos se emplea el criterio de la "relación directa", y, en otros, el de la "previsibilidad" o el de la "proximidad"³⁹.

95. Por lo tanto, la previsibilidad no aborda la cuestión relativa al rol desempeñado por las causas externas. En efecto, siempre es "previsible" que otras causas distintas del acto ilegal puedan ocurrir e incrementar o reducir el daño.

96. La intervención complementaria obliga a distinguir cuál es el daño previsible resultante de un acto ilegal y qué daños derivan de otras causas tales como las fluctuaciones del mercado:

*En cas d'intervention complémentaire d'un acte illicite et d'une autre cause, une ventilation doit être opérée et réparation ne peut être exigée de la part de l'Etat à qui est imputable l'acte illicite, qu'à concurrence de la quote-part du préjudice afférente audit acte illicite seul.*⁴⁰

Traducción libre:

En caso de intervención complementaria entre un acto ilícito y cualquier otra causa, se debe hacer una distinción y sólo puede exigirse reparación por parte del Estado a quien se le imputa el acto ilícito, en la medida proporcional al perjuicio causado por ese acto ilícito únicamente

97. Dos casos de arbitraje pueden ilustrar esta solución. En primer lugar, el caso *Yuille & Shortridge c. Portugal*⁴¹, en el que la reclamante se quejaba de un acto ilegal por parte de las autoridades portuguesas, pero cuando sus ganancias también habían disminuido debido a una caída general en el mercado. Se ha establecido claramente en el laudo que el daño que Portugal ha de compensar era sólo el daño causado por su propio acto ilegal y no el daño resultante de la situación económica general:

Il va sans dire que les pertes dues à la situation générale des affaires et à d'autres causes extérieures ne pouvaient entrer en ligne de compte dans le calcul des dommages et intérêts.

Traducción libre:

Es evidente que las pérdidas atribuidas al clima empresarial general y a otras causas exteriores no pueden ser tomadas en cuenta en el cálculo de daños y perjuicios⁴².

³⁹ Comentario a los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado, Texto adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su quincuagésimo-tercera sesión, en el año 2001, y presentado ante la Asamblea General como parte del informe de la Comisión relativo al trabajo de dicha sesión (A/56/10). El informe, que también contiene comentarios acerca del proyecto de artículos, aparece en el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001*, Tomo II, Parte Dos, págs. 92-93.

⁴⁰ *Id.*, pág. 285.

⁴¹ Recueil des arbitrages internationaux, *Lapradelle et Politis*, II, Laudo, 21 de octubre de 1861. pág. 94.

⁴² *Id.*, pág. 110.

98. La misma solución aparece en el caso *Lacaze c. Argentina*⁴³, en el que se estableció una distinción entre las consecuencias del comportamiento ilegal de las autoridades argentinas y las consecuencias de la situación económica general.

99. Es bastante claro que las fluctuaciones del mercado no surgen del acto ilegal, se trata de un suceso independiente, aunque bien podría agravar – o reducir – el perjuicio. Pero en una situación semejante, sólo el perjuicio previsto al momento del acto ilegal y los sucesos imprevistos – para emplear el vocabulario de *Yukos* citado previamente – pueden atribuirse al autor del acto ilícito. La cuestión aquí es la existencia combinada de un acto ilegal y de fluctuaciones en el mercado. Asimismo, si las “fluctuaciones del mercado son objetivamente previsible”, tal como asevera la mayoría, esto sería cierto tanto respecto de aumentos como de disminuciones del lucro cesante y le daría crédito a la solución que consiste en negar cualquier reparación en concepto de lucro cesante si el mercado ha colapsado, lo que, a mi juicio, no constituye una solución apropiada. Las fluctuaciones del mercado no son una consecuencia previsible del acto ilegal, sino que constituyen un suceso externo, que es efectivamente previsible, al igual que siempre cambiante naturaleza de la vida humana.

100. El uso de datos *ex post* claramente introduce una **externalidad** en lo que respecta a las consecuencias del acto ilegal.

101. Esto significa que las evoluciones posteriores al acto ilegal (información *ex post*), que podrían causar una reducción o un incremento del daño sufrido, no son causadas por el acto ilegal y, por ende, no deberían tenerse en cuenta al momento de calcular la reparación debida.

102. En cuarto lugar, me gustaría reiterar que la solución **de utilizar información ex post o información ex ante indistintamente**, según lo que sea más favorable al inversionista, tal como se ha sugerido en *ADC* y *Yukos*, **no es congruente con la certeza del principio de legalidad**. Una solución de tal naturaleza es contraria a la interpretación justa del derecho de inversión, que debería ser una interpretación equilibrada, tal como se destacara en *El Paso c. Argentina*:

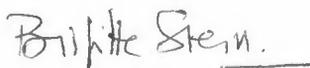
⁴³ *Id.*, pág. 290.

Este Tribunal considera que hace falta una interpretación equilibrada, que tenga en cuenta tanto la soberanía del Estado como la responsabilidad de éste de crear un marco adaptable y en evolución para el desarrollo de las actividades económicas, así como también la necesidad de proteger la inversión extranjera y su flujo constante⁴⁴.

103. Y si se dijera que la **evaluación ex post siempre debería utilizarse en el caso de expropiación ilegal** (lo que, al menos, sería más coherente), el resultado podría ser injusto y **no sería congruente con la justicia**. De hecho, si se interpreta que la fórmula “restituir al inversionista a la situación en la que habría estado en ausencia de un acto ilegal” significa hacerlo al momento del laudo e implica una valuación *ex post*, debería resultar en consecuencia que, si se acepta la valuación *ex post*, en el caso de colapso total del precio de un producto básico, el inversionista podría ver su compensación reducida a *cero*, aunque el inversionista tuviera expectativas razonables de ganancias futuras al momento de la expropiación. Este es un motivo complementario – y bastante fundamental – por el cual soy reticente a aceptar información *ex post*.

104. En otras palabras, por todas estas razones, considero que el uso de información *ex post* no es congruente con principios ni jurídicos ni económicos. Esto no significa que el inversionista expropiado no tenga derecho a recibir el valor, previsto a la fecha de expropiación, que su bien tendría, muy probablemente, al momento del laudo. Por lo tanto, esto significa que, en el caso de expropiación ilícita, la indemnización de daños no debería limitarse al valor de la propiedad expropiada al momento de la expropiación. En efecto, debería sumarse el lucro cesante a la fecha del laudo.

105. Una vez más, lamento haberme sentido obligada a escribir esta larga Opinión, pero considero que los principios en cuestión son extremadamente importantes y requerían ser aclarados.



Profesora Brigitte Stern

Fecha: **SEP 07 2015**

⁴⁴ *El Paso Energy International Company c. La República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/15, Laudo sobre Jurisdicción, 27 de abril de 2006, § 70.