

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

Caso CIADI Nro. ARB/18/43

En el procedimiento entre

DANIEL W. KAPPES

y

KAPPES, CASSIDAY & ASSOCIATES

(los “Demandantes”)

c.

REPÚBLICA DE GUATEMALA

(“Guatemala”)

MEMORIAL DE DÚPLICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

15 de octubre de 2021

Miembros del Tribunal Arbitral

Sra. Jean Kalicki, *President*
Sr. John M. Townsend, *Arbitrator*
Prof. Zachary Douglas QC, *Arbitrator*



Watergate Building
2600 Virginia Avenue, NW, Suite 205
Washington, DC 20037



Ministerio de Economía
8A Avenida 10-43, Guatemala
City, Guatemala



Procuraduría General de la Nación
15 avenida 9-69 zona 13, Guatemala
City, Guatemala

TABLA DE CONTENIDO

I. RESUMEN EJECUTIVO	1
II. HECHOS RELEVANTES	5
A. Los Demandantes desarrollaron el proyecto de manera irresponsable, sin respetar el estado de derecho mientras generaban y alimentaban el conflicto.....	5
1) Desde el comienzo, los Demandantes pasaron por alto de forma deliberada la coyuntura social, jurídica y política de Guatemala	5
2) La inexperiencia de los Demandantes y la contratación de la gente inadecuada crearon las bases para el conflicto social.....	13
3) El desprecio por la ley de los Demandantes alimentó aún más el conflicto social.....	25
B. La oposición de la comunidad se debió a la preocupación local	38
1) La Resistencia Pacífica de La Puya representaba a los residentes locales y era pacífica	38
2) La comunidad local tenía preocupaciones válidas respecto de la operación minera de los Demandantes	39
C. No hay impedimento comprobado para que los Demandantes pudieran continuar con el proyecto Santa Margarita Derivada	41
D. Los tribunales de Guatemala no violaron los derechos procesales fundamentales y de debido proceso de Exmingua	44
1) Guatemala respetó los derechos procesales de Exmingua.....	46
2) Las decisiones judiciales de Guatemala en los procesos de amparo se ajustaron a la legislación aplicable	49
E. Los tribunales guatemaltecos no discriminaron a Exmingua	51
1) La supuesta demora en la emisión de la decisión de la Corte de Constitucionalidad en la apelación de Exmingua contra el amparo definitivo.....	51
2) La Corte de Constitucionalidad no discriminó a Exmingua ordenando la suspensión hasta que se concluyeran las consultas	53
F. Los procedimientos administrativos relacionados con Exmingua fueron lícitos	54
1) La Resolución Administrativa 1202 que suspendió la licencia de explotación fue emitida en cumplimiento de una resolución judicial	54
2) La Resolución Administrativa 146 del MEM suspendiendo la licencia de exportación no violó los derechos de Exmingua	58
3) Las acciones del MEM sobre la solicitud de licencia de explotación de Santa Margarita son ajustadas a derecho	59
G. Las investigaciones penales relacionadas con Exmingua cumplen con la ley	62
1) Las investigaciones penales contra Exmingua fueron iniciadas legalmente.....	62
2) El concentrado de oro fue legalmente secuestrado.....	64
H. Guatemala tuvo un papel crítico en la protección de Exmingua al actuar como mediador y protector durante el conflicto social.....	65
1) El Estado tuvo un papel clave en la mediación del conflicto social.....	65
2) La policía de Guatemala mantuvo presencia constante en el sitio y brindó protección física para el proyecto	66
I. El Estado ha actuado y sigue actuando de conformidad con sus obligaciones en virtud del	

Convenio 169 de la OIT y la legislación de Guatemala	68
1) El Poder Ejecutivo ha tomado medidas tendientes al cumplimiento de la orden del Poder Judicial	68
2) Las decisiones del Poder Judicial son coherentes con los compromisos internacionales de Guatemala en materia de derechos humanos.....	71
III. El Artículo 10.16.1 (a) del DR-CAFTA no permite a los Demandantes recuperar reclamaciones por pérdidas indirectas o reflejo.....	73
A. El Tribunal tiene la facultad de reconsiderar su Decisión sobre Excepciones Preliminares	73
B. Se engañó al Tribunal al creer que los Demandantes presentarían una reclamación por daños y perjuicios propios	74
C. El Tribunal incurrió en error como cuestión de derecho al permitir a los Demandantes presentar una reclamación por pérdidas reflejas de conformidad con el Artículo 10.16.1 (a) del DR-CAFTA	76
IV. EXCEPCIONES A LA JURISDICCIÓN Y ADMISIBILIDAD.....	78
A. El Tribunal no tiene jurisdicción para conocer de las reclamaciones de inversión de los Demandantes contra Guatemala	78
1) El Artículo 10.16.1 (a) no permite a los Demandantes buscar la pérdida directa por daños sufridos exclusivamente por Exmingua	79
2) Los Demandantes buscan la recuperación de los danos sufridos por Exmingua en contra del Artículo 10.16.1(a).....	80
3) Los Demandantes no han cumplido con la formalidades necesarias para presentar una reclamación de conformidad con el Artículo 10.16.1(b)	82
B. La conducta ilegal de los Demandantes priva al Tribunal de jurisdicción y torna inadmisibles sus reclamos	83
1) La inversión de los Demandantes está sujeta al requisito de legalidad conforme al Tratado, a la Ley de Inversión Extranjera de Guatemala y a las políticas públicas internacionales. .	84
2) La conducta ilegal de los Demandantes tuvo lugar tanto en el comienzo como durante la operación de la inversión.	90
3) Guatemala ha corroborado sus alegaciones de ilegalidad.....	93
4) Las pretensiones también son inadmisibles porque los Demandantes tienen las “manos sucias” con respecto a la totalidad de la inversión.....	98
C. Los Demandantes no han establecido que su reclamo de plena protección y seguridad no haya prescrito, conforme al Artículo 10.18.1	102
1) Los Demandantes malinterpretan el Artículo 10.18.1 del DR-CAFTA.....	102
2) El reclamo de protección y seguridad plena de los Demandantes se encuentra prescrito...	107
D. El Tribunal carece de competencia sobre los reclamos de trato nacional y de NMF (nación más favorecida).....	114
1) Trato nacional	115
2) Trato de nación más favorecida.....	118
V. CUESTIONES DE FONDO.....	118
A. Derecho Aplicable a la Controversia	118

B. Las alegadas expectativas de los Demandantes fracasan en ausencia de evidencia de previa debida diligencia y en ausencia de garantías o compromisos del Gobierno	134
1) Los Demandantes no ejercieron la debida diligencia jurídica ni social previo a su decisión de invertir en Exmingua en Junio de 2008 y previo a su inversión inicial en enero de 2009... 138	
2) Exmingua procedió con las solicitudes de licencias mineras Progreso VII y Santa Margarita a pesar de la ausencia de consultas al Convenio 169 de la OIT y la creciente oposición social a su proyecto	142
C. Los Demandantes no han demostrado la existencia de un incumplimiento de la obligación de trato justo y equitativo en virtud del Artículo 10.5 del DR-CAFTA	145
1) Los Demandantes malinterpretan la obligación de dispensar un trato justo y equitativo bajo el Artículo 10.5 del DR-CAFTA.	146
2) Los Demandantes no han demostrado que el trato justo y equitativo haya evolucionado de tal forma que incluya las obligaciones supuestamente incumplidas por Guatemala	164
3) Los Estados Parte del DR-CAFTA apoyan la lectura que hace Guatemala del trato justo y equitativo del Artículo 10.5	173
4) Los Demandantes no han probado que Guatemala violó la obligación de ofrecer un trato justo y equitativo.....	181
D. Los Demandantes no han probado que Guatemala incumplió con su obligación de brindar protección y seguridad plena	218
1) Los Demandantes tergiversan la obligación de brindar protección y seguridad plena bajo el Artículo 10.5 del DR-CAFTA	218
2) Los Demandantes no han demostrado una violación a la obligación de protección y seguridad plena	221
E. Guatemala no violó el Artículo 10.7 del DR-CAFTA	228
1) Los Demandantes han alterado su reclamo de expropiación en contra de Guatemala, obstaculizando el derecho de Guatemala al debido proceso y haciendo el reclamo de los Demandantes prescindible	229
2) El Tribunal puede basarse en la Ley de Expropiación de los EEUU y la práctica de su aplicación para interpretar el DR-CAFTA.....	234
3) En ausencia de denegación de justicia, colusión, mala fe, o circunstancias de gravedad similar, las acciones de las cortes de Guatemala no pueden atribuirse al Estado de Guatemala o de cualquier forma no constituyen una violación del DR-CAFTA.	238
4) Sin importar cómo los Demandantes estructuren su reclamo de expropiación, estos no han probado que los supuestos actos constituyen una expropiación indirecta bajo el DR-CAFTA. 242	
F. Ninguno de los tratos alegados satisface los estándares de trato nacional ni trato de NMF....	269
1) Las medidas judiciales no pueden ser el fundamento de los reclamos por trato nacional ni trato de NMF	270
2) Los Demandantes no han presentado pruebas de que haya existido discriminación basada en la nacionalidad	270
3) Todos los tratos alegados se basaron en políticas racionales y no discriminatorias	272
4) Ninguno de los comparadores se encuentra en circunstancias similares en relación con Exmingua	274

5) Exmingua no recibió un trato desfavorable.....	275
VI. CUESTIONES DE MINERÍA	277
A. La falta de Licencia Social de los Demandantes puso en peligro la viabilidad del Proyecto..	277
1) Los Demandantes no cumplieron su promesa de llevar a cabo el proyecto conforme a los más altos estándares de gestión social	277
2) Los Demandantes no obtuvieron ni mantuvieron la licencia social.....	289
B. Los Demandantes hicieron caso omiso en gran medida de los efectos ambientales del Proyecto	293
1) El EIA de los Demandantes no se adhirió a los estándares internacionales reconocidos....	293
2) Los Demandantes violaron sus obligaciones ambientales	296
C. Cuestiones técnicas con Progreso VII y Santa Margarita (Plan LOM, Tasa de Recuperación, etc.).....	299
1) El Plan LOM no cumplió con la carga de prueba de los Demandantes.....	299
2) Los Demandantes no han establecido los componentes individuales del Plan LOM.	301
E. Objetivos de Exploración y Oportunidades de Exploración Perdida.....	309
1) Objetivos de Exploración	309
2) Objetivos de Oportunidad Perdida.....	312
VII. DAÑOS	313
A. Los Demandantes siguen aplicando un estándar compensatorio incorrecto	313
B. La Fecha de Valuación escogida por los Demandantes contradice expresamente el DR-CAFTA	317
1) La fecha de valuación correcta resultaría en daños significativamente menores.	320
2) La fecha de valuación utilizada debería también resultar en daños significativamente menores.	321
C. Los Demandantes no han acreditado que sus supuestos daños se encuentran vinculados a la conducta de Guatemala.....	322
1) No existe relación de causalidad suficiente entre las supuestas violaciones alegadas y los daños reclamados.	323
2) Los Demandantes contribuyeron a su propio perjuicio	327
3) Los daños pretendidos son claramente inciertos y se fundan en hipótesis imprevisibles.....	330
D. Los Demandantes insisten en aplicar un método incorrecto.....	331
E. Valuación Correcta	338
F. La condena de intereses, si fuere procedente, debe ser calculada a una tasa simple no mayor que la tasa de interés libre de riesgo.....	340
1) El Tribunal debería aplicar una tasa libre de riesgo.....	340
2) El Tribunal debería adjudicar intereses simples	341
VIII. DEMANDA RECONVENCIONAL	343
A. El Tribunal tiene jurisdicción para entender sobre la Demanda Reconvencional de la Demandada.....	343
B. Los Demandantes violaron la legislación de Guatemala y, de ese modo, incumplieron la	

obligación consagrada en el Capítulo 10.....	345
IX. COSTOS	346
X. PETITORIO	347

I. RESUMEN EJECUTIVO

1. Mediante el presente Memorial de Dúplica, la República de Guatemala (“Guatemala”) ha tenido que responder dos casos distintos, el caso que los Demandantes escribieron en su Memorial y el que plantearon en su Réplica, pues el caso que los Demandantes presentan es una expedición de pesca que está en constante mutación para que, al crear esa confusión, alguna de todas sus variadas y contradictorias acusaciones pueda originar algún tipo de responsabilidad del Estado bajo DR-CAFTA. Esta serie de contradicciones no resiste el escrutinio más elemental. Ni Guatemala ni sus tribunales han actuado de forma errónea ni contraria a las obligaciones asumidas en el DR-CAFTA y varias razones concurren para alcanzar esa conclusión. Si los Demandantes han sufrido algún daño, sería la consecuencia de su propia imprevisión y falta de debida diligencia.
2. Los Demandantes no hicieron ningún tipo de debida diligencia antes de iniciar su inversión en Guatemala, y, específicamente, no hicieron ninguna debida diligencia legal, social, y menos aún en derechos humanos. De haberla hecho, hubieran encontrado que existen comunidades indígenas en el área de la mina, y que estas comunidades constituyen el 67% de la población de San Pedro Ayampuc. Asimismo, que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (“Convenio 169”) que regula el derecho de consulta forma parte de la Constitución de Guatemala desde el año 1997. Como debieron darse cuenta los Demandantes, Guatemala es un país en el que la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en Guatemala se produce con la sola ratificación de los Convenios y Tratados y que los mismos pasan a formar parte del ordenamiento jurídico guatemalteco y la Constitución Política de la República. En otras palabras, tratados como el Convenio 169 pasan a ser ley máxima del Estado en forma automática y, por lo tanto, no se requiere una ley del Congreso de la República para que sus disposiciones favorezcan a todos sus ciudadanos y vinculen al poder público.
3. Asimismo, de haber realizado una debida diligencia legal y social hubieran conocido que: (i) desde los primeros años del nuevo siglo (e inclusive antes), como lo demuestran numerosas noticias en la prensa local, existía un constante pedido por parte de los pueblos indígenas y las instituciones que los representan para que se lleve adelante la Consulta con los Pueblos Indígenas, especialmente en las áreas en donde se radican proyectos que afectan los recursos naturales y las condiciones de vida de estos pueblos; (ii) Guatemala desde esa época está dividida entre quienes apoyan la minería y quienes se oponen a ella, y que este enfrentamiento es de tal naturaleza que ha motivado numerosos trabajos científicos de análisis social y sociológico por las más importantes universidades del mundo, sobre todo durante la primera década del siglo XXI; y, (iii) la realidad de Guatemala durante los primeros 10 años del presente siglo ha estado inmersa de conflictos sociales, enfrentamientos, paros y bloqueos entre quienes apoyan la minería y quienes se enfrentan a ella.

4. Por lo anterior sorprende que el Sr. Kappes, a pesar de que estuvo trabajando para el Proyecto Marlín y otros proyectos minerales en Guatemala, no se haya enterado y tomado conocimiento de esa tensión social y de esos conflictos, que son los mismos conflictos que se han producido en el proyecto Progreso VII Derivada. Aquí sólo es posible que, además de haber incumplido con un requisito de precaución mínimo de cualquier inversor prudente, nacional o extranjero, haya optado deliberada y abiertamente por ignorar la tensión social que existía y los reclamos que se generaban como consecuencia de esta tensión local, y que en muchos casos derivaban en reclamos de las comunidades indígenas para que, antes de cualquier proyecto que pudiera afectar su forma de vida, se realizara la Consulta que manda el Convenio 169 de la OIT.
5. Si el Sr. Kappes y las empresas por él controladas decidieron ignorar esta situación social en Guatemala, y fracasaron en realizar los pasos mínimos y fundamentales para entender las particularidades y necesidades del lugar en donde estaban haciendo la inversión, no pueden ahora legítimamente querer que el Estado pague las consecuencias. Más aún, la consumación de la inversión en septiembre de 2012, cuando el conflicto social de La Puya estaba ya en plena ebullición, es simple negligencia. Es un principio ya fuertemente consolidado en el Arbitraje Internacional de Inversiones, que los Tratados Bilaterales de Inversión no constituyen una póliza de seguro para proteger malas decisiones de negocios.
6. Está comprobado con la abundante evidencia que existe en el expediente del presente arbitraje que todos los problemas sociales con La Puya, las denuncias legales por falta de Permiso de Construcción y los procedimientos presentados por la comunidad Kaqchiquel para que se cumpla con la Consulta (previa) a los Pueblos Indígenas y Tribunales son la consecuencia de esos conflictos sociales preexistentes que el Sr. Kappes y sus empresas decidieron ignorar. Asimismo, está comprobado en este expediente que los Demandantes hicieron lo mínimo necesario para cumplir con su presentación ante el Ministerio de Recursos Naturales (MARN) y Ministerio de Energía y Minas (MEM) e ignoraron las necesidades y expectativas de las comunidades circundantes, agravando la situación mediante la contratación de una empresa compuestas por ex militares (grupo acusado de abusos a los derechos humanos contra agricultores y campesinos como los miembros que componen La Puya) para “imponer el proyecto minero” entre las comunidades circundantes. Esto no sólo no satisfizo las preocupaciones de la comunidad sino que, dada la violencia física y moral ejercida, la conflictividad social creció consolidándose y marcando definitivamente la suerte del proyecto, a pesar de todos los esfuerzos realizados por el Estado para mediar, proteger a la empresa conforme a los estándares regulados en el DR-CAFTA e, incluso, intentar forzar el proyecto cuando el mismo era abiertamente rechazado por las comunidades circundantes.
7. Por lo dicho anteriormente, ha sido exclusivamente la responsabilidad de los Demandantes llevar al fracaso su proyecto minero, al utilizar la violencia física y moral, mentiras y desinformación para operar en Guatemala.

Los Demandantes nada hicieron para obtener la licencia social requerida para operar todo proyecto. Sea o no una obligación legal, la licencia social para operar es un requisito *sine qua non* e internacionalmente reconocido para que todo proyecto funcione en la realidad, se tiene o no se tiene licencia social, y los Demandantes carecieron y carecen de ella como consecuencia de las profundas heridas sociales que infligieron a los habitantes de la zona. Esta falta de licencia social, además de obvia, es demostrada mediante la irrefutable opinión de los expertos Ana María Estévez y Lloyd Lissett, cuya opinión experta se acompaña en este escrito, y quienes son expertos de renombre en el sector minero y de los recursos naturales.

8. Esa misma actitud indolente y temeraria es la que la Exmingua y los Demandantes desplegaron con respecto al cumplimiento de la ley de Guatemala. Es claro ahora y se encuentra demostrado, que Exmingua nunca obtuvo, o nunca obtuvo legalmente, una licencia de construcción. También ha quedado demostrado que siguió construyendo cuando los Tribunales le notificaron que debía suspender la construcción, y finalmente que Exmingua siguió produciendo luego de que los Tribunales de Guatemala, la Corte Suprema de Justicia, y la Corte de Constitucionalidad otorgaron el Amparo por la falta de Consulta con los Pueblos Indígenas y Tribales. De los documentos que se acompañan en este escrito queda demostrado que el Sr. Kappes y los funcionarios de Exmingua actuaron con dolo, y violaron flagrantemente el derecho local relacionado a la inversión.
9. Por todo lo anterior, ningún órgano de Guatemala infringió norma alguna del capítulo de inversiones del DR-CAFTA, por el contrario:
 - a. El Estado siempre prestó asistencia a la empresa, protegió sus intereses, sus funcionarios y sus bienes, desde el inicio del conflicto hasta la actualidad. De ninguna manera se puede acusar al Estado de no haber prestado la necesaria protección y seguridad a Exmingua, sus funcionarios, bienes o autoridades.
 - b. El Trato Justo y Equitativo en el DR-CAFTA es sin dudas el Trato Mínimo Internacional del Derecho Internacional Consuetudinario, el cual requiere que la conducta del Estado para violar el mismo sea “ultrajante, un descuido deliberado del deber, con mala fe, o equivalente a una insuficiencia de acción gubernamental muy por debajo de los estándares internacionales que cualquier persona razonable e imparcial reconocería inmediatamente su insuficiencia”. El Estado Guatemalteco en todas sus instancias actuó conforme a debido proceso, y en respeto del estado de derecho. De ninguna manera se violó el estándar de trato justo y equitativo del artículo 10.5 del DR-CAFTA.
 - c. Asimismo, es claro y consolidado en la opinión de los tribunales y la doctrina que el artículo del DR-CAFTA no incluye las llamadas “expectativas legítimas del inversor” ni ningún sinónimo o variación de éstas como confianza legítima, seguridad jurídica, la transparencia, o la buena fe como concepto autónomo, etc. Tampoco los Demandantes han demostrado, ni pueden demostrar, que el MST del derecho consuetudinario ha evolucionado como para acomodar estas obligaciones.
 - d. Pero, en cualquier caso, y ratificando que no corresponde aplicar nada más allá del Trato Mínimo Internacional, ninguna conducta de Guatemala en relación con este caso ha violado el

TJE en cualquiera de sus formulaciones.

10. Finalmente, es importante decir, que para la violación de cualquier estándar del Tratado a través de los actos del Poder Judicial se requiere una demostración de Denegación de Justicia, la cual **no permite** que el Tribunal Arbitral revise en apelación la decisión de los Tribunales soberanos de Guatemala. Tampoco la Corte de Constitucionalidad, por las razones que aquí se explican, incurrió en una demora injustificada, ni conspiró con otros órganos del Estado, ni en modo alguno violó el estándar de Denegación de Justicia.
11. Se desprende también de lo anterior de que de ninguna manera los actos del Poder Judicial de Guatemala violaron el estándar de denegación de justicia, y los actos del Poder Judicial sólo pueden violar el Tratado, en cualquier de sus incisos, a través de la denegación de justicia.
12. El Estado no discriminó, sea bajo el estándar de Trato Nacional o Trato de la Nación más Favorecida a los Demandantes. No sólo los actos del Poder Judicial no pueden ser controlados bajo este estándar si no hay una denegación de justicia, sino que además el trámite de cada caso depende de sus propias circunstancias, de las defensas planteadas por múltiples partes y también de circunstancias externas. Similar explicación cabe en relación con la implementación de la Consulta con los Pueblos Indígenas y Tribales, la cual depende de las propias circunstancias de cada caso que el Estado no puede controlar, y de sucesos propios de actores externos (autoridades indígenas, grupos de interés y protesta, etc.), así como de circunstancias que cada proyecto haya podido generar en relación a su nivel de aceptación por las comunidades circundantes al mismo y la obtención de la licencia social para operar de cada uno de ellos.
13. Por supuesto que no puede haber expropiación de la inversión cuando sólo hay una suspensión del proyecto, y cuando el accionista puede ejercer plenamente los derechos que surgen de la calidad de accionista, como hacer presentaciones judiciales ante las Autoridades locales en nombre de la empresa, ejercer los derechos propios de un accionista a lo interno de la empresa y manejar los destinos de la misma. Nada en este expediente tiene la más mínima apariencia de una expropiación de Exmingua.
14. En este escrito Guatemala también plantea respetuosamente que el Tribunal no debió permitir la presentación de un caso de daños indirectos a través del artículo 10.16.1(a). La presentación de parte no contendiente de los EE.UU., país de nacionalidad de los Demandantes, claramente lo ha indicado, y ello es lo más cercano a una interpretación auténtica del Tratado que pueda existir. No obstante, y más allá de ello, queda claro que los Demandantes han abusado del proceso y ahora han presentado frente al Tribunal una reclamación por daños directos, pero siguen presentando reclamos indirectos o por daños reflejos, sin aportar evidencia alguna de daños sufridos por los accionistas. El Tribunal tampoco tiene jurisdicción porque el inversor actuó en violación de la ley tanto cuando realizó la inversión como en su ejecución, así como también su jurisdicción ha sido

excluida por las reservas realizadas por Guatemala al Tratado.

15. El caso de daños de los Demandantes también fracasa groseramente principalmente porque pretenden aplicar un estándar de compensación basado en una reparación total el cual quedó demostrado que va en contra del texto expreso del Tratado, la interpretación de sus partes y la práctica subsecuente de tribunales arbitrales en la materia. De esta mala interpretación del Tratado se desprenden serios vicios como un marco valuatorio *ex post facto* -del cual los Demandantes abusan- y un cálculo de intereses que no son comercialmente razonables ni aceptados por el derecho internacional.
16. Asimismo, los daños de los Demandantes no cumplen con los estándares de causalidad establecidos por este mismo Tribunal en la fase de objeciones preliminares. Esta causalidad fue, en cualquier caso, interrumpida por la misma negligencia de los Demandantes, quienes son los únicos causantes de los daños sufridos por falta de licencia social en el proyecto. Tal y como demuestran los expertos valuadores, el modelo de daños presentado por los Demandantes intenta transformar un proyecto pequeño, riesgoso y poco rentable en un proyecto grande que hubiera generado millones de dólares en utilidades y explotado grandes cantidades de recursos minerales, basado en presunciones altamente especulativas y con serios vicios en su metodología de cálculo.
17. Para concluir, esta sección introductoria sólo busca realizar una semblanza del contenido de este Memorial de Dúplica, y cualquier cuestión que no haya sido expresamente tratada aquí, no lo ha sido por una cuestión de espacio y por el carácter sumario de esta introducción, pero en forma alguna ello debe interpretarse como un olvido, o un reconocimiento que alguna cuestión tiene menor relevancia. Por el contrario, cada página en este Memorial de Dúplica ayudará al Tribunal a esclarecer los hechos y el derecho aplicable a esta disputa, y sin lugar a dudas lo llevará a dictar una decisión totalmente favorable a Guatemala, con imposición de costas a los Demandantes por el caso.
18. Resolver a favor de Guatemala, rechazando enteramente el caso de los Demandantes, e imponiendo la totalidad de las costas a la mismas, **será justicia.**

II. HECHOS RELEVANTES

A. Los Demandantes desarrollaron el proyecto de manera irresponsable, sin respetar el estado de derecho mientras generaban y alimentaban el conflicto

1) Desde el comienzo, los Demandantes pasaron por alto de forma deliberada la coyuntura social, jurídica y política de Guatemala

a. Los Demandantes no llevaron a cabo una debida diligencia antes de realizar la supuesta inversión en Guatemala

19. Según el Sr. Kappes, KCA empezó a averiguar para invertir en un proyecto en 2003,¹ y en 2008, tanto él como

¹ Declaración Kappes I, ¶ 29.

KCA “[estaban] listos para invertir y desarrollar un proyecto minero”.² No hay ningún indicio de que durante este tiempo el Sr. Kappes haya visitado el sitio de la mina o realizado algún estudio de debida diligencia antes de invertir, más allá de quizás haber revisado informes técnicos preparados.³

20. Toda la operación—desde la primera expresión de interés hasta la inversión de USD 6,5 millones para obtener el 51% de la participación en el Proyecto El Tambor—se completó en menos de dos meses y con una visita de un día al sitio.⁴ El Sr. Kappes alega que durante este corto período de tiempo “KCA realizó la debida diligencia, asesorado por abogados guatemaltecos, para comprender y cumplir con los requisitos necesarios para poder adquirir los derechos y realizar actividades mineras en Guatemala”.⁵ Pero no existe ninguna prueba documental sobre esta debida diligencia ni sobre sus resultados que pueda corroborar el testimonio del Sr. Kappes. No hay ningún informe de asesores externos, incluidos abogados guatemaltecos, que indique ningún grado de debida diligencia, pese a que había muchas pruebas sobre el conflicto entre la comunidad y otras operaciones mineras cercanas.⁶
21. Durante la etapa de producción de pruebas de este proceso, Guatemala solicitó copias de cualquier estudio de debida diligencia que se hubiere realizado antes de la adquisición de Exmingua.⁷ Sin embargo, los Demandantes no produjeron ninguna copia. No hay ningún documento en el expediente de este caso que demuestre algún nivel de debida diligencia por parte de los Demandantes antes de completar su inversión en Guatemala. Sin ningún documento que lo pruebe, no hay manera de confirmar el nivel de debida diligencia con el que se actuó, si es que se actuó con debida diligencia.
22. Con excepción de unos pocos informes técnicos y datos sobre minería,⁸ Kappes hace referencia a dos correos electrónicos, ninguno de los cuales demuestra ningún grado de debida diligencia antes de comenzar la inversión.⁹ Ambos correos electrónicos hacen referencia a eventos que tuvieron lugar *después* de la inversión inicial.¹⁰ Uno de ellos es una comunicación interna en la que se solicita organizar una reunión con los gerentes

² Kappes I, ¶ 36.

³ Kappes I, ¶¶ 29-37. Sorprendentemente, pese a haber afirmado que trabajaron en otros estudios de factibilidad para proyectos en Guatemala, los Demandantes nunca prepararon su propio estudio de factibilidad para este proyecto y nadie más preparó dicho estudio; Declaración Kappes II, ¶ 16.

⁴ Kappes I, ¶ 37-39.

⁵ Kappes I, ¶ 40.

⁶ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 35-36.

⁷ Ver Resolución Procesal No. 6, Anexo B – Solicitud No. 15.

⁸ Declaración Kappes II, ¶¶ 14-21 (donde se cita **C-0683**, información minera en línea sobre la mina Marlin); Informe Técnico CAM (**C-0039**); Maynard, Tambor JV – Resumen de Exploración Potencial del 18 de noviembre de 2003 (**C-0046**); Gregory F. Smith, Radius Explorations Ltd.: Informe técnico sobre las propiedades guatemaltecas (**C-0040**).

⁹ Kappes II, ¶¶ 14-21 (donde se cita **C-0682**, un correo electrónico de KCA a Exmingua en el que se solicitan reuniones del 18 de marzo de 2011; **C-0684**, un correo electrónico de David Croas a Daniel Kappes del 18 de junio de 2009).

¹⁰ Ver Réplica de los Demandantes, ¶ 45 (los Demandantes habían adquirido Minerales KC en enero de 2009, mediante la

de la Mina Marlin en marzo de 2011;¹¹ el otro refleja un intercambio de correos electrónicos sobre una visita a una mina cercana denominada El Sastre en junio de 2009.¹² En ninguno de los correos se explica el propósito específico de visitar las otras minas.¹³ A partir de lo expresado en el correo electrónico, no hay ningún indicio de que los Demandantes hayan visitado la Mina Marlin.¹⁴ Pese a que es posible que los Demandantes hayan visitado El Sastre, no hay ningún indicio del alcance de dicha visita ni de las observaciones que se realizaron.¹⁵

23. Más que confirmar la debida diligencia, los correos electrónicos demuestran lo contrario. El correo sobre la Mina Marlin de 2011 confirma que el Sr. Kappes tenía poco conocimiento de la zona y de las comunidades aledañas casi *tres años después* de haber firmado el acuerdo con Radius. En ese correo, Kappes dice: “También quisiera ir al sitio a visitar Ayumpac, *que nunca he visto*, y después *conduzco a través* del distrito a Cholena, apenas para *conseguir una mejor sensación* para la disposición total”.¹⁶ Claramente, el Sr. Kappes nunca había visitado las comunidades aledañas antes de invertir. Aunque el otro correo electrónico demuestra que otro empleado de KCA, el Sr. David Croas,¹⁷ visitó El Sastre el 18 de junio de 2009 junto a los geólogos del proyecto, no hay indicios de ningún otro intercambio sobre el proyecto.

24. En virtud de la falta de pruebas, no puede existir duda de que los Demandantes nunca obtuvieron un informe de debida diligencia ni ningún documento escrito en el que se analice el marco normativo de Guatemala o el ambiente de inversiones sociopolítico. Más allá de las escuetas e interesadas declaraciones del Sr. Kappes, no hay pruebas de que haya participado un equipo de asesores en el asesoramiento sobre cuestiones impositivas, legales o de otro tipo, ni de que se hayan evaluado adecuadamente los riesgos de la inversión antes de su inicio.

b. Los Demandantes tenían conocimiento de la posibilidad de conflicto social al momento de invertir

25. Los Demandantes afirman que el contexto social respecto de la minería en Guatemala antes de la inversión

cual adquirieron el 51% de Exmingua en junio de 2009. Luego, el 4 de septiembre de 2012, compraron el resto de las acciones de Exmingua).

¹¹ Correo electrónico de David Croas (KCA) a Pedro García (Exmingua) del 18 de marzo de 2011 (C-0682)

¹² Correo electrónico de David Croas a Daniel Kappes del 18 de junio de 2009 (C-0684).

¹³ *Ver, por ejemplo*, Anexos C-0682 y C-00684.

¹⁴ Correo electrónico de David Croas (KCA) a Pedro García (Exmingua) del 18 de marzo de 2011 (C-0682) (“Pedro, usted pide por favor Lupita para intentar poner las citas para que Dan y yo visitemos Goldcorp. Necesitamos hablar con el encargado de Marlin Mine (si es posible) y con Eduardo Villacorta en la oficina de Goldcorp en ciudad de Guatemala.”).

¹⁵ Correo electrónico de David Croas a Daniel Kappes del 18 de junio de 2009 (C-0684) (“Quiero darles las gracias por organizar nuestra visita a su mina en El Sastre. Selvin Subuyuki es un joven muy agradable e informativo. Fue un anfitrión muy amable y es una ventaja para ti funcionamiento. Gracias de nuevo.”).

¹⁶ Correo electrónico de David Croas (KCA) a Pedro García (Exmingua) del 18 de marzo de 2011 (C-0682) (énfasis añadido).

¹⁷ En 2008, se menciona al Sr. David Croas como “ingeniero minero independiente empleado como director del proyecto de campo.” *Ver* Memorial de los Demandantes ¶ 15. En 2009, sus correos electrónicos se envían desde una dirección de correo electrónico de KCA. *Ver, por ejemplo*, Anexos C-0682, C-0684.

“parecía prometedor”, y que los conflictos sociales no eran típicos de los proyectos mineros en Guatemala.¹⁸ Esto no es cierto. Cualquiera persona que estuviera prestando atención a la industria minera en Guatemala se habría dado cuenta de que el movimiento anti minero comenzaba a consolidarse cuando comenzaba la construcción de la Mina Marlin a fines de 2004/2005.¹⁹ En 2005 empezaron a surgir las demandas de reforma de la legislación minera y de aplicación del Convenio 169 de la OIT en distintas comunidades y organizaciones.²⁰ Estas cuestiones no estaban ocultas. Tenían un espacio importante en los diarios locales de mayor circulación de Guatemala desde el 2003,²¹ cuando KCA y Kappes estaban trabajando en Guatemala.²²

26. Los Demandantes creen que su participación en los proyectos mineros de Cerro Blanco de Glamis y de Marlin de Glamis/Entre Mares les brindó la experiencia suficiente para comprender la situación sociopolítica en Guatemala.²³ Pero estos proyectos no les pudieron brindar certezas a los Demandantes ya que en ese momento Cerro Blanco se encontraba en la fase de exploración²⁴ y, para 2008, la Mina Marlin había sufrido tres años de conflictos sociales. Además, el rol limitado que tuvieron los Demandantes en estos proyectos no les pudo haber brindado un panorama completo de la situación sociopolítica, especialmente en 2008. Para Cerro Blanco, los Demandantes solo habían preparado estudios de evaluación de costos. Para Marlin, los Demandantes afirman que trabajaron en un estudio de factibilidad en 2002-2003.²⁵ Llamativamente, un año después el proyecto comenzó a sufrir uno de los peores conflictos sociales del país.²⁶
27. La Mina Marlin fue un ejemplo perfecto de un propietario de proyecto que no consulta de manera adecuada con las comunidades locales *antes* de empezar con la construcción de la mina y que no cumple con las obligaciones ambientales. Difícilmente haya sido un modelo a seguir en 2008. En ese mismo año se removió a Goldcorp de la lista de empresas canadienses con responsabilidad ambiental que negocian en la Bolsa de Valores de Toronto, dando como razones la creciente oposición y el hecho de que, en ese momento, Goldcorp era la empresa a la que se le había impuesto la mayor cantidad de multas por cuestiones ambientales entre

¹⁸ Réplica de los demandantes, ¶ 38. Sin embargo, ver Michael L. Dougherty, *Enredos de tamaño de la empresa y el país de origen con el riesgo de reputación de la empresa minera en Guatemala*, p. 1 (“Dougherty”) (R-0172) (observando que a partir de 2008 la actividad minera se estaba volviendo “más arriesgada” en Guatemala).

¹⁹ *Mina Marlin de Goldcorp: Una década de operaciones y controversia en Guatemala* (3 de mayo de 2015) (R-0173).

²⁰ Ver, por ejemplo, Comunicado de la Conferencia Episcopal de Guatemala emitido el 27 de enero de 2005 (R-0219); ver también, MAC/20: Mines and Communities, *El pueblo de Sipacapa rechaza la actividad minera en su municipio*, 21 de junio de 2005 (R-0220).

²¹ Ver Compilación de artículos sobre el Convenio 169 de la OIT y sobre los problemas por asuntos extractivos publicados por Prensa Libre desde 2004 a 2007 (R-0218).

²² Kappes II, ¶ 16.

²³ Réplica de los Demandantes, ¶ 37.

²⁴ *Bluestone Proporciona actualización sobre Cerro Blanco*, Comunicado de Prensa, 28 de junio de 2021 (R-0221).

²⁵ Kappes II ¶ 16.

²⁶ Ver, por ejemplo, Compilación de artículos periodísticos desde 2004 a 2012 (R-0218).

todas las empresas registradas en la Bolsa de Valores de Toronto.²⁷ En un referéndum que se realizó en junio de 2005, 13 grupos indígenas del municipio de Sipacapa, donde estaba ubicada la Mina Marlin, votaron de forma abrumadora en contra de la minería a cielo abierto.²⁸

28. Los Demandantes alegan que “[realizaron] el seguimiento de la situación en la mina Marlin” y que el Sr. Kappes se reunió con “los gerentes de [la Mina Marlin] en la Ciudad de Guatemala” “para [informarse] mejor acerca de sus operaciones y luego [se mantuvieron] en contacto durante las posteriores visitas”.²⁹ Los Demandantes citan un único correo electrónico para respaldar su participación la Mina Marlin.³⁰ Pero dicho correo no confirma si los encuentros tuvieron lugar en 2008 o posteriormente en 2011, o si en la conversación se trataron los aspectos sociales del proyecto. El correo solo indica que el Sr. Kappes quería hablar con Goldcorp para conversar sobre “que ellos toman el concentrado”.³¹
29. Pese a que el Sr. Kappes afirmó que siguió de cerca los problemas sociales en la Mina Marlin, los desestimó como irrelevantes. No creía que dichos problemas fueran a afectar a Exmingua ya que el proyecto tenía una magnitud mucho menor y KCA era “una empresa de menor envergadura” y por lo tanto era menos probable que concitara la atención de “las ONG anti minería”.³² Aparentemente, los Demandantes estaban más preocupados por la oposición de las ONG, cuando deberían haberse preocupado por las poblaciones locales, como se demostró con la Mina Marlin.³³
30. Además del conocido conflicto en la Mina Marlin, había muchas otras situaciones que demostraban que la tensión social entre la industria extractiva y las comunidades aledañas en Guatemala representaba un riesgo cada vez mayor.
31. Tanto la administración del presidente Oscar Berger (2004-2008) como la de Álvaro Colom (2008-2012) habían declarado moratorias a la minería debido a los conflictos sociales.³⁴ Las moratorias se anunciaron como resultado de la tensión social alrededor de los proyectos mineros, incluido el proyecto Marlin. Dicha tensión incluyó reclamos para que se llevaran a cabo consultas y para que se reforme la Ley de Minería vigente.³⁵ En

²⁷ Zarsky and Stanley, *¿Pueden las industrias extractivas promover el desarrollo sostenible? Un marco de beneficios netos y un estudio de caso de la mina Marlin en Guatemala*, Revista de Medio Ambiente y Desarrollo, pp. 143-144 (R-0278).

²⁸ *Mining Referendum Called by Guatemalan Indigenous Communities*, OXFAM, Comunicado de Prensa del 8 de julio de 2005 (R-0222).

²⁹ Kappes II ¶ 17.

³⁰ *Ibid.* (donde se cita el correo electrónico de KCA a Exmingua (C-0682-ENG).

³¹ Correo electrónico de Daniel Kappes a Davis Croas del 17 de marzo de 2011 (C-0682-ENG).

³² Kappes II, ¶ 18.

³³ *Mining Referendum*, OXFAM, Comunicado de Prensa del 8 de julio de 2005 (R-0222).

³⁴ A. Bunch y C. Loarca, *Mining Conflict and Indigenous Consultation in Guatemala*, AMERICAS QUARTERLY, 13 de marzo de 2013 (R-0223).

³⁵ L. Solano, E. Moore, y J. Moore, *La injusticia minera a través del arbitraje internacional: Contrarrestando los*

otras palabras, el marco normativo era incierto antes de la inversión inicial de los Demandantes.

32. En junio de 2008, aproximadamente 3 semanas después de que los Demandantes firmaran una carta de intención con Radius, la agitación social era lo suficientemente seria como para que el Presidente declarara el estado de alerta en el municipio de San Juan Sacatepéquez. Esta agitación social se debía a la falta de consultas en aplicación del Convenio 169 de la OIT relacionadas con la construcción de una cementera y la obtención de los permisos mineros correspondientes en dicho municipio, que se encuentra a poco más de 70 km de distancia.³⁶
33. El Sr. Kappes afirma que había otras operaciones mineras exitosas en la zona, haciendo referencia únicamente a El Sastre. Sin embargo, los Demandantes ya admitieron que El Sastre atravesó un conflicto social en 2011, un año *antes* de que los Demandantes completaran su inversión en Exmingua.³⁷
34. También había otros indicios de conflicto entre las comunidades y las empresas mineras. Servicios Mineros del Centro de América (“SMCA”) indicó en su informe que la zona era conocida como *históricamente* conflictiva.³⁸ SMCA también advirtió a los Demandantes que los problemas mineros en Guatemala occidental surgieron luego de la firma del “Acuerdo de Paz Firme y Duradera” en 1996 “debido al hecho que el Convenio 169 de la OIT indica que las comunidades indígenas deben ser consultadas con respecto a su opinión sobre la extracción de recursos naturales”.³⁹ Los Demandantes no realizaron debida diligencia alguna respecto de la aplicación del Convenio de la OIT.⁴⁰ Incluso durante su propio proceso de EIA, el equipo identificó fuentes de tensión previas en una mina cercana.⁴¹

argumentos de Kappes, Cassiday & Asociados sobre su proyecto de oro en Guatemala, EARTHWORKS pág. 13 (R-0130-ENG).

³⁶ Ver Observatorio para la Protección de los Defensores de Derechos Humanos, *Guatemala – “Más Pequeños que David”*: *La lucha de los defensores y defensoras de derechos humanos* (febrero de 2015), pág. 22, nota al pie 93 (R-0152-ENG); ver también *Mining Conflicts in Latin America*, Guatemala, Consultation in San Juan Sacatepéquez, Guatemala (R-0224) (que muestra que, según una encuesta de 2007, solo 4 de los 8950 habitantes estaban a favor del proyecto en San Juan Sacatepéquez).

³⁷ Kappes II, ¶ 19.

³⁸ Informe de SMCA sobre los Programas Sociales (Jul-Dic. 2014) (C-0708-ENG) (“El Proyecto Progreso VII Derivada se encuentra en un área históricamente conflictiva, ya que cuenta con una población considerada políticamente de izquierda... lo cual ha generado el marco ideal para una oposición férrea...”).

³⁹ Informe de SMCA y diapositivas de PowerPoint del 9 de diciembre de 2011 (C-0702 ENG).

⁴⁰ *Supra*, Sección I.A.1.a.

⁴¹ Informe Segunda Fase, pág. 3 (C-0742) (“En relación directa a la actividad minera desde la municipalidad se manifiesta la preocupación de situación *que se dio anteriormente*, donde se mencionó que la minera presente en el municipio (Finca La Joaquina), había dado dinero a la municipalidad para permitir su trabajo y también ofrecieron médicos y otros beneficios a la comunidad pero no cumplieron, provocando comentarios contra las autoridades municipales por apropiarse supuestamente de fondos, así como problemas entre la gente y la municipalidad. Por eso insisten en la importancia de informar a la comunidad y cumplir con ofrecimientos por parte de la empresa a cargo del proyecto Progreso VII”).

c. Los Demandantes recortaron costos en el proceso de EIA que tenía vital importancia para comprender la coyuntura sociopolítica y abordar las preocupaciones de las comunidades

35. En junio de 2009, un año después de que los Demandantes decidieran invertir en el Proyecto, Grupo Sierra Madre (“GSM”) presentó distintas propuestas para llevar a cabo los estudios de impacto ambiental para Progreso VII y Santa Margarita Derivada respectivamente.⁴² El presupuesto estimado para llevar a cabo cada EIA era tan solo de aproximadamente USD 47.893,27.⁴³ Se estimaba que el EIA para Progreso VII llevaría solamente 18 semanas.⁴⁴
36. Los Demandantes desaprovecharon otra oportunidad para comprender mejor la coyuntura en la que operaría la mina durante el proceso de EIA. El EIA es fundamental para entender los riesgos sociales y ambientales del proyecto y mitigar dichos riesgos. Debido a que los Demandantes recortaron costos en este proceso, no lograron mitigar los riesgos que el Proyecto enfrentaría más adelante.
37. Pese al testimonio de los demandantes de que “llevaron a cabo estudios ambientales exhaustivos”,⁴⁵ en el EIA faltaban muchos estudios o había estudios incompletos o realizados en un nivel básico. Sin estudios de base apropiados, los datos recolectados son poco confiables y por lo tanto es difícil determinar los impactos del Proyecto. Los expertos de Guatemala detectaron la ausencia de 88 de los 104 componentes del EIA.⁴⁶ Respecto de los aspectos sociales del Proyecto, no se realizó ningún estudio sobre la población indígena y no se mencionó nunca al Convenio 169. Como lo indican los propios consultores de Exmingua, no se hicieron suficientes estudios sobre el contexto político y social de la zona.⁴⁷
38. El proceso de consulta del EIA también fue básico.⁴⁸ El proceso de consulta inicial en 2010 incluyó ocho encuentros durante un período de cinco días.⁴⁹ Cinco de esos encuentros fueron con funcionarios institucionales o de gobierno y los tres restantes fueron con supuestos líderes comunitarios de tres aldeas cercanas.⁵⁰ Los encuentros con funcionarios institucionales o de gobierno se desarrollaron en forma de presentaciones, con excepción de un encuentro en el que se entrevistó a tres autoridades municipales utilizando

⁴² Propuesta Técnica Económica para Santa Margarita Derivada (C-0079) y Propuesta para el EIA de Progreso VII (C-0080).

⁴³ Propuesta para el EIA de Progreso VII, Anexo 4, pág. 27 (C-0080-ENG); *Ver también*, Informe SLR II, ¶ 144 (observando que el costo de realizar un EIA es al menos diez veces la cantidad que cobró GSM).

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Réplica de los Demandantes, p. 22.

⁴⁶ Informe SLR II, ¶ 31.

⁴⁷ *Ver, por ejemplo*, Informe CEDER 2013, pág. 20 (C-0716-ENG) (donde se cita la “falta de previsión para desarrollar paralelamente a los estudios de exploración un profundo estudio del contexto político-social de la región.”).

⁴⁸ Declaración de González, ¶ 22 (En el año 2015, el personal del MARN tenía “dudas sobre cómo la empresa [Exmingua] había realizado la consulta con las comunidades aledañas).

⁴⁹ EIA, Cuadro 78, Cronograma de actividades, pág. 289 (C-0082).

⁵⁰ *Ibid.*

un cuestionario de una página.⁵¹ Los Demandantes repitieron estos encuentros con casi las mismas personas de las mismas tres comunidades aledañas al Proyecto en 2011, sin involucrar a mas miembros de la comunidad u otras partes interesadas.⁵²

d. Los Demandantes prosiguieron con la inversión incluso después de que se desatara el conflicto social por el proyecto

39. No hay dudas de que el conflicto social llegó a su punto crítico en marzo de 2012, cuando la comunidad comenzó a bloquear la entrada a la mina.⁵³ Pese a que transcurrieron seis meses de bloqueo de la comunidad, los Demandantes siguieron adelante y adquirieron el 50% restante del proyecto con un importante descuento, lo que le permitió a Radius Gold retirarse del proyecto.⁵⁴
40. Los Demandantes niegan que el conflicto social haya provocado la salida de Radius. Pero esto no concuerda con las razones que expresó Radius Gold. En palabras del Sr. Ralph Rushton, Presidente de Radius Gold, “[l]a venta de nuestra participación en el Proyecto El Tambor es parte de nuestra estrategia corporativa para desinvertir *activos problemáticos*, lo que permite a [Radius] concentrar capital y experiencia en *áreas menos conflictivas* con respecto al desarrollo en la región”.⁵⁵
41. Radius tomó distancia tan rápidamente que no solo vendió el proyecto por apenas USD 100.000 garantizados, sino que también se eximió de toda responsabilidad.⁵⁶ En este mismo comunicado, el Sr. Rushton remarcó en negrita que “[Radius] *no ha tenido participación* en la gestión diaria del proyecto y *no tiene influencia* en los permisos de la mina propuesta, su construcción, su operación o cualquier decisión relacionada con el acceso al proyecto”. No obstante, para el 4 de septiembre de 2012, seis meses después del comienzo del bloqueo de la comunidad, presuntamente KCA y Kappes ya habían completado la adquisición de Exmingua.⁵⁷

⁵¹ Ver EIA, Cuadro 81, Resultados de las entrevistas con personeros municipales, pág. 297 (C-0082-ENG).

⁵² Comparar Enmiendas al EIA, Anexo 7, pág. 1179-1226 (C-0089-SPA) y EIA, Anexo 15, págs. 852-868 (C-0082-ENG).

⁵³ Memorial de los Demandantes, ¶ 43 (“[A] principios de marzo de 2012, aproximadamente 25 a 30 personas formaron un bloqueo humano que impedía la entrada de equipo y materiales en el sitio de Progreso VII. En los días siguientes, los manifestantes establecieron un campamento a lo largo de la carretera que conduce a la entrada del sitio ... donde se quedaron día y noche.”).

⁵⁴ La venta incluyó el pago de USD 100.000 al momento de la firma y aproximadamente otros USD 300.000 una vez que KCA hiciera el primer envío de oro producido desde la propiedad. Ver Comunicado de Prensa, *Radius Gold vende interés en propiedad de oro en Guatemala*, 31 de agosto de 2012 (R-0001-ENG).

⁵⁵ Comunicado de Prensa, *Radius Gold vende interés en propiedad de oro en Guatemala*, 31 de agosto de 2012 (R-0001-ENG) (énfasis añadido).

⁵⁶ *Ibid.* (“Radius vendió el 100% de su participación en el proyecto de oro Tambor a KCA en agosto de 2012 por un pago diferido que se realizará si, y solo si, el proyecto llega a la producción comercial”).

⁵⁷ Memorial de los Demandantes, ¶ 26 (donde se cita el Contrato de Compra entre Radius, Minerales KC y KCA del 29 de agosto de 2012 (C-0073-ENG)).

2) La inexperiencia de los Demandantes y la contratación de la gente inadecuada crearon las bases para el conflicto social

a. *Los Demandantes no tenían la experiencia suficiente para supervisar los aspectos ambientales y sociales del proyecto*

42. Pese a un intento de magnificar la experiencia de los Demandantes en la gestión de operaciones mineras, la realidad es que los Demandantes no tenían experiencia gestionando y operando una mina por su cuenta, especialmente en cuanto a la gestión de asuntos ambientales y sociales.⁵⁸ Nada de lo que se presentó en la Réplica modifica este hecho.
43. El Sr. Kappes sostiene que Guatemala ignora que KCA proporciona “amplia gama de servicios que comprenden la gestión de proyectos, la ingeniería de procesos, las pruebas de laboratorios, y el diseño y provisión de plantas y equipos”.⁵⁹ Pero Guatemala no objeta la capacidad técnica de los Demandantes, sino la falta de experiencia en la operación de minas por su propia cuenta y su capacidad de gestionar y abordar eficazmente los aspectos ambientales y sociales del proyecto. Nada de lo que sostienen los Demandantes en su respuesta otorga certezas respecto de que los Demandantes tenían experiencia en la operación de minas más allá de capacidad técnica.
44. Los Demandantes hacen referencia a una lista de proyectos en los cuales trabajaron, pero su rol en todos ellos está limitado a aspectos técnicos que son en gran parte irrelevantes.⁶⁰ La preparación de estudios de factibilidad en otros proyectos, o el diseño, las compras y la gestión de construcción de otras minas⁶¹ no demuestra que los Demandantes tuvieran la experiencia necesaria para gestionar toda una operación minera, lo que incluye la supervisión de los aspectos sociales y ambientales del proyecto.⁶²
45. En cualquier caso, otros proyectos de los Demandantes sufrieron sus propios problemas. Un año después de la fecha en que KCA afirma haberse involucrado en el diseño, construcción y puesta en marcha de la mina Ocampo Gold, el proyecto se tiñó de controversia por la mala gestión, la sobreestimación de los objetivos de producción, los sobrecostos y por tener “más problemas de lo común” durante la puesta en marcha de las

⁵⁸ Ver, por ejemplo, Statement of Qualifications (“KCA’s Statement”), *Key Personnel (C-0019)* (que detalla conocimientos técnicos específicos en servicios de ingeniería, pruebas de laboratorio y equipos de proceso; nadie del personal clave demuestra experiencia en aspectos sociales o ambientales de proyectos mineros).

⁵⁹ Kappes II, ¶ 6.

⁶⁰ *Ibid.* ¶¶ 5-13. KCA estaba a cargo de los estudios de factibilidad y de la gestión de ingeniería, compras y construcción de los proyectos Ocampo (C-0029) y Pinos Altos (C-0032). Asimismo, KCA realizó la ingeniería de detalle, fabricación, instalación y puesta en marcha de las plantas para los proyectos Ivindi en Turquía (C-0681) y Soledad (C-0682).

⁶¹ Kappes II, ¶¶ 7-10 (en donde explica que KCA “se hizo cargo por completo del diseño, la construcción y la puesta en marcha”).

⁶² KCA solo menciona tener experiencia en la realización de trabajos ambientales vinculados al cierre de proyectos mineros. Kappes II, ¶ 11.

operaciones.⁶³ Se atribuyó parte del problema a una planta de lixiviación, trituración y molienda que estaba operando a menos del 70% de su capacidad durante los últimos meses del 2007.⁶⁴

46. Otros proyectos citados no otorgan certezas de que el Sr. Kappes y KCA pudieran gestionar toda una operación minera. En el caso de la mina Berenguela, el rol de KCA parece limitarse al muestreo metalúrgico durante mediados y fines de la década de los 90, pero, hasta el momento, el proyecto no llegó a la etapa de producción.⁶⁵ La mina Wassa no alcanzó la recuperación de oro estimada y posteriormente fue adquirida por Golden Star Resources, que tuvo que corregir por completo el plan de procesamiento.⁶⁶

b. Los estudios sociales para Progreso VII fueron llevados a cabo por personas que no tenían la experiencia necesaria para identificar y mitigar los riesgos sociales

47. Los Demandantes intentan magnificar la experiencia profesional del equipo que preparó el EIA, pero un repaso de sus credenciales muestra que la mayoría de la experiencia de los profesionales de GSM se centraban en temas de geología.⁶⁷ Eran arquitectos, ingenieros y geólogos, sin embargo carecían de experiencia en temas de hidrología y manejo social.⁶⁸ La única persona que afirma tener cierta experiencia en los aspectos sociales es una licenciada en antropología con un posgrado en economía internacional.⁶⁹ Además, un individuo es insuficiente para realizar el trabajo⁷⁰ e incluso el individuo que afirmó tener experiencia en aspectos sociales estuvo marcadamente ausente en la mayor parte del proceso de consulta.⁷¹ En todo caso, no hay evidencia en los perfiles de los miembros del equipo de GSM que tuvieran la experiencia necesaria para realizar evaluaciones de impacto social en minería.⁷²

c. La decisión de los Demandantes de contratar exmilitares para llevar a cabo las actividades de desarrollo social demuestra su falta de comprensión del contexto histórico de la zona, lo que generó mayor desconfianza y tensión

48. Los Demandantes no niegan haber contratado exmilitares para liderar las actividades de desarrollo social,⁷³ una decisión que exacerbó aún más la desconfianza de la comunidad. En cambio, le restan importancia al

⁶³ *Honeymoon over for Gammon Gold*, The Northern Miner, 20 de agosto de 2017 (R-0225).

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Informe SLR II, ¶ 182.

⁶⁶ Informe SLR II, ¶ 183.

⁶⁷ EIA, p. 48-51 (C-0082).

⁶⁸ Informe SLR II, ¶ 143.

⁶⁹ *Ver* Experiencia Profesional de Magdalena Valenzuela, pág. 51 (C-0082-ENG).

⁷⁰ Informe CGI ¶ 71.

⁷¹ Magdalena Valenzuela solo asistió a dos reuniones durante el proceso de consulta realizado en 2010 y 2011. *Ver* Enmiendas al EIA, Anexo 7, págs. 1187-1220 (C-0089-SPA) (destacando únicamente su presencia en las reuniones con la Aldea de El Guapinol y la presentación ante el Municipio de San Pedro Ayampuc en 2010 (págs. 1195, 1197). Los Demandantes señalan lo que parece ser una impresión reciente de los servicios prestados por GSM (C-1024), pero no hay indicios de esta experiencia en el momento en que se llevó a cabo la EIA).

⁷² Informe CGI ¶ 71.

⁷³ Réplica de los Demandantes, ¶ 181.

hecho de que los miembros de la gerencia de SMCA fueran exmilitares.⁷⁴ Al ignorar la importancia que tenía el hecho de que SMCA entablara vínculos militares para llevar a cabo las actividades de participación comunitaria, los Demandantes demuestran una falta de comprensión básica acerca de la coyuntura sociopolítica en la que decidieron operar una mina.⁷⁵

49. El controversial régimen militar en Guatemala finalizó en 1996, poco más de una década antes de la inversión de los Demandantes.⁷⁶ Es conocido el hecho de que los Acuerdos de Paz de 1996 pusieron fin a un extenso conflicto armado interno de 36 años en el que miles de personas murieron y muchas otras desaparecieron, principalmente en las zonas indígenas y rurales de Guatemala.⁷⁷ Los Acuerdos de Paz derivaron en que Guatemala asumiera una serie de compromisos para adoptar legislación que fortaleciera su marco normativo de derechos humanos. Entre otras medidas, Guatemala ratificó el Convenio 169 y aprobó el proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.⁷⁸
50. En este contexto histórico, los Demandantes contrataron a SMCA, una empresa liderada por Arias Méndez y Selvyn A. Morales, dos exoficiales militares.⁷⁹ No hay ningún indicio en el expediente de que SMCA o sus empleados tuvieran algún tipo de experiencia en el desarrollo de programas sociales. La confianza depositada por los Demandantes en el cargo de Morales como Director General de Minería del MEM solo pone en duda la legitimidad del proceso de obtención de permisos de Exmingua,⁸⁰ ya que se le pidió asistencia tan solo dos meses después de haber abandonado su cargo en el MEM.⁸¹
51. Pese a que ahora los Demandantes les restan importancia a los lazos militares de SMCA, es evidente que se percataron de sus errores en 2013. Según sus propios consultores, los Demandantes reconocieron que “[f]ue

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Irenees.net, “*Guatemala: el posconflicto imperfecto y las nuevas amenazas para la paz*” (nov. 2007) (C-0750) (los Acuerdos de Paz, que se negociaron durante dos años, afrontaron muchos obstáculos, entre ellos “la profunda desconfianza de los militares”).

⁷⁷ En 2009, Felipe Cusanero se convirtió en el primer exmilitar condenado por delitos cometidos durante la guerra civil, que en su caso se trató de la desaparición de 6 campesinos. Luego de este suceso, se llevaron a cabo otros juicios por delitos cometidos por exlíderes militares en Guatemala durante la extensa guerra civil. *Ver Guatemala makes landmark civil war conviction*, REUTERS (31 de agosto de 2009) (R-0226).

⁷⁸ Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas: Avances y desafíos: a 20 años de la firma de los Acuerdos de Paz, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2016), pág. 15 (R-0006).

⁷⁹ Réplica de los Demandantes, ¶ 181; L. Solano, E. Moore, y J. Moore, *La injusticia minera a través del arbitraje internacional*, pp. 20-21 (R-0130).

⁸⁰ *Ver* Anuario Estadístico Minero 2013 (C-0458-ENG) (En 2011, Exmingua fue la única empresa minera en obtener una licencia de explotación durante la moratoria impuesta).

⁸¹ El Sr. Selvyn Morales ocupó distintos cargos en el MEM desde 2004 hasta el 28 de junio de 2011 (R-0227); *ver también*, correo electrónico de Daniel Kappes a Selvyn Morales del 27 de marzo de 2011, (C-0700) (“...Me siento mucho más a gusto ahora que usted está involucrado y puede ayudarnos a avanzar con el proceso de obtención de permisos así los podemos conseguir antes de que se involucre demasiado la política”).

un error haber contratado militares” ya que “es un área organizada durante el conflicto armado”.⁸² Los Demandantes también afirmaron que “[f]ue difícil identificar y verificar las actuaciones erróneas de Servicios Mineros [SMCA]” y que “[n]o se puede verificar si Selvyn [uno de los miembros de la gerencia de SMCA] tiene contactos en el área”.

52. Los propios contratistas de los Demandantes criticaron a SMCA. En específico, mencionaron que “[l]a intervención de Servicios Mineros del Centro de América no fue buena, dejó que creciera el conflicto”.⁸³ Y los propios geólogos de Exmingua sostienen que “la situación se complicó con la contratación de militares”, que SMCA “engañó a la gente”⁸⁴ y que “no se sabe que fue lo que [le] ofreció” a la comunidad.⁸⁵
53. Como era de esperarse, SMCA empleó tácticas militares. Se utilizaron helicópteros para intimidar a la comunidad y se arrojaron volantes con propaganda a favor de la minería.⁸⁶ En una ocasión, este accionar se registró en video y en las fotos se puede observar a personas con cascos azules liderados por el exlíder militar y empleado de Exmingua, Pablo Silas Orozco, actuando de manera amenazante para acceder al sitio donde se ubicaba la mina.⁸⁷ Mientras tanto sobrevolaba un helicóptero para intentar intimidar a la comunidad que se oponía.⁸⁸ Los Demandantes critican a Guatemala por utilizar fuentes supuestamente desinformadas para demostrar que SMCA empleó tácticas militares.⁸⁹ Aparentemente, los Demandantes no leyeron sus propios documentos. CEDER, consultor de los Demandantes, reconoció que una fuente que avivó las tensiones sociales fue el hecho de emplear personal militar para desarrollar las relaciones sociales y comunitarias “con prácticas de contrainsurgencia tales como el seguimiento, vigilancia y control de la comunidad”.⁹⁰
54. De esta forma, a partir de las entrevistas que otorgó el consultor de Exmingua quedó claro que los esfuerzos de SMCA fueron contraproducentes e hicieron aún más sólida la oposición al proyecto.⁹¹ Pese a las

⁸² Informe CEDER 2013 pág. 13 (C-00716-ENG).

⁸³ *Ibid.*, pág. 14. (C-00716-ENG).

⁸⁴ Declaración Sandoval, ¶¶ 6-7 (en el que explica que, inicialmente, el coronel retirado Arias Méndez aparentó apoyar a la oposición de la comunidad, ocultando su verdadero rol en el proyecto. Cuando se le preguntó que hacía en la comunidad, Méndez respondió que estaba llevando a cabo un estudio socioeconómico del municipio para venderlo a quien tuviera interés en la zona. Meses más tarde, el coronel retirado Arias Méndez y otros exmilitares abrieron una oficina para el proyecto minero en San José del Golfo, a la que se hacía referencia como el “Ranchón”).

⁸⁵ Informe CEDER 2013, pág. 8 (C-0716-ENG).

⁸⁶ Sandoval, ¶ 17; Oswaldo Hernández y José Andrés Ochoa, *El oro tan cerca de la Capital*, PLAZA PÚBLICA (22 de junio de 2012), pág. 4 (R-0039-ENG); Copias de los volantes distribuidos con el logotipo de Exmingua (R-0216).

⁸⁷ Sandoval ¶ 24; Declaración de Oliva ¶ 20; *ver también*, video de YouTube “Personeros de Exmingua amenazaron a comunicadores en la Puya” (R-0144-SPA).

⁸⁸ Noticias de GoldCorp Out, *Guatemala: “Cascos azules” organizados por empresas para el conflicto, no para la paz* (12 de noviembre de 2012) (R-0041).

⁸⁹ Réplica de los Demandantes, ¶ 180.

⁹⁰ Informe CEDER 2013, pág. 20 (C-0716-ENG).

⁹¹ *Ver de forma general* Informe CEDER 2013 (C-0716-ENG).

conclusiones sin fundamentos de SMCA sobre que la percepción pública del proyecto era favorable,⁹² entre mediados y fines de 2014, tres años después de que SMCA empezara a desarrollar sus actividades,⁹³ en la propia encuesta realizada por Exmingua se reveló que “la credibilidad en el proyecto era únicamente del 6%”.⁹⁴

d. La falta de transparencia de los Demandantes con las comunidades afectadas desde el comienzo creó el conflicto social

55. Los actos de los Demandantes desde el comienzo no demostraron intención alguna de efectuar la debida consulta ni de obtener la aprobación de la comunidad. En cambio, demuestran que pretendían obtener su aceptación mediante engaños.
56. Previo al inicio de la construcción de la mina, los Demandantes pretendieron comprarle los derechos sobre la superficie de los terrenos que necesitaban a los propietarios locales fingiendo que serían utilizados para fines agrícolas⁹⁵. Los Demandantes niegan esta afirmación ya que está respaldada únicamente por un artículo periodístico local, si bien los miembros de la comunidad y otras personas la avalan⁹⁶. Este acercamiento engañoso también fue un problema en lo que respecta a la mina Marlin años atrás⁹⁷.
57. Asimismo, debido a la mínima consulta llevada a cabo con la comunidad, la mayoría de sus miembros desconocían el plan de construir una mina de oro en Progreso VII hasta justo antes de que se expidieran los permisos⁹⁸. Esto es confirmado por la estrategia delineada por la misma SMCA consistente en “ESTABLECER UNA PRESENCIA” y “realizar primeros contactos con la población” en un informe elaborado para Exmingua luego de haberse otorgado la licencia de minería⁹⁹. Incluso antes de que se expida la licencia de minería, pero luego de que concluyan las consultas para el EIA, Exmingua reconoció que no había informado a las comunidades. Tal como lo reconocen los Demandantes en la Réplica, en el mes de agosto de 2011, un mes antes de obtener su licencia de explotación, “Exmingua desarrolló un plan estratégico para

⁹² Ver, por ejemplo, Informe ejecutivo de SMCA 14 de octubre de 2011, pág. 4 (C-0703); Resumen Ejecutivo de Actividades de la SMCA en San José del Golfo (C-0709).

⁹³ Ver, por ejemplo, SMCA Plan estratégico para alcanzar el balance en la opinión pública del área de influencia directa al proyecto minero Progreso VII de agosto de 2011 (C-0701).

⁹⁴ SMCA- Informe Consolidado – Responsabilidad Social (julio a diciembre de 2014), pág. 5 (C-0527).

⁹⁵ Oswaldo Hernández y José Andrés Ochoa, *El oro tan cerca de la Capital*, plaza pública, pág.1 (22 de junio de 2012) (R-0039).

⁹⁶ Declaración de Oliva ¶ 7; Declaración de Sandoval ¶ 5; Declaración de García ¶ 16; Declaración de Guaré, ¶ 7; Declaración de González, ¶ 14.

⁹⁷ A. Bunch y C. Loarca, *Mining Conflict and Indigenous Consultation in Guatemala*, AMERICAS QUARTERLY, 13 de marzo de 2013, (R-0223) (“Una de las demandas se basa en que se presentó información inexacta a las comunidades afectadas respecto del alcance de los proyectos. Durante la fase exploratoria de la mayor mina que opera en Guatemala—la Mina Marlin, propiedad de la empresa canadiense GoldCorp, Inc.—los prospectores le dijeron a la comunidad indígena Maya-Mam que sus actividades tenían como objetivo establecer una plantación de orquídeas”).

⁹⁸ Sandoval, ¶ 6; Oliva, ¶ 9; Camey, ¶ 5.

⁹⁹ Informe SMCA y presentación de power point, pág. 19 (pág. 6 del conjunto de diapositivas) (C-0702-ENG).

informar a las comunidades aledañas sobre el Proyecto y poder entender sus inquietudes y necesidades¹⁰⁰”.

58. La falta de transparencia fue incluso aparente en las consultas realizadas durante el proceso de EIA. La comunidad nunca recibió suficiente información respecto de los impactos ambientales, lo cual generó mayor preocupación¹⁰¹. El proyecto se estaba desarrollando en un área de Guatemala que sufre sequías y escasez de agua¹⁰². Aun así, los Demandantes nunca aclararon a la comunidad cuánta agua sería necesaria para las operaciones mineras ni identificaron con claridad los riesgos para el suministro de agua de la comunidad¹⁰³. Lo que preocupa aún más es que no se aclaró cómo las operaciones mineras aumentarían los niveles de arsénico que ya existían en el suministro de agua local¹⁰⁴.
59. También existieron declaraciones falsas y contradicciones durante el proceso de consulta. En una reunión celebrada el 2 de febrero de 2010, con el supuesto COMUDE de San José del Golfo, en respuesta a las preocupaciones sobre la oposición a la minería a cielo abierto en el país, el gerente de Exmingua, Pedro García, declaró que el “proyecto es subterráneo y eso ocasiona menos impacto que la minería de cielo abierto y en éstas no son para extracción de metales¹⁰⁵”. En la presentación dirigida presuntamente a siete miembros del COCODE de La Choleña, la actividad minera se describió como un “30 por ciento a cielo abierto y el resto es subterráneo¹⁰⁶”. En casi dos años de explotación minera en un sitio con una vida útil de cinco años, los Demandantes no habían construido aún túnel alguno. A su vez, en 2017 el representante de Exmingua, el Sr. Vaides, declaró que no tenían dentro de sus planes realizar minería subterránea una vez que retomaran las actividades mineras debido a los costos y al tipo de roca¹⁰⁷. Exmingua también anunció a la comunidad que extraerían 150tpd¹⁰⁸, si bien en la práctica los Demandantes alegaron haber extraído 200tpd¹⁰⁹.
60. Las respuestas a las inquietudes sobre el impacto ambiental también fueron engañosas. En las presentaciones efectuadas a las municipalidades, GSM declaró que la “contaminación visual” sería prácticamente “inexistente” y que no se verterían aguas industriales como tampoco iban a “verterla [sic] hacia el manto

¹⁰⁰ Réplica de los Demandantes ¶ 151 (donde se cita al Plan Estratégico desarrollado por SCMA (C-0701).

¹⁰¹ Oliva, ¶¶ 10-11; Sandoval, ¶ 13; García, ¶ 10.

¹⁰² Oliva, ¶ 3; Camey, ¶ 3; Sandoval, ¶ 9.

¹⁰³ Informe de GSM de Segunda Fase, p. 14 (C-0742) (Pedro García, gerente de Exmingua, declara que el consumo de agua para el proyecto sería de 154 metros cúbicos, aunque no hay indicios de si esta es la cantidad diaria, mensual o anual. Sin embargo, ver pág. 12 de C-0742, donde se menciona la cantidad de 154,8 metros cúbicos diarios de un pozo).

¹⁰⁴ Informe Robinson, págs. 2-3 (R-0049).

¹⁰⁵ Informe segunda fase, pág. 6 (C-0742-ENG).

¹⁰⁶ Informe segunda fase, pág. 7 (C-0742-ENG).

¹⁰⁷ Informe de inspección del MARN, 30 de octubre de 2017, pág. 2 (R-0243); Ver también, Informe de inspección del MEM, 8 de noviembre de 2017) pág. 10 (R-0244) (donde se menciona que no existen obras subterráneas, solo un portal que permite el acceso a un túnel que fue creado para trabajos exploratorios).

¹⁰⁸ Informe segunda fase, págs. 7 y 14 (C-0742-ENG) (El procesamiento “será de 150 toneladas/día en relación a las 7 y 8 mil toneladas que se procesan en la minera Marlin”).

¹⁰⁹ Kappes I, ¶109.

freatico¹¹⁰”. Ninguna de estas afirmaciones es correcta. El EIA indica que el proyecto, dado que consiste en minería a cielo abierto, “elimina de forma permanente a la vegetación existente en las áreas¹¹¹” y “cambia el paisaje existente¹¹²”. Además, el EIA indica que “cuando el material permanece en el acopio por periodos largos, puede lixiviar” hacia el acuífero¹¹³.

61. Previo a las operaciones, en lugar de obtener respaldo al proyecto mediante un intercambio de información abierto y transparente, los Demandantes continuaron utilizando tácticas engañosas. Por ejemplo, al inicio del proyecto, SMCA iba a contratar entre cuatro y seis miembros de la comunidad para que realicen visitas casa por casa y ofrezcan becas e insumos escolares. A cambio, les pedían a las familias que trajeran a sus hijos a jugar en frente de la oficina de la empresa en San José del Golfo para aparentar que el proyecto contaba con la aceptación de la comunidad¹¹⁴. Una vez que las operaciones comenzaron, las tácticas de Exmingua causaron confrontación y desconfianza en lugar de transparencia en la información provista, tal como se detalla a continuación.

e. Los Demandantes alegaron que los beneficios a la comunidad eran mínimos prefiriendo montar una agresiva campaña a favor de la minería en lugar de invertir en el desarrollo social sostenible a largo plazo

62. Mientras que los Demandantes argumentan que Exmingua brindaba “importantes beneficios a las comunidades aledañas y la región en general¹¹⁵,” los registros reflejan una realidad diferente. Todo programa social creado para brindar beneficios sanitarios o educativos parece ser esporádico¹¹⁶ y todo proyecto de infraestructura parece ser mínimo o inexistente en el área de influencia directa¹¹⁷. La atención, en cambio, estaba puesta en crear una red informativa para difundir información favorable sobre el Proyecto, sin una visión clara sobre la manera de desarrollar beneficios para el proyecto o de distribuir los beneficios conferidos¹¹⁸.

63. El presupuesto que los Demandantes destinaron al proyecto avala aún más el argumento de que la atención estaba puesta en la difusión de información y no en el desarrollo de programas sociales. En 2011, casi la mitad

¹¹⁰ Informe segunda fase, pág. 11 (C-0742).

¹¹¹ EIA, pág. 340 (C-0082-ENG).

¹¹² EIA, pág. 342, “Paisaje” (C-0082-ENG).

¹¹³ EIA, pág. 337 “Agua Subterránea” (C-0082-ENG).

¹¹⁴ Sandoval, ¶ 7.

¹¹⁵ Réplica de los Demandantes, ¶ 149.

¹¹⁶ No parece que Exmingua continuo con alguna actividad educativa en los años 2014 a 2015. Ver Informe Consolidado de Responsabilidad Social (C-0527); Informe Consolidado de Actividades Realizadas Trabajo de Campo 2015, p. 2 (C-0524); Declaración de Telma García ¶ 29 (donde afirma que su madre solo recibía medicación para un año).

¹¹⁷ Ver Informe Consolidado de Responsabilidad Social, págs. 6-28 (C-0527); Informe Consolidado de Actividades Realizadas Trabajo de Campo 2015, pág. 2 (C-0524).

¹¹⁸ Actividades de SMCA llevadas a cabo hasta el 14 de noviembre de 2011 (R-0236).

del presupuesto se destinó a gastos generales¹¹⁹ y el remanente se utilizó mayormente para brindar “apoyo” a socios estratégicos e institucionales, incluidos los pagos directos a MEM y a la Municipalidad de San José del Golfo¹²⁰, la compra de una bomba de combustible y la reparación de un vehículo de la policía¹²¹. Se destinó una suma ínfima de menos de USD 2.000 a la asistencia social en forma de pagos para “funerales” y a una “clínica odontológica¹²²”. En 2012, continuaron enfocándose mayormente en la difusión de información respecto del Proyecto y en crear alianzas con la comunidad. Se realizaron pagos directos a los líderes de la comunidad y a la municipalidad y “capacitaciones remuneradas”¹²³ además de reuniones de “hot dog parties and mine induction¹²⁴”.

64. El objeto de estas capacitaciones y “hot dog parties” simplemente parece ser una forma de continuar difundiendo información sobre el proyecto al mismo tiempo que se pretendía obtener apoyo a través de agentes de información pagados y repartiendo refrigerios a cambio de asistencia¹²⁵. Los Demandantes alegan que las “hot dog parties” eran una instancia para brindar a la comunidad la oportunidad de “*conocer más* acerca de la mina *planificada*”¹²⁶. Estos eventos parecen haber sido infructuosos. Tal como lo notara CEDER en su informe de 2013, estos beneficios consistentes en la entrega de comida, jornadas médicas y celebraciones comunitarias fueron vistos como dádivas clientelares por la comunidad¹²⁷. Las partidas presupuestarias no reflejan beneficios sostenibles para las comunidades.
65. Una vez iniciado el bloqueo, del cual los Demandantes ansiaban “deshacerse”, Kappes considera la idea de pagarle a la oposición utilizando los fondos destinados a programas sociales.¹²⁸ A pesar de los intentos de los

¹¹⁹ El presupuesto de octubre-noviembre 2011 asignaba USD 18.262,47 al pago de salarios, mobiliario, alquiler de oficinas, viáticos, gastos de vehículos y suministros de oficina. *Ver, por ej.* (R-0242).

¹²⁰ Correo electrónico de Selvyn Morales a Daniel Kappes y David Croas respecto de los gastos efectuados desde el 10 de octubre al 10 de noviembre de 2011 (R-0242).

¹²¹ Actividades de SMCA llevadas a cabo hasta el 14 de noviembre de 2011 ((R-0236).

¹²² Correo electrónico de Selvyn Morales a Daniel Kappes y David Croas respecto de los gastos efectuados desde el 10 de octubre al 10 de noviembre de 2011 (R-0242).

¹²³ Correo electrónico de Selvyn Morales a Daniel Kappes y Ryan Adams con fecha 13 de octubre de 2012, donde se adjunta el presupuesto estimado para “actividades extra de acuerdo con lo conversado” (R-0245).

¹²⁴ Correo electrónico de S. Morales a D. Kappes con fecha 23 de noviembre de 2012 (R-0284); *ver también*, Informe preliminar sobre la actividad “hot dog party and mine induction” (9 de octubre de 2012) (C-0712-ENG) (el cual incluye a una serie de fotografías con descripciones como las siguientes: “las personas se congregan para escuchar la información del proyecto” y “el grupo de jóvenes de la Choleña que se encuentra en capacitación trabajó arduamente en la actividad, muchas personas se presentaron con su respectiva playera puesta”). La asignación de presupuesto para estas “hot dog parties” incluía un fondo para playeras y gastos de Q10,50 por persona que asista al evento. *Ver*, Correo electrónico de S. Morales a D. Kappes con fecha 12 de octubre de 2012 en el que se adjunta el presupuesto para las “hot dog parties” (R-0245).

¹²⁵ *Ver, por ej.*, Informe sobre “Hot Dog Parties” elaborado por SMCA (C-0712-ENG) (en el que se observa al teniente retirado Silas Orozco presentando el proyecto, y en el cual “las personas capacitadas han trabajado arduamente en las actividades, mostrando un verdadero espíritu de pertenencia”).

¹²⁶ Réplica de los Demandantes, ¶ 155.

¹²⁷ Informe CEDER de 2013, pág. 20 (C-00716-ENG).

¹²⁸ Correo electrónico de D. Kappes a S. Morales (SMCA) y otros con fecha 11 de marzo de 2012 (C-0099).

Demandantes por distorsionar las palabras de Kappes¹²⁹, no existen indicios en el correo electrónico de que Kappes estaba en contra de sobornar a quienes bloqueaban la entrada.¹³⁰ Las instrucciones que imparte consideran esta posibilidad, indicando no “acordar nada sin antes discutirlo” con él y que “toda suma de dinero que les entreguemos provenga del fondo general para programas sociales¹³¹...”

66. Los Demandantes alegan haber reforzado sus esfuerzos de acercamiento social contratando al Centro para el Desarrollo Rural (CEDER)¹³², el cual, según ellos afirman, se especializaba en la resolución de conflictos¹³³. Sin embargo, no existen indicios de que CEDER hiciera algo más que reunirse con las distintas partes¹³⁴. No hay evidencia que se cumpliera un proceso secuencial de fases como fue indicado en la propuesta original de enero de 2013¹³⁵. El enfoque de CEDER parece más bien estar enfocado en realizar una campaña de relaciones públicas.¹³⁶ Como lo describe el Sr. Kappes, contrataron a CEDER “para establecer un programa continuo de alcance social para educar a las comunidades locales sobre el proyecto minero y para abordar cualquier pregunta.”¹³⁷ En todo caso, no existen indicios de que Exmingua haya avanzado con el plan de comunicaciones y relaciones públicas propuesto por CEDER en octubre de 2013.¹³⁸

67. Incluso en los años en los que la mina era operativa, no se identifica ningún desarrollo sostenible en la comunidad. En 2014, se realizaron algunas obras viales menores, aunque la mayoría de los beneficios consistieron en la entrega de láminas de metal para techar las viviendas de las familias que habitaban las aldeas situadas fuera del área de influencia¹³⁹. De manera similar, en 2015, cuesta discernir si existieron beneficios sostenibles para la comunidad. Exmingua declara que “fue un año difícil” y alega que se encontraba pendiente la articulación con las autoridades locales para desarrollar acciones generales en beneficio de la comunidad

¹²⁹ Ver Réplica de los Demandantes, ¶ 183.

¹³⁰ Informe CGI, ¶ 105.

¹³¹ Correo electrónico de D. Kappes a S. Morales (SMCA) y otros con fecha 11 de marzo de 2012 (C-0099).

¹³² Propuesta de CEDER: Mediación del conflicto y las relaciones de la comunidad planean proyecto de Tambor (Progreso VII), 29 de enero de 2013 (C-0854).

¹³³ Informe Mendoza Yaquian ¶ 36; ver también, Informe de CEDER de 2013 (C-0716).

¹³⁴ El 29 de enero de 2013 y el 1 de septiembre de 2013, CEDER presentó a KCA-Exmingua una Propuesta de Servicios. Ver Anexos C-0826 y C-0854.

¹³⁵ CEDER Propuesta de Servicios de 29 de enero de 2013 (C-0854).

¹³⁶ Informe quincenal de CEDER, 1-11 de octubre de 2013 (C-0853) (que describe brevemente un plan de campaña de relaciones públicas); ver también Informe CEDER 2013, (C-0716) (que solo hace referencia a entrevistas y a una evaluación llevada a cabo por CEDER en base a dichas entrevistas; no se presentó ningún plan de desarrollo comunitario). Ver también Memorial de los Demandantes, ¶ 50 (el cual afirma que la labor de CEDER entre febrero y mayo de 2014 consistió en celebrar reuniones “con miras a establecer un diálogo abierto” – si bien no existen indicios de que se realizaron trabajos adicionales en este sentido por parte de CEDER).

¹³⁷ Kappes I, ¶ 82.

¹³⁸ Informe quincenal de CEDER, 1-11 de octubre de 2013 (C-0853) (que describe brevemente un plan de campaña de relaciones públicas). No se presentan más informes de CEDER en el expediente del caso.

¹³⁹ Ver, por ej., Informe Consolidado sobre Responsabilidad Social de Exmingua desde julio a diciembre de 2014 (C-0527) (donde se mencionan balastros en las aldeas de Prados de San Pedro De Lagunilla, introducción de drenajes en la Aldea de La Lagunilla, entrega de láminas a las aldeas de El Carrizal, Javillal y San Antonio El Angel).

debido al cambio de gobierno local¹⁴⁰. Luego de cinco años de haber realizado el proceso de consulta, Exmingua aún tiene problemas para informar a la comunidad respecto de su proyecto¹⁴¹.

68. Otros proyectos mineros en Guatemala, incluso los elegidos por los Demandantes como comparación, hicieron mucho más en términos de proyectos de desarrollo social en las comunidades aledañas. Los dos proyectos mineros citados por los Demandantes a modo de comparación, Oxec, Minera San Rafael y el proyecto CGN, llevaron a cabo programas sociales que opacan los esfuerzos realizados por Exmingua¹⁴².

f. Las tácticas de los Demandantes solo sirvieron para incitar a la división en la comunidad en lugar de lograr un consenso para un progreso futuro

69. Independientemente de los beneficios que los Demandantes alegan haber conferido a ciertas comunidades, las tácticas empleadas por Exmingua y sus contratistas solo sirvieron para exacerbar aún más el conflicto. En varias ocasiones, Exmingua y su personal utilizaron intimidación, amenazas y violencia para intentar silenciar a los miembros de la Resistencia Pacífica de La Puya (“La Puya”) y utilizaron estrategias para generar discordia entre las personas que integran la comunidad.¹⁴³

70. El personal de SMCA (en algunas ocasiones armados y uniformados) impartían instrucciones a los miembros de la Policía Nacional Civil intentando desalojar a los miembros de la comunidad la noche del 8 de mayo de 2012.¹⁴⁴ El Sr. Kappes describió la situación como un intento de “forzar la entrada con un convoy de veinte camiones que transportaban suministros del contratista, con el respaldo de 150 oficiales de la policía nacional,” y de manera conveniente alegó que mientras que los periódicos denunciaban violencia, “ninguna de las partes ejerció violencia¹⁴⁵”. Esto constituye un claro reconocimiento de las tácticas forzosas utilizadas.

71. En un correo electrónico del mes de junio de 2012, con el asunto “fun stuff,” (“qué fastidio”), Daniel Kappes indica que Radius está “recibiendo mucha presión de los grupos opositores a la minería” y que “[a]parentemente Pedro [Gerente de Exmingua] ha transmitido la idea (tal como debía) de que estamos por acudir a la fuerza para romper el bloqueo¹⁴⁶”. Radius aparentemente expresó al Sr. Kappes que “[q]uieren retrasar la apertura de la puerta de acceso a la fuerza hasta tener la oportunidad de involucrar a algunos grupos

¹⁴⁰ Informe Consolidado sobre Responsabilidad Social de Exmingua desde enero a diciembre de 2015, pág. 4 (C-0714-ENG).

¹⁴¹ *Id.*, págs. 4-6 (C-0714-ENG) (donde se determina que “al hacerse evidente que el desconocimiento por parte de la población respecto a lo que es minería limpia, es uno de los principales elementos de resistencia”).

¹⁴² Ver Sentencia de la Corte de Constitucionalidad en el caso San Rafael pp. 76-77(C-0459), Sentencia de la Corte de Constitucionalidad en el caso CGN pp. 65, 228-22 (C-0496). Ver también Sentencia de la Corte de Constitucionalidad en el caso Oxec, pp. 64-67 (C-0441).

¹⁴³ Ver por ej., Correo electrónico del Sr. Kappes a S. Morales y otros con fecha 19 de julio de 2012 (R-0283).

¹⁴⁴ *La Injusticia Minera a Través del Arbitraje Internacional*, págs. 20-21 (R-0130); Ver también, foto de Arias Mendez en uniforme acompañando a unidades de la PNC (R-0231); Sandoval, ¶ 14.

¹⁴⁵ Carta del Sr. Kappes a Bruce Williamson (Embajada de los EE.UU.) con fecha 14 de mayo de 2012 (C-0102-ENG).

¹⁴⁶ Correo electrónico de Daniel Kappes a S. Morales y R. Adams con fecha 20 de junio de 2013 (R-0247) (énfasis añadido).

defensores de la minería que puedan propagar nuestro mensaje de RR.PP. positivo, por ejemplo en el sentido de que la mayoría de las personas está a favor de la mina, etc.¹⁴⁷”. Al final del mensaje, el Sr. Kappes menciona haberle dicho a Radius que “acordamos que influenciar a la opinión pública a nuestro favor antes de utilizar la fuerza también es nuestra intención, pero no podemos esperar mucho más para hacerlo¹⁴⁸”.

72. Posteriormente en ese mismo año, en el mes de noviembre de 2012, Exmingua organizó a personas luciendo “casco azul” para que se hicieran camino a través del bloqueo¹⁴⁹. A pesar de la declaración de los Demandantes afirmando que la manifestación fue pacífica¹⁵⁰, el teniente retirado Orozco, actuando en nombre de Exmingua, lideró al grupo con el objetivo de amenazar e intimidar a quienes se oponían al proyecto como también a los miembros de la prensa que se encontraban presentes¹⁵¹.
73. Los videos del evento muestran al Teniente Orozco vociferando órdenes e incitando a sus seguidores mediante un megáfono mientras amenazaba a reporteros y miembros de la comunidad¹⁵². En un exabrupto, vociferó con su megáfono señalando a un periodista en particular: “Que le corten la mano al hueco éste, porque si sigue grabando va a ser el provocador de que toda esta mierda estalle y estalle ahorita¹⁵³”. Finalmente, fue condenado por sus actos¹⁵⁴. Su lenguaje altamente ofensivo e incendiario tenía como objetivo provocar conflicto y división¹⁵⁵.
74. Un correo electrónico previo a los hechos mencionados anteriormente describe a un “cuaderno de estrategias” delineado por el Sr. Kappes a modo de preparación para forzar la apertura de la puerta de acceso¹⁵⁶. En ese correo electrónico, el Sr. Kappes sugiere que Exmingua necesita tener una campaña muy activa en la radio y en los periódicos cubriendo el evento y que era preciso “hacer de público conocimiento que existe violencia” pero asegurándose de que “no provenga de nosotros¹⁵⁷”.
75. El 7 de diciembre de 2012, Exmingua nuevamente intentó forzar la apertura del bloqueo con el apoyo de la

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ Kappes I, ¶ 81. *Ver también*, Correo electrónico de S. Morales a D. Kappes y R. Adams donde se adjunta un informe que describe a la manifestación de la brigada “blue hat” (C-0112).

¹⁵⁰ Correo electrónico de S. Morales a D. Kappes y R. Adams donde se adjunta un informe que describe a la manifestación de la brigada “blue hat” (C-0112).

¹⁵¹ *Los militares, las mineras y el derecho a comunicar: algunas lecciones del caso Silas Orozco*, Prensa Comunitaria (R-0228); González, ¶ 10 (describiendo que presencio actos de intimidación por parte de empleados de Exmingua).

¹⁵² Video YouTube, *KCA EXMINGUA amenaza a comunicadores en La Puya*, 22 de noviembre, 2012 (R-0229), disponible en <https://www.youtube.com/embed/VZGamghY0Vc>.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ *Los militares, las mineras y el derecho a comunicar*, Prensa Comunitaria (R-0228).

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ Correo electrónico de D. Kappes a S. Morales y otros con fecha 10 de noviembre de 2012 (R-0237) (lamentablemente el resto del correo no fue suministrado por los Demandantes).

¹⁵⁷ *Ibid.*

policía nacional civil¹⁵⁸. Acto seguido, se ejerció mayor violencia utilizando porras y gas lacrimógeno lo que trajo como consecuencia que varias mujeres y niños fueran lesionados¹⁵⁹.

76. Desde la perspectiva de la comunidad, también existieron otros incidentes que levantaron sospechas y generaron desconfianza. Los miembros de la comunidad de La Puya observaron que ciertas personas que afirmaban apoyarlos fomentaban la violencia contra Exmingua al mismo tiempo.¹⁶⁰ La Puya rechazó esta táctica e intuyó que estas personas habían sido enviadas por Exmingua intencionalmente con el propósito de incitar a la violencia¹⁶¹. Los miembros de La Puya también recibieron volantes distribuidos alrededor de la comunidad que contenían lenguaje gráfico e insultos con el fin de desacreditar a los miembros de La Puya ante la comunidad¹⁶². La comunidad también intuyó que estos volantes estaban siendo distribuidos según las instrucciones de SMCA o Exmingua.¹⁶³
77. A pesar de esta táctica y de las afirmaciones de los Demandantes en sentido contrario, los miembros de La Puya siempre mantuvieron una política de rechazo a la violencia¹⁶⁴. A sabiendas de que el objetivo de Exmingua era provocar violencia, la comunidad siempre trató de continuar respondiendo de forma pacífica¹⁶⁵. Los videos simultáneos grabados en tal momento demuestran la diferencia entre el tono amenazante de quienes manifestaban a favor de la mina y el canto de las personas de la comunidad que se oponían a ella¹⁶⁶. No hay indicios en el video de que los opositores de la comunidad estuviesen armados o realizaran amenazas, lo cual concuerda con las observaciones de terceros en otras instancias¹⁶⁷. Ellos entendieron que estos actos tenían como fin provocarlos para que la compañía minera pudiera luego justificar sus acciones violentas o represivas como respuesta a un levantamiento violento de la comunidad¹⁶⁸.
78. Otros actos de violencia y acusaciones sin sustento contra los miembros de La Puya continuaron socavando

¹⁵⁸ Comunicado de prensa, Comisión de Derechos Humanos de Guatemala, *Actualización de La Puya: Nueva alerta sobre la llegada de más maquinaria*, 23 de mayo de 2014 (R-0046); Comunicado de prensa, Gold Corp. Out News, *Guatemala resiste invasión de minas norteamericanas*, 7 de enero de 2013) (R0047); Oliva, ¶ 21.

¹⁵⁹ Comunicado de prensa, Gold Corp. Out News, *Guatemala resiste invasión de minas norteamericanas*, 7 de enero de 2013) (R-0047).

¹⁶⁰ Sandoval, ¶ 21.

¹⁶¹ Sandoval, ¶ 17; Oliva, ¶ 18.

¹⁶² Volantes distribuidos a los miembros de la comunidad (R-0215); Volantes con el logo de Exmingua (R-0216) (en los que se afirma que la oposición le “miente” a la comunidad (pág. 5); que el Proyecto “protege al ambiente” y no afectará al “paisaje” (pág.1); “no se contaminará el ambiente” (pág.10).

¹⁶³ Sandoval, ¶ 17.

¹⁶⁴ Sandoval ¶ 22; Camey, ¶ 12; García, ¶ 14.

¹⁶⁵ *Los militares, las mineras y el derecho a comunicar: algunas lecciones del caso Silas Orozco*, Prensa Comunitaria (R-0228); González, ¶ 13.

¹⁶⁶ Ver, por ej., Video *Hostigamiento en la Puya*, 10-13 minutos, disponible en <https://vimeo.com/54258266> (R-0248).

¹⁶⁷ *Ibid*, 17 minutos, disponible en <https://vimeo.com/54258266> (R-0248); González, ¶ 13.

¹⁶⁸ Sandoval, ¶ 22; Comunicado de prensa, *Los militares, las mineras y el derecho a comunicar: algunas lecciones del caso Silas Orozco*, Prensa Comunitaria (R-0228).

cualquier posibilidad de reconciliación social. Entre ellos se encuentran el ataque con arma de fuego a Yolanda Oqueli¹⁶⁹, una líder comunitaria local de la oposición, y la supuesta muerte accidental de otro activista, Gregorio Catalán, a quien Exmingua acusó de cometer delitos junto con otros miembros de La Puya, aunque fueron finalmente absueltos de toda responsabilidad¹⁷⁰.

79. A pesar de la insistencia de los Demandantes respecto de que los miembros de La Puya no eran pacíficos, nunca se produjo daño alguno a la mina o a su propiedad durante los casi nueve años de oposición comunitaria. El proceso judicial iniciado contra los miembros de La Puya por parte de los trabajadores de Exmingua fue visto por la comunidad como una manera de criminalizar su resistencia pacífica.¹⁷¹ Los casos en los que se hicieron acusaciones y se levantaron cargos contra La Puya por conducta amenazante o un supuesto “secuestro” fueron finalmente desestimados por falta de pruebas¹⁷².
80. Finalmente, en la madrugada del 23 de mayo de 2014, Exmingua logró abrirse paso a través del bloqueo utilizando la fuerza bruta¹⁷³. Este incidente trajo como consecuencia una cantidad de heridos y agravaron la grieta y el resentimiento contra las operaciones mineras de los Demandantes.¹⁷⁴

3) El desprecio por la ley de los Demandantes alimentó aún más el conflicto social

a. *Los Demandantes no consultaron de la forma debida a las comunidades*

81. Los Demandantes reconocen que tenían la obligación de efectuar consultas y sostienen que cumplieron con esa obligación durante el proceso del EIA. Para llevar a cabo este proceso, los Demandantes alegaron que consultaron con la comunidad mediante los COCODES y COMUDES¹⁷⁵. Sin embargo, su propia documentación desmiente que haya sido así.
82. GSM no siguió su propia metodología durante el proceso de consulta del EIA. El EIA menciona la celebración de una “reunión con cada uno de los Consejos Comunitarios de Desarrollo [COCODEs] de las comunidades identificadas (La Choleña, Los Achiotes y El Guapinol)¹⁷⁶”. También propone presentar el Proyecto a los COMUDES de los dos municipios. En ninguna de las reuniones se cumplió con esto.
83. De las tres reuniones celebradas en las aldeas de Los Achiotes, El Guapinol y La Choleña, las planillas de

¹⁶⁹ Carta del PDH, (20 de diciembre de 2012) (R-0027); Comunicado de prensa Radius, *Actualizaciones de Radius Gold sobre eventos recientes en Tambor Joint Venture, Guatemala* (20 de junio de 2012) (R-0028).

¹⁷⁰ Sandoval, ¶ 19; Juan Francisco Vasquez, *Fallece Gregorio Catalán Morales miembro de la resistencia pacífica “La Puya”*, Prensa Comunitaria Km. 169, abril 6 de 2015 (R-0249).

¹⁷¹ Sandoval ¶ 19.

¹⁷² *Ibid.*; *Fallece Gregorio Catalán Morales miembro de la resistencia pacífica “La Puya”*, Prensa Comunitaria Km. 169, abril 6 de 2015 (R-0249).

¹⁷³ *Desalojo violento de la resistencia pacífica de la puya*, PBI Guatemala, 28 de mayo de 2014 (R-0238).

¹⁷⁴ Camey ¶ 9; Sandoval ¶ 27; Oliva ¶ 23.

¹⁷⁵ Informe Mendoza, ¶¶ 40-41.

¹⁷⁶ EIA, Anexo 15 pág. 845 (C-0082-ENG); EIA Enmiendas, Anexo 7, pág. 1181 (C-0089-SPA).

asistencia reflejan que los representantes del COCODE solo estuvieron presentes en la reunión con los habitantes de la aldea de La Choleña en 2010. Conforme a las planillas de asistencia¹⁷⁷, en la reunión celebrada en El Guapinol participaron 21 personas integrantes de la comunidad, identificadas como “agricultores” y en la reunión en los Achiotes participaron 11 miembros de la comunidad, que supuestamente eran parte de un COCODE en formación¹⁷⁸.

84. GSM reconoció en sus informes siguientes que no podía cumplir con la metodología delineada en el EIA. El Informe Segunda Fase elaborado por GSM observa que las entrevistas con los líderes locales de Los Achiotes “no se llevaron a cabo” dado que “aún está en proceso de conformación del Consejo Comunitario de Desarrollo¹⁷⁹”. De forma similar, las observaciones de GSM indican que “[e]n el caso de El Guapinol, también se obvió este proceso¹⁸⁰”. En otras palabras, la única reunión celebrada con un supuesto COCODE fue la que tuvo lugar en la aldea de La Choleña.
85. En 2011, Exmingua parece haber realizado una ronda de reuniones de seguimiento con las mismas personas, y en la reunión sostenida con la Aldea de Los Achiotes supuestamente era con el COCODE recién integrado.¹⁸¹ Nunca hubo una reunión con el COCODE de El Guapinol.¹⁸²
86. Sin embargo, los miembros de La Choleña afirman que en 2010 no existía un líder democrático elegido del COCODE al momento de la consulta¹⁸³. El propio consultor de los Demandantes sobre desarrollo social confirma en el mes de diciembre de 2011 que los líderes formales de los COCODES “son señalados por la oficina del alcalde” y “a menudo ellos no representan el interés de la población...¹⁸⁴”.
87. En lo que respecta los COMUDES, no existe evidencia de que todos los miembros requeridos asistieran en las presentaciones realizadas en San Pedro Ayampuc o San José del Golfo.¹⁸⁵ Además, no existe evidencia de

¹⁷⁷ EIA, Anexo 15, Metodología, pág. 845 (C-0082); la misma metodología proporcionada en las últimas aclaraciones al EIA, Anexo 7, Metodología, pág. 1181.

¹⁷⁸ EIA (Ampliación), Anexo 7, Listado de personas que asistieron a reuniones en Los Achiotes el 9 de febrero de 2010, págs. 1201-1202 (C-0089-SPA-R).

¹⁷⁹ Informe segunda fase, pág. 11 (C-0742).

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ EIA (Ampliación), Anexo 7 pp. 1217 (C-0089-SPA).

¹⁸² EIA (Ampliación), Anexo 7 pp. 1218-1219 (C-0089-SPA).

¹⁸³ Sandoval, ¶ 5.

¹⁸⁴ Informe SMCA y presentación en PowerPoint con fecha 9 de diciembre de 2011 (C-702-ENG).

¹⁸⁵ *Ver* EIA (Ampliación), Anexo 7 págs. 1188-1193;1195-1196 (C-0089-SPA) (solo indicando la presencia de algunos miembros y ningún miembro del COCODE). Bajo artículo 11 de la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural (el COMUDE se integra de a)El alcalde municipal, quien lo coordina; b) Los síndicos y concejales que determine la corporación municipal;c) Los representantes de los Consejos Comunitarios de Desarrollo, hasta un número de veinte (20), designados por los coordinadores de los Consejos Comunitarios de Desarrollo d) Los representantes de las entidades públicas con presencia en la localidad; y, e) Los representantes de entidades civiles locales que sean convocados. *Véase también*, Camey, ¶ 17 (explicando que los presidentes de todos los COCODES forman parte del COMUDE).

inclusión de Consejos Asesores Indígenas en estas reuniones, considerando que la población de dichos municipios era 67% indígena.¹⁸⁶

b. Los Demandantes no lograron obtener todos los permisos necesarios del proyecto

88. Los Demandantes ciertamente reconocieron al desarrollar el EIA que la fase de construcción de todas las obras de infraestructura necesarias para desarrollar el Proyecto requeriría, entre otras autorizaciones, un permiso de la Municipalidad de San Pedro Ayampuc¹⁸⁷. A pesar de esto, los Demandantes no obtuvieron un permiso válido.
89. En su Réplica, los Demandantes continúan alegando que obtuvieron una licencia de construcción válida.¹⁸⁸ Como evidencia, los Demandantes se basan en una certificación del acta de la Municipalidad de San Pedro Ayampuc (la “Certificación”)¹⁸⁹ y el subsiguiente recibo de un pago efectuado luego de más de un mes de expedida dicha Certificación¹⁹⁰ para alegar que contaban con el permiso de construcción correspondiente para erigir su planta de proceso, módulos de dormitorios, bodega, oficina, baños, etc. en Progreso VII¹⁹¹. El argumento de los Demandantes basado en estos documentos es fútil. Tal como se indica en el Memorial de Contestación de Guatemala¹⁹², no existen pruebas válidas de que los Demandantes obtuvieron la licencia de construcción necesaria de la municipalidad de San Pedro Ayampuc.
90. Este no es el único proceso legal relacionado con la validez de la Certificación o la existencia de un permiso de construcción válido. Luego de que la comunidad descubriera que el Proyecto no contaba con un permiso de construcción válido, dos alcaldes auxiliares de las comunidades de El Guapinol y El Carrizal en San Pedro Ayampuc presentaron una acción de amparo el 22 de octubre de 2014, solicitando que la Municipalidad suspendiera las obras de construcción ya que no existía un permiso de construcción válido y requiriendo que se realizaran las consultas debidas a la comunidad¹⁹³. En dicha acción de amparo, el Alcalde de San Pedro Ayampuc confirmó que no existían registros de documentos que aprueben la licencia de construcción de

¹⁸⁶ EIA, Tabla 63, pág. 271 (C-0082-ENG)

¹⁸⁷ EIA, Sección 2.6.2, Fase Construcción, pág. 63 (C-0082-ENG).

¹⁸⁸ El Anexo C-0092 parece ser *tanto* la licencia de construcción *como* el Acta del Concejo Municipal de San Pedro Ayampuc que autoriza el otorgamiento de la licencia.

¹⁸⁹ Kappes II, ¶ 30 (donde se cita al Anexo C-0092 como permiso de construcción, aunque también se hace alusión a este como certificado de la Sesión del Concejo Municipal de San Pedro Ayampuc con fecha 15 de noviembre de 2011); *Ver* Memorial de Réplica, *Comparar* notas al pie 1031 y 1032.

¹⁹⁰ Recibo de pago de costos por licencia de construcción emitido el 21 de diciembre de 2011 por el Municipio de San Pedro Ayampuc a Exmingua (C-0093).

¹⁹¹ Copia de documento presentando por los Demandantes como licencia de construcción (C-0092).

¹⁹² *Ver* Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ Sección V.A.7 (La mina carecía de un permiso municipal de construcción válido).

¹⁹³ Queja de Amparo presentada por los alcaldes auxiliares, Expediente 01050-2014-00871, de fecha 21 de octubre de 2014 (R-0269).

Exmingua en el lapso de tiempo respectivo¹⁹⁴. El Tribunal también examinó la evidencia y concluyó que no coincidía la Certificación con los registros oficiales de la municipalidad. En otras palabras, no existía acto alguno que apruebe la licencia de construcción y, por lo tanto, la Certificación hacía referencia a un documento o acto inexistente.

91. Como era de esperar, el Tribunal declaró que Exmingua no tenía una licencia válida de construcción ordenó a la Municipalidad de San Pedro Ayampuc que suspendiera toda obra de construcción hasta que se realicen las consultas de conformidad con el Código Municipal y que Exmingua obtenga una licencia de construcción¹⁹⁵. Como consecuencia de la sentencia dictada por el Juzgado Tercero de Primera Instancia Civil de Guatemala¹⁹⁶, la Fiscalía de Delitos Administrativos inició una investigación respecto del supuesto abuso de autoridad e incumplimiento de los deberes de funcionario público¹⁹⁷.
92. Siguiendo una conducta similar consistente en desobedecer la ley, los Demandantes ignoraron la sentencia del Tribunal, alegando que la construcción ya se había completado, por lo que no había nada que suspender en el momento en que se dictó la sentencia¹⁹⁸. Sin embargo los miembros de la comunidad¹⁹⁹ y otros observadores independientes²⁰⁰ fueron testigos de lo que aparentemente fueron obras de construcción llevadas a cabo luego del dictado de la sentencia. En todo caso, los Demandantes nunca intentaron obtener un permiso de construcción válido, ni siquiera *ex post facto*, como tampoco intentaron asegurarse de que se llevaran a cabo las consultas requeridas por el Código Municipal²⁰¹.

93. [REDACTED]

¹⁹⁴ Sentencia del Juzgado Tercero de Primera Instancia Civil de Guatemala, dictada el 13 de julio de 2015, Expediente 01050-2014-00871, pág. 3 (R-0064) (El alcalde declaró que no existían registros de la aprobación de una licencia de construcción en el lapso comprendido entre el 4 de noviembre de 2011 y el 12 de enero de 2015 ni entre el 16 de enero de 2012 y el 14 de marzo de 2012).

¹⁹⁵ *Ibid.*, pág. 32 (R-0064).

¹⁹⁶ *Ibid.* (“Certifíquese lo conducente al Ministerio Público, a efecto realice la investigación que procede, para establecer la comisión de los ilícitos penales, en virtud del acta número cuarenta y cinco - dos mil once (45-2011), del Concejo Municipal de San Pedro Ayampuc, departamento de Guatemala y la presentada por la entidad Exploraciones Mineras de Guatemala, Sociedad Anónima”) (R-0064).

¹⁹⁷ Sentencia del Juzgado Tercero de Primera Instancia Civil de Guatemala, dictada el 13 de julio de 2015, Expediente 01050-2014-00871, pág. 32 (R-0064).

¹⁹⁸ *Ibid.* *Ver también*, Despacho de Verificación de medidas cautelares llevada a cabo por el Juzgado de Paz de San Pedro Ayampuc (10 de agosto de 2015), pág. 2. (R-0119).

¹⁹⁹ Sandoval, ¶ 29; Oliva ¶ 25.

²⁰⁰ González, ¶ 21, Sentencia del Juzgado Tercero de Primera Instancia Civil de Guatemala, dictada el 13 de julio de 2015, Expediente 01050-2014-00871, pág. 32 (R-0064).

²⁰¹ *Ver* Código Municipal, Artículos 63 y 65 (RL-0301).

²⁰² [REDACTED]

[REDACTED]

94. [REDACTED]

95. *Segundo*, el documento hace referencia a que se recibió un pago por el permiso²⁰⁵, si bien, de hecho, no se efectuó supuestamente ningún pago hasta el 21 de diciembre de 2011²⁰⁶. Tampoco existen indicios de que el pago recibido en diciembre de 2011 se relacionaba, en realidad, con el supuesto otorgamiento de un permiso en el mes de noviembre de 2011. El hecho de que este pago en sí mismo fue recibido no prueba que los Demandantes contaban con una licencia válida.

96. *Tercero*, la [REDACTED].²⁰⁷ Se han presentado varias solicitudes a la municipalidad y esta sostiene permanentemente que no existe un expediente que corresponda al permiso de construcción perteneciente al Proyecto²⁰⁸.

97. *Cuarto*, los Demandantes nunca presentaron a las autoridades municipales los planos de construcción que supuestamente fueron presentados con la solicitud del permiso de construcción y luego proporcionados por los Demandantes durante la etapa de divulgación en este proceso²⁰⁹. No existen registros de estos planos en la municipalidad y nunca fueron presentados como evidencia en el proceso judicial subyacente²¹⁰. Tampoco

²⁰³ Informe de la Contraloría General de Cuentas de 30 de septiembre de 2021, pág. 29 (R-0271).

²⁰⁴ [REDACTED] (R-0272).

²⁰⁵ “Permiso de Construcción – Acta de la Sesión del Concejo Municipal de San Pedro Ayampuc” (“Certificación”) (C-0092) (donde se indica que la autorización se otorga “haciendo ver que cumplen con el pago de la Licencia en la Tesorería Nacional”).

²⁰⁶ Kappes II, ¶ 30.

²⁰⁷ [REDACTED] (R-0270).

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ Comparar la Solicitud de Permiso de Construcción proporcionada durante la etapa de divulgación en Respuesta al Pedido de Guatemala Nro. 44 (R-0273) con C-0091, presentado como la solicitud de un permiso de construcción por parte de Exmingua el 8 de noviembre de 2011.

²¹⁰ Informe de la Contraloría General de Cuentas de 30 de septiembre de 2021, pág. 14 (R-0271).

coinciden con los planos que forman parte del EIA²¹¹. Es más que curioso que aparezcan recién ahora.

98.

[REDACTED]

[REDACTED].²¹²

99. El incumplimiento por parte de los Demandantes de la orden del Juzgado que suspendió la obras de construcción era tan ofensiva que 12 diputados de Estados Unidos enviaron una nota al Presidente de Guatemala y lo exhortaron a actuar para garantizar que los Demandantes respetaran el Estado de Derecho. Así describieron la situación los diputados de Estados Unidos en su nota:

KCA y EXMINGUA recibieron 15 días para cesar los trabajos de construcción, sin embargo, las operaciones mineras han continuado. Durante agosto y septiembre, estas operaciones en curso, una violación directa de la orden judicial de julio, han sido bien documentadas. Los residentes afectados por el proyecto han estado protestando pacíficamente en la entrada de la mina desde 2012 y han sido víctimas de intimidación y abusos, incluido un intento de asesinato contra la líder comunitaria de La Puya, Yolanda Ouelí.²¹³

100. Entre otras cosas, los diputados estadounidenses le solicitaron al Presidente Aguirre “garantizar que KCA y EXMINGUA cumplan de inmediato con el fallo judicial del 15 de julio de 2015 y cesen todas las operaciones ilegales” y que se asegure de que “se complete una Evaluación de Impacto Ambiental justa y transparente”.²¹⁴

c. Los Demandantes no cumplieron sus obligaciones ambientales

101. Los Demandantes alegan que sus prácticas ambientales fueron “más prudentes que lo habitual” y que “tom[aron] con seriedad sus obligaciones ambientales desde el inicio de la construcción”²¹⁵. Esto es simplemente incorrecto.

102. En primer lugar, los Demandantes hicieron una serie de declaraciones y promesas en su EIA que luego no cumplieron, tal como ha sido establecido por Guatemala en su Memorial de Contestación. Los Demandantes mencionaron en reiteradas ocasiones que “implementar[ían] las mejores prácticas de manejo ambiental”²¹⁶ y que el proyecto “ser[ía] desarrollado de acuerdo a las normas mineras y de manejo del ambiente que son aceptadas a nivel internacional y nacional”²¹⁷. A pesar de estas promesas, el Proyecto no se desarrolló de

²¹¹ EIA, Anexo 3, págs. 554-570 (C-0082-ENG).

²¹²

[REDACTED] (R-0274).

²¹³ Nota de diputados de Estados Unidos dirigida al presidente Alejandro Maldonado Aguirre con fecha del 26 de octubre de 2015 (R-0066).

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 135-136.

²¹⁶ EIA, pág. 46 (C-0082).

²¹⁷ EIA, pág. 59 (C-0082). *Ver también*, Sección 12.3 en pág. 437 (“nuestras actividades se planificarán y ejecutarán con los más altos estándares de gestión ambiental y social”).

acuerdo con estos estándares tal como lo demuestran documentos contemporáneos y los peritos de Guatemala²¹⁸.

103. *En segundo lugar*, los Demandantes ignoraron un número significativo de obligaciones que eran condiciones establecidas en sus licencias ambientales. Cinco meses luego del inicio de las operaciones, una inspección del sitio y de la documentación relevante reveló que Exmingua había incumplido casi el 50 % de sus obligaciones ambientales²¹⁹. Los Demandantes critican fundamentalmente que Guatemala haya efectuado tal afirmación en su Memorial de Contestación sin citar documento alguno el respecto²²⁰. Sin embargo, tal como los mismos Demandantes admiten, la inspección del MARN de febrero 2015 identificó incumplimientos en materia ambiental²²¹.

104. En respuesta, los Demandantes sostienen que tomaron muy en serio sus responsabilidades ambientales desde el inicio y que poco después de haber comenzado la construcción en 2012, emplearon a un equipo de 16 personas para garantizar el cumplimiento en materia ambiental²²². Como soporte, los Demandantes citan el contrato para desarrollar el EIA de Santa Margarita y el equipo que supuestamente llevó a cabo el trabajo del EIA tanto para Santa Margarita como para Progreso VII²²³. No obstante, no hay indicación alguna en dichos documentos en el sentido de que el equipo mencionado en los contratos de EIA haya continuado trabajando en cuestiones ambientales con posterioridad a la emisión de la licencia en 2011.

105. Del mismo modo, los Demandantes afirman haber contratado una consultora independiente, ARNC, para que supervisara la calidad del agua y del aire, así como la contaminación auditiva en las inmediaciones del sitio donde se llevaba adelante el Proyecto, y que dicha empresa determinó que Exmingua cumplía con la normativa²²⁴. Esto es cuanto menos engañoso. Los Demandantes solo apuntan a dos informes que demuestran algún monitoreo realizados el 24-27 de junio de 2014²²⁵ y el 17-19 de septiembre de 2014, respectivamente. No hay indicio alguno que demuestre que hubo monitoreos posteriores una vez iniciadas las operaciones en octubre de 2014²²⁶. El único documento adicional que mencionan los Demandantes es una “propuesta” para

²¹⁸ Ver Informe II SLR Anexo 2; Ver Réplica de los Demandantes, ¶¶ 71.

²¹⁹ Informe de Inspección Técnica MARN de fecha 23-27 de febrero de 2015 (**R-0105-SPA**). Ver también, Lista de Resultados respecto de Exmingua de las inspecciones del MARN y el MEM (**C-0699**).

²²⁰ Réplica de los Demandantes, ¶ 349.

²²¹ *Ibid.*, ¶¶ 349-350.

²²² Réplica de los Demandantes, ¶ 349.

²²³ Kappes II, n. 49; Réplica de los Demandantes, n. 1055.

²²⁴ Réplica de los Demandantes, ¶ 349.

²²⁵ Informe ARNC Monitoreo Agua y Aire para el Segundo Trimestre, julio 2014, pág. 1 (**C-0844**); Informe ARNC la calidad de aire, sonido y agua (**C-0845**).

²²⁶ Memorial de los Demandantes, ¶ 60 (Los Demandantes declaran haber iniciado sus operaciones mineras a cielo abierto en octubre de 2014). Gonzalez, ¶ 22 (MARN indico que no se habían entregado informes periódicos o los que se entregaban eran incompletos o incorrectos).

realizar una obra en abril de 2016, pero no hay ningún indicio de que el monitoreo biológico se haya realizado²²⁷. Ello apenas basta como base para alegar el cumplimiento, ya que pareciera no haber habido monitoreo alguno una vez iniciadas las operaciones tal como se exigía²²⁸.

106. Durante la etapa de construcción, los Demandantes también ignoraron su obligación de notificar por anticipado toda vez que debieran entrar maquinaria y equipos pesados para prevenir y minimizar molestias provocadas por ruido y partículas finas²²⁹. De acuerdo con los propios geólogos de Exmingua, se ingresó “maquinaria en días inapropiados (domingos, cuando toda la gente está en el área)”²³⁰. El inspector advirtió asimismo la falta de una ruta clara para la maquinaria pesada o un cronograma para evitar provocar alteraciones en las comunidades y el incumplimiento de la obligación de mantener húmedos los materiales y camiones para evitar partículas de polvo²³¹.

107. La mayoría de los restantes incumplimientos incluyeron medidas preventivas básicas tales como asegurar un cerco de malla alrededor de las lagunas de colas²³²; garantizar medidas de seguridad para evitar la erosión y posibles deslizamientos de taludes en el área de explotación y alrededor de ella²³³; asegurar la correcta disposición de los residuos, incluido el almacenamiento adecuado de químicos tóxicos, y medidas para contener derrames²³⁴; construir áreas adecuadas para almacenar los sedimentos y evitar la contaminación de las aguas superficiales o medidas para controlar el agua de escorrentía²³⁵; y contar con equipos de seguridad apropiados para los trabajadores y adecuada capacitación en seguridad²³⁶. En cuanto a este último aspecto, pareciera haber una absoluta falta de preocupación respecto de las medidas básicas destinadas a garantizar la seguridad de los trabajadores. En este sentido, no se dio cumplimiento a la mayoría de las medidas de seguridad y capacitaciones exigidas²³⁷. No hay indicios que permitan explicar por qué Exmingua no pudo implementar estas medidas al inicio de las actividades mineras.

²²⁷ Correo electrónico de H. Vaides a D. Kappes, con la Propuesta del Dr. Hix como adjunto (19 de abril de 2016) (C-0843-ENG). Ver también, Inspección MARN del 23-27 de febrero de (2015), XXII, pág. 11 (R-0105-SPA).

²²⁸ Tal como admite ARNC en su informe de 2014, el monitoreo se realizó “[e]n cumplimiento con los compromisos ambientales adquiridos ante MARN”. En otras palabras, Exmingua debía llevar adelante el monitoreo de conformidad con sus compromisos ambientales establecidos en el EIA. (C-0844, C-0845).

²²⁹ Licencia de Impacto Ambiental MARN (26 de mayo de 2011), Sección (2) (viii) pág. 7 (C-0084).

²³⁰ Informe CEDER 2013, pág. 9 (C-0716-ENG).

²³¹ Informe de Inspección MARN del 23-27 de febrero de 2015, numeral VII, pág. 8, numeral 12 pág. 18 (R-0105-SPA).

²³² Informe de Inspección MARN del 23-27 de febrero de 2015, numeral 24, pág.20 (R-0105-SPA).

²³³ Informe de Inspección MARN del 23-27 de febrero de 2015, numeral XI, pág. 8 (R-0105-SPA).

²³⁴ Informe de Inspección MARN del 23-27 de febrero de 2015, numeral XIII pág. 9, numerales 34 y 36, pág. 21, numeral 63, pág. 26, numeral 72, pág.28 (R-0105-SPA).

²³⁵ Informe de Inspección MARN del 23-27 de febrero de 2015, numerales 1 a 5, pág. 17 (R-105-SPA).

²³⁶ *Ibid.*, numerales 9 y 15, pág. 18, y numeral 20, pág. 19, numeral 59, pág. 25, numeral 61, pág. 25, numerales 62, 63 y 66, pág. 26 (R-105-SPA).

²³⁷ Informe de Inspección MARN del 23-27 de febrero, numerales 109 a 116, págs. 34-35 (R-0105-SPA).

108. Los Demandantes también ignoraron sus obligaciones relativas a la presentación de informes²³⁸. Por ejemplo, en su último informe no se incluyó ninguna información sobre el monitoreo biológico²³⁹. Se presentó información incompleta sobre la asistencia médica supuestamente brindada a las comunidades cercanas²⁴⁰; no se presentaron datos recientes sobre el avance de la extracción minera²⁴¹; no se documentaron eventos en forma automática, y ²⁴² no se realizaron monitoreos del suelo²⁴³.
109. Algunas de las violaciones más graves incluyeron la falta de cumplimiento de las medidas de mitigación establecidas en el Plan de Manejo Ambiental para evitar la contaminación del agua. No se realizaron monitoreos del agua o sedimentos en las lagunas de colas para determinar la necesidad de tratamiento²⁴⁴, falta de fosa de sedimento para evitar que los sedimentos lleguen a las fuentes de agua,²⁴⁵ ausencia de sistemas de drenaje para controlar el agua de escorrentía,²⁴⁶ y falta de neutralización de óxidos y ácidos presentes en los sedimentos²⁴⁷.
110. Contrario a lo que afirman los Demandantes, una inspección de seguimiento completada diez meses más tarde reveló la existencia de violaciones respecto de éstas y otras obligaciones²⁴⁸. En el informe de inspección de noviembre de 2015 se descubrió además que el proyecto carecía de un permiso emitido por el MEM para el tanque de combustible y “se observaron fugas sin medidas de contención”²⁴⁹.
111. Convenientemente, los Demandantes omiten identificar los incumplimientos observados a partir de la inspección de noviembre de 2015. La mayoría de las observaciones reiteraban la continuidad de los incumplimientos identificados anteriormente. Se advirtió que no había canales de derivación o escorrentía instalados ni otras medidas para evitar la erosión²⁵⁰, que la poza central era propensa a desbordar y que las colas se filtraban al suelo²⁵¹; que no se realizaba correctamente la disposición de los desechos sólidos ni se

²³⁸ Ver, por ejemplo, Informe de Inspección MARN del 23-27 de febrero de 2015, numerales 48 a 51, pág. 23 (R-105-SPA).

²³⁹ Informe de Inspección MARN del 23-27 de febrero de 2015, numerales XVII, XIX, y XXI, págs. 10-11 (R-0105-SPA).

²⁴⁰ Informe de Inspección MARN del 23-27 de febrero de 2015, numeral XXIV, pág. 12 (R-105-SPA).

²⁴¹ Informe de Inspección MARN del 23-27 de febrero de 2015, numeral XXV, pág. 12 (R-105-SPA).

²⁴² Informe de Inspección MARN del 23-27 de febrero de 2015, número 55, pág. 24 (R-105-SPA).

²⁴³ Informe de Inspección MARN del 23-27 de febrero de 2015, número 88, pág. 30 (R-105-SPA).

²⁴⁴ Informe de Inspección MARN del 23-27 de febrero de 2015, número 120, p. 36 (R-0105-SPA).

²⁴⁵ *Ibid.*, número 2, pág.17.

²⁴⁶ *Ibid.*, números 1 y 3, pág.17.

²⁴⁷ Informe de Inspección MARN del 23-27 de febrero de 2015, número 4, pág. 17 (R-0105-SPA).

²⁴⁸ Ver, en general, Inspección MARN del 26 de noviembre de 2015, pág. 20 (C-0629-ENG). Los Demandantes pretenden hacer un gran tema respecto de la omisión de Guatemala de esta inspección en su Memorial de Contestación. No hay nada falso aquí. Los dos informes de inspección de febrero y noviembre forman la base del procedimiento administrativo iniciado contra Exmingua en febrero de 2016. La inspección de noviembre incluso respalda la posición de Guatemala, debilitando toda afirmación en el sentido de que la omisión de Guatemala fue engañosa.

²⁴⁹ Informe de Inspección MARN del 26 de noviembre de 2015, numeral 4.3, pág. 20 (C-0629-ENG).

²⁵⁰ Informe de Inspección MARN del 26 de noviembre de 2015, pág. 3 (C-0629-ENG).

²⁵¹ *Ibid.* pág. 7.

habían adoptado medidas de contención o de prevención de derrames de sustancias químicas tóxicas²⁵².

112. En febrero de 2016, el MARN inició un procedimiento sancionatorio contra Exmingua debido a la falta de cumplimiento de obligaciones ambientales según se identificaba en las inspecciones de febrero de 2015 y de noviembre de 2015²⁵³. Los Demandantes objetan este punto y sostienen que el documento de una página citado por Guatemala “no contiene elemento alguno indicativo de que se le haya comunicado a Exmingua”²⁵⁴ y que “[n]unca se realizó ninguna audiencia de este supuesto procedimiento administrativo”²⁵⁵. A pesar de la intención de los Demandantes de hacer desaparecer este procedimiento, el mismo continúa en curso.²⁵⁶ Exmingua fue notificada el 2 de mayo de 2016²⁵⁷ y ha participado en el procedimiento e interpuso un recurso administrativo de Revocatoria²⁵⁸ que fue rechazado de plano por el MARN²⁵⁹. Si bien aún no se ha multado a Exmingua, ello es porque aún se está a la espera de la resolución final que podría establecer la multa correspondiente.²⁶⁰

113. Los Demandantes citan a dos informes de autoevaluación de la propia Exmingua supuestamente elaborados en abril y mayo de 2016²⁶¹ con el objetivo de atender las cuestiones identificadas por el MEM y confirmar que cumplieron acabadamente con los aspectos observados por el MARN²⁶². De cualquier modo, esos informes mostraron nuevamente deficiencias a un año de la inspección del MEM²⁶³, y en los meses y años posteriores Exmingua continuó incumpliendo sus obligaciones en materia ambiental.

114. Apenas algunas semanas después de que los Demandantes cesaran su explotación ilegal, el MEM enfatizó que era necesario, a pesar de la suspensión, que Exmingua continuara implementando las medidas de mantenimiento y mitigación en forma inmediata²⁶⁴. El MEM advirtió que las tareas de mantenimiento y la

²⁵² *Ibid.* pág. 9.

²⁵³ Documento MARN N.º 475-2016/DCL/EOGP/mirf de fecha 24 de febrero de 2016 (**R-0187**).

²⁵⁴ Réplica de los Demandantes, ¶ 147.

²⁵⁵ Réplica de los Demandantes, ¶ 350.

²⁵⁶ MARN Exp. 1043-2015, Resolución No. 01-2021/DCL/KOCR.mh, notificada el 13 de agosto de 2021 (**R-0295**).

²⁵⁷ MARN Exp. 1043-2015, Cedula de Notificación a Exmingua, Folio 249 (**R-0292**).

²⁵⁸ MARN Exp. 1043-2015, Recurso de Revocatoria, Folios 250 a 256 (**R-0293**).

²⁵⁹ MARN Exp. 1043-2015, Resolución No. 0001-2016/SASM/mecv/cs, notificada el 13 de junio de 2016 (**R-0294**).

²⁶⁰ En este procedimiento la audiencia se evacua por escrito, a lo que Exmingua ha remitido memoriales en defensa a sus derechos. *Ver* MARN Exp. 1043-2015, Memoriales de Exmingua, Folios 275 a 277 y 317 (**R-0296**).

²⁶¹ *Ver* Índice de los Demandantes donde se indican las fechas de 2016 correspondientes a los Anexos **C-0847** y **C-0848**. Los anexos no tienen indicación de la fecha de preparación.

²⁶² Lista Borrador de Recomendaciones de Exmingua de fecha 29 de abril de 2016 (**C-0847-ENG**); Lista Borrador de Recomendaciones de Exmingua de fecha 25 de mayo de 2016 (**C-0848-ENG**).

²⁶³ Los dos Informes borrador mencionan como fecha del informe el 12 de marzo de 2015; Lista Borrador de Recomendaciones de Exmingua (29 de abril de 2016), págs. 5, 11, 28 (**C-0847-ENG**) (Se advierte que la malla perimetral aún no está instalada; falta señalización de seguridad; falta implementación de medidas para manejo de desechos líquidos; falta implementación de medidas de seguridad alrededor de la laguna de cola más grande, El Jícaro). Cuestiones similares se advierten en la Lista Borrador de Recomendaciones de Exmingua (25 de mayo de 2016) págs. 4, 14, 28 (**C-0848-ENG**).

²⁶⁴ Informe de Inspección MEM, 6 de junio de 2016, pág. 19 (**R-0279**).

implementación de medidas preventivas en el área del túnel, áreas de explotación, patios de almacenamiento, fosas de sedimentos, colas, y escombreras debían cumplirse para evitar el colapso²⁶⁵. Los acopios no estaban cubiertos, los químicos no eran almacenados en forma correcta lo cual generaba riesgo de derrames, los drenajes y caminos necesitaban mantenimiento inmediato²⁶⁶, los desechos sólidos seguían acumulándose lo cual generaba un riesgo para la salud y la seguridad del ambiente²⁶⁷. La posibilidad de ruptura y contaminación de la capa freática debido al material recolectado en las lagunas de colas era el riesgo más grave observado hacia fines de 2017²⁶⁸.

115. Los constantes informes de inspección justifican la preocupación de la comunidad en relación con el Proyecto.

Un informe de inspección de 2017 indicaba que las pilas de colas que casi desbordaban y debieron ser bombeadas para evitar un riesgo grave²⁶⁹. Una ruptura de las lagunas de colas provocaría una potencial crisis sanitaria teniendo en cuenta que las muestras que se tomaron en 2016 mostraron que el contenido de arsénico en al menos dos de esas lagunas de colas era “extremadamente elevado”, y el informe indica que en una de esas lagunas el contenido era 245 veces el límite aplicable y en la otra de aproximadamente 70 veces el límite²⁷⁰. Por lo tanto, se advirtió que cualquier derrame o desborde generaría un gran riesgo sanitario, ya que el arsénico es considerado un carcinógeno²⁷¹.

116. Durante los seis años siguientes, Exmingua mantiene un constante incumplimiento de sus obligaciones ambientales. Una inspección reciente realizada en septiembre de 2021 reveló que Exmingua no ha implementado las medidas de mitigación requeridas²⁷². Estas violaciones, entre otras cuestiones, incluyen la falta de sistemas de drenaje adecuados a lo largo de los caminos; la falta de correcto almacenamiento de sustancias químicas; desechos acopiados; y falta de medidas de contención para el material de minería arrumado²⁷³.

d. Los Demandantes no cumplieron las órdenes de los tribunales de Guatemala

i. Los Demandantes continuaron los trabajos de construcción luego de haber recibido la orden de suspender dichos trabajos

117. Luego de haber recibido la orden de detener la construcción el 15 de julio de 2015, los Demandantes

²⁶⁵ Informe de Inspección MEM, 30 de junio de 2016, pág. 8 (R-0280).

²⁶⁶ Informe de Inspección MEM, 30 de octubre de 2017, págs. 9, 13, 19 (R-0281).

²⁶⁷ Informe de Inspección MEM, 30 de octubre de 2017, pág. 27 (R-0281).

²⁶⁸ Informe de Inspección MEM, 30 de octubre de 2017, pág. 24 (R-0281).

²⁶⁹ Informe de Inspección MARN, 22 de agosto de 2017, pag. 5. (R-0297) (observando riesgo de resbalse en la pilas de colas; y una escorrentia constante la cual no se logró establecer su procedencia y que pudiese ser “en el peor de los casos una fisura de la pileta El Jicaro”).

²⁷⁰ Exp. MP001-2016-25768-PIEZA 12, pág. 28 (R-0246).

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² Informe de Inspección MARN (1 de septiembre de 2021) (R-0285).

²⁷³ *Ibid.*

desdeñosamente continuaron las operaciones desafiando completamente la orden judicial. Una periodista independiente de CGTV grabó a las maquinarias de los Demandantes mientras realizaban trabajos de construcción luego de que se hubiera emitido la orden²⁷⁴. El funcionario del MEM que tuvo acceso al video confirmó que en efecto Exmingua estaba realizando tareas de construcción²⁷⁵. Otras agencias de noticias también informaron que los trabajos de construcción continuaban²⁷⁶.

118. Los miembros de la comunidad estaban consternados por la falta de acatamiento de la orden por parte de los Demandantes, y por el hecho de que no hubo consulta alguna a la comunidad tal como lo indica el Código Municipal.²⁷⁷ La respuesta del Sr. Kappes luego de que el Tribunal emitiera su decisión consistió simplemente en continuar las operaciones, ya que sostuvo que la construcción ya se había terminado.²⁷⁸ Pero, tal como se mencionó previamente, esto fue desmentido por observadores en el lugar.

ii. Los Demandantes continuaron explotando el sitio en forma ilegal luego de que la licencia fuera suspendida

119. Los Demandantes admiten haber continuado la explotación de la mina durante más de seis meses luego de la orden judicial de noviembre de 2015 y casi tres meses luego de que el MEM emitiera su resolución mediante la que suspendía la licencia.²⁷⁹

120. Informes contemporáneos también demostraron que las operaciones continuaron, desafiando las órdenes del tribunal y la resolución del MEM que suspendía la licencia. Las autoridades informan que realizaron visitas al sitio, donde los equipos de minería parecían estar parados durante la visita, pero reiniciaban las actividades una vez que los inspectores abandonaban el sitio²⁸⁰. El MEM también notó la presencia de bolsas de

²⁷⁴ Gonzalez, ¶ 21; Sandoval, ¶ 29 (“Exmingua continuó construyendo la pila de cola más grande que tienen”). Video de CGTN America, “La Puya Activists Rise Up to Oppose Guatemala Gold Mine”, 15 de enero de 2016, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=sN2M4oiDpoo> (Inglés/Español) (R-0217).

²⁷⁵ *Ibid*, minuto 3:09 (R-0217) (Periodista: “o sea, esa maquinaria estaba funcionando cien por ciento el día de ayer, ¿entonces están en construcción? Viceministro del MEM: “Sí, obviamente es una plataforma para construir obra civil. No tiene nada que ver con la mina”); Ver Gonzalez ¶ 21.

²⁷⁶ *Obnoxious Protestors Will Not Make Guatemalan Gold Mine Go Away CEO Says*, VICE NEWS (R-0061).

²⁷⁷ Código Municipal, Artículo 63: “Consulta a los Vecinos: Cuando la trascendencia de un asunto aconseje la conveniencia de consultar la opinión de los vecinos, el Concejo Municipal, con el voto de las dos terceras (2/3) partes del total de sus integrantes, podrá acordar que tal consulta se celebre tomando en cuenta las modalidades indicadas en los artículos siguientes.” Ver también Artículo 65: “Consultas a las comunidades o autoridades indígenas del municipio. Cuando la naturaleza de un asunto afecte en particular los derechos y los intereses de las comunidades indígenas del municipio o de sus autoridades propias, el Concejo Municipal realizará consultas a solicitud de las comunidades o autoridades indígenas, inclusive aplicando criterios propios de las costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas” (RL-0301).

²⁷⁸ Sentencia dictada por el Juzgado Tercero de Primera Instancia Civil de Guatemala, en fecha 13 de julio de 2015, Expediente 1050-2014-871 (R-0065). Véase también, Despacho de Verificación de Cumplimiento de Medidas Cautelares realizado por el Juzgado de Paz de San Pedro Ayampuc, en fecha 10 de agosto de 2015, p. 2. (R-0119).

²⁷⁹ Réplica de los Demandantes, ¶ 13. Los Demandantes explotaron la mina hasta mayo de 2016.

²⁸⁰ Inspección MEM del 2 de mayo de 2016, pág. 10 (R-0121-ENG) (“un integrante de las manifestantes y uno de los representantes de COPREDEH, informaron que luego que la comisión que practicó la inspección saliera de las instalaciones

concentrado de oro estampadas con fechas de producción reciente²⁸¹.

121. También hubo numerosos reportes de helicópteros llevando combustible y sacando concentrado de oro²⁸².

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] ²⁸³ . [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] ²⁸⁴ .

122. Las continuas actividades de los Demandantes en la mina también fueron confirmadas a través de investigaciones administrativas y penales. El 28 de abril de 2016 (más de un mes después de la Resolución 1202 del MEM en la que suspendía formalmente las operaciones de Exmingua) una comisión conjunta del MEM, el PDH y el MARN visitó la mina para confirmar si ésta aún estaba operativa. En esa inspección, empleados de Exmingua informaron a las autoridades que habían recibido instrucciones de suspender las operaciones recién esa misma mañana, pero que no tenían información sobre si reanudarían las operaciones más tarde. El informe de la inspección elaborado por el MEM concluyó con una declaración formal que advierte que la mina aún estaba operativa y ordenó la apertura de un procedimiento administrativo para sancionar a Exmingua por su incumplimiento de la Resolución 1202.

123. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] ²⁸⁵ . [REDACTED]

[REDACTED]

de la mina, estos reiniciaron actividades de operación general. Nos indicaron que a 500 mts, sobre la carretera de tierra que conduce de la Puya a San Pedro Ayampuc, se podía observar claramente que las actividades habían sido reiniciadas, por lo que procedimos ir a verificar la información, confirmando que efectivamente los trabajos dentro de las instalaciones de la mina se reiniciaron con normalidad”).

²⁸¹ Inspección MEM del 2 de mayo de 2016, pág. 10 (R-0121-ENG).

²⁸² Sandoval, ¶ 30; Oliva, ¶ 28. Ver fotos publicadas en Twitter el 20 de marzo de 2016, disponible en <https://twitter.com/cmiguarte/status/711582528172220417?lang=es>. Ver también, publicación en Twitter donde se informa que se vieron 4 helicópteros distintos los días 20, 21, 22, 25, 27 y 29 de marzo extrayendo concentrado. (R-0286).

²⁸³ Ver [REDACTED]

²⁸⁴ Ver [REDACTED]

²⁸⁵ *Ibid.*

286

124. En consecuencia, se inició un procedimiento administrativo contra los Demandantes y finalmente se multó a los Demandantes por la violación de la orden de suspender las actividades de explotación.

287

288

289

B. La oposición de la comunidad se debió a la preocupación local

1) La Resistencia Pacífica de La Puya representaba a los residentes locales y era pacífica

125. No hay sustento que permita justificar la insistencia de los Demandantes en el sentido de que la oposición venía de fuentes externas²⁹⁰. Informes contemporáneos y terceros observadores han identificado de manera consistente que la oposición estaba integrada por residentes de la comunidad que viven en las áreas que rodean el sitio de la mina²⁹¹. No hay indicios de que la Resistencia Pacífica de la Puya haya sido iniciada por personas externas ni ONG. Por el contrario, se trató de un esfuerzo de la comunidad de base liderado por ciudadanos locales preocupados, entre los que se incluían residentes de La Choleña, Guapinol, El Carrizal y otras aldeas²⁹².

126. Si bien es posible que ONG locales y externas hayan dado apoyo moral a la oposición²⁹³, hay testigos y documentación sólidos que evidencian que la oposición estaba integrada por locales²⁹⁴. En cualquier caso, las ONG locales, como Madre Selva y CALAS²⁹⁵, son innegablemente parte de la comunidad local y por lo tanto un actor clave que Exmingua debería haber considerado en el desarrollo de su Proyecto.

127. Los documentos de la propia Exmingua demuestran que la oposición venía de las comunidades aledañas al Proyecto²⁹⁶. Al referirse al bloqueo al embajador de los Estados Unidos en Guatemala, el Sr. Kappes los llamó

²⁸⁶ Ver Aguilar, ¶14.

-0260).

²⁸⁷ MEM, Providencia No. 3991 de fecha 22 de octubre de 2016 (R-0275).

²⁸⁸

²⁹⁰ Informe Mendoza, ¶ 42 et seq.

²⁹¹ Vídeo de CGTN America, “La Puya Activists Rise Up to Oppose Guatemala Gold Mine”, 15 de enero de 2016, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=sN2M4oiDpoo> (Inglés/Español) (R-0217); Gonzalez, ¶ 12.

²⁹² Garcia, ¶¶ 8-9; Guaré, ¶ 9.

²⁹³ Sandoval, ¶ 12; Oliva, ¶ 14.

²⁹⁴ Garcia, ¶¶ 8-9; Guaré, ¶ 9; Gonzales, ¶¶ 12.

²⁹⁵ Memorial de los Demandantes, ¶ 41 (menciona las ONG locales, sin embargo, en la Réplica, los Demandantes alegan que *Mining Watch Canada* también estaba involucrada porque su logo aparecía en una de las banderas fotografiadas. Ver Réplica de los Demandantes, ¶ 77.

²⁹⁶ Ver, por ejemplo, Progreso VII- Resumen de Trabajo 2012 presentado por Daniel W. Kappes, pág. 2 (C-0521) (donde identifica a la oposición como “personas locales asociadas a grupos que se oponen al desarrollo de la minería en

“simplemente ciudadanos locales”²⁹⁷. En una carta anterior, el Sr. Kappes también reconoce la existencia de oposición por parte del caso urbano de San Pedro Ayampuc²⁹⁸.

128. La insistencia de los Demandantes en el sentido de que la oposición estuvo dirigida por ONG se basa en el simple hecho de que algunas de las banderas fotografiadas en el sitio tenían los logos de las ONG y porque los comunicados de prensa emitidos por distintas ONG apoyaban a la Resistencia²⁹⁹. Todas estas muestras de apoyo son posteriores al establecimiento de la oposición local, de modo que simplemente demuestran que el movimiento era reconocido por ONG locales y externas quienes manifestaron su apoyo. Y algunos de los documentos que citan los Demandantes incluso demuestran que la oposición no fue creada por una ONG³⁰⁰. Ninguno de estos documentos cambia el hecho de que la oposición era local.

2) La comunidad local tenía preocupaciones válidas respecto de la operación minera de los Demandantes

129. A diferencia de otros proyectos de minería, Progreso VII se encuentra muy cerca de las comunidades afectadas y menos de 30 km (20 millas) de la Ciudad de Guatemala³⁰¹. Está ubicado aproximadamente a 1,2 km (0,75 de milla) de la aldea El Guapinol³⁰², y el área bajo licencia rodea las aldeas La Choleña y el centro municipal de San José del Golfo³⁰³. Otras aldeas están ubicadas dentro de un radio de 7 km (apenas superando las 4 millas), aunque no están clasificadas como parte del área de influencia directa del Proyecto, a pesar de su proximidad geográfica³⁰⁴. El Municipio de San Pedro Ayampuc, donde se ubica el Proyecto, está compuesto en casi un 67% por población indígena³⁰⁵.

Guatemala”); Informe Ejecutivo de SMCA al 14 de octubre de 2011, pág. 1. (C-0703) (observando que hay oposición en la aldea Los Achiotos y por parte del alcalde electo de San Pedro Ayampuc).

²⁹⁷ Carta de D. Kappes a B. Williamson (Embajada de los EE.UU) de fecha 24 de mayo de 2012, punto 8 en pág. 3 (C-0106).

²⁹⁸ Carta de D. Kappes a B. Williamson (Embajada de los EE.UU) de fecha 14 de mayo de 2012 (C-0102) (gente en la ciudad más grande de la zona, San Pedro Ayampuc, que manifiesta cierta negativa porque están más alejados y no hemos pasado mucho tiempo allí”).

²⁹⁹ Ver Réplica de los Demandantes, ¶¶ 74-77 (sobre la base de las fotografías de las banderas (C-1032, C-0829) o los comunicados de prensa emitidos por las ONG en sus respectivas páginas web (C-0831, C-0832, C-0833). Algunos de los comunicados de prensa no tuvieron nada que ver con La Puya. Ver, por ejemplo, C-0821; C-0823; C-0825).

³⁰⁰ Ver, por ejemplo, comunicado de prensa de Madre Selva “A little History” del 12 de agosto de 2020 (C-0823-ENG) (no se menciona el Proyecto de los Demandantes en la lista de proyectos que Madre Selva enumera como los proyectos en los que participó).

³⁰¹ EIA, pág. 54 (C-0082-ENG).

³⁰² EIA, pág. 46 (C-0082-ENG).

³⁰³ EIA, pág. 54 (C-0082-ENG). Ver también, Mapa de Yacimientos (C-0049).

³⁰⁴ Declaración Telma García, ¶ 4 (advierde que su aldea, Prados de San Pedro de Lagunilla, se encuentra a aproximadamente 7 km); Declaración Rivera, ¶ 3 (declara que su hogar se encuentra a 3 km de la mina); Declaración Carraza Muralles, ¶ 3 (advierde que su aldea, Lo De Reyes, se ubica a 7 km de la mina). El EIA no incluyó las aldeas Lo De Reyes y Prados de San Pedro de Lagunilla en el estudio ni otras aldeas como El Carrizal, que se encuentra a solo 5 km. Ver Oliva, ¶ 1; EIA pág. 269, Cuadro 61 (C-0082-ENG); González, ¶ 11 (observando que la mina estaba localizada muy cercana a las casas de los pobladores)

³⁰⁵ EIA pág. 271, Cuadro 63 (C-0082-ENG).

130. Si bien en su mayoría es agrícola³⁰⁶, esta parte de Guatemala está ubicada en un cinturón seco y sufre sequías cada vez mayores³⁰⁷, aunque en ocasiones es propensa a un riesgo muy alto de inundaciones repentinas³⁰⁸. Además, a lo largo del área corre una falla que genera posible actividad sísmica en la zona³⁰⁹.
131. La contaminación y disponibilidad del agua son algunas de las preocupaciones principales de esta área fundamentalmente agrícola. Exmingua presentó una amenaza a su forma de vida agrícola y para sus fuentes de agua. Entre los aspectos que más preocupan a la comunidad se encuentran la contaminación de agua y la sequía³¹⁰. Los residentes reciben muy poca agua para uso diario³¹¹. La minería suele requerir enormes cantidades de agua, lo cual es visto no solo como una amenaza para la disponibilidad de este recurso, sino también como fuente de contaminación³¹². Si bien los centros más urbanos de los municipios obtienen el agua de pozos mecánicos, algunas de las aldeas más rurales, como Los Achiotés y El Guapinol, obtienen el agua de los manantiales³¹³.
132. Las comunidades sintieron que Exmingua no estaba tomando en serio sus responsabilidades ambientales, una conclusión eminentemente razonable a la luz del constante desacato de las regulaciones, órdenes judiciales y decisiones administrativas mencionados más arriba. Las revisiones independientes de EIA realizadas por dos peritos, Robert Robinson y Robert Moran, en 2012 y 2014, respectivamente, confirmaron que el sentimiento de la comunidad tenía motivos válidos.³¹⁴
133. Ambos coincidieron en que en los estudios de hidrología del EIA faltaba un análisis del impacto sobre la calidad de las aguas subterráneas y superficiales³¹⁵. Tampoco había forma de evaluar los volúmenes de agua

³⁰⁶ EIA, Sección 6.1.1., pág. 246 (C-0082-ENG) (“En el área circundante al área del proyecto, se ha desarrollado agricultura de subsistencia...”).

³⁰⁷ Ver, por ejemplo, *Fifth Straight Year of Central American Drought Helping Drive Migration*, Scientific American (23 de diciembre de 2019) (R-0230).

³⁰⁸ EIA, pág. 414, Cuadro 80, pág. 292 Cuadro 81, pág. 297 (C-0082-SPA). Ver también EIA, pág. 246 (C-0082-ENG) (donde se advierte que “[e]l año 2009 fue un año seco y debido a la sequía hubo pérdida de las cosechas”).

³⁰⁹ EIA, págs. 412-413 (C-0082-ENG) (El riesgo de eventos sísmicos que “afecten las instalaciones del proyecto es mayor que en el resto del país, por lo que se deberá considerar este aspecto al momento de realizar los planes de contingencia. Las consecuencias de un evento sísmico de magnitud moderada a alta pueden ser graves. Un sismo que afecte las instalaciones y/o campamentos del proyecto puede resultar en la pérdida de vidas y/o daños serios en las instalaciones”. Ver también, Informe Moran, pág. 6 (R-0051). (“El proyecto Progreso está ubicado en una de las regiones con mayor actividad sísmica en el hemisferio occidental, sin embargo, los autores del EIA no han presentado una historia detallada de los terremotos reales que se han registrado en esta región”).

³¹⁰ Sandoval ¶ 9; Camey ¶ 5; García ¶ 10; Guaré, ¶ 10; Gonzalez ¶ 12. Esto también coincide con las inquietudes abordadas durante el proceso del EIA. Ver EIA, págs. 292, 297 (C-0082 ENG).

³¹¹ Sandoval, 9; Oliva ¶ 3.

³¹² García ¶ 10; ¶9.

³¹³ EIA, pág. 285 (C-0082-ENG).

³¹⁴ Sandoval, ¶13.

³¹⁵ Informe Robinson, pág. 5 (R-0049-ENG); Informe Moran, págs. 3-5 (R-0051-ENG).

disponibles en ese momento dentro del área del proyecto y a su alrededor³¹⁶. Resulta significativo que no había verdaderos pozos o perforaciones construidos para evaluar la calidad o cantidad de agua subterránea ni otros datos incluidos en el EIA³¹⁷. Así, Moran concluyó que “el bombeo de GW [agua subterránea] durante las operaciones de la mina provocará el agotamiento de los caudales de los arroyos, *probablemente provocará una disminución* en los niveles de agua de los pozos locales y *probablemente hará que* la mayoría de los manantiales locales se sequen”³¹⁸. Dada la falta de confiabilidad de los datos de referencia del agua, Moran concluye que “no será posible que la empresa operadora sea *legalmente responsable* de la mayoría de los impactos relacionados con el agua que puedan ocurrir” y que “estos volúmenes de uso de agua propuesto generarán una mayor competencia con los otros usuarios del agua en esta zona más seca de Guatemala, lo que *probablemente generará impactos negativos significativos*”³¹⁹.

134. Si bien los Demandantes ahora pretenden menospreciar la credibilidad y la reputación de Moran y Robinson³²⁰, sabiendo que la comunidad se sintió reivindicada a raíz de sus hallazgos³²¹, los Demandantes nunca antes objetaron estos hallazgos ni los trataron con la comunidad a pesar de reconocer la necesidad de hacerlo³²². Los Demandantes siguen sin atender los detalles de los hallazgos efectuados y prefieren, en cambio, enfocarse en menospreciar la reputación de estos peritos, quienes en forma independiente llegaron a la conclusión de que el EIA presentaba una serie de omisiones críticas. Tal como lo confirman los peritos independientes de Guatemala, dichos hallazgos no eran infundados³²³. Los Demandantes no tienen perito alguno que pueda desmentirlos.

C. No hay impedimento comprobado para que los Demandantes pudieran continuar con el proyecto Santa Margarita Derivada

135. Los Demandantes alegan que el “el Estado ha desoído los pedidos de asistencia de Exmingua para dispersar a los manifestantes y desarticular el bloqueo de modo tal de permitir que la empresa y su consultor llevaran adelante los estudios sociales necesarios para completar el EIA de Santa Margarita”³²⁴. En particular, los Demandantes alegan que “[a] principios de 2016” se produjo “una nueva ola de protestas” que “provocaron que les resultara imposible a sus consultores llevar adelante los estudios sociales necesarios para el EIA a

³¹⁶ Informe Moran pág. 1 (R-0051-ENG).

³¹⁷ Informe Moran, pág. 2 (R-0051-ENG).

³¹⁸ Informe Moran, pág. 2 (R-0051-ENG) (énfasis añadido).

³¹⁹ Informe Moran, págs. 3 y 6 (R-0051-ENG) (énfasis añadido).

³²⁰ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 78-79.

³²¹ Ver, por ejemplo, Informe CEDER 2013, págs. 11 y 16 (C-0716-ENG).

³²² Informe CEDER 2013, pág. 13 (C-0716-ENG) (donde se indica que los Demandantes (“propietario”) reconocieron que “[e]s necesario preparar una respuesta al análisis del EIA”).

³²³ Informe SLR II, ¶¶ 36-38.

³²⁴ Réplica de los Demandantes, ¶ 12.

efectos de obtener la licencia de explotación para el área Santa Margarita”³²⁵. No hay evidencia que demuestre que Exmingua estaba impedida de concluir sus estudios sociales.

136. Como punto de partida, la línea de tiempo de los hechos no resiste análisis. Exmingua solicitó una licencia de explotación el 19 de enero de 2009³²⁶. El 23 de junio de 2009, Exmingua contrató a GSM para que preparara el Estudio de Impacto Ambiental para Santa Margarita³²⁷. Según el Sr. Kappes, tanto los EIA para Progreso VII como para Santa Margarita se realizaron *en paralelo*, y GSM terminó las partes ambientales de ambos EIA “aproximadamente a la misma hora, a principios de 2011”³²⁸. No hay indicios en la causa de los motivos por los cuales los Demandantes no podían llevar adelante los estudios sociales para Santa Margarita al mismo tiempo que se realizaban los correspondientes a Progreso VII a principios de 2010. El momento de la supuesta decisión de los Demandantes de llevar a cabo los estudios sociales en 2016 es cuanto menos sospechoso, ya que bien podrían haber realizado tales estudios en 2011.

137. Los Demandantes alegan que los bloqueos desde 2012 hasta 2014 “imposibilitaron que Exmingua se involucrara con la comunidad local para completar su EIA para el área de Santa Margarita”³²⁹. Ello a pesar de que los Demandantes alegan que contaban con el apoyo de la comunidad³³⁰ y que solo un pequeño grupo mantuvo el bloqueo³³¹. No es posible que ambas cosas sean ciertas al mismo tiempo. Los Demandantes no explican por qué los estudios sociales para Santa Margarita no pudieron realizarse luego de que se levantara el bloqueo en mayo de 2014 y hasta comienzos de 2016. El Sr. Kappes admite que una vez levantado el primer bloqueo hasta comienzos de 2016, la cantidad de manifestantes “era relativamente pequeña, de entre 5 y 10 personas...”³³². Durante este período, las operaciones de Progreso VII continuaron con poca o casi nula confrontación con la comunidad local, aunque los Demandantes violaron flagrantemente numerosas leyes y regulaciones. Si los Demandantes podían explotar la mina, también podían llevar a cabo los estudios sociales necesarios para el EIA de Santa Margarita.

138. Por otra parte, los Demandantes pretenden señalar a la declaración de una moratoria de dos años efectuada por el Presidente en 2013 como la culpable del no otorgamiento de su licencia de explotación sobre Santa

³²⁵ Réplica de los Demandantes, ¶ 197.

³²⁶ Solicitud de Licencia de Explotación para Santa Margarita Derivada, del 19 de enero de 2009 (C-0070).

³²⁷ Contrato para Realización de EIA para Santa Margarita, con la Propuesta Técnico-Económica adjunta (C-0079).

³²⁸ Kappes I, ¶ 49.

³²⁹ Kappes I, ¶ 93.

³³⁰ Informe Mendoza, ¶ 71. *Ver también*, Réplica de los Demandantes, ¶ 168 (donde se alega que “aproximadamente 80 a 90 por ciento de la comunidad apoyó el proyecto”).

³³¹ Informe Mendoza, ¶¶ 42-49 (haciendo referencia a la oposición en forma reiterada como un “pequeño grupo”).

³³² Kappes, ¶ 75.

Margarita³³³. Pero ello es objetivamente inapropiado. En primer lugar, los Demandantes nunca solicitaron la licencia de explotación porque no habían completado los estudios sociales, a pesar de haber completado la sección ambiental del EIA a principios de 2011³³⁴. En segundo lugar, la moratoria nunca fue oficialmente implementada como ley y, por lo tanto, el MEM continuó emitiendo licencias en 2013 y hasta 2015³³⁵. Los Demandantes reconocen esto al declarar que las licencias otorgadas simplemente “disminuyeron notablemente”, pero no es que el MEM haya dejado de otorgar licencias tal como lo reflejan las estadísticas citadas por los Demandantes³³⁶. En tercer lugar, la licencia de explotación de los Demandantes sobre Progreso VII fue otorgada durante un período de moratoria *de facto*³³⁷. Tal como revelan las estadísticas del MEM, la licencia para Progreso VII fue la única licencia de explotación emitida en 2011 y, durante el año anterior, no se emitió ninguna licencia de explotación³³⁸. La excusa de la moratoria no es más que una forma de despistar.

139. Sin mayor explicación del motivo que generó las demoras en la realización de los estudios sociales, los Demandantes convenientemente se enfocan en el comienzo del año 2016 como el período durante el cual intentaron decididamente llevar a cabo los estudios sociales, pero se vieron impedidos de hacerlo debido al bloqueo. El Sr. Kappes, sin evidencia fáctica, simplemente alega que esta “nueva ola de protestas” “agrav[ó] aún más” las manifestaciones y bloqueos previos, sin mencionar los cinco años que habían pasado durante los cuales ciertamente los Demandantes podrían haber llevado a cabo sus estudios.

140. De cualquier modo, estaba claro que las protestas se dispararon a raíz de la falta de cumplimiento por parte de los Demandantes del amparo provisional dictado por la Corte Suprema por el cual se suspendieron las operaciones en noviembre de 2015³³⁹. Tal como declara el Sr. Kappes, “[l]os manifestantes querían que el MEM cerrara las operaciones mineras en el sitio Progreso VII”³⁴⁰. En otras palabras, fue el desacato de los

³³³ Memorial de los Demandantes, ¶ 124; Kappes I, ¶ 143 (“... se ha informado ampliamente que Guatemala ha adoptado una moratoria no oficial sobre la minería al negarse a expedir nuevas licencias de exploración y explotación, y de conformidad con esta política, el Ministerio no ha concedido a Exmingua una licencia de explotación para la zona de Santa Margarita”).

³³⁴ Kappes I, ¶ 49.

³³⁵ Ver Anuario Estadístico Minero 2014 del MEM, pág. 9 (C-0531); Anuario Estadístico Minero 2015 del MEM, pág. 10 (C-0532) (donde se muestra que en 2012 se expidieron 12 licencias de explotación; en 2013 se expidieron 5 licencias de explotación; en 2014 se expidieron 4 licencias de explotación, y en 2015 se expidieron 2 licencias de explotación).

³³⁶ Anuario Estadístico Minero 2014 del MEM, pág. 9 (C-0531).

³³⁷ Anuario Estadístico Minero 2013 del MEM (C-0458-ENG) (donde se advierte que “[e]n el año 2011, se otorgó una licencia para explotación de minerales metálicos, denominada Progreso VII Derivada. [...] [e]n el año 2012 se restableció el otorgamiento de licencias”).

³³⁸ Anuario Estadístico Minero 2013 del MEM (C-0458-ENG) (donde se advierte que “[e]n el año 2012 se restableció el otorgamiento de licencias”); Anuario Estadístico Minero 2014 del MEM, pág. 9 (C-0531).

³³⁹ Ver, por ejemplo, Inspección MEM del 30 de marzo de 2016, pág. 2 (R-0289) (donde se advierte que el bloqueo se produjo como consecuencia de la continuidad de las operaciones de la empresa minera que no observó las leyes de Guatemala y causaba daños en las comunidades cercanas).

³⁴⁰ Kappes I, ¶ 138.

Demandantes respecto de la decisión del tribunal lo que llevó a la comunidad a las protestas. No obstante, las protestas parecieron tener poco efecto porque Progreso VII continuó sus operaciones y “producía hasta 250 toneladas por día con un personal de 180 personas”³⁴¹. En virtud de tales circunstancias, de nuevo, resulta difícil entender cómo fue que los Demandantes se vieron impedidos de realizar sus estudios sociales para un proyecto completamente diferente.

141. Los hechos tampoco demuestran impedimento alguno para que cualquier equipo pudiera realizar estudios sociales en un área que no estuviese frente a la mina. Las protestas se concentraban en el ingreso principal de Progreso VII o en la entrada del Ministerio de Energía Minas³⁴², y los Demandantes no han aportado ningún elemento que permita comprobar la improbable conclusión de que estas limitadas protestas impidieron a los Demandantes evaluar el sitio de Santa Margarita o las comunidades cercanas, a los que podría haberse accedido fácilmente por otra ruta³⁴³. Presumiblemente, Exmingua necesitaría realizar los estudios sociales en las comunidades circundantes, no en el sitio de la mina en sí.³⁴⁴ En función de la descripción de los propios Demandantes de las ubicaciones de los proyectos en sus respectivos EIA, la ruta de acceso a Santa Margarita no era la misma que la de Progreso VII³⁴⁵. Asimismo, Guatemala ha verificado en forma independiente que existe una ruta diferente para llegar al sitio del proyecto Santa Margarita y las comunidades aledañas³⁴⁶. En función de la línea de tiempo analizada anteriormente y la ubicación del proyecto Santa Margarita, no hay explicación plausible para un impedimento de los Demandantes para llevar a cabo los estudios sociales para el proyecto en 2016, o bien antes o después de 2016.

D. Los tribunales de Guatemala no violaron los derechos procesales fundamentales y de debido proceso de Exmingua

³⁴¹ *Ibid.*

³⁴² Geovani Contreras, “*Locals from La Puya continue with the protest*”, La Prensa Libre (13 de Marzo de 2016) (C-0009); Jerson Ramos and Jose Rosales, “*Protesters of La Puya burn doll of the Minister of Energy*,” La Prensa Libre (26 de marzo de 2016) (C-0010).

³⁴³ Ver Mapa del área donde se observan dos puntos de acceso distintos a Santa Margarita y las comunidades adyacentes. Reporte de la inspección ocular del Área del Proyecto Progreso VII Derivada y Santa Margarita Derivada de fecha 21 de septiembre de 2021, p. 6-8. (R-0277).

³⁴⁴ Memorial de los Demandantes, ¶ 31 (Destacando las reuniones que se llevan a cabo en la aldea o en los salones municipales para el proceso de consulta de Progreso VII. No hay indicios de que ninguna reunión comunitaria para la parte de estudios sociales de la EIA en Progreso VII haya tenido lugar en el sitio de la mina. Ver también, EIA, Anexo 15 (C-0082-ENG); EIA (Ampliación) Anexo 7 (C-0089-SPA).

³⁴⁵ Comparar el EIA para Santa Margarita, Sección 3.2, pág. 21 (C-0081-SPA) con el EIA para Progreso VII EIA, Sección 2.2., pág. 54 (C-0082-ENG) (Opción 1. El CA-9 norte hasta el kilómetro 17,5 donde se encuentra el viaducto que lleva a San José del Golfo, luego de pasar la capital del municipio de San José del Golfo se toma un camino de tierra que lleva a la aldea El Carrizal, aproximadamente 2 km hasta que llega a la entrada del proyecto que se encuentra a la derecha. Opción 2. Desde la colonia Mayan de la ciudad de Guatemala, se toma el camino que lleva al asiento municipal de San Pedro Ayampuc, y desde allí [sic] se toma el camino de tierra que lleva a San José del Golfo, aproximadamente 12 km hasta que se llega al Proyecto).

³⁴⁶ Acta Notarial de fecha 27 de septiembre de 2021 (confirmando que “para acceder al área del Proyecto minero Santa Margarita no fue necesario utilizar alguna ruta en la que se encuentra el movimiento pacífico denominado “Resistencia Pacífica la Puya”) (R-0282).

142. La falta de consulta y transparencia con las comunidades aledañas finalmente hizo que estas iniciaran procesos ante los tribunales de Guatemala. Las comunidades presentaron dos grupos de acciones judiciales respecto de las operaciones mineras de los Demandantes. El primer grupo de acciones versaba sobre la licencia de explotación de Exmingua y la falta de consulta previa a los pueblos indígenas de acuerdo con el Convenio 169 y la Constitución de Guatemala.³⁴⁷ El segundo grupo de acciones versaba sobre la falta de permiso de construcción y la falta de consulta a la comunidad respecto de este permiso por parte de Exmingua.³⁴⁸
143. Todos esos procedimientos implicaron el uso de un recurso de amparo, que es proceso de larga tradición en América Latina,³⁴⁹ específicamente concebido para proteger derechos constitucionales. El recurso de amparo puede presentarse frente a violaciones reales o potenciales de derechos constitucionales a través de acciones u omisiones de alguna parte pública o privada.³⁵⁰ También les “permite a los ciudadanos invocar la acción de amparo por la violación de algún derecho protegido ya sea expresa o tácitamente por la Constitución o por algún tratado internacional aplicable.”³⁵¹ La acción de amparo también ha sido utilizada por otros Pueblos Indígenas de América Latina como medio para obtener protección de sus derechos en virtud del Convenio 169 y otras leyes. El Tribunal debe tomar esto en especial consideración.
144. A pesar del hecho de que Exmingua (no los Demandantes) estuvo involucrada en, por lo menos, 13 procedimientos judiciales,³⁵² los Demandantes enfocan su reclamo sólo en las decisiones de los tribunales de

³⁴⁷ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente 3207-2016 y 3344-2016 (**R-0137**).

³⁴⁸ Sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad, Expediente 3580-2015, p. (**R-0120**).

³⁴⁹ Ver Allan R. Brewer-Carías, “*The Latin American “Amparo” A General Overview*,” Trabajo escrito para el Taller Latinoamericano de Derechos Humanos y Teoría Jurídica, Leitner Center for International Law and Justice, Fordham Law School, New York, April 4th, 2008, ¶ 2. (**R-0290 ENG**).

³⁵⁰ *Ibid*, ¶1 (**R-0290 ENG**).

³⁵¹ Ver Orrego Hoyos, Gloria. “*The Amparo Context in Latin America: an approach to an empowering action*.” New York University, Hausler Global Law School Program (octubre de 2017), §2 (**R-0291 ENG**).

³⁵² Además de los casos relativos a la supuesta licencia de construcción y la falta de consultas en virtud de Convenio 169, Exmingua estuvo involucrada en los siguientes casos: 1) Causa Civil 1104-2002-3604; del 2 de abril de 2002 donde Exmingua fue demandada civilmente por incumplimiento de un arrendamiento y la demanda fue desestimada el 15 de abril de 2002 (**R-0312**); 2) Causa Civil 01047-2017-00091: el 30 de enero de 2017, Exmingua presentó una petición de un pago en consignación de distintas regalías, tasas e impuestos municipales, la petición fue rechazada el 2 de febrero de 2017 por cuestiones procesales (**R-0313**); 3) Causa Civil 01049-2017-00225: El 2 de marzo de 2017, Exmingua presentó una petición de un pago en consignación de distintas regalías, tasas e impuestos municipales. La petición fue aceptada el 6 de marzo de 2017 (**R-0314**); 4) Causa laboral 01173-2016-10486: El 14 de septiembre de 2016, Exmingua fue demandada por un expleado por despido indebido. Se llegó a un acuerdo respecto del caso el 20 de febrero de 2017 y el tribunal homologó el acuerdo entre las partes el 22 de febrero de 2017 (**R-0315**); 5) Causa laboral 01173-2016-10519: El 14 de septiembre de 2016, Exmingua fue demandada por un expleado por despido indebido. Se llegó a un acuerdo respecto del caso el 20 de febrero de 2017 y el tribunal homologó el acuerdo entre las partes el 22 de febrero de 2017 (**R-0316**); 6) Causa laboral 01173-2016-10523: El 14 de septiembre de 2016, Exmingua fue demandada por un expleado por despido indebido. Se llegó a un acuerdo respecto del caso el 20 de febrero de 2017 y el tribunal homologó el acuerdo entre las partes el 6 de abril de 2017 (**R-0317**); 7) Causa laboral 01173-2016-10696: El 14 de septiembre de 2016, Exmingua fue demandada por un expleado por despido indebido. Se llegó a un acuerdo respecto del caso el 20 de febrero de 2017 y el tribunal homologó el acuerdo entre las partes el 23 de febrero de 2017 (**R-0318**); y 8) Causa Laboral 01173-2017-12301: El 27 de mayo de

Guatemala relativas a la falta de consulta en virtud del Convenio 169 (“amparo de CALAS”). La letanía de demandas de los Demandantes que rodean estos procedimientos carece de mérito.

1) Guatemala respetó los derechos procesales de Exmingua

145. Los Demandantes alegan que la Corte Suprema de Guatemala violó su derecho a ser oídos (1) al no cursar notificación oportuna del amparo CALAS, y (2) al no notificar oportunamente el amparo provisional de la Corte Suprema del 11 de noviembre de 2015.³⁵³

146. La afirmación de los Demandantes de que existió una demora de 18 meses en la notificación es engañosa. Como los Demandantes reconocen, el amparo de CALAS del 28 de agosto de 2014 fue suspendido por la Corte Suprema el 5 de septiembre de 2014³⁵⁴ (sólo 24 días después de la fecha de presentación) y el proceso sólo se reanudó el 3 de noviembre de 2015.³⁵⁵ Esto significa que, de la demora de 18 meses que alegan los Demandantes, el proceso estuvo efectivamente suspendido por casi 14 meses.³⁵⁶ Una vez que se reactivó el proceso, Exmingua participó de ellos (antes que cualquier otra parte interesada) a partir del 1 de diciembre de 2015³⁵⁷ (apenas 20 días hábiles después). Esta demora menor no le impidió a Exmingua presentar su caso en el amparo.³⁵⁸

147. En cualquier caso, el argumento de los Demandantes se ve socavado aún más por el hecho de que Exmingua no se quejó de este aspecto procesal durante el curso del proceso del amparo de CALAS. De hecho, en cada paso de esta vía, Exmingua permaneció en silencio respecto de esta cuestión. No hubo reclamos de violaciones al derecho a la defensa en ninguna de sus presentaciones orales o escritas, incluido el escrito del 1 de diciembre

2017, un ex empleado de Exmingua presentó una demanda contra el Ministerio de Trabajo de Guatemala por despido indebido y falta de pago. El Ministerio de Trabajo citó a Exmingua a una audiencia de conciliación programada para el 13 de septiembre de 2017. Exmingua no compareció y el Ministerio de Trabajo presentó una demanda ante los tribunales de trabajo en nombre del ex empleado de Exmingua. El caso fue desestimado el 14 de noviembre de 2017 sobre la base de la entrada en vigencia de una nueva ley que beneficiaba a Exmingua. La decisión fue apelada por el Ministerio de Trabajo, la apelación fue rechazada por la Corte de Apelaciones de Trabajo y Prevención Social el 18 de julio de 2018 (**R-0320**).

³⁵³ Réplica de los Demandantes, ¶ 212; Memorial de los Demandantes, ¶ 277 (Los Demandantes alegan que Exmingua “no fue notificada de la acción de amparo, por la cual CALAS impugnó la validez de la licencia de explotación Progreso VII de Exmingua, Y los documentos judiciales conexos, incluido el amparo provisional del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2015, hasta el 22 de febrero de 2016, dieciocho meses después de que CALAS iniciara la acción el 24 de septiembre de 2014”).

³⁵⁴ Memorial de los Demandantes, ¶ 73. *Ver también*, Sentencia de la Corte Suprema del 5 de septiembre de 2014 (**C-0466**).

³⁵⁵ *Ibid.* *Ver también* Sentencia de la Corte Suprema del 3 de noviembre de 2015 (**C-0468**).

³⁵⁶ Los procedimientos se suspendieron 424 días, o 13 meses y 29 días. También es importante tener en cuenta que durante estos 14 meses los derechos de Exmingua no resultaron afectados y continuó con sus operaciones; por eso, no hay daño material para Exmingua.

³⁵⁷ *Ver* Solicitud de Exmingua para comparecer en el procedimiento de amparo de fecha 1 de diciembre de 2015 (**C-0469/ENG/SPA**).

³⁵⁸ *Ver* Richter II, ¶ 100: “...notificación de las resoluciones debe realizarse de una forma relativamente inmediata, en el caso concreto la misma se podía producir únicamente en cuanto a quien tuviera la calidad o condición de parte dentro del proceso ...”

de 2015,³⁵⁹ la apelación del amparo provisional del 23 de febrero de 2016,³⁶⁰ el amparo independiente del 18 de marzo de 2016 contra la Resolución 1202 del MEM,³⁶¹ su recurso de revocatoria del 29 de abril de 2016,³⁶² sus alegatos orales en la audiencia del 16 de mayo de 2016,³⁶³ su apelación contra el amparo definitivo del 30 de junio de 2016,³⁶⁴ su escrito de apelación del 30 de junio de 2016 y sus alegatos orales ante la Corte de Constitucionalidad.³⁶⁵ El motivo de ello es muy simple: no había nada que reclamar.

148. El argumento de los Demandantes tampoco tiene sustento desde el punto de vista del derecho procesal constitucional. No hay nada en la Ley de Amparo que restrinja la facultad de la Corte de otorgar un amparo provisional antes de cursar notificación a todas las partes y las partes interesadas. Por el contrario, el Artículo 27 de la Ley de Amparo establece que el tribunal puede ordenar un amparo provisional en “la primera resolución que dicte ...cuando a su juicio las circunstancias lo hagan aconsejable.”³⁶⁶ Esta es la razón de ser de cualquier medida provisional de carácter constitucional: la preservación de los derechos constitucionales y la minimización de cualquier daño continuo o potencial que alguna acción u omisión de la demandada pudiera estar causando. Asimismo, como el Profesor Richter explica, el Artículo 35 es contrario a la postura de los Demandantes, ya que establece que los terceros interesados son oídos luego de recibir el expediente administrativo de la autoridad impugnada y la confirmación o revocación del amparo provisional.³⁶⁷ Por lo tanto, la notificación de Exmingua en el procedimiento de amparo de CALAS fue perfectamente ajustada a derecho.

³⁵⁹ *Idem.*

³⁶⁰ Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Expediente 1592-2014, Apelación de Exmingua contra la Resolución que concede el amparo provisional de fecha 23 de febrero de 2016, p. 2-3, donde se analiza la notificación cursada a Exmingua sin plantear objeciones respecto de ésta. (C-0005-SPA/ENG).

³⁶¹ Ver Escrito de Amparo de Exmingua en el Expediente 587-2016, de fecha 18 de marzo de 2016 (R-0322).

³⁶² Ver Recurso de Revocatoria de Amparo Provisional de Exmingua en Expediente 1592-2014, de fecha 29 de abril de 2016, p. 5, donde puede verse que los motivos de la solicitud no se relacionan con la notificación enviada por la Corte Suprema de Justicia (C-0483).

³⁶³ Ver Transcripción de comparecencia en la audiencia oral en el Expediente 1592-2014 de fecha 16 de mayo de 2016 (R-0331).

³⁶⁴ La apelación de Exmingua contra el Amparo Definitivo en Expediente 1592-2014, de fecha 30 de junio de 2016, donde no se hace mención a ninguna irregularidad en el envío de notificación a Exmingua (C-0475-ENG/SPA).

³⁶⁵ Ver Transcripción de comparecencia de Exmingua en audiencia oral en el Expediente 3207-2016 de fecha 4 de agosto de 2016 (R-0332).

³⁶⁶ Ver Ley de Amparo, artículo 27: “La suspensión provisional del acto reclamando procede tanto de oficio como a instancia de parte. En cualquier caso el tribunal, en la primera resolución que dicte, aunque no hubiere sido pedido, resolverá sobre la suspensión provisional del acto, resolución o procedimiento reclamados, cuando a su juicio las circunstancias lo hagan aconsejable” (C-0416 ENG).

³⁶⁷ *Ibid.*; Artículo 35: “Recibidos los antecedentes o el informe, el tribunal deberá confirmar o revocar la suspensión provisional decretada en el auto inicial del procedimiento. De estos antecedentes o del informe dará vista al solicitante, al Ministerio Público, institución que actuará mediante la sección que corresponda según la materia de que se trate, a las personas comprendidas en el artículo anterior y a las que a su juicio también tengan interés en la subsistencia o suspensión del acto, resolución o procedimiento, quienes podrán alegar dentro del término común de cuarenta y ocho horas.” El tribunal debe observar que los Demandantes no proporcionaron una traducción completa de este artículo. (C-0416 SPA).

149. Esto también fue confirmado por la conducta procesal de Exmingua en procedimientos paralelos. En su amparo independiente contra la Resolución 1202 del MEM,³⁶⁸ Exmingua solicitó un amparo provisional para suspender la resolución. Exmingua no incluyó a CALAS como parte interesada en su amparo ni le solicitó a la Corte que cursara notificación [a CALAS] antes de considerar su solicitud de amparo provisional.
150. Los Demandantes tampoco explican cómo una demora de 20 días en la notificación de Exmingua se traduce en algún tipo de daño. La decisión no fue ejecutada hasta el 10 de marzo de 2016, más de 3 meses luego de Exmingua se hizo parte del proceso, y después de que ésta apelara el amparo provisional el 23 de febrero de 2016. Los Demandantes también omiten indicar que la Corte Suprema reconoció a Exmingua como parte interesada en su decisión de amparo provisional del 11 de noviembre de 2015, y que Exmingua fue formalmente notificada al mismo momento que CALAS, MEM, PDH y el Ministerio Público. Como resultado de ello, la Corte Suprema le otorgó acceso al expediente y cualidad de parte a Exmingua antes que al resto de las partes interesadas en el caso.
151. El expediente claramente muestra que Exmingua oportunidad plena de presentar su caso ante la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad. Como ya se indicó, Exmingua ejerció apelación contra el amparo provisional,³⁶⁹ presentó su memorial contra el amparo definitivo,³⁷⁰ participó en las audiencias públicas ante ambos tribunales,³⁷¹ presentó recurso de revocatoria³⁷² y presentó su apelación frente al amparo definitivo.³⁷³ Incluso tuvo la oportunidad de presentar un amparo independiente contra la Resolución 1202 del MEM.³⁷⁴ Las actuaciones procesales demuestran que los tribunales guatemaltecos siempre respetaron el derecho a la defensa de Exmingua, permitiendo presentar sus argumentos y dándoles acceso a todos los recursos procesales disponibles en virtud de la ley.
152. Exmingua también tuvo plena oportunidad de presentar su caso en el procedimiento de amparo planteado por los integrantes y representantes de la comunidad indígena Kakchiquel. Exmingua apeló el amparo provisional

³⁶⁸ Ver Escrito de Amparo de Exmingua en el Expediente 587-2016 de fecha 18 de marzo de 2016 (**R-0322**).

³⁶⁹ Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Expediente 1592-2014, Apelación de Exmingua contra Resolución que concede el amparo provisional de fecha 23 de febrero de 2016 (**C-0005-SPA/ENG**).

³⁷⁰ Ver Escrito de Exmingua del 24 de febrero de 2016 en el Expediente 1592-2014 (**C-0494-ING/ESP**).

³⁷¹ Ver Transcripción de comparecencia de Exmingua en audiencia oral en el Expediente 1592-2014 de fecha 16 de mayo de 2016 (**R-0331**). Ver también, Transcripción de comparecencia de Exmingua en audiencia oral en el Expediente 3207-2016 de fecha 4 de agosto de 2016 (**R-0332**).

³⁷² Ver Recurso de Revocatoria de Amparo Provisional de Exmingua en el Expediente 1246-2016, de fecha 12 de septiembre de 2016 (**C-0483- SPA/ENG**).

³⁷³ Apelación de Exmingua contra el Amparo Definitivo en Expediente 1592-2014, de fecha 30 de junio de 2016 (**C-0475-ENG/SPA**).

³⁷⁴ Ver Escrito de Amparo de Exmingua en causa 587-2016, de fecha 18 de marzo de 2016 (**R-0322**).

concedido por la Corte Suprema en ese caso,³⁷⁵ hizo su presentación inicial contra el amparo definitivo,³⁷⁶ también presentó una solicitud de revocación del amparo provisional,³⁷⁷ y presentó argumentos orales en la audiencia ante la Corte Suprema de Justicia.³⁷⁸ Finalmente, cabe mencionar que Exmingua no se quejó por la notificación en ninguno de sus escritos en los procedimientos de amparo de las comunidades indígenas de Kakchiquel. Aunque los Demandantes no parecen tener quejas con respecto a esta acción constitucional, es importante destacar que la misma fue suspendida en favor del amparo de CALAS, por entender la Corte Suprema de Justicia que se trata de acciones análogas que buscan el mismo propósito: la defensa del derecho a consulta de las comunidades Kakchiquel de San Pedro Ayampuc y San José del Golfo.

2) Las decisiones judiciales de Guatemala en los procesos de amparo se ajustaron a la legislación aplicable

153. Los Demandantes erróneamente sostienen que el poder judicial de Guatemala cometió una serie de actos indebidos al (1) admitir el amparo CALAS,³⁷⁹ (2) otorgar el amparo provisional solicitado por CALAS,³⁸⁰ e (3) incurrir en una demora innecesaria para resolver definitivamente la acción de amparo.³⁸¹ Los hechos y el derecho, sin embargo, muestran que las decisiones bajo examen son razonables, coherentes y que fue Exmingua quien infringió e ignoró el derecho guatemalteco.

154. Como cuestión preliminar, este Tribunal debe desestimar *in limine* cualquier discusión sobre la interpretación y aplicación de la Ley de Amparo por parte de la Corte Suprema y de la Corte de Constitucionalidad. Los Demandantes tratan de hacer que el Tribunal se embarque en una apelación *de novo* de las decisiones dictadas por los más altos tribunales de justicia del Estado, cuestión que excede sus facultades de conformidad con el Tratado.

155. En cualquier evento, las críticas de los Demandantes respecto de la admisión del amparo CALAS por parte de la Corte Suprema y su confirmación por la Corte de Constitucionalidad carecen de fundamento. Los reclamos de los Demandantes giran alrededor de la supuesta ausencia de requisitos de admisibilidad previstos

³⁷⁵ Apelación de Exmingua contra el Amparo Provisional en Expediente 1246-2016, de fecha 24 de noviembre de 2016 (C-0478 SPA/ENG).

³⁷⁶ Ver Escrito de Exmingua del 24 de noviembre de 2016 en el Expediente 1246-2016 (C-0477).

³⁷⁷ Ver Recurso de Revocatoria de Amparo Provisional de Exmingua en el Expediente 1246-2016, de fecha 12 de septiembre de 2016, (C-0483- SPA/ENG).

³⁷⁸ Ver Acta de la audiencia oral de la Corte Suprema de Justicia realizada en el Expediente 1246-2016, de fecha 25 de septiembre de 2017 (R-0333).

³⁷⁹ Réplica de los Demandantes, ¶ 537.

³⁸⁰ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 540-542.

³⁸¹ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 543-547.

en la Ley de Amparo, a saber: (a) temporalidad,³⁸² (b) agotamiento de los recursos,³⁸³ (c) legitimación,³⁸⁴ y (d) legitimación pasiva.³⁸⁵ Todos los requisitos concurren el amparo de CALAS.

156. *Primero*, los Demandantes alegan que la Corte Suprema y la Corte de Constitucionalidad resolvieron que el amparo CALAS fue *oportuno* dado que el plazo de 30 días previsto en la Ley de Amparo no se aplica a casos de continuo incumplimiento de un derecho constitucional que afecta los derechos de terceros -como CALAS no formó parte del proceso administrativo de la licencia de explotación.³⁸⁶ Si bien los Demandantes y sus expertos tratan de argumentar algo diferente, las propias autoridades legales citadas por éstos y su experto coinciden con el Profesor Richter y la Corte de Constitucionalidad, respecto a la inaplicación del plazo de 30 días a casos como el de CALAS, quien no formó parte del procedimiento administrativo que dio lugar a la licencia de explotación y de un incumplimiento continuo del derecho constitucional, como la omisión de realizar consultas bajo el Convenio 169.

157. *Segundo*, el requisito de agotamiento de recursos *no se aplica* a casos en los que *la accionante en amparo no formó parte del procedimiento administrativo* que originó el acto impugnado.³⁸⁷ Los tribunales guatemaltecos han sostenido reiteradamente esto en los casos que involucran la falta de consulta del Convenio 169.³⁸⁸ El argumento de los Demandantes de que CALAS y las comunidades indígenas *podrían haber formado parte del procedimiento administrativo* es tanto inexacto como tautológico, ya que no se discute que CALAS y los integrantes de las comunidades indígenas no participaron en los procedimientos administrativos.³⁸⁹ Una vez más, los propios anexos de los Demandantes confirman la posición de Guatemala.³⁹⁰ Esto también resulta confirmado por la misma Exmingua, quien alega lo siguiente ante la Corte de Constitucionalidad respecto de que el principio de agotamiento de recursos: “...no es absoluto, o sea, no opera en todos los casos ni en todas las materias; para su aplicación y eficacia tiene excepciones importantes.”³⁹¹ Como reconocieron las mismas autoridades legales citadas por Exmingua y los Demandantes, el principio de agotamiento de los recursos admite excepciones, tal y como correctamente sostuvo la Corte de Constitucionalidad en su decisión del 11 de junio de 2020. Por estos motivos, los argumentos de los Demandantes sobre el requisito de admisibilidad

³⁸² Réplica de los Demandantes, ¶ 214.

³⁸³ Réplica de los Demandantes, ¶ 222.

³⁸⁴ Réplica de los Demandantes, ¶ 232.

³⁸⁵ Réplica de los Demandantes, ¶ 237.

³⁸⁶ Richter II, ¶¶ 127-131.

³⁸⁷ Richter II, ¶¶ 118-126.

³⁸⁸ *Ibid.*

³⁸⁹ Los Demandantes y Fuentes, simplemente afirman que “podrían haber sido parte”.

³⁹⁰ *Ver C-0488 SPA*, p. 2 (“En efecto, no siempre el postulante o promoviente del proceso estará obligado a agotar las vías o los recursos ordinarios judiciales y administrativos por cuyo medio se ventilan los asuntos de conformidad con el principio del debido proceso. Existe toda una gama de excepciones”).

³⁹¹ Escrito de Amparo de Exmingua en el Expediente 587-2016, de fecha 18 de marzo de 2016, p. 4 (**R-0322**).

carecen de mérito.

158. *Tercero*, las ONG como CALAS tienen legitimación activa. Los tribunales guatemaltecos han sostenido pacíficamente esto sobre la base de la “doctrina legal” de la Corte de Constitucionalidad, incluidas decisiones previas que involucran a CALAS.³⁹² Esta conclusión también cuenta con el apoyo del trabajo reciente del experto legal de los Demandantes, en el que presentó una acción de amparo contra una decisión dictada en un caso en el que él no fue parte.³⁹³

159. Finalmente, el MEM tenía legitimación pasiva. Como observó el Profesor Richter,³⁹⁴ la omisión sujeta a análisis en el amparo de CALAS se relaciona con el MEM, ya que fue la autoridad que emitió la licencia de explotación. Los Demandantes tratan de confundir al Tribunal sosteniendo que la autoridad relevante para exigir la consulta a las comunidades indígenas es el Congreso, pero sería ilógico que el Congreso consultara una acción que no es legislativa por naturaleza.³⁹⁵

E. Los tribunales guatemaltecos no discriminaron a Exmingua

160. Los Demandantes alegan que tanto la Corte de Constitucionalidad como el MEM discriminaron a Exmingua frente a otras empresas bajo las mismas circunstancias, cuando supuestamente: (1) dictaron resoluciones en otros casos con anterioridad, y (2) permitieron a otras empresas continuar con sus operaciones mientras se realizaban consultas sociales.³⁹⁶ Como se explicó en el Memorial de Contestación y por los motivos que se exponen a continuación, los argumentos de los Demandantes son falsos.

1) La supuesta demora en la emisión de la decisión de la Corte de Constitucionalidad en la apelación de Exmingua contra el amparo definitivo

161. Como Guatemala explicó en su Memorial de Contestación, son diversos los motivos que afectan la capacidad de la Corte de Constitucionalidad de resolver el caso con celeridad,³⁹⁷ ninguno de ellos implica una maniobra política motivada por la nacionalidad de Exmingua (la parte real en el procedimiento de amparo).

162. En particular, Guatemala explicó que: (1) la composición de la Corte de Constitucionalidad se modificó en 2016, lo que implicó la integración de tres nuevos magistrados que necesitaban familiarizarse con un expediente voluminoso y un caso complejo como el amparo CALAS;³⁹⁸ (2) la Corte de Constitucionalidad se vio frente a casos que involucraban cuestiones trascendentales para la sociedad de Guatemala;³⁹⁹ y (3) la Corte

³⁹² Richter II, ¶¶ 132-133.

³⁹³ Richter II, ¶135.

³⁹⁴ Richter II, ¶¶ 138-141.

³⁹⁵ Richter II, ¶ 138.

³⁹⁶ Memorial de los Demandantes, ¶¶ 396-311; *ver también*, Réplica, ¶ 258.

³⁹⁷ Memorial de los Demandantes, ¶ 69.

³⁹⁸ Memorial de los Demandantes, ¶70.

³⁹⁹ Memorial de los Demandantes, ¶70.

de Constitucionalidad se vio frente a un volumen de más de 6000 casos en 2016, 2017, 2018 y 2019.⁴⁰⁰

163. Los Demandantes no entran en una discusión sobre estos factores mitigadores, limitando su análisis a una mera cita al experto legal en la que dice que ninguna de estas justifica la demora.⁴⁰¹ Sin embargo, el argumento de los Demandantes es falaz, ya que el Segundo Informe de Fuentes no hace análisis ni consideración alguna de los factores mitigadores anteriores.⁴⁰² Asimismo, los Demandantes también omiten refutar el impacto del trabajo administrativo de fallecido Juez Bonerge Mejía Orellana en el resto de sus actividades magisteriales.

164. Los Demandantes continúan criticando el hecho de que se decidieron otros casos antes de la apelación de Exmingua, pero su posición carece de fundamentos y resulta irrazonable. *Primero*, el argumento de los Demandantes se basa en una interpretación extremadamente limitada del Artículo 39 de la Ley de Amparo que dispone un plazo de 5 días para dictar una decisión, lo que es irrazonable e insulta la inteligencia del Tribunal. El plazo de 5 días de la Ley de Amparo no fue previsto para casos complejos con expedientes voluminosos como la apelación de Exmingua, ya que sería físicamente imposible para todos los Magistrados de la Corte de Constitucionalidad leer el expediente completo, realizar las investigaciones pertinentes, preparar un proyecto de decisión, discutir el proyecto de decisión y dictar una decisión en ese plazo. Este es precisamente el motivo detrás del hecho de que ninguna de las decisiones se dictó dentro del plazo de 5 días establecido en el Artículo 39 de la Ley de Amparo.

165. *Segundo*, no existe nada en la Ley de Amparo o en la Ley del Organismo Judicial que establezca un deber de decidir casos por orden de presentación como los Demandantes intentan indicar,⁴⁰³ lo que dicta la pronta resolución de un caso es su complejidad y la conducta procesal de las partes, entre otras cosas.

166. *Tercero*, las respuestas de los Demandantes⁴⁰⁴ a las observaciones de Guatemala respecto del caso Minera San Rafael en el Memorial de Contestación⁴⁰⁵ son todavía una muestra más de la falta de comprensión indebida y acabada de los Demandantes del contexto social de Guatemala, argumentando que crea dudas acerca de la imparcialidad de la Corte de Constitucionalidad.⁴⁰⁶ Aun así, el argumento de los Demandantes descansa en la afirmación de que los casos Minera San Rafael y Exmingua fueron procesal y sustantivamente similares.⁴⁰⁷ Guatemala refutó esta afirmación demostrando los matices de hecho y de derecho que involucraban ambos casos, y justificando la decisión anterior del caso Minera San Rafael. Sin embargo, los Demandantes omiten

⁴⁰⁰ Memorial de los Demandantes, n. 142.

⁴⁰¹ Réplica de los Demandantes, ¶ 245.

⁴⁰² Ver Fuentes II, ¶ 157-158.

⁴⁰³ Réplica, ¶ 245-246.

⁴⁰⁴ Réplica, ¶ 247.

⁴⁰⁵ Memorial de Contestación, ¶ 71.

⁴⁰⁶ Réplica, ¶ 247.

⁴⁰⁷ *Idem*.

cumplir con la carga de la prueba. En efecto, a pesar de tener acceso a una copia completa de los expedientes del caso Minera San Rafael durante la etapa de producción de documentos de estos procedimientos, los Demandantes aún omiten establecer una equivalencia concreta y sustancial entre esos casos a los efectos de justificar su argumento de que eran procesal y sustantivamente iguales.

2) La Corte de Constitucionalidad no discriminó a Exmingua ordenando la suspensión hasta que se concluyeran las consultas

167. Los Demandantes alegan que la Corte Suprema y la Corte de Constitucionalidad de Guatemala incurrieron en una *discriminación basada en la nacionalidad* respecto de Exmingua, al permitirles a otros proyectos “...seguir operando mientras se llevaban adelante las consultas sociales”.⁴⁰⁸ Los argumentos de los Demandantes son engañosos.

168. Vale reiterar que tanto *Minera San Rafael*⁴⁰⁹ como *CGN*⁴¹⁰ suspendieron sus actividades mientras se realizan las consultas. Es igualmente importante reiterar que las decisiones en *San Rafael*, *CGN* y *Exmingua/CALAS* les han dado a las tres empresas mineras el mismo trato desde el punto de vista procesal, aplicando el mismo estándar y con los mismos argumentos.⁴¹¹ Como resultado de ello, la única discusión relevante es el trato concedido por la Corte de Constitucionalidad a Exmingua.

169. Como explicó Guatemala, *Oxec* y *Exmingua* no se encontraban en las mismas circunstancias ya que operan en distintos sectores.⁴¹² Los Demandantes hacen absoluto silencio respecto del impacto de la urgencia constitucional declarada con respecto a la electrificación en Guatemala, en el Artículo 129 de la Constitución de Guatemala⁴¹³ y en el Artículo 1 de la Ley de Incentivos para el Desarrollo de Proyectos de Energía Renovable,⁴¹⁴ así como la jurisprudencia previa de la Corte de Constitucionalidad.⁴¹⁵ Los Demandantes

⁴⁰⁸ Réplica, ¶ 258.

⁴⁰⁹ Ver Sentencia de fecha 3 de septiembre de 2018, emitida en el Expediente 4785-2017 de la Corte de Constitucionalidad (caso Minera San Rafael), pp. 544, 550 (C-0459).

⁴¹⁰ Ver Sentencia de fecha 18 de junio de 2020, emitida en el Expediente 697-2019 de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, p. 275 (caso CGN), p. (C-0496).

⁴¹¹ Memorial de Contestación, **Anexo A**.

⁴¹² Memorial de Contestación, ¶¶ 134-137.

⁴¹³ Memorial de Contestación, ¶ 134; *ver también*, Constitución Política de Guatemala, Artículo 129 (C-0414): “*Se declara de urgencia nacional, la electrificación del país, con base en planes formulados por el Estado y las municipalidades, en la cual podrá participar la iniciativa privada.*”

⁴¹⁴ Memorial de Contestación, ¶ 134; *ver también* Ley de Incentivos para el Desarrollo de Proyectos de Energía Renovable, artículo 1 (RL-0304): “Se declara de urgencia e interés nacional el desarrollo racional de los recursos energéticos renovables. El órgano competente estimulará, promoverá, facilitará y creará las condiciones adecuadas para el fomento de inversiones que se hagan con ese fin.”

⁴¹⁵ Ver Memorial de Contestación, ¶¶ 111, 135. *Ver también*, Sentencia de fecha 5 de febrero de 2013, emitida en el Expediente 4419-2007 de la Corte de Constitucionalidad (caso *Corrientes del Río*) (C-0537), p. 7: “al ser la electricidad un producto que, sin entrar a estimaciones sobre políticas económicas, resulta de interés nacional, también debe ponderarse la importancia de construcción de obras que tiendan a su producción, al existir un interés de todos los habitantes de la nación, a quienes, por principio de solidaridad, no puede negárseles el acceso al mismo.”

también omiten brindar una respuesta al argumento de Guatemala sobre el trato similar entre *Oxec* y los proyectos hidroeléctricos *La Vega* y *RENACE*.⁴¹⁶

170. Finalmente, los Demandantes critican a la Corte de Constitucionalidad por concluir que Exmingua podrá retomar sus operaciones una vez concluyan las consultas y se garantice que la mina *no amenace “la existencia de la población indígena”*⁴¹⁷ es sorprendente.⁴¹⁸ Esta “condición,” como llaman los Demandantes a la protección de los pueblos indígenas por parte de la Corte, no debería ser controversial. Los Demandantes no tienen derecho de amenazar la existencia de la comunidad Maya Kaqchiquel, la cual constituye más de 67% de la población en el área de influencia del proyecto. Sin embargo, la actual posición de los Demandantes respecto a esta “condición” no hace más que resaltar su continuo desprecio por las comunidades afectadas por el proyecto. Con esta actitud, no resulta sorprendente que el Proyecto haya enfrentado disputas sociales y constitucionales.

F. Los procedimientos administrativos relacionados con Exmingua fueron lícitos

171. Los Demandantes han tratado, sin éxito, crear una ilusión de actividad ilícita en las acciones tomadas por el MEM de acuerdo con el amparo provisional y las decisiones que lo confirman. Los Demandantes también cuestionan la validez de la suspensión de la licencia de exportación de Exmingua. Estos reclamos están condenados a fracasar, ya que Guatemala no puede ser responsable por las acciones tomadas en cumplimiento de una orden judicial.

1) La Resolución Administrativa 1202 que suspendió la licencia de explotación fue emitida en cumplimiento de una resolución judicial

172. El 10 de marzo de 2016, el MEM emitió la Resolución Administrativa 1202 (Resolución 1202), suspendiendo formalmente la licencia de explotación de Exmingua.⁴¹⁹ El mismo día, el Ministro presentó una solicitud de aclaratoria ante la Corte Suprema de Justicia.⁴²⁰

173. Los Demandantes argumentan que esta suspensión fue ilegal y arbitraria pues —de acuerdo con su experto legal—⁴²¹ la única forma en la que una licencia minera puede suspenderse es a través del procedimiento administrativo previsto en el Artículo 51 de la Ley de Minería o una Declaración de Lesividad.⁴²² El principal

⁴¹⁶ Ver Réplica, ¶ 262, donde se limitan a afirmar que la distinción “no es relevante.”

⁴¹⁷ Ver Sentencia de fecha 11 de junio de 2020, dictada por la Corte de Constitucionalidad en el Expediente 3207-2016, p. 102 (R-0137).

⁴¹⁸ Ver Memorial de Demanda, ¶141; Réplica, ¶ 265.

⁴¹⁹ Ver Resolución 1202 dictada por el MEM en fecha 10 de marzo de 2016 y notificada a Exmingua el 18 de marzo de 2016 (C-0139).

⁴²⁰ Ver Solicitud de Aclaratoria del MEM de fecha 10 de marzo de 2016, presentada ante la Corte Suprema de Justicia en el Expediente 1592-2014, p. 5 (C-0008).

⁴²¹ Fuentes I, ¶¶ 23-35.

⁴²² Memorial, ¶184, ver también Memorial, n. 454.

defecto de los argumentos de los Demandantes reside en el hecho de que el artículo 51 y la Declaración de Lesividad no se corresponden con el escenario fáctico que se presenta: un acto del Poder Ejecutivo (MEM) en cumplimiento de una orden vinculante del Poder Judicial (Corte de Constitucionalidad). El artículo 51 de la Ley de Minería trata sobre la suspensión administrativa de una licencia minera de parte del Ministerio.⁴²³ La Declaración de Lesividad es “...es una medida adoptada por el **poder ejecutivo** cuando el Gobierno acuerda declarar [un acto] *lesivo* porque causa un daño al Estado”.⁴²⁴ Como puede observarse, los Demandantes se refieren a actos del Poder Ejecutivo en ejercicio de sus derechos y prerrogativas en el control sobre una licencia o concesión otorgada, aquí ni estamos frente a una ***suspensión ordenada por un tribunal***, por cuanto los actos del Poder Ejecutivo se llevan a cabo en cumplimiento de una orden del más alto tribunal del país. Por estos motivos, los argumentos de los Demandantes y de sus expertos legales carecen todo fundamento.

174. Ahora, los Demandantes⁴²⁵ y sus expertos legales⁴²⁶ argumentan que esto fue un “revés abrupto” y retrata la conducta del MEM como incongruente, y lo que es peor, sostienen que la República no tuvo suficiente tiempo para crear documentos que lo justifiquen.⁴²⁷ Sin embargo, una mirada detenida del expediente muestra lo contrario. De hecho, el MEM claramente indicó que “[n]o obstante lo anterior en tanto el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre esta petición, por parte del Ministerio se estará ordenando la suspensión de los efectos de la licencia, mientras se encuentre vigente el amparo provisional.”⁴²⁸

175. Los Demandantes y su experto legal eligieron citar este documento caprichosamente para elevar falsas acusaciones contra Guatemala. Pero lo cierto es que el MEM tenía particularmente conocimiento de las implicancias del incumplimiento de una resolución judicial y procedió conforme a ello, a pesar de sus reservas. Las implicancias a las que hace referencia el MEM en su solicitud de aclaración están establecidas en el artículo 78 de la Ley de Amparo⁴²⁹ y en el artículo 420 del Código Penal,⁴³⁰ que dispone que el delito de desobediencia

⁴²³ Richter II, ¶ 45-47.

⁴²⁴ Ver *Railroad Development Corporation c. Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/07/23, Laudo (29 de junio de 2012), ¶ 85 (CL-0068); Ver también, Ley de lo Contencioso Administrativo, artículo 20: “...Si el proceso es planteado por la administración por sus actos o resoluciones, no será necesario que concurren los requisitos indicados, siempre que el acto o resolución haya sido declarado lesivo para los intereses del Estado, en Acuerdo Gubernativo emitido por el Presidente de la República en consejo de Ministros. Esta declaración sólo podrá hacerse dentro de los tres años siguientes a la fecha de la resolución o acto que la origina.” (C-0424).

⁴²⁵ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 273-274.

⁴²⁶ Fuentes I, ¶ 96.

⁴²⁷ Réplica de los Demandantes, ¶ 274.

⁴²⁸ Ver Solicitud de Aclaratoria del MEM de fecha 10 de marzo de 2016, presentada ante la Corte Suprema de Justicia en el Expediente 1592-2014, p. 5 (C-0008).

⁴²⁹ Ley de Amparo, Artículo 78 (C-0416): “La desobediencia, retardo u oposición a una resolución dictada en un proceso de amparo de parte de un funcionario o empleado del Estado y sus instituciones descentralizadas y autónomas es causal de destitución, además de las otras sanciones establecidas en las leyes.”

⁴³⁰ Código Penal de Guatemala, Artículo 420 (C-0511): “el funcionario o empleado público que se negare a dar el debido

a un amparo será sancionado con inhabilitación especial y con pena de prisión de uno a tres años. Así, el MEM y sus funcionarios estaban legalmente obligados a cumplir con la resolución judicial. Los Demandantes esencialmente argumentan que el MEM debería ignorar una resolución judicial ejecutable y hacer frente a la responsabilidad penal y administrativa; es absurdo.

176. El argumento de los Demandantes no es otra cosa que un intento de justificar a Exmingua quien permaneció ajena al mandamiento de la Corte Suprema y continuó operando la mina. Los Demandantes no niegan que Exmingua continuó con sus operaciones luego del amparo provisional, a pesar de la confirmación de la Corte de Constitucionalidad y de la Resolución 1202. En cualquier caso, y para evitar dudas, el Tribunal no necesita mirar más allá de las propias palabras del Sr. Kappes en su carta al Sr. Pellecer del 20 de marzo de 2016. Como se indicó previamente, Exmingua contrató helicópteros para hacer vuelos de “cargas externas” desde Progreso VII Derivada. El prestador del servicio planteó inquietudes acerca de la legalidad de sus actividades, ya que tuvo conocimiento del amparo provisional. El Sr. Kappes entonces le escribió lo siguiente al Sr. Pellecer:

“...Es cierto que el MEM ha revocado [*rectius*: suspendido] nuestra licencia, pero esto sigue de varios días de declaraciones del MEM de que nuestra licencia es completamente válida... les daré al propietario del helicóptero y a ti garantía personal de que lo que hacemos es legal y que no tendrán problemas legales o de reputación por hacer este trabajo.”⁴³¹

177. El 31 de marzo de 2016, el Departamento de Control Minero del MEM llevó a cabo una inspección de Progreso VII Derivada, y descubrió que la empresa tenía operaciones de explotación, procesamiento y transformación en la mina.⁴³² Como resultado, el MEM dictó la Resolución 1677, ordenándole a Exmingua cumplir inmediatamente con la Resolución 1202 del MEM del 10 de marzo de 2016, y advirtió a la empresa que tomaría todas las medidas legales necesarias para hacerla cumplir.⁴³³ Como resultado de esta inspección, el Departamento de Control Minero del MEM advirtió formalmente a Exmingua acerca de su obligación de cesar en sus operaciones.⁴³⁴

178. Adicionalmente, la Dirección General de Minería del MEM ratificó la suspensión de la licencia minera de Exmingua el 12 de abril de 2016, y le otorgó un plazo de 30 días a Exmingua para presentar comentarios.⁴³⁵ Exmingua presentó un memorial ante la Dirección General de Minería del MEM argumentando que: (1) no se

cumplimiento a sentencias, resoluciones u órdenes de autoridad superior dictadas dentro de los límites de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, será sancionado con prisión de uno a tres años y multa de doscientos a dos mil quetzales.”

⁴³¹ Ver Carta del Sr. Kappes al Sr. Brayant Pellecer, de fecha 20 de marzo de 2016 (R-0287).

⁴³² Ver Inspección SCDM-INF-INS-EXT-012-2016, de fecha 31 de marzo de 2016 (R-0323).

⁴³³ Resolución 1677 del MEM de fecha 14 de abril de 2016 (C-0442).

⁴³⁴ Ver Providencia Administrativa CM-SCDM-218-2016, de fecha 11 de abril de 2016 (R-0327).

⁴³⁵ Ver Providencia Administrativa 1411, de fecha 12 de abril de 2016 (R-0330).

llevaran a cabo actividades de explotación en el sitio; y (2) la Resolución 1202 no era definitiva debido al procedimiento de amparo iniciado por Exmingua contra éste.⁴³⁶ Ambos argumentos eran falsos. *Primero*, el 28 de abril de 2016, la Sección de Control de Derechos Mineros del MEM llevó a cabo una inspección de seguimiento, para confirmar si Exmingua había cesado en sus actividades mineras.⁴³⁷ Los inspectores del MEM fueron acompañados por representantes de la PDH, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el COPREDEH. Los inspectores observaron que las actividades de explotación se detuvieron al momento de la inspección, pero había evidencias claras de las actividades de explotación y procesamiento el día anterior a la inspección, y más asombrosamente, de que una vez que los inspectores dejaron el sitio, se reanudaron las actividades de minería con total “normalidad”.⁴³⁸ Y finalmente, recomendó imponer una multa de 560 unidades, de acuerdo con el artículo 57 de la Ley de Minería.⁴³⁹ *Segundo*, la solicitud de amparo provisional de Exmingua contra la Resolución 1202 fue rechazada por la Corte Suprema de Justicia.⁴⁴⁰ Esto también fue confirmado por el propio memorial de Exmingua presentado el 2 de mayo de 2016 donde meramente se informa al MEM que la acción de amparo fue presentada y admitida, sin hacer referencia al amparo provisional que suspendía la Resolución 1202.⁴⁴¹

179. Luego de otorgar un plazo de 10 días para que Exmingua presente comentarios⁴⁴² y confirmando que no había medidas provisionales o amparo provisional que suspendiera la Resolución 1202,⁴⁴³ el MEM dictó la Resolución 384 donde, luego de dar una descripción detallada de sus acciones, sancionó a Exmingua con una multa de 280.000 quetzales, por incumplimiento de la Resolución 1202.⁴⁴⁴

180. Exmingua presentó un recurso de revocatoria contra la Resolución 384 del 26 de enero de 2017, que fue rechazado porque se presentó luego del plazo previsto en la ley.⁴⁴⁵ Según se indicó previamente, el amparo de Exmingua contra la Resolución 1202 también fue rechazado por la Corte Suprema y la Corte de Constitucionalidad.

181. Exmingua no abonó la multa. El 7 de octubre de 2020, el MEM envió los archivos relevantes al Procurador General de la Nación (“Procurador General”) a fin de presentar una demanda por incumplimiento de pago ante

⁴³⁶ Ver Memorial de Exmingua en respuesta a Providencia Administrativa 1411, de fecha 28 de abril de 2016 (**R-0334**).

⁴³⁷ Ver Informe de Resultados de Inspección del MEM SCDM-INF-INS-021-2016 (**R-0335**).

⁴³⁸ Ver también Dictamen de la Sección de Control de Derechos Mineros del MEM CM-SCDM-167-2017, de fecha 3 de mayo de 2016, p. 1 (**R-0326**).

⁴³⁹ Ver Informe de Resultados de Inspección del MEM SCDM-INF-INS-021-2016, p. 14 (**R-0335**).

⁴⁴⁰ Ver Decisión de la Corte Suprema de Justicia del 10 de mayo de 2016, en el Expediente 587-2016, p. 4 (**R-0336**).

⁴⁴¹ Ver Memorial de Exmingua donde informa al MEM de su amparo presentado en el Expediente 587-2016 (**R-0337**).

⁴⁴² Ver Resolución 1516 del MEM, de fecha 3 de mayo de 2016 (**C-0443**).

⁴⁴³ Ver Providencia Administrativa de Unidad de Asesoría Jurídica del MEM No. 220-VII-2016, de fecha 11 de agosto de 2016 (**R-0338**).

⁴⁴⁴ Ver Resolución 384 de la Dirección General de Minería del MEM, de fecha 16 de noviembre de 2016 (**R-0339**).

⁴⁴⁵ *Idem*.

los tribunales competentes, reclamando el cobro de la multa de 280.000 quetzales impuesta a la empresa.⁴⁴⁶

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED].⁴⁴⁷

182. El experto legal de los Demandantes no dice absolutamente nada al respecto, mientras que los Demandantes no realizan ninguna impugnación en particular a la legalidad de la decisión del MEM y del Procurador General de la Nación de obtener ejecución judicial de la multa impuesta hace más de tres años. Meramente mencionan —en sólo un párrafo— que es “irrazonable y desproporcional”.⁴⁴⁸ Estos argumentos son triviales y no hacen otra cosa que demostrar que los Demandantes no tienen respeto por las leyes y las instituciones de Guatemala.

2) La Resolución Administrativa 146 del MEM suspendiendo la licencia de exportación no violó los derechos de Exmingua

183. El 3 de mayo de 2016, la Dirección General de Minería dictó la Resolución Administrativa 146 (Resolución 146) que ordena la suspensión temporaria de la licencia de exportación de Exmingua.⁴⁴⁹

184. La resolución fue dictada en aplicación del artículo 85 de la Ley de Minería que dispone que los productos de minería destinados a exportación deben originarse de la licencia de explotación y que los exportadores mineros sin licencia de explotación deberán solicitar una licencia de exportación individual.⁴⁵⁰ Tomando en cuenta que el amparo provisional de la Corte Suprema y las Resoluciones 1202⁴⁵¹ y 1677⁴⁵² del MEM suspendieron la licencia de explotación y su derecho a disponer de dichos productos para la venta, transformación y explotación local.

185. Exmingua presentó un recurso de revocatoria ante el MEM el 6 de mayo de 2016.⁴⁵³ El 11 de mayo de 2016, la Dirección General de Minería del MEM envió el expediente a la Dirección del Despacho Superior.⁴⁵⁴ El 12 de mayo de 2016, el MEM le otorgó a Exmingua un plazo de cinco días para presentar sus comentarios sobre esta cuestión.⁴⁵⁵ Exmingua presentó sus comentarios el 13 de junio de 2016.⁴⁵⁶ El 10 de octubre de 2016, el

⁴⁴⁶ Ver Providencia Administrativa de la Dirección General Minera del MEM SG-PROVI-2705-2020, de fecha 7 de octubre de 2020 (R-0340).

⁴⁴⁷ [REDACTED] (R-0300).

⁴⁴⁸ Réplica, ¶325.

⁴⁴⁹ Ver Resolución No. 146 del MEM del 3 de mayo de 2016 (C-0140).

⁴⁵⁰ Ver Ley de Minería, Artículo 85 (C-0186).

⁴⁵¹ Ver Resolución 1202 dictada por el MEM en fecha 10 de marzo de 2016 y notificada a Exmingua el 18 de marzo de 2016 (C-0139).

⁴⁵² Resolución 1677 del MEM de fecha 14 de abril de 2016 (C-0442).

⁴⁵³ Resolución No. 146 del MEM del 3 de mayo de 2016 (C-0140).

⁴⁵⁴ Ver Providencia Administrativa 1622, de fecha 11 de mayo de 2016 (R-0341).

⁴⁵⁵ Ver Providencia Administrativa 2045, de fecha 12 de mayo de 2016 (R-0342).

⁴⁵⁶ Ver Escrito de Comentarios de Exmingua dentro del Procedimiento de Revocatoria de la Resolución 146 de fecha 13 de junio de 2016 (R-0343).

MEM emitió una decisión revocando la Resolución 146.

186. Los hechos muestran claramente que el MEM le ofreció un debido proceso y consideró plenamente su recurso de revocatoria. La conducta del MEM en este sentido es perfectamente lícita, el silencio del experto legal de los Demandantes en este sentido es una clara indicación de ello.

3) Las acciones del MEM sobre la solicitud de licencia de explotación de Santa Margarita son ajustadas a derecho

187. Los Demandantes se quejan de las acciones del MEM respecto de su solicitud de licencia de explotación de Santa Margarita del 19 de enero 2009.⁴⁵⁷ Esta línea de argumento es incongruente con el derecho guatemalteco.

188. Es falso, como los Demandantes y su experto legal afirman, que Exmingua tenía una expectativa legítima de obtener una licencia de explotación para Santa Margarita. No hay nada en la Ley de Minería y en sus Regulaciones que fuerce al MEM a conceder una solicitud de licencia de explotación que no cumple con los requisitos establecidos en la ley.

189. *Primero*, la licencia de exploración de Santa Margarita no involucraba un derecho *automático* de explotar la mina. El artículo 6 de la Ley de Minería describe la *exploración minera* como el conjunto de trabajos administrativos de gabinete y de campo que sean necesarios para localizar, estudiar y evaluar un yacimiento;⁴⁵⁸ esto es desarrollado en detalle y confirmado por el artículo 24 de la Ley de Minería, que establece que las licencias de exploración “...confieren la facultad exclusiva de localizar, estudiar, analizar y evaluar los yacimientos ...”⁴⁵⁹ Como puede observarse, no hay nada en la ley que reconozca un derecho automático a obtener una licencia de explotación. Asimismo, tal como se señaló en el Memorial de Contestación de Guatemala,⁴⁶⁰ y como informa el Profesor Richter, las expectativas legítimas no son reconocidas en el derecho guatemalteco.⁴⁶¹

190. *Segundo*, el artículo 152⁴⁶² de la Constitución de Guatemala y el Principio de Legalidad estipulan que el MEM sólo puede otorgar una licencia de explotación si se cumplen todos los requisitos legales. El artículo 9 de la Ley de Minería es categórico al establecer que todas las personas pueden ser titulares de derechos mineros “...siempre y cuando cumpla con las disposiciones de esta ley [de minería] y su reglamento.”⁴⁶³ Los

⁴⁵⁷ Memorial de Contestación, ¶279; Fuentes I, ¶78.

⁴⁵⁸ Ley de Minería, Artículo 6 (C-0186).

⁴⁵⁹ Ley de Minería, Artículo 24 (C-0186).

⁴⁶⁰ Memorial de Contestación, ¶ 392.

⁴⁶¹ Richter I, ¶ 59.

⁴⁶² Constitución Política de Guatemala, Artículo 152 (C-0414): “El poder proviene del pueblo. Su ejercicio está sujeto a las limitaciones señaladas por esta Constitución y la ley. Ninguna persona, sector del pueblo, fuerza armada o política, puede arrogarse su ejercicio.”

⁴⁶³ Ley de Minería, Artículo 9 (C-0186).

Demandantes y su experto legal admiten que Exmingua fue obligada a presentar y aprobar un EIA, esto también queda confirmado por el lenguaje llano del artículo 20 de la Ley de Minería que dispone que el EIA es “un requisito para el otorgamiento de la licencia respectiva”⁴⁶⁴. Este requisito también queda confirmado en otras normas, tales como: (1) el artículo 7 del Reglamento de la Ley de Minería establece que todas las operaciones mineras deben contar con un EIA debidamente aprobado;⁴⁶⁵ (2) el artículo 9 del Reglamento de la Ley de Minería establece que, una vez que se presenta el EIA debidamente aprobado, puede otorgarse la licencia;⁴⁶⁶ y (3) el artículo 18 de las Regulaciones de la Ley de Minería dispone que todos los derechos mineros deben cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 41 de la Ley de Minería.⁴⁶⁷ Como resultado de ello, el MEM solo podría haber otorgado la licencia de explotación de Santa Margarita si existía un EIA válido y aprobado, Exmingua no cumplió con el requisito legal de contar con una licencia de explotación y, por lo tanto, no hubo *legitimidad* en ninguna de sus expectativas.

191. *Tercero*, la solicitud del MEM de diciembre de 2016 de un EIA aprobado dentro de los 30 días no era arbitraria. Como se mencionó anteriormente, un EIA aprobado es un requisito legal para *todas* las solicitudes de licencia de explotación. Como el Profesor Richter reitera, era legalmente imposible que el MEM emitiera una dispensa de este requisito legal a favor de Exmingua.⁴⁶⁸ Asimismo, tal dispensa sería un acto manifiestamente ilegal del MEM, ya que contravendría la Ley de Minería y podría interpretarse como una usurpación de las funciones públicas del MARN, exponiendo a los funcionarios del MEM a cargos penales en virtud del artículo 335 del Código Penal.⁴⁶⁹

192. *Cuarto*, las críticas de los Demandantes al plazo de 30 días otorgado por el MEM para la presentación de un EIA válido y aprobado es sencillamente absurda.

193. El punto de partida debería ser el artículo 25 de la Ley de Minería, que dispone que el MEM tiene un plazo de 30 días para decidir otorgar o no una licencia de explotación;⁴⁷⁰ así Exmingua claramente sabía que tenía un plazo de 30 días para presentar su EIA. Según reconocieron los Demandantes y Fuentes,⁴⁷¹ Exmingua deliberadamente eligió no concluirlo y presentar todos los requisitos legales para su solicitud de licencia de

⁴⁶⁴ Ley de Minería, Artículo 20 (C-0186).

⁴⁶⁵ Reglamento de la Ley de Minería, Artículo 7 (C-0186).

⁴⁶⁶ Reglamento de la Ley de Minería, Artículo 9. (C-0186).

⁴⁶⁷ Reglamento de la Ley de Minería, Artículo 18. (C-0186).

⁴⁶⁸ Richter II, ¶ 87.

⁴⁶⁹ Código Penal, artículo 335 (C-0511): “Quien, sin título o causa legítima, ejerciere actos propios de una autoridad o funcionario, atribuyéndose carácter oficial, será sancionado con prisión de uno a tres años.”

⁴⁷⁰ Ley de Minería, artículo 25 (C-0186): “...Cuando el titular de una licencia de exploración, dentro del período de vigencia de la misma, optare por solicitar la licencia de explotación, el plazo de la licencia de exploración se prorrogará hasta el otorgamiento de la licencia de explotación. **El Ministerio tendrá un plazo máximo de treinta días para resolver.**” (Énfasis añadido).

⁴⁷¹ Fuentes I, ¶ 75.

explotación porque le daba “...prioridad al desarrollo de Progreso VII”. Guatemala no puede ser responsabilizada por las cuestionables decisiones comerciales de Exmingua.

194. Asimismo, el plazo de 30 días del MEM para la presentación de un EIA aprobado fue en beneficio de Exmingua, según lo prescrito en el artículo 43 de la Ley de Minería.⁴⁷²

195. Frente a la claridad de estas disposiciones y a los argumentos del Memorial de Contestación de Guatemala, los Demandantes una vez más han dado vuelta su argumentación, sosteniendo que sólo estaban solicitando al MEM *ayuda y orientación para EIA u orientación para saber cómo hacerlo a la luz de las protestas y bloqueos*.⁴⁷³ El nuevo argumento de los Demandantes es igualmente infundado, ya que la carta de Exmingua al MEM del 22 de marzo de 2017 no hace referencia a la solicitud de asistencia del MEM para la realización de consultas, sino que en cambio solicita “...suspenda de manera indefinida”.⁴⁷⁴

196. *Quinto*, los Demandantes todavía no han provisto una causa legal adecuada para la aplicación de la Ley del Organismo Judicial a un procedimiento administrativo de licencia de minería.⁴⁷⁵ Sin embargo, asumiendo *arguendo* que se aplica, como Guatemala señaló⁴⁷⁶, el sustento de los Demandantes en el artículo 50 de la Ley del Organismo Judicial está prescripto. El artículo 50 establece un plazo de tres días para solicitar y probar la existencia de un impedimento sustituto legítimo, *que comienza desde el momento en el que se presenta el impedimento*.⁴⁷⁷ Fuentes trata de justificar la demora de Exmingua en supuestas solicitudes de asistencia durante meses de Exmingua para acceder al sitio y realizar los estudios sociales;⁴⁷⁸ esta afirmación no hace otra cosa que probar aún más el punto de Guatemala, ya que Exmingua tenía conocimiento previo del supuesto impedimento y omitió pedir una suspensión dentro del plazo de tres días previsto en el artículo 50. Debe recordarse que Exmingua tenía un deber continuado de presentar su EIA aprobado de acuerdo con el artículo 20 de la Ley de Minería.

197. *Sexto*, los Demandantes y Fuentes omitieron el alto estándar previsto en el artículo 50 de la Ley del Organismo Judicial, que requiere prueba de *legítimo impedimento calificado o notorio* para realizar los estudios sociales

⁴⁷² Ley de Minería, Artículo 43 (C-0186): “Cuando se presente una solicitud que no cumpla con los requisitos de esta Ley, se concederá al interesado un plazo de treinta días a partir de la notificación para que los subsane. En casos debidamente justificados la Dirección podrá conceder prórroga de tiempo igual a la primera. Si vencido el plazo sin que el interesado subsane omisiones que se señalen, la solicitud se rechazará y se procederá a su archivo.

⁴⁷³ Réplica, ¶ 498.

⁴⁷⁴ Ver Carta de Exmingua dirigida al MEM, adjuntando Certificación de Notario de fecha 22 de marzo de 2017 (C-0013). Ver también, Memorial, ¶498.

⁴⁷⁵ Memorial de Contestación, ¶360.

⁴⁷⁶ *Ibid.*

⁴⁷⁷ Ley del Organismo Judicial, Artículo 50 (C-0415): “Los plazos no corren por legítimo impedimento calificado o notorio, que haya sobrevenido al juez o a la parte. El plazo para alegarlo y probarlo cuando afecte a las Partes es de tres días computados a partir del momento en que se dio el impedimento.”

⁴⁷⁸ Fuentes II, ¶94.

del EIA. De acuerdo con el propio borrador del EIA de Santa Margarita, el área de influencia socio-económica del Proyecto es San Pedro Ayampuc, y no el sitio de la mina.⁴⁷⁹ Así, los invocados bloqueos no tenían impacto sustancial sobre la capacidad de Exmingua de llevar a cabo los estudios sociales. Asimismo, es bastante hipócrita para los Demandantes alegar la existencia de un *impedimento sustancial* para acceder al sitio minero debido a los supuestos bloqueos de las comunidades, cuando los registros muestran claramente que la empresa no tuvo problemas para utilizar helicópteros para acceder al sitio de la mina cuando sus intereses comerciales así lo requirieron.⁴⁸⁰

G. Las investigaciones penales relacionadas con Exmingua cumplen con la ley

198. Los Demandantes intentan alegar que Exmingua fue injustamente atacada por Guatemala porque pretendidamente prosiguió acciones penales sin fundamento contra Exmingua.⁴⁸¹ Todas las acciones tomadas contra Exmingua fueron lícitas y resultaron directamente de la propia conducta ilícita de Exmingua.

1) Las investigaciones penales contra Exmingua fueron iniciadas legalmente

199. Las acciones penales se iniciaron en forma legal como resultado de la continua explotación de la mina por parte de Exmingua con posterioridad a la suspensión de las actividades ordenada por la Corte Suprema y reforzada luego por la Resolución 1202 del MEM.

200. Como el Auxiliar Fiscal Haniel Aguilar señala, [REDACTED]

201. Estas demandas incluyen: (1) [REDACTED],⁴⁸² (2) [REDACTED]

[REDACTED],⁴⁸³ (3) [REDACTED],⁴⁸⁴ (4) [REDACTED]

[REDACTED]⁴⁸⁵ (5) [REDACTED].⁴⁸⁶ [REDACTED]

[REDACTED].⁴⁸⁷

202. Los Demandante parecieran lamentar el hecho de que el Ministerio Público efectivamente inició investigaciones contra Exmingua, como si tuviera carta blanca para violar la ley. Sin embargo, el mandato que

⁴⁷⁹ Ver C-0008, p. 30.

⁴⁸⁰ Carta del Sr. Kappes al Sr. Brayant Pellecer, de fecha 20 de marzo de 2016 (R-0287).

⁴⁸¹ Réplica, ¶¶ 310 *et seq.*

⁴⁸² Ver Aguilar, ¶¶ 5-6. [REDACTED] (R-0252).

⁴⁸³ Ver Aguilar, ¶ 7. [REDACTED] (R-0253).

⁴⁸⁴ Ver Aguilar, ¶ 8. [REDACTED] (R-0255).

⁴⁸⁵ Ver Aguilar, ¶9. [REDACTED] (R-0256).

⁴⁸⁶ Ver Aguilar, ¶10. [REDACTED] (R-0257).

⁴⁸⁷ Ver Aguilar, ¶11. [REDACTED] (R-0258).

[REDACTED] .⁴⁸⁸ El
[REDACTED]
[REDACTED] .⁴⁸⁹ [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] .⁴⁹⁰ [REDACTED]
[REDACTED]

203. Los Demandantes tratan de exagerar las circunstancias en las que se detuvieron a 4 trabajadores de Exmingua, alegando que había una operación encubierta objetivo contra Exmingua. Esto es falso y a la vez irrelevante para el fondo de la cuestión.

204. Primero, los Demandantes no tienen legitimación para iniciar reclamos en nombre de estos 4 trabajadores por supuestos actos indebidos en la causa penal, y Guatemala le solicita al Tribunal que tenga esto en cuenta al momento de evaluar la admisibilidad de estos reclamos. Sin embargo, estas acusaciones no son pertinentes, ya que los 4 trabajadores fueron detenidos por un control policial de tráfico habitual.⁴⁹¹ Segundo, los Demandantes no explican el impacto real de las acciones de investigación de la Policía Nacional y del Ministerio Público respecto a su explotación ilegal de la mina⁴⁹² y no hacen referencia a ninguna ley que prohíba estas acciones de investigación.

205. Asimismo, los 4 trabajadores fueron presentados ante un juez y la Fiscalía solicitó su detención preliminar, que fue rechazada por el juez que consideró que no estaban dados los requisitos para una detención preliminar y una imputación y, por lo tanto, dictó auto de falta de mérito.⁴⁹³

206. Los Demandantes continúan erróneamente invocando [REDACTED] [REDACTED]
[REDACTED]⁴⁹⁴ que supuestamente concluyó con el procedimiento y la investigación penal. *Primero*, como el Auxiliar Fiscal Haniel Aguilar [REDACTED]
[REDACTED] .⁴⁹⁵ [REDACTED] lutoria

⁴⁸⁸ Ver Aguilar, ¶12-13.

⁴⁸⁹ Ver Aguilar, ¶14. [REDACTED] [REDACTED]

(R-0261).

⁴⁹⁰ Ver Aguilar, ¶16.

⁴⁹¹ Ver Memorial de Contestación, ¶354. [REDACTED]

⁴⁹² Ver Memorial ¶125.

⁴⁹³ Ver Auto de Falta de Mérito, dictado por el Juez Cuarto de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del 10 de mayo de 2016 (C-0150).

⁴⁹⁴ Memorial, ¶237. Ver también Réplica, ¶314.

⁴⁹⁵ Ver Aguilar, nota 31.

[REDACTED]. Segundo, la [REDACTED]

[REDACTED]⁴⁹⁶ [REDACTED]

[REDACTED]⁴⁹⁷

2) El concentrado de oro fue legalmente secuestrado

207. Los Demandantes critican las acciones del Ministerio Público, argumentando que incautaron ilegalmente las 10 bolsas de concentrado de oro y que indebidamente demoraron su liberación. Una vez más, los argumentos de los Demandantes carecen de mérito.

208. *Primero*, los Demandantes y su experto legal omiten señalar reglas específicas del Código Procesal Penal que prohíban la incautación del concentrado de oro. Por el contrario, Fuentes se refiere al artículo 198 del Código Procesal Penal que dispone que “las cosas y documentos relacionados con el delito o que pudieran ser de importancia para la investigación y aquellos sujetos a comiso serán depositados y conservados del mejor modo posible.”⁴⁹⁸ En este caso, el juez que ordenó el auto de falta de mérito consideró las bolsas de concentrado de oro como cosas de importancia para la investigación llevada a cabo por el Fiscal, y por lo tanto se abstuvo de liberarlas.⁴⁹⁹ Adicionalmente, el artículo 202 del Código Procesal Penal sólo exige la inmediata devolución de cosas que no estén sujetas a decomiso; en este caso las bolsas de concentrado de oro están sujetas a decomiso de acuerdo con el artículo 346 del Código Penal.⁵⁰⁰

209. Los Demandantes y Fuentes tratan de confundir al Tribunal, argumentando que no había pruebas de que las 19 bolsas de concentrado de oro fueron extraídas luego de la suspensión de las actividades mineras de Exmingua;⁵⁰¹ sin embargo, el expediente muestra claramente que Exmingua estaba operando la mina luego del amparo provisional de la Corte Suprema, la Resolución 1202 del MEM y la Resolución 1677 del MEM. Así, la [REDACTED]

⁴⁹⁶ Ver Aguilar ¶ 19. Ver también, [REDACTED]

[REDACTED] (C-0547)

⁴⁹⁷ Ver Aguilar ¶ 19.

⁴⁹⁸ Código Procesal Penal, Artículo 198 (C-0506).

⁴⁹⁹ *Ibid.*, Artículo 202 (C-0506): “Las cosas y documentos secuestrados que no estén sometidos a comiso, restitución o embargo serán devueltos, tan pronto como sea necesario, al tenedor legítimo o a la persona de cuyo poder se obtuvieron. La devolución podrá ordenarse provisionalmente, como depósito e imponerse al poseedor la obligación de exhibirlos.”

⁵⁰⁰ Código Penal, Artículo 346 (C-0511): “. Quien explotare recursos minerales, materiales de construcción, rocas y recursos naturales contenidos en el mar territorial, plataforma submarina, ríos y lagos nacionales, sin contar con la licencia o autorización respectiva, o quien, teniéndola, incumpla o se exceda en las condiciones previstas en la misma, será sancionado con prisión de dos a cinco años y el comiso de los útiles, herramientas, instrumentos y maquinaria que hubieren sido utilizados en la comisión del delito.”

⁵⁰¹ Fuentes I, ¶ 192.

necesario a los fines de la investigación.⁵⁰² [REDACTED]

[REDACTED].⁵⁰³

210. *Segundo*, los Demandantes omiten mostrar pruebas de “...los continuos esfuerzos de Exmingua por liberar su concentrado”.⁵⁰⁴ No existen pruebas en el expediente que muestren que Exmingua formalmente haya solicitado el levantamiento de la incautación y el secuestro antes del 22 de enero de 2020. [REDACTED]

[REDACTED].⁵⁰⁵ El Estado no debe ser responsable por la estrategia procesal inadecuada de Exmingua en la investigación penal.

211. *Tercero*, los Demandantes han descontextualizado las declaraciones de la Fiscalía en la audiencia del 25 de marzo de 2020 que resultó en la liberación del concentrado de oro. Los Demandantes y Fuentes han planteado que el Fiscal que asistió a la audiencia declaró que “no tiene más diligencias que realizar y que ya se realizaron las diligencias oportunas dentro del presente proceso”⁵⁰⁶ y que la Corte expresó tres años “es tiempo en demasía para investigar”.⁵⁰⁷

212. Como el Auxiliar [REDACTED], [REDACTED]

[REDACTED].⁵⁰⁸

213. Finalmente, la discusión acerca de la supuesta imposibilidad de disponer del concentrado de oro es irrelevante ya que el concentrado de oro fue liberado bajo custodia, y no puede disponerse libremente de él, ya que el tribunal puede ordenar que se presente si la investigación así lo requiere. Y lo que es más importante, los Demandantes no realizan reclamos por daños y perjuicios respecto del concentrado de oro liberado.

H. Guatemala tuvo un papel crítico en la protección de Exmingua al actuar como mediador y protector durante el conflicto social

1) El Estado tuvo un papel clave en la mediación del conflicto social

214. Los Demandantes hacen una crítica general al Estado por su falta de adopción de medidas para liberar el bloqueo, pero no mencionan que el Estado se involucró por completo después de que surgiera la oposición

⁵⁰² Ver Aguilar, ¶ 23.

⁵⁰³ *Ibid.*

⁵⁰⁴ Memorial, ¶ 132, Réplica ¶ 318.

⁵⁰⁵ Ver Aguilar, ¶ 26

⁵⁰⁶ Réplica, ¶ 321.

⁵⁰⁷ Réplica, ¶ 322.

⁵⁰⁸ Ver Aguilar, ¶ 26.

comunitaria. El Estado puso a distintas instituciones a mediar el conflicto antes de recurrir a la fuerza, incluido el Procurador de los Derechos Humanos (PDH).⁵⁰⁹

215. Como parte de su mandato, y a través de su Unidad de Mediación, el PDH tomó una serie de acciones y medidas dirigidas a verificar, dialogar y prevenir violaciones de derechos humanos en el sitio del proyecto. Estas acciones buscaban proteger los derechos de todos los actores involucrados en el conflicto, incluida Exmingua.⁵¹⁰ Contrario a lo que sostienen los Demandantes, las autoridades de Guatemala siempre estuvieron presentes durante el conflicto.⁵¹¹ El PDH estuvo presente en numerosos eventos y promovió distintas acciones para proteger los derechos tanto de las comunidades como de Exmingua.⁵¹² En un caso, brindó asistencia para facilitar la salida de la maquinaria que estaba en el sitio.⁵¹³ A lo largo de los años, el PDH ha realizado entre 75 y 100 visitas a la zona para abordar el conflicto social en torno a Progreso VII y estuvo presente en las mesas de diálogo entre las partes interesadas.⁵¹⁴

216. Incluso a principios del año 2016, el PDH siguió monitoreando la situación en La Puya manteniendo distintas reuniones y diálogos con el único objetivo de encontrar soluciones comunes al conflicto. A pesar de la clara evidencia en contrario,⁵¹⁵ los Demandantes insisten con el argumento de que no había presencia de autoridades guatemaltecas en el año 2016.⁵¹⁶ En verdad, había presencia constante del Estado (como se detalla en adelante) a partir de 2016.⁵¹⁷

2) La policía de Guatemala mantuvo presencia constante en el sitio y brindó protección física para el proyecto

217. La vaga afirmación de los Demandantes respecto de que el Estado no tomó ninguna acción no es verdadera en lo que se refiere al involucramiento de la Policía Nacional Civil (“PNC”).⁵¹⁸ La documentación demuestra

⁵⁰⁹ Ley de la Comisión de los Derechos Humanos del Congreso de la República de Guatemala y del Procurador de los Derechos Humanos, artículo 8 (RL-0427). El PDH es un comisionado del Congreso de la República de Guatemala cuyo mandato es la defensa de todos los derechos humanos reconocidos en la Constitución, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y las Convenciones Internacionales que Guatemala aprobó y ratificó.

⁵¹⁰ Declaración Guaré ¶ 6.

⁵¹¹ Réplica de los Demandantes, ¶49.

⁵¹² Ver Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 442-451, Informe del Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala (R-0056).

⁵¹³ Ver Informe de CEDER 2013, p. 19 (C-0716 ENG/SPA).

⁵¹⁴ Guaré, ¶ 9. Ver Carta de PDH de fecha de 20 de diciembre de 2012 (R-0027 ENG/SPA); Informe de PDH en relación a actividades realizadas en el caso de Exmingua y La Puya de fecha 10 de junio de 2019, p. 1 (R-0055 ENG/SPA); Informe PDH Conflicto “La Puya” de fecha 1 de diciembre de 2020, pag. 1, 5-7 (R-0056). Informe sobre reunión de fecha 10 de diciembre de 2015, p. 56-57(R-0301).

⁵¹⁵ Guaré 14; García ¶¶ 20-22.

⁵¹⁶ Memorial de los Demandantes, ¶¶259-260.

⁵¹⁷ Ver Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 444.

⁵¹⁸ La PNC es la institución encargada de proteger la vida, la integridad física, la seguridad de las personas y sus bienes, el libre ejercicio de los derechos y libertades, así como prevenir, investigar y combatir el delito, preservando el orden y la seguridad pública. Ver Ley de la Policía Nacional Civil de Guatemala, Artículo 9 (C-0445-ENG/SPA).

su presencia permanente y asistencia constante a los Demandantes y su operación minera.

218. En documentos contemporáneos⁵¹⁹ se demuestra que la PNC ha asistido a Exmingua, sus trabajadores y las comunidades desde que comenzó el conflicto.⁵²⁰ La PNC ha producido distintos informes que detallan todos los eventos en los que brindaron asistencia tanto a Exmingua y las comunidades.⁵²¹
219. Respecto a las alegaciones de los Demandantes relativo al año 2016, no hay ninguna indicación de que la PNC no haya brindado asistencia.⁵²² Por el contrario, en fotos tomadas a principios de enero se observa que la carpa de la PNC seguía ubicada en la entrada de la mina.⁵²³ Además, la PNC asistió a Exmingua para que pudiera tener acceso a la mina luego de que la municipalidad hubiera dispuesto una cinta en la entrada desde que Exmingua incumplió la decisión de la Corte de suspender las obras de construcción. Nada indica que más adelante durante el año 2016 la PNC dejara de brindar asistencia o que Exmingua hubiera solicitado asistencia que le hubiera sido negada.⁵²⁴
220. El 22 de abril de 2016, Exmingua presentó una acción de amparo contra el Presidente de Guatemala, el Ministerio del Interior y el Director General de la Policía Nacional Civil porque, según alegaba la empresa, no despejaron un bloqueo que imposibilitaba la entrada y la salida en el sitio.⁵²⁵ En este proceso, la Corte pidió a la PNC que presentara un informe circunstanciado. En cumplimiento de la orden de la Corte, la PNC presentó un informe integral en el que se describían todas las acciones tomadas por esta desde 2011 a 2014,⁵²⁶ [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED].⁵²⁷ En este último se describen en detalle todas las operaciones a realizarse desde el 7 de diciembre de 2012 hasta nuevo aviso, las que incluían presencia policial en el sitio, la designación de personal policial antidisturbios para asistir en las operaciones, aumentación de la disponibilidad de seguridad policial para cuidar la entrada de la mina y garantizar la libre locomoción, entre otros derechos.⁵²⁸
221. La Corte de Constitucionalidad rechazó la acción con motivo de deficiencias procesales y resaltó que, en función de la prueba presentada, no se convenció al tribunal de que las autoridades no hubieran brindado la protección necesaria para salvaguardar el orden público. Específicamente, la Corte sostuvo:

⁵¹⁹ Los documentos se pusieron a disposición de los Demandantes en la etapa de producción de prueba del proceso.

⁵²⁰ Informe de la Policía Nacional Civil del 10 de mayo de 2016 (**R-0117, R-0052-Resubmitted**); Gonzalez, ¶ 15.

⁵²¹ Informe de la Policía Nacional Civil del 10 de mayo de 2016, págs. 2-5 (**R-0052-Resubmitted**)

⁵²² Guaré 14; García ¶¶ 20-22.

⁵²³ Fotos de la PNC frente a la mina en enero del 2016 (**R-0298**).

⁵²⁴ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 445.

⁵²⁵ Memorial de los Demandantes, ¶ 118.

⁵²⁶ Informe de la Policía Nacional Civil del 10 de mayo de 2016, pág. 2 (**R-0052**)

⁵²⁷ [REDACTED] (R-0299)

⁵²⁸ *Ibid.*

Con relación al "incumplimiento" también señalado como acto reclamado, esta Corte, del análisis de las constancias procesales, en especial de los informe[s] circunstancia[do]s remitidos por las autoridades reclamadas, ha podido determinar que oportunamente se tomaron las medidas necesarias para el resguardo del orden público en las instalaciones y áreas contiguas al proyecto minero Progreso VII Derivada, específicamente donde se realizaron las manifestaciones, de modo que fuera[n] respetado[s] los derechos de quienes participaron como manifestantes como de las personas que no fueron parte de estas. Ante ese panorama, este Tribunal no cuenta con elementos de comprobación para estimar que efectivamente se ha producido el incumplimiento que motive la solicitud de protección y, menos, para considerar que persiste la amenaza de que no se garantizaran los derechos constitucionales y el orden público en las inmediaciones de las instalaciones de un proyecto minero que, de momento, se encuentra suspendido.⁵²⁹

222. Como surge de los distintos informes, la PNC tomó, en cumplimiento de la legislación nacional, distintas medidas desde que comenzó el conflicto a los fines de proteger los intereses tanto de Exmingua como de las comunidades, entre ellas, la implementación de un plan de seguridad para brindar asistencia y mantener el orden público en la zona frente a la entrada de la mina en 2016.⁵³⁰

I. El Estado ha actuado y sigue actuando de conformidad con sus obligaciones en virtud del Convenio 169 de la OIT y la legislación de Guatemala

1) El Poder Ejecutivo ha tomado medidas tendientes al cumplimiento de la orden del Poder Judicial

223. El amparo provisional de Corte Suprema ordenó la suspensión de la licencia de explotación de Exmingua.⁵³¹

La decisión de la Corte de Constitucionalidad del 5 de mayo de 2016 que confirmaba el amparo provisional no indicaba al MEM que realizara ninguna consulta. Sólo resaltaba que la licencia minera podía recuperar su vigencia una vez que el MEM llevara a cabo las consultas con el Convenio 169,⁵³² para confirmar el carácter temporario de la suspensión y del amparo provisional. Por lo tanto, el amparo provisional no le ordenó al MEM que realizara acción alguna respecto de las consultas del Convenio 169, ni podría hacerlo porque habría sido un juicio anticipado del fondo de la cuestión del amparo definitivo pendiente.

224. Por otra parte, el amparo definitivo de la Corte Suprema del 28 de junio de 2016 ordenó al MEM que llevara a cabo las consultas siguiendo el derecho y las decisiones de la Corte.⁵³³ Como se mencionó previamente, el

⁵²⁹ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad por la que rechaza el amparo de Exmingua contra el presidente, 2 de marzo de 2017, pág. 11 (C-0147 ENG/SPA).

⁵³⁰ Ver Informe de la Policía Nacional Civil del 10 de mayo de 2016, pág. 6. (R-0052); Informe de la Policía Nacional Civil del 10 de mayo de 2016 (R-0303); Sentencia de la Corte de Constitucionalidad por la que rechaza el amparo de Exmingua contra el presidente, 2 de marzo de 2017, pág. 11 (C-0147 ENG/SPA).

⁵³¹ Ver Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Caso No. 1592-2014, Sentencia de amparo provisional del 11 de noviembre de 2015 (C-0004).

⁵³² Ver Corte Constitucional de Guatemala, Caso No. 1592-2014, Sentencia de amparo provisional (5 de mayo de 2016) (C-0143).

⁵³³ Ver C-0144, p. 33.

MEM apeló la decisión bajo la premisa de que no contenía un mandato claro respecto de qué manera el MEM debía llevar a cabo las consultas.⁵³⁴

225. A pesar de lo antedicho, el MEM llevó a cabo una serie de actividades para preparar las consultas de las comunidades aledañas a la mina, ya que estaba legalmente obligada a cumplir con la resolución de la Corte.⁵³⁵ Las acciones preliminares del Viceministro de Desarrollo Sustentable del MEM se describen en su Informe del 11 de junio de 2020 presentado ante la Corte Suprema de Justicia,⁵³⁶ e incluían, entre otras, a las siguientes:

- El 19 de agosto de 2016, el MEM tuvo una reunión con Alcaldes, Integrantes del Consejo, COCODES, residentes de San Pedro Ayampuc y San José del Golfo para comenzar el proceso de socialización la decisión de amparo definitivo de la Corte Suprema y explorar los posibles planes de trabajo.⁵³⁷
- El 31 de octubre de 2016, el MEM convocó a una reunión con los integrantes del COCODE para presentar al equipo técnico a cargo de definir un plan de trabajo para obtener información representativa de las comunidades que formarán parte de las consultas.⁵³⁸
- El 25 de noviembre de 2016, el MEM y el Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos se reunieron con autoridades locales, integrantes de La Puya y otros residentes para socializar el mandato de la Corte Suprema y proponer la creación de grupos de trabajo para debatir y llegar a acuerdos respecto de las consultas.⁵³⁹
- El 29 de marzo de 2017, el MEM convocó a una reunión con los integrantes del COCODE de San Pedro Ayampuc, quienes no asistieron.⁵⁴⁰
- El 17 de mayo de 2017, el Intendente de San José del Golfo informó al MEM acerca de la lista actual de comunidades incluidas en el área de influencia del proyecto de la mina.⁵⁴¹

226. El Viceministro de Desarrollo Sustentable enfrentó resistencia de grupos de residentes del área de influencia, especialmente de integrantes de La Puya, quienes argumentaban que la consulta efectiva no debería realizarse hasta que la Corte de Constitucionalidad dictara resolución definitiva sobre la cuestión.⁵⁴² Esta petición fue

⁵³⁴ Apelación del MEM contra la decisión de amparo definitivo de la Corte Suprema del 28 de mayo de 2016 (C-0471).

⁵³⁵ Ver artículo 54 de la Ley de Amparo (C-0416).

⁵³⁶ Informe del MEM presentado a la Corte de Constitucionalidad el 11 de junio de 2020 (C-0872).

⁵³⁷ *Ibid*, p. 6.

⁵³⁸ *Ibid*, p. 8.

⁵³⁹ *Ibid*, p. 9.

⁵⁴⁰ *Ibid*, p. 14.

⁵⁴¹ *Ibid*, p. 16.

⁵⁴² Ver Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Sentencia del 11 de junio de 2020 dictada en el Expediente 3207-2016 y 3344-2016 (R-0137-ENG, p. 40/R-0137-SPA, pp. 77-78).

admitida por el MEM, ya que las acciones preliminares del Viceministro de Desarrollo Sustentable habían concluido y debido a la falta de claridad en el amparo definitivo de la Corte Suprema.

227. Es importante señalar que la decisión de la Corte de Constitucionalidad del 11 de mayo de 2020 concedió la apelación del MEM, indicando que el amparo definitivo de la Corte Suprema “no describía en detalle todas las medidas a llevar a cabo como resultado de conceder el amparo solicitado”⁵⁴³ y, por lo tanto, procedió a precisar el proceso de consulta que debería realizar el MEM. Así, cualquier acción previa tomada por el MEM en un intento de buena fe de cumplir con el amparo definitivo podría haber sido redundante o contradictoria para la resolución de la Corte de Constitucionalidad.

228. Los Demandantes erróneamente pusieron bajo la mira el enfoque cauteloso del Viceministro de Desarrollo Sustentable frente al proceso de consulta de Progreso VII Derivada, argumentando que actuaba de buena fe y por motivos políticos.⁵⁴⁴ Estas son acusaciones vacías que muestran que los Demandantes no comprendían el conflicto social que rodeaba el proyecto; adicionalmente, los Demandantes omiten presentar pruebas que muestren los motivos políticos que están detrás de las conductas del MEM.

229. Además, los Demandantes vuelven reclamar por su alegada falta de conocimiento del Informe del MEM del 11 de junio de 2020 presentado ante la Corte de Constitucionalidad.⁵⁴⁵ Sin embargo, los Demandantes tenían pleno acceso al expediente del caso y podrían haber accedido al informe, Guatemala no debe haber responder por su falta de diligencia procesal. Otra cuestión en la que los Demandantes insisten, es en caracterizar indebidamente el momento en el que el MEM debería cumplir con la sentencia de la Corte de Constitucionalidad, alegando que el MEM demora indebidamente la ejecución por motivos políticos.⁵⁴⁶ Esto es falso.

230. Como el Segundo Testimonio del Viceministro Pérez indica, el MEM no puede iniciar el proceso de consulta hasta que no haya una orden ejecutoria emitida por el tribunal del amparo de primera instancia.⁵⁴⁷ Esto fue ratificado por el Segundo Informe del Profesor Richter, en el que indica que la orden ejecutoria juega un rol significativo en casos como éste, debido al hecho de que es entonces cuando la Corte Suprema devuelve todos los expedientes administrativos relativos al caso a la autoridad impugnada (MEM).⁵⁴⁸

231. La posición de los Demandantes respecto de la conducta del MEM sobre las consultas contradice sus posturas.

⁵⁴³ *Ibid*, p. 42.

⁵⁴⁴ Réplica, ¶ 495.

⁵⁴⁵ Réplica, ¶¶ 495-496.

⁵⁴⁶ Réplica, ¶ 498.

⁵⁴⁷ Pérez II, ¶ 11.

⁵⁴⁸ Richter II, ¶ 150.

Los Demandantes lamentan que el MEM no llevara a cabo las consultas luego de la emisión del amparo provisional y definitivo de la Corte Suprema, pero aun así los Demandantes han alegado que el MEM no tenía legitimación pasiva en el procedimiento de amparo y que el Congreso era la autoridad que debía llevar a cabo las consultas.⁵⁴⁹ Esto muestra la falta de seriedad de los argumentos de los Demandantes.

2) Las decisiones del Poder Judicial son coherentes con los compromisos internacionales de Guatemala en materia de derechos humanos

232. Las acciones de Guatemala son congruentes con sus leyes nacionales y las obligaciones internacionales de derechos humanos. Como se expresó en el Memorial de Contestación,⁵⁵⁰ Guatemala es parte de una serie de convenios internacionales en materia de derechos humanos que incluyen el Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y las acciones de Guatemala (en del Poder Judicial) relacionadas con el caso Exmingua han sido aplicación directa de esos compromisos internacionales. Los Demandantes consideran esta discusión irrelevante,⁵⁵¹ en otra muestra más del desapego por complejos aspectos humanos y sociales de este caso.

233. Guatemala es miembro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y, por lo tanto, está obligada por la doctrina del “control de convencionalidad. Esta doctrina fue explicada elocuentemente por el Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Mac-Gregor como:

“una doctrina que crea una obligación internacional a todos los estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos de interpretar los instrumentos jurídicos nacionales (la constitución, las leyes, los decretos, las reglamentaciones, la jurisprudencia, etc.) de acuerdo con la CADH y con el *corpus juris* interamericano más generalmente (también llamado el “bloque de convencionalidad”). Toda vez que un instrumento nacional es manifiestamente incompatible con el *corpus juris* interamericano, las autoridades estatales deben abstenerse de la aplicación de esta ley, a fin de evitar cualquier violación de derechos internacionalmente protegidos.”⁵⁵²

234. El Juez Mac-Gregor continúa señalando que la doctrina del “control de convencionalidad” tiene tres objetivos principales: (1) impedir la implementación de leyes nacionales manifiestamente incompatibles con la Convención Interamericana de Derechos Humanos, (2) servir como mecanismo para que las autoridades cumplan con sus obligaciones en virtud de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y (3) servir como un “puente o medio a través del cual facilitar e incrementar el diálogo, especialmente el diálogo judicial,

⁵⁴⁹ Réplica, ¶237; Fuentes I, ¶¶ 143,152; y Fuentes II, ¶¶ 151-155.

⁵⁵⁰ Memorial de Contestación ¶¶ 94-100.

⁵⁵¹ Memorial de Contestación ¶ 251.

⁵⁵² Mac-Gregor, E. (2015). *Conventionality Control the New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights*. AJIL Unbound, 109, p. 93 (RL-0430).

entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana en materia de derechos humanos, y así permitir la efectiva realización de estos derechos. En consecuencia, esto representa un componente clave en la creación y unificación de un *ius constitutionale commune* que protege la dignidad de todas las personas físicas y fortalece la democracia constitucional en la región.”⁵⁵³

235. Como resultado de ese diálogo judicial regional y el interés de la comunidad regional e internacional sobre una aplicación congruente de la jurisprudencia y los instrumentos internacionales de derechos humanos, los máximos funcionarios judiciales de Guatemala han recibido una serie de visitas y capacitaciones de la Organización Internacional del Trabajo,⁵⁵⁴ la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, UNICEF, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al igual juristas de renombre de Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador y México.⁵⁵⁵

236. Estas visitas y capacitaciones se han realizado en forma uniforme desde 2010 hasta la fecha, y han tratado la aplicación de la Convención 169, la aplicación e interpretación de normas constitucionales a la luz de los estándares internacionales,⁵⁵⁶ el control de convencionalidad de derechos humanos,⁵⁵⁷ el control de convencionalidad y la incorporación de derecho internacional de derechos humanos al derecho interno,⁵⁵⁸ control de convencionalidad y eficiencia de decisiones internacionales y el principio *pro homine*, tendencias jurisprudenciales sobre derechos de pueblos indígenas,⁵⁵⁹ diálogo inter-jurisdiccional entre tribunales locales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁵⁶⁰ y derechos colectivos de pueblos indígenas a tierras en virtud del derecho internacional de derechos humanos.⁵⁶¹

237. Durante estas visitas y capacitaciones, las organizaciones internacionales y regionales hicieron hincapié en la obligación de Guatemala de asegurar el cumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas a una consulta previa e informada, según se reconoce en la Convención 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de Pueblos Indígenas.

⁵⁵³ *Ibid*, pp. 98-99.

⁵⁵⁴ Carta N° 9222 de la Organización Internacional del Trabajo (**R-0344**).

⁵⁵⁵ *Ver* Listado de Actividades de Asistencia entre la Corte de Constitucionalidad y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (**R-0328**).

⁵⁵⁶ *Ibid*, p. 1.

⁵⁵⁷ *Ibid*, p. 3.

⁵⁵⁸ *Ibid*, p. 4.

⁵⁵⁹ *Ibid*, p. 5.

⁵⁶⁰ *Idem*.

⁵⁶¹ *Ibid*, pp. 5-6.

238. Estas actividades de capacitación también han informado al Poder Ejecutivo las conductas y los enfoques respecto de las consultas a pueblos indígenas.⁵⁶² Como resultado de ello, la conducta de Guatemala fue y será de estricto cumplimiento de sus obligaciones internacionales de derechos humanos y congruente con las expectativas de las organizaciones internacionales y regionales respecto de la materia.

III. El Artículo 10.16.1 (a) del DR-CAFTA no permite a los Demandantes recuperar reclamaciones por pérdidas indirectas o reflejo.

239. Esta es la primera oportunidad que tiene Guatemala para desarrollar su defensa desde que el Tribunal recibió las presentaciones de las partes no contendientes de los Estados partes del DR-CAFTA. Además, esta es la oportunidad procesal de hacerlo siguiendo las instrucciones del Tribunal.

240. En su Decisión sobre Excepciones Preliminares, la mayoría del Tribunal resolvió, entre otros, que los Demandantes pueden presentar, a través del Artículo 10.16.1 (a) del DR-CAFTA, una reclamación por pérdidas directas o pérdidas reflejas. Con base en una lectura textual del DR-CAFTA, la mayoría sostuvo que es “incapaz de encontrar nada en el texto del Tratado en sí, incluido el contexto de varias disposiciones relacionadas con el Artículo 10.16.1, que impondrían una limitación de pérdidas, o una exclusión por pérdida derivada o reflejas como consecuencia del lenguaje permisivo del Artículo 10.16.1(a) respecto a un demandante que persigue sus propias pérdidas en su propio nombre ”.⁵⁶³

241. Respetuosamente solicitamos al Tribunal la reconsideración de su Decisión.

A. El Tribunal tiene la facultad de reconsiderar su Decisión sobre Excepciones Preliminares

242. A diferencia del tratamiento que reciben los laudos,⁵⁶⁴ el Convenio del CIADI no se ocupa de la cuestión de la reconsideración de una “decisión”. Además, a diferencia de un Laudo,⁵⁶⁵ el Convenio del CIADI no establece que una decisión tenga el efecto de finalidad y cosa juzgada. Precisamente por la razón de que no hay nada en el texto del Convenio CIADI que prohíba al tribunal reconsiderar sus decisiones, en *Standard Chartered Bank* el tribunal sostuvo que “no es posible sacar ninguna conclusión a priori sobre la cuestión de la reapertura ”.⁵⁶⁶

243. Lo que se desprende claramente del Artículo 44 del Convenio CIADI, sin embargo, es que este Tribunal tiene

⁵⁶² Ver Retos y desafíos del diálogo intercultural en procesos de consulta con Pueblos Indígenas (R-0304); Programa del Curso de Formación Transformación de Conflictos y Diálogo Intercultural PNUD-MEM (R-0305); ver también, Investigación: El Abordaje de Controversias en Contextos de Alta Polarización y Riesgo de Represalias (R-0306).

⁵⁶³ Decisión sobre Objeciones Preliminares, ¶ 144.

⁵⁶⁴ Convención del CIADI, arts. 51 y 52.

⁵⁶⁵ Convención del CIADI, art. 53.

⁵⁶⁶ *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Ltd. c. Tanzania Electric Supply Company Ltd.*, Caso CIADI No. ARB/10/20, Laudo, Septiembre 12, 2016, ¶ 315 (RL-0431). Ver también, *Burlington Resources Inc. c. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión de Reconsideración, 7 de febrero, 2017, ¶. 84 (CL-0303) “La Convención del CIADI nada dice sobre la posibilidad de reabrir una decisión que no es un laudo”.

el poder inherente de decidir cualquier cuestión que no esté prevista en el Convenio CIADI o en las Reglas de Arbitraje. Según el erudito profesor Georges Abi-Saab, ese poder inherente incluye el poder de reconsiderar una decisión.⁵⁶⁷ Bucher apoya la opinión del profesor Abi-Saab⁵⁶⁸ y agrega que la presencia de recursos posteriores al laudo no niega la facultad del tribunal de reconsiderar sus decisiones.⁵⁶⁹

244. Habiendo localizado la fuente del poder de este Tribunal para reconsiderar sus decisiones, el Prof. Abi-Saab opina que una decisión puede ser reconsiderada “si el tribunal se da cuenta de que cometió un error de derecho o de hecho que lo llevó por mal camino en su conclusiones, o en caso de nuevas pruebas o cambios de circunstancias que tengan el mismo efecto”.⁵⁷⁰ Dado que el Convenio del CIADI no prohíbe a este Tribunal reconsiderar su decisión, sino que le otorga poderes inherentes para tratar cuestiones que no están cubiertas por el Convenio o las Reglas, nada debería impedir que el Tribunal reconsidere su decisión sobre la base de una error de hecho o de derecho.

245. Guatemala sostiene que, con el debido respeto, el Tribunal cometió un error de derecho o fue engañado por los Demandantes cuando falló a favor de permitir la persecución de pérdidas reflejas de conformidad con el Artículo 10.16.1 (a) del DR-CAFTA. A su vez, una interpretación errónea del Artículo 10.16.1 (a) del DR-CAFTA implica la jurisdicción de este Tribunal,⁵⁷¹ lo que hace que la reconsideración de la Decisión sobre Excepciones Preliminares sea aún más urgente dadas las circunstancias. La cuestión de la jurisdicción es tan fundamental para la resolución de cualquier controversia que las Reglas de Arbitraje del CIADI confieren al Tribunal la facultad “por su propia iniciativa [de] considerar, en cualquier etapa del procedimiento, si la controversia o cualquier reclamación accesoria ante él está dentro de la jurisdicción del Centro y dentro de sus propias competencias”.⁵⁷²

B. Se engañó al Tribunal al creer que los Demandantes presentarían una reclamación por daños y perjuicios propios

246. Guatemala ha adoptado sistemáticamente la posición de que “[en] ningún lugar [en su Notificación de

⁵⁶⁷ Opinión Disidente de Prof. Georges Abi-Saab en *ConocoPhillips Petrozuata BV, ConocoPhillips Hamaca BV and ConocoPhillips Gulf of Paria BV c. Venezuela*, Caso CIADI No ARB/07/30, Decisión de Reconsideración, 10 de marzo de 2014, ¶ 84 (RL-0432).

⁵⁶⁸ Opinión Disidente de Andreas Bucher en *ConocoPhillips Petrozuata BV, ConocoPhillips Hamaca BV and ConocoPhillips Gulf of Paria BV c. of Venezuela*, Caso CIADI No ARB/07/30, 9 febrero de 2016, ¶ 34 (RL-0434).

⁵⁶⁹ Bucher, *Ibid.* (RL-0434).

⁵⁷⁰ Opinión Disidente de Prof. Georges Abi-Saab en *ConocoPhillips Petrozuata BV, ConocoPhillips Hamaca BV and ConocoPhillips Gulf of Paria BV c. Venezuela*, Caso CIADI No ARB/07/30, Decisión de Reconsideración, 10 de marzo de 2014, ¶ 84 (RL-0432).

⁵⁷¹ Decisión sobre Objeciones Preliminares, ¶ 120: “Aunque la Demandada enmarca esta cuestión como una cuestión de admisibilidad, el Tribunal la considera fundamentalmente como una cuestión de jurisdicción. O bien el DR-CAFTA da su consentimiento en virtud del artículo 10.16.1(a) para una reclamación de los accionistas basada en un daño indirecto o “reflejo”, medido por la disminución del valor de las acciones del accionista en una empresa local, o no lo hace.”

⁵⁷² Reglas Arbitrales del CIADI, Regla 41(2).

Arbitraje o Notificación de Intención] los Demandantes alegan o buscan recuperar cualquier supuesta pérdida en el valor de (2) su participación en Exmingua, (2) sus acciones, o (3) cualquier otro tipo de pérdidas por daños directos”.⁵⁷³ Fue por esta razón que Guatemala se opuso al recurso de los Demandantes al Artículo 10.16.1(a) del DR-CAFTA con la premisa de que dicha disposición, a diferencia del Artículo 10.16.1(b), no permite que una demandante recupere pérdidas reflejas es decir, pérdida o daño “en que ha incurrido la empresa”.

247. En respuesta, los Demandantes argumentaron que “no están presentando reclamaciones por pérdida o daño de los activos de Exmingua. Sin embargo, en la medida en que el valor de Exmingua ha disminuido como resultado de las medidas tomadas contra sus activos, eso, a su vez, perjudica a los Demandantes al disminuir el valor de sus inversiones en Exmingua ”.⁵⁷⁴

248. Partiendo de esta premisa, una mayoría del Tribunal permitió a los Demandantes continuar con su reclamo del Artículo 10.16.1 (a) contra la Demandada y sostuvo que “es importante estar en sintonía con la distinción entre los daños incurridos directamente por una empresa local y los que dice haber sido incurrido indirectamente por un inversor *upstream*, incluida la posibilidad muy real de que no todos los primeros puedan equipararse a los segundos ”.⁵⁷⁵ Según el Tribunal, “los Demandantes [deben] ser capaces de demostrar no solo que la Demandada violó una obligación del DR-CAFTA, sino también que, en particular, incurrieron en una “pérdida o daño directo como resultado de la pérdida de valor de Exmingua”, ese incumplimiento, es una cuestión de prueba ”.⁵⁷⁶

249. Las presentaciones de los Demandantes, sin embargo, hacen indudable —como Guatemala ha temido— que los Demandantes no estén presentando un reclamo por una disminución del valor de sus acciones, sino por la pérdida o daño que la propia Exmingua supuestamente había sufrido. Contrariamente a lo que los Demandantes dijeron al Tribunal que harían, ahora argumentan que “*no necesitan mostrar una disminución en el valor de sus acciones en [Exmingua]*”.⁵⁷⁷ Un examen de la naturaleza de los supuestos daños de los Demandantes indica que, de hecho, lo que están solicitando son daños que, de ser ciertos, la propia Exmingua habría sufrido, es decir, pérdida de flujo de efectivo de la mina operativa y los intereses de la misma, valor del concentrado embargado e interés sobre el mismo, valor perdido de la mina operativa, valor perdido del potencial de exploración conocido de Tambor y valor perdido de la oportunidad de exploración Tambor.⁵⁷⁸

⁵⁷³ Replica de Guatemala sobre Objeciones Preliminares, ¶. 22.

⁵⁷⁴ Duplica de los Demandantes sobre Objeciones Preliminares, ¶ 68.

⁵⁷⁵ Decisión sobre Objeciones Preliminares, ¶ 159.

⁵⁷⁶ Decisión sobre Objeciones Preliminares, ¶ 159.

⁵⁷⁷ Replica de los Demandantes, ¶ 456.

⁵⁷⁸ Memorial de los Demandantes, ¶ 399.

250. Adicionalmente, los Demandantes se niegan a calcular los ingresos corporativos y las retenciones de impuestos⁵⁷⁹ con el argumento de que "la aplicación de impuestos sobre un cálculo de lucro cesante [histórico] daría lugar a una doble imposición".⁵⁸⁰ En su opinión disidente, el Árbitro Prof. Zachary Douglas QC ya advirtió que el DR-CAFTA abarca "una clara preocupación por la protección de los derechos de los acreedores de la empresa (acreedores comerciales garantizados y no garantizados, acreedores involuntarios como víctimas de agravios de las actividades de la empresa, las autoridades fiscales, etc.)".⁵⁸¹

251. Si los Demandantes hubieran sido sinceras ante este Tribunal al principio de que su reclamo era por la pérdida o los daños sufridos por Exmingua, no habría sido necesario que el Tribunal resolviera la cuestión de si el Artículo 10.16.1(a) de la DR-CAFTA les permite recuperar pérdidas reflejas. La tergiversación de los Demandantes indujo a error al Tribunal a interpretar la disposición y, con el debido respeto, incurrió en un error de derecho al hacerlo.

C. El Tribunal incurrió en error como cuestión de derecho al permitir a los Demandantes presentar una reclamación por pérdidas reflejas de conformidad con el Artículo 10.16.1 (a) del DR-CAFTA

252. El Artículo 10.22.1 del DR-CAFTA instruye a este Tribunal a "decidir los asuntos en disputa de conformidad con este Tratado y las normas aplicables del derecho internacional". Tribunales anteriores han sostenido que, al interpretar un tratado de inversión, debe "aplicar el derecho internacional en su conjunto a la reclamación, y no las disposiciones del [tratado] de forma aislada".⁵⁸² De manera consistente, Philippe Sands opina que un tribunal debe aplicar la "regla consuetudinaria"⁵⁸³ y que "la carga [recae] sobre la parte que se opone a la interpretación compatible con la regla consuetudinaria de explicar por qué no debe aplicarse".⁵⁸⁴ En este sentido, el Anexo 10-B del DR-CAFTA confirma el "entendimiento compartido" de los Estados Partes de que el derecho internacional consuetudinario "resulta de una práctica general y consistente de los Estados que siguen de un sentido de obligación legal". La pregunta, entonces, es si, como una cuestión de derecho consuetudinario, existe una presunción de que un accionista, como los Demandantes en este caso, tiene prohibido buscar pérdidas reflejas. La respuesta es sí.

253. La OCDE ha opinado que "[l]a distinción entre los derechos directos de los accionistas y la pérdida refleja

⁵⁷⁹ Informe de Rosen/Milburn, ¶ 158.

⁵⁸⁰ Informe de Versant II, ¶ 135.

⁵⁸¹ Opinión Disidente y Parcial respecto a la Decisión sobre Objeciones Preliminares, ¶ 6.

⁵⁸² *MTD v. Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Decisión sobre anulación, 21 de marzo de 2007, ¶ 61 (RL-0133), *énfasis añadido*.

⁵⁸³ Philippe Sands, *Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law*, 1 Yale Hum. Rts. & Dev. L.J. 85-106, p. 104 (1998) (RL-0424)

⁵⁸⁴ *Ibid.*

está [...] bien reconocida en el derecho internacional general”.⁵⁸⁵ Según la OCDE, "por razones políticas, los sistemas legales nacionales avanzados, tanto el derecho consuetudinario (Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Australia, Hong Kong) como el derecho civil (Alemania, Francia), generalmente aplican una "pérdida no reflectante" principio: los accionistas generalmente no pueden recuperar daños por pérdida reflectante".⁵⁸⁶ No solo eso, sino que esta regla "ha sido recientemente reafirmada en términos contundentes" por la Corte Internacional de Justicia y la Tribunal Europea de Derechos Humanos.⁵⁸⁷ Este asunto se analiza más a fondo en otra parte de esta Dúplica, pero hay pruebas sólidas de que, según el derecho internacional consuetudinario, los accionistas no pueden recuperar las pérdidas refleja. Precisamente, la novedad que hoy traemos al Tribunal siendo ésta la primera oportunidad válida, es que el Escrito de Parte no Contendiente de los Estados Unidos presentado ante este Tribunal el 19 de febrero de 2021 confirma que esta es la regla consuetudinaria contenida en el DR-CAFTA.⁵⁸⁸

254. Según los Estados Unidos, "no se puede reclamar por o en nombre de un accionista por pérdidas o daños sufridos directamente por una corporación en la que ese accionista tiene acciones. Esto es así porque, como reafirmó la Corte Internacional de Justicia en *Diallo*, "el derecho internacional ha reconocido repetidamente el principio de derecho interno de que una empresa tiene una personalidad jurídica distinta a la de sus accionistas".⁵⁸⁹ Estados Unidos explica que "el artículo 10.16.1 (a) se adhiere al principio del derecho internacional consuetudinario de que los accionistas pueden presentar reclamaciones solo por daños directos a sus derechos", y que "cuando el daño es de la empresa o un activo en poder de esa empresa, el daño al inversor generalmente se deriva del daño a la empresa y que el derecho internacional desde la decisión en *Barcelona Traction* que excluye reclamación por daños directos a los derechos de un accionista".⁵⁹⁰

255. La presentación de los Estados Unidos ante este Tribunal tiene peso y debe informar su interpretación del

⁵⁸⁵ Gaukrodger, D. (2013), "Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency", OECD Ensayos sobre inversión internacional, 2013/03, OECD Publishing, pp. 7-8 (RL-0056). Ver, por ej., *Caso concerniente a Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea contra República Democrática del Congo)*, Sentencia de Objeciones Preliminares, (2007) ("Diallo 2007"), § 67 (RL-0060); *Caso relativo a Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea contra la República Democrática del Congo)*, Decisión ("Diallo 2010") (reafirmando la distinción) (RL-0015); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium c. España)*, Segunda fase, juicio, Informes CIJ 1970 ("Barcelona Traction 1970"), § 47 ("Debe distinguirse entre la vulneración directa de los derechos del accionista y las dificultades o pérdidas económicas a las que pueda estar expuesto como consecuencia de la situación de la empresa") (CL-0368); Oppenheim 's International Law, 9th ed. (1990), p. 520 ("Además, los accionistas pueden sufrir una violación directa de sus derechos (por ejemplo, cuando se expropián acciones en poder de una categoría particular de propietarios), en lugar de sufrir pérdidas indirectas a través del daño infligido a la empresa"). Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ver, por ej., *Olczak c. Polonia*, § 58 (Decisión de 7 de noviembre de 2002) (RL-0435).

⁵⁸⁶ Gaukrodger, *Ibid.* (RL-0056).

⁵⁸⁷ Gaukrodger, *Ibid.* (RL-0056).

⁵⁸⁸ Escrito de los EE. UU., ¶ 50.

⁵⁸⁹ *Id. a.*, ¶ 53.

⁵⁹⁰ Escrito de los EE. UU., ¶ 57.

DR-CAFTA. Estados Unidos no es solo un Estado Parte del DR-CAFTA. El Modelo de TBI de 2004 de los Estados Unidos influyó en las negociaciones que llevaron a la conclusión del DR-CAFTA⁵⁹¹ y el Artículo 24 del Modelo de TBI⁵⁹² es una réplica exacta del Artículo 10.16.1 del DR-CAFTA. También cabe mencionar que Estados Unidos es el país de origen y la nacionalidad de los Demandantes en este documento. Si este Tribunal permitiera a los Demandantes proseguir con sus reclamaciones en virtud del Artículo 10.16.1 (a) del DR-CAFTA, los Demandantes estarían eludiendo las razones legales y de política por las cuales Estados Unidos prohíbe a sus propios ciudadanos reclamar pérdidas reflectantes.

256. Por todas estas razones, se insta muy respetuosamente al Tribunal a reconsiderar su Decisión sobre Excepciones Preliminares en la medida en que dictaminó que un accionista, a través del vehículo del Artículo 10.16.1(a) del DR-CAFTA puede recuperar pérdidas o daños incurrido directamente por una corporación en la que posee acciones

IV. EXCEPCIONES A LA JURISDICCIÓN Y ADMISIBILIDAD⁵⁹³

A. El Tribunal no tiene jurisdicción para conocer de las reclamaciones de inversión de los Demandantes contra Guatemala

257. El artículo 10.16.1 del DR-CAFTA proporciona dos caminos separados para presentar una demanda contra un Estado parte. A través del subpárrafo (a) del Artículo 10.16.1, el demandante puede presentar una demanda contra el Estado si “ha incurrido en pérdidas o daños como consecuencia de esa violación o como consecuencia de ella”. Sin embargo, si el daño o la pérdida fueron sufridos por la empresa del demandante, el demandante debe presentar una reclamación de conformidad con el inciso b) del Artículo 10.16.1 en nombre de su empresa.⁵⁹⁴

258. Como acertadamente lo expresó el Tribunal, si los Demandantes presentaron un reclamo “por un camino que no se les había ofrecido”, el Tribunal debe rechazar el reclamo por falta de jurisdicción.⁵⁹⁵ Tal es el caso aquí. A continuación, Guatemala demostrará que el Tribunal carece de jurisdicción para conocer de las reclamaciones de inversión de los Demandantes porque: (1) Los Demandantes buscan la recuperación de los daños incurridos por Exmingua, un recurso no disponible en virtud del Artículo 10.16.1 (a); y (2) los Demandantes no pueden presentar una reclamación de conformidad con el Artículo 10.16.1 (b) ya que no han

⁵⁹¹ Ver también, J. Salacuse, *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital* (Oxford: OUP, 2013), p. 351 (RL-0400)

⁵⁹² TBI Modelo de los Estados Unidos de América (RL-0011)

⁵⁹³ Nada de lo expuesto en este Memorial de Dúplica tiene por objeto renunciar a ningún derecho u objeción, y el hecho de que algún argumento de los Demandados no haya sido respondido no implica una aceptación implícita a la posición de los Demandantes.

⁵⁹⁴ Ver DR-CAFTA, Anexo 10-B (CL-0001).

⁵⁹⁵ Decisión sobre Objeciones Preliminares, ¶120.

cumplido con los elementos requeridos.

259. Como alternativa, Guatemala sostiene que los Demandantes están abusando del proceso disponible en virtud del Artículo 10.16.1. En su Decisión sobre Excepción Preliminar, el Tribunal ha dejado claro que si bien los Demandantes pueden presentar una reclamación en virtud del Artículo 10.16.1(a) por pérdidas "por ellas mismas sufrida directa o indirectamente", señaló que los Demandantes no pueden equiparar las pérdidas de Exmingua con sus propias pérdidas.⁵⁹⁶ Al abusar del proceso en virtud del Artículo 10.16.1, los Demandantes hicieron exactamente lo que el Tribunal les ordenó que no hicieran, afirmando falsamente ser los propietarios del Proyecto El Tambor.⁵⁹⁷

1) El Artículo 10.16.1 (a) no permite a los Demandantes buscar la pérdida directa por daños sufridos exclusivamente por Exmingua

260. En la Fase de Objeciones Preliminares del Procedimiento, el Tribunal elaboró la distinción entre los recursos disponibles en virtud del subpárrafo (a) y (b) del Artículo 10.16.1. El Artículo 10.16.1(a) permite que un demandante presente una demanda sobre la base de que él mismo incurrió en daños.⁵⁹⁸ Por otro lado, el Artículo 10. 16.1 (b) permite que un demandante "se ponga [] en los zapatos de la entidad a los efectos de presentar la reclamación".⁵⁹⁹

261. Un demandante que elige la segunda ruta no tiene que "demostrar si, cómo y en qué medida podría haber sufrido en última instancia un daño como resultado del daño de la empresa (por ejemplo, por la falta de pago de los dividendos esperados o la disminución de valor de mercado de las acciones). Las únicas cuestiones a los efectos del artículo 10.16.1(b) de legitimación, cuando el demandante procede "en nombre de" la empresa, son si el demandante es propietario o controla la empresa y si la empresa misma ha sufrido un daño debido al supuesto Estado incumplimiento."⁶⁰⁰

262. Como lo expresaron acertadamente los Estados Unidos, "[cada] reclamo de un inversionista debe estar incluido en el Artículo 10.16.1 del DR-CAFTA, ya sea en el subpárrafo (a) o (b), y se limita al tipo de pérdida o daño disponible en virtud del subpárrafo invocado".⁶⁰¹ Un inversionista que presente una reclamación en virtud del Artículo 10.16.1 (a) no puede equiparar el daño de la empresa con el suyo propio. Esto en

⁵⁹⁶ *Id.*, ¶ 118

⁵⁹⁷ *Europe Cement Investment & Trade S.A. c. Turquía*, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/2, Laudo (13 de Agosto de 2009), ¶ 175 ("un reclamo que se basa en la compra de una inversión únicamente con el propósito de iniciar un litigio es un abuso del proceso, entonces seguramente un reclamo basado en la afirmación falsa de propiedad de una inversión es igualmente un abuso del proceso.")

⁵⁹⁸ Decisión sobre Objeciones Preliminares, ¶ 128.

⁵⁹⁹ *Id. a* ¶ 132.

⁶⁰⁰ *Id. a* ¶ 134

⁶⁰¹ Escrito de los EE. UU, ¶ 52.

consonancia con el principio fundamental de que una empresa tiene una personalidad jurídica distinta a la de su accionista. El derecho internacional respeta este velo corporativo porque “hacer lo contrario equivaldría a travestir completamente la noción de una empresa como entidad corporativa.”⁶⁰²

263. El Tribunal se adhirió a este principio. Reconociendo sus personalidades separadas, el Tribunal señaló que “los daños incurridos directamente por una empresa local” son distintos de “los que se dice que han sido incurridos directamente por el accionista”.⁶⁰³ Para solicitar la recuperación de conformidad con el Artículo 10.16.1(a), el Tribunal señaló que “no sería suficiente que un demandante demuestre únicamente que una empresa local en la que tiene un interés ha sufrido daños”.⁶⁰⁴ En pocas palabras, los Demandantes no pueden equiparar las pérdidas de Exmingua con sus propias pérdidas, deben demostrar que sufrieron daños propios como resultado de la supuesta violación.⁶⁰⁵

264. Pero una vez que el Tribunal desestimó la Excepción Preliminar, los Demandantes hicieron precisamente eso. Como se ilustrará a continuación, los Demandantes ignoraron el Artículo 10.16.1 al presentar una reclamación de conformidad con el Artículo 10.16.1(a), pero persiguieron el tipo de pérdida o daños disponibles únicamente en virtud del Artículo 10.16.1(b).

2) Los Demandantes buscan la recuperación de los danos sufridos por Exmingua en contra del Artículo 10.16.1(a)

265. Como se ha manifestado anteriormente en este Memorial, los Demandantes modifican constantemente su argumento en perjuicio del derecho de Guatemala a defender el reclamo presentado en su contra. A pesar de todo el tiempo utilizado en la fase de Objeciones Preliminares describiendo su reclamo como un reclamo de pérdidas reflejas y,⁶⁰⁶ ahora está claro que los Demandantes están presentando una reclamación por las pérdidas sufridas por Exmingua.

⁶⁰² *Barcelona Traction*, Opinión Separada de Judge Sir Gerald Fitzmaurice, p. 67 (RL-0433) (“Dado que la sociedad de responsabilidad limitada con capital social es exclusivamente una creación de derecho privado, el derecho internacional está obviamente obligado en principio a tratar con las empresas tal como son, es decir, reconociendo y dando efecto a su estructura básica tal como existe de acuerdo con el concepciones de derecho privado aplicables.”)

⁶⁰³ Decisión sobre Objeciones Preliminares, ¶159.

⁶⁰⁴ *Id.* a ¶129.

⁶⁰⁵ *Id.* a ¶118.3

⁶⁰⁶ *Ver* Réplica de los Demandantes sobre Objeciones Preliminares, ¶ 73 (énfasis añadido) (Guatemala “claramente tuvo un 'aviso' de que las reclamaciones de los Demandantes eran por pérdidas 'reflejas'”); Memorial de Contestación de los Demandantes sobre Excepciones Preliminares, 27 de septiembre de 2019, ¶ 57; Dúplica de los Demandantes a las Objeciones Preliminares, ¶ 61 (La pérdida de los Demandantes consiste en la disminución del valor de la inversión de los Demandantes (Exmingua) y, por lo tanto, la disminución del valor de las acciones de los Demandantes en Exmingua, incurrida como resultado de las medidas que Guatemala ha adoptado y mantenido); Dúplica de las Excepciones Preliminares de los Demandantes, párrafo 33 (“Al igual que los Demandantes en Clayton, los Demandantes aquí perdieron la oportunidad de desarrollar el Proyecto El Tambor. En tales circunstancias, no puede haber duda de que los Demandantes pueden presentar una reclamación en su propio nombre para Incumplimiento de la Demandada”).

266. Sin prestar atención al velo corporativo, los Demandantes buscan la recuperación de los daños presuntamente incurridos por Exmingua. Entre otros, reclaman daños y perjuicios por pérdida de valor de⁶⁰⁷: (1) Potencial de exploración conocido de Tambor;⁶⁰⁸ (2) Oportunidad de exploración de Tambor; (3) concentrado de oro incautado.⁶⁰⁹ A partir del cálculo de sus daños, es además evidente que los Demandantes están intentando recuperar los daños como si estuvieran en los zapatos de Exmingua. Por ejemplo, los flujos de efectivo supuestamente incluidos en el valor de la empresa no reflejan las retenciones de impuestos de Guatemala y Estados Unidos, que los Demandantes tendrían que pagar como condición para recibir los dividendos.⁶¹⁰ Además, si bien reclaman el valor total del concentrado de oro, como accionistas, los Demandantes solo podrían recibir beneficios del oro (si los hubiera) a través de dividendos, después de contabilizar los costos y los impuestos,⁶¹¹ y sin embargo reclaman su valor total directo.

267. Para superar el obstáculo que conlleva la tarea de equiparar la pérdida de la empresa con la del accionista, los Demandantes citan Clayton c. Canadá.⁶¹² Pero el caso es inútil por varias razones. En Clayton, el tribunal sostuvo que “[l]a oportunidad de invertir en una cantera y una terminal marítima [...] era una oportunidad para los inversores y no una oportunidad para Bilcon de Nueva Escocia”.⁶¹³ La conclusión del tribunal no tiene fundamento. Primero, el tribunal no dio ninguna justificación legal para romper el velo corporativo que muchos tribunales internacionales han rechazado hacer. En segundo lugar, los hechos se distinguen del presente caso.⁶¹⁴ En ese caso, el tribunal determinó que la demandante “no estaba estructurada [como una entidad separada]” de Clayton.⁶¹⁵ La subsidiaria del demandante, Bilcon, era “no más que un conducto para facilitar las operaciones de Clayton”.⁶¹⁶

⁶⁰⁷ Informe Versant I, ¶18 beneficios del Proyecto El Tambor, los daños son iguales al valor actual de todo el proyecto”); Informe Versant II, ¶ 16 (“Los Demandantes perdieron la capacidad de hacer avanzar el Proyecto El Tambor desde 2016 hasta la actualidad debido a las Medidas”); Memorial, ¶ 379 (“Los Demandantes sufrieron daños por un monto de aproximadamente US \$ 89 millones, porque no pudieron extraer objetivos de oro conocidos adicionales que se extienden más profundamente o lateralmente desde la Mina en Operación o que están ubicados de otra manera en Tambor”).

⁶⁰⁸ Memorial de los Demandantes, ¶ 393 (“Los Demandantes incurrieron en daños de US \$ 244 a US \$ 291 debido a la oportunidad perdida de explorar recursos de oro adicionales en Tambor y convertir esos recursos en minas (“Exploration Opportunity” de Tambor).

⁶⁰⁹ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 676-679; Informe Versant II, ¶ 244 (“En el primer informe Versant, explicamos que nuestro entendimiento es que, en mayo de 2016, el gobierno confiscó un envío de concentrado de oro de Exmingua. Además, entendemos que la cantidad de oro contenida en el concentrado confiscado fue de 15,388 gramos (494,74 onzas) según un correo electrónico de Dan Kappes con fecha del 31 de marzo de 2017. Aplicamos el precio actual del oro para valorar este concentrado de oro. Por último, aplicamos un porcentaje de pago del 83% para contabilizar el envío y otros costos ”.)

⁶¹⁰ Informe de Rosen/Milburn, ¶ 158.

⁶¹¹ *Ver, infra.*, Sección VII Damages.

⁶¹² Dúplica de los Demandantes sobre Objeciones Preliminares ¶ 33.

⁶¹³ *William Ralph Clayton, et al. c. Canada*, UNCITRAL, Laudo (enero 10, 2019), ¶ 396 (CL-0243).

⁶¹⁴ *William Ralph Clayton, et al. c. Canada*, UNCITRAL, Laudo (enero 10, 2019), ¶ 392-396 (CL-0243).

⁶¹⁵ *Id.* a ¶ 395 (CL-0243), *énfasis añadido*.

⁶¹⁶ *Id.* a ¶ 394 (CL-0243).

268. Aquí, la historia es diferente. Los Demandantes invirtieron en Exmingua más de una década después de la constitución de Exmingua.⁶¹⁷ Al inicio de la inversión de los Demandantes, Exmingua ya tenía "licencias de exploración para el área de Progreso VII y el área de Santa Margarita".⁶¹⁸ También había "solicitado licencias de explotación" para estos proyectos.⁶¹⁹

269. La ley de Guatemala también prohíbe lo que los Demandantes le piden a este Tribunal: traspasar el velo corporativo sin una razón válida. Como accionistas, los derechos de los Demandantes bajo la ley de Guatemala se limitan al derecho: (1) a participar en las ganancias ya la distribución del capital de la empresa en el momento de la liquidación; (2) de preferencia en relación con las nuevas acciones emitidas por la empresa; y (3) votar en las juntas de accionistas. Los Artículos de Incorporación de Exmingua no otorgan mayores derechos que los que les confiere la ley.⁶²⁰ No existe ninguna autoridad legal que amplíe el derecho de los Demandantes a la oportunidad de desarrollar el Proyecto El Tambor y otros derechos asociados. Los Demandantes tampoco han proporcionado ningún acuerdo que tengan con Exmingua donde los Demandantes poseen la oportunidad de desarrollar el Proyecto El Tambor.

270. Dado que los Demandantes buscan la recuperación de los daños presuntamente incurridos por Exmingua por un camino que no les había sido ofrecido, y no han cumplido con los requisitos que ese camino requiere, como lo reconoció el Tribunal, éste debe desestimar la demanda por falta de jurisdicción.

3) Los Demandantes no han cumplido con la formalidades necesarias para presentar una reclamación de conformidad con el Artículo 10.16.1(b)

271. Los Demandantes tampoco pueden presentar una reclamación en nombre de Exmingua porque no han cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 10.18.2(b) y el Artículo 10.26.2(b) del DR-CAFTA. De acuerdo con el Artículo 10.18.2(b), un inversionista que desee presentar un reclamo en nombre de su empresa debe presentar junto con su "notificación de arbitraje" sus renuncias por escrito "de cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal o tribunal administrativo conforme a la ley de cualquier Parte, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier procedimiento con respecto a cualquier medida que se alega constituya una infracción".⁶²¹ Aquí, los Demandantes no han presentado tales documentos.

272. Además, cuando se presenta una demanda en nombre de una empresa, el Artículo 10.26.2(b) del DR-CAFTA obliga a un tribunal a "otorgar daños y perjuicios y cualquier interés aplicable" a la empresa.⁶²² Sin embargo,

⁶¹⁷ Memorial de Demanda, ¶ 19 (haciendo notar que Exmingua fue incorporada el 25 de julio de 1996).

⁶¹⁸ *Id.* a ¶ 25.

⁶¹⁹ *Id.* a ¶ 25.

⁶²⁰ Estatuto Sociales de Exmingua (*Protocolo Registro No. 397062*), Artículos 7 y 8, p. 34 (**R-0324**).

⁶²¹ DR-CAFTA, Artículo 10.18.2(b).

⁶²² DR-CAFTA, Artículo 10.26.2(b).

los Demandantes solicitan a este Tribunal que les otorgue una indemnización por daños y perjuicios a ellos, y no a Exmingua.⁶²³ Debido a que los Demandantes carecen de los requisitos previos necesarios para presentar una reclamación en virtud del Artículo 10.16.1(b), se les debe negar cualquier oportunidad de presentar una reclamación bajo esta vía.

B. La conducta ilegal de los Demandantes priva al Tribunal de jurisdicción y torna inadmisibles sus reclamos

273. Como se indica en el Memorial de Contestación de Guatemala, un tribunal arbitral no debe ayudar a ningún inversor que no haya realizado ni manejado su inversión en cumplimiento a las leyes internas del Estado receptor y a ciertos principios fundamentales tan ampliamente aceptados que forman parte de la política pública internacional, incluidos los principios de buena fe y la prohibición de cometer fraude, tergiversaciones y engaños.⁶²⁴

274. En su Réplica, los Demandantes sostienen que el DR-CAFTA no incluye ningún requisito de legalidad⁶²⁵ y que, en cualquier caso, los requisitos de legalidad se refieren únicamente a la radicación de la inversión.⁶²⁶ Los Demandantes argumentan además que Guatemala no ha probado sus alegaciones de ilegalidad, tergiversación y fraude.⁶²⁷ Por las razones que se exponen a continuación, los argumentos de los Demandantes son ineficaces y deben ser desestimados.

275. Como se explica en el Memorial de Contestación y se detalla más adelante, el tribunal carece de jurisdicción respecto de los reclamos porque (1) el DR-CAFTA contiene referencias explícitas o remisiones a la ley del Estado receptor; (2) el país de origen de los Demandantes, Estados Unidos, confirmó la relevancia de la legislación del Estado receptor en su presentación en calidad de parte no contendiente; (3) el requisito de legalidad también se encuentra implícito en el concepto de inversión; (4) la Ley de Inversión Extranjera de Guatemala (“LIE”) exige que las inversiones se realicen y ejecuten con arreglo a la legislación y su alcance no es temporal; (5) los Demandantes manejaron su supuesta inversión mediante tácticas de tergiversación y fraude al violar la legislación guatemalteca flagrantemente, es decir, al erigir la infraestructura de la mina sin contar con un permiso de construcción válido, violar leyes ambientales y no acatar las órdenes de los tribunales

⁶²³ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 399.

⁶²⁴ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 164-179; Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 149, 155-158 (1953) (CL-0218) (“[Un] acto ilícito no puede servir como fundamento de una acción judicial conforme a derecho”); Rudolph Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* 93 (2.^a edición, Oxford 2012) (RL-0309) (Dolzer y Schreuer interpretan que la legalidad se basa “no solo [en] las leyes de admisión y radicación, sino también [en] otras normas del orden jurídico nacional”); Bernardo Cremades, *Investment Protection and Compliance with Local Legislation* 24(2) ICSID Rev. 557, 561 (2009) (RL-0310) (Bernardo Cremades definió la legalidad como el resultado de los principios generales de buena fe, expectativas legítimas y manos limpias).

⁶²⁵ Réplica de los Demandantes, ¶ 327.

⁶²⁶ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 331-334.

⁶²⁷ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 337-351.

guatemaltecos. Como resultado de estas violaciones, el principio de manos sucias también torna inadmisibles los reclamos presentados ante este Tribunal.

- 1) La inversión de los Demandantes está sujeta al requisito de legalidad conforme al Tratado, a la Ley de Inversión Extranjera de Guatemala y a las políticas públicas internacionales.

276. La legalidad de una inversión es condición previa para recibir protección en virtud de la ley de inversiones.⁶²⁸

El tribunal en *Metal-Tech c. Uzbekistán*⁶²⁹ señaló que “el alcance material del requisito de legalidad cubre (1) violaciones no triviales del orden jurídico del Estado receptor (*Tokios Tokelès*,⁶³⁰ *LESI*⁶³¹ y *Desert Line*⁶³²), (2) violaciones del régimen de inversiones extranjeras del Estado receptor (*Saba Fakes*⁶³³), y (3) fraude o tergiversación (*Inceysa*,⁶³⁴ *Plama*,⁶³⁵ *Hamester*⁶³⁶).” La conducta ilícita de los Demandantes entra dentro del alcance del requisito de legalidad porque no es trivial, viola el régimen de inversiones extranjeras de Guatemala y supone tácticas de tergiversación y fraude.⁶³⁷

277. El requisito de que la inversión debe realizarse y llevarse a cabo de conformidad con las leyes del Estado receptor emana de cualquiera de estas tres fuentes: (1) el tratado de inversión pertinente; (2) los principios generales del derecho internacional y (3) la legislación sobre inversiones del Estado receptor. Como se analiza con más detalle a continuación, la conducta de los Demandantes entra perfectamente en el alcance material del requisito de legalidad impuesto por el tribunal en el caso *Metal-Tech*, y este requisito se torna exigible a partir de cada una de las tres fuentes pertinentes o de todas ellas.

278. *En primer lugar*, los Demandantes rechazan de manera poco convincente las cláusulas explícitas de legalidad del DR-CAFTA.⁶³⁸ Si bien los Demandantes parecen querer eximir a su inversión de la obligación de cumplir

⁶²⁸ Campbell McLachlan, Laurence Shore & Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* 21, ¶ 2.17 (Oxford 2007) (RL-0311); Jeswald Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, capítulo 4 (Oxford 2010), pág. 167 (RL-0313).

⁶²⁹ *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, Caso CIADI Nro. ARB/10/3, Laudo (4 de octubre de 2013), ¶ 165 (RL-0142); ver también *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI N.º ARB/06/2, Decisión sobre Jurisdicción (27 de septiembre de 2012), ¶ 266 (RL-0125).

⁶³⁰ *Tokios Tokelès c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/02/18, Decisión sobre Jurisdicción (29 de abril de 2004), ¶ 86 (CL-0017).

⁶³¹ *LESI Spa et Astaldi S.p.A. c. República Argelina Democrática y Popular*, Decisión sobre Jurisdicción (12 de julio de 2006), ¶ 83(iii) (RL-0314).

⁶³² *Desert Line Projects LLC c. República de Yemen*, (“*Desert Line c. Yemen*”) Caso CIADI N.º ARB/05/17, Laudo (6 de febrero de 2008), ¶ 104 (CL-0216).

⁶³³ *Saba Fakes c. República de Turquía*, Caso CIADI N.º ARB/07/20, Laudo (14 de julio de 2010), ¶ 119 (RL-0315).

⁶³⁴ *Inceysa Vallisoletana c. República de El Salvador*, (“*Inceysa c. El Salvador*”) Caso CIADI N.º ARB/03/26, Laudo (2 de agosto de 2006), ¶¶ 236-238. (RL-0147).

⁶³⁵ *Plama Consortium Ltd. c. República de Bulgaria*, (“*Plama c. Bulgaria*”) Caso CIADI N.º ARB/03/24, Laudo (27 de agosto de 2008), ¶¶ 133-135 (RL-0140).

⁶³⁶ *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. República de Ghana*, Caso CIADI N.º ARB/07/24, Laudo (18 de junio de 2010), ¶¶ 129, 135 (RL-0139).

⁶³⁷ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 200-219.

⁶³⁸ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 327-329.

con la ley, todas las fuentes legales pertinentes exigen que su inversión se realice y se lleve a cabo de conformidad con la legislación de Guatemala, como se indica a continuación.

279. El requisito de que las inversiones deben cumplir con la legislación guatemalteca para recibir la protección del tratado se encuentra específicamente previsto en el DR-CAFTA. El Artículo 10.28 del DR-CAFTA limita el alcance del tratado a las “inversiones” “*otorgad[a]s de conformidad con la legislación interna*”.⁶³⁹ Los Demandantes malinterpretan la frase “otorgadas de conformidad con la legislación interna” como la “naturaleza de los derechos conferidos al inversionista”.⁶⁴⁰ Sin embargo, se ha aceptado ampliamente que “[l]as disposiciones del tratado se refieren a ‘la validez de la inversión y no a su definición’”.⁶⁴¹ Además, la nota al pie 10 del Artículo 10.28 hace hincapié en la relevancia de las leyes internas del Estado receptor.⁶⁴²

280. De conformidad con el Artículo 31 de la CVDT, “[un] tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente [...] y teniendo en cuenta su objeto y fin”.⁶⁴³ El sentido corriente del texto tiende a representar un punto de partida para los tribunales⁶⁴⁴ porque se entiende que los términos específicos utilizados por las partes en un tratado proporcionan la indicación más fiable de su intención común.⁶⁴⁵ En el presente caso, el sentido corriente del Artículo 10.28 del DR-CAFTA se refiere explícitamente a la condición de que el inversor cumpla con las leyes del Estado receptor.

⁶³⁹ DR-CAFTA, Artículo 10.28 (CL-0001).

⁶⁴⁰ Réplica de los Demandantes, ¶ 328.

⁶⁴¹ *Salini Costruttori SpA e Italstrade SpA c. Marruecos*, Caso CIADI N.º ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción, (23 de julio de 2001), ¶ 46 (RL-0036); Carolyn B. Lamm, E. Hellbeck; M. Khan, *Pleading and Proof of Fraud and Comparable Forms of Abuse in Treaty Arbitration*, Legitimacy: Myths, Realities, Challenges (Van den Berg (ed.), (2015), pág. 569. (RL-0316)

⁶⁴² Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 192 (CL-0001). Dentro de la definición de “inversión”, en la nota al pie 10 del Artículo 10.28, se aclara que “[e]l hecho de que un tipo de licencia, autorización, permiso, o un instrumento similar tenga las características de una inversión depende de factores tales como la naturaleza y el alcance de los derechos del tenedor de conformidad con la legislación de la Parte”.

⁶⁴³ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969) 1155 U.N.T.S. 331, Art. 31(1). (RL-0027). C McLachlan, L Shore and M Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (OUP 2007) 181 (RL-0311) (“[e]l claro sentido de esta frase es que las inversiones que serían ilegales en el territorio del Estado receptor no reciben la protección del TBI”); Anthony Aust, *Modern Treaty Law And Practice* 235 (2.ª ed., 2007) (RL-0317) (“Es importante dar a un término su significado corriente, dado que es razonable suponer, al menos hasta que se establezca lo contrario, que es más probable que el significado corriente refleje la intención de las partes”); Paul Reuter, *Introduction to the law of treaties* 74 (2.ª ed., 1989) (RL-0336) (“El propósito de la interpretación es determinar la intención de las partes a partir de un texto... La prevalencia del texto, especialmente en el derecho internacional, es la regla fundamental de la interpretación de cualquier tratado”).

⁶⁴⁴ Newcombe and L. Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment* (2009), págs. 109-112 (RL-0319).

⁶⁴⁵ Villiger, ‘*The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The “Crucible” Intended by the International Law Commission*’, in E. Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention* (2011) 107, pág. 109 (RL-0320).

281. La interpretación de los Demandantes en el caso *RDC c. Guatemala*,⁶⁴⁶ el único tribunal que hasta la fecha se ha referido al Artículo 10.28(g) del DR-CAFTA, parece respaldar la posición de Guatemala. Los Demandantes afirman que el tribunal en *RDC* concluyó que el requisito de “otorgado de conformidad con la legislación interna” del Artículo 10.28(g) del DR-CAFTA no es una característica que la inversión debe tener para calificar como tal, sino una “condición de su validez bajo el derecho interno”.⁶⁴⁷ Para llegar a esta conclusión, el tribunal en *RDC* cita a *Salini*, donde se concluyó que la referencia del TBI a la legislación del Estado receptor se refería “a la validez de la inversión y no a su definición”.⁶⁴⁸ Cabe señalar que el tribunal en *RDC* determinó que “[e]s de esperar que las inversiones realizadas en un país cumplan con los requisitos legales pertinentes”.⁶⁴⁹

282. La referencia de los Demandantes al caso *Achmea c. Eslovaquia* para respaldar su argumento de que una cláusula de legalidad no puede interpretarse en un tratado tampoco es válida.⁶⁵⁰ En primer lugar, *Achmea* (y Bear Creek, que los Demandantes también citan), reflejan una posición minoritaria sobre este tema. En segundo lugar, si bien el tribunal de *Achmea* no interpretó un requisito de legalidad a los efectos de la jurisdicción, sí sostuvo que la ilegalidad aún podría afectar la admisibilidad.⁶⁵¹

283. *En segundo lugar*, Estados Unidos está de acuerdo en que la legislación interna del Estado receptor determina la existencia de una inversión de conformidad con los Artículos 10.28 y 10.14.1 del DR-CAFTA. Se dice que existe una inversión en el presente caso solo si los Demandantes prueban que i) el derecho subyacente se encuentra “protegido por la legislación interna”, de conformidad con el Artículo 10.28(g) y ii) la supuesta inversión está constituida de conformidad con la legislación interna (es decir, la legislación guatemalteca en este caso) como lo exige el Artículo 10.28. Asimismo, Estados Unidos está de acuerdo en que un Estado, de conformidad con el Artículo 10.14, puede exigir explícitamente que “las inversiones alcanzadas se constituyan legalmente con arreglo a las leyes o los reglamentos del” Estado sin incumplir su obligación de trato nacional.

⁶⁴⁶ *Railroad Development Corporation c. República de Guatemala*, (“*RDC v Guatemala*”) Caso CIADI N.º ARB/07/23, Segunda Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción (18 de mayo de 2010), ¶ 140 (RL-0127) (El tribunal sostuvo que “no considera que sea correcto inferir de este hecho que los derechos conferidos bajo otras formas de inversión pueden ser contrarios al derecho [interno].” Observó, más bien, que “[e]s de esperar que las inversiones realizadas en un país cumplan con los requisitos legales pertinentes.”).

⁶⁴⁷ Réplica de los Demandantes, ¶ 329; *RDC c. Guatemala*, Segunda Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción (18 de mayo de 2010), ¶ 140 (RL-0127).

⁶⁴⁸ *RDC c. Guatemala*, Segunda Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, ¶ 140, nota al pie 99 (RL-0127).

⁶⁴⁹ *RDC c. Guatemala*, Segunda Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, ¶ 140 (RL-0127).

⁶⁵⁰ Réplica de los Demandantes, ¶ 327 (En *Achmea*, el tribunal no pudo encontrar referencia alguna a la legislación del Estado receptor en el TBI Holanda-Eslovaquia).

⁶⁵¹ *Achmea B.V. c. República Eslovaca*, Caso CPA N.º 2008-13, Laudo (7 de diciembre de 2012), ¶ 177 (CL-0268) (“Una inversión que satisface los requisitos jurisdiccionales de *ratione materiae* de un TBI aún se le puede negar la protección bajo ese TBI porque, por ejemplo, el inversionista actuó de mala fe al recurrir al fraude o la corrupción para realizar la inversión”).

284. *En tercer lugar*, el requisito de legalidad está implícito en el concepto de inversión, conforme lo explicó Guatemala en su Memorial de Contestación.⁶⁵² En su Réplica, los Demandantes ignoran totalmente este argumento.⁶⁵³ Solo puede suponerse que los Demandantes están implícitamente de acuerdo con Guatemala en este punto. Ello no resulta sorprendente, dado que, en *Plama c. Bulgaria*,⁶⁵⁴ el estudio de abogados que asesora a los Demandantes defendió y argumentó con éxito que, cuando el tratado aplicable no contiene un requisito de legalidad expreso, dicho requisito de legalidad se encuentra implícito. De hecho, en *Plama*, la falta de una disposición “de conformidad con la ley” no impidió que el tribunal analizara la legalidad de la inversión al evaluar la admisibilidad de los reclamos de la parte demandante. Más bien, el tribunal concluyó que “las protecciones sustantivas del TCE no pueden aplicarse a inversiones realizadas en contra de la ley”.⁶⁵⁵

285. Otros casos en los que se infirió el requisito referido al cumplimiento de la legislación interna ante la falta de una disposición del tratado en este sentido, aunque sea en los comentarios no vinculantes u *obiter dicta*, incluyen a *Saur*,⁶⁵⁶ *Phoenix*,⁶⁵⁷ *Jan Oostergetel*⁶⁵⁸ y *AMPAL*.⁶⁵⁹ Además de estos casos, los abogados del mismo estudio que representan a los Demandantes han argumentado que “incluso una interpretación del tratado de inversión conforme a los Artículos 31(1) y 31(3)(c) de la CVDT debería llevar a los tribunales a concluir que existe un requisito de legalidad”.⁶⁶⁰

⁶⁵² Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 195-199.

⁶⁵³ El Memorial de Contestación se refirió a los tribunales de *Fraport c. Filipinas*, *South American Silver c. Bolivia*, *Mamidoil Jetoil c. Albania* y *Plama c. Bulgaria*, que sostuvieron que el requisito de legalidad es un principio general del Derecho independiente de la redacción pertinente del tratado. Ninguno de estos casos fue mencionado en la Réplica de los Demandantes.

⁶⁵⁴ *Plama c. Bulgaria*, Caso CIADI N.º ARB/03/24, *abogados de Bulgaria - White & Case LLP*.

⁶⁵⁵ *Plama c. Bulgaria*, Laudo, ¶ 139 (RL-0140).

⁶⁵⁶ Jarrod Hepburn, *Newly-Released SAUR c. Argentina Decision Touches on Illegality, Test for Expropriation, and Financial “Strangulation” of a Concessionaire*, IA Reporter (14 de junio de 2012) (RL-0321). El tribunal en *SAUR c. Argentina* sostuvo que el requisito de legalidad era inherente a todos los tratados de inversión, independientemente de si contienen o no alguna formulación sobre la legalidad. El tribunal también señaló que “el principio de legalidad y buena fe existe independientemente de si el tratado lo expresa en términos explícitos o no”.

⁶⁵⁷ *Phoenix Action Ltd. c. República Checa*, Caso CIADI N.º ARB/06/5, Laudo (15 de abril de 2009), ¶ 101 (RL-0135). El tribunal en *Phoenix Action* concluyó que “no puede considerarse que los Estados ofrecen acceso al mecanismo de solución de controversias del CIADI en relación con inversiones realizadas en violación de sus leyes”. Según el tribunal, “esta condición—el cumplimiento de la radicación de la inversión con las leyes internas—está implícita incluso cuando el TBI pertinente no lo establezca expresamente”.

⁶⁵⁸ *Minnotte and Lewis c. Polonia*, Caso CIADI N.º ARB/10/1, Laudo (16 de mayo de 2014), ¶ 131 (RL-0136). En *Minnotte*, el tribunal determinó que “[...] ahora se acepta ampliamente que las inversiones realizadas sobre la base de una conducta fraudulenta no pueden beneficiarse de la protección del TBI; y este principio es independiente de las consecuencias de cualquier requisito expreso de un TBI en el sentido de que la inversión debe realizarse de acuerdo con la legislación del Estado receptor”.

⁶⁵⁹ *AMPAL-American Israel Corp., y otros c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N.º ARB/12/11, Decisión sobre Jurisdicción (1 de febrero de 2016), ¶ 301 (RL-0322). Según el tribunal de Ampal “[e]s principio bien establecido del derecho internacional que un tribunal constituido sobre la base de un tratado de inversión no tiene jurisdicción sobre la inversión de un demandante que se realizó ilegalmente en violación de las leyes y la normativa del Estado Contratante.”

⁶⁶⁰ Carolyn B. Lamm, E. Hellbeck, M. Khan, *Pleading and Proof of Fraud and Comparable Forms of Abuse in Treaty Arbitration*, pág. 561, *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges* (Van den Berg ed., 2015) (RL-0316).

286. En general, las inversiones que se realizan y operan en violación de las leyes del Estado receptor no reúnen los requisitos para ser consideradas inversiones en virtud de un tratado. Los tribunales han establecido que el requisito de cumplimiento con el derecho interno puede y debe suponerse ante la falta de una disposición de un tratado en ese sentido, sobre la base de numerosos y diversos motivos.⁶⁶¹ Un enfoque alternativo consistiría en aceptar que el tribunal tiene jurisdicción sobre la inversión, pero negarle al inversor los beneficios de las protecciones sustantivas previstas en el tratado de inversión.⁶⁶²
287. *Finalmente*, además del Tratado, este Tribunal también debe recurrir a las leyes del Estado receptor a fin de determinar la existencia de un requisito de legalidad. En virtud de la LIE de Guatemala, el requisito de legalidad es explícito en cuanto a la noción de inversión, la cual se define como “*cualquier actividad destinada a la producción, intermediación o transformación de bienes así como la prestación e intermediación de servicios mediante toda clase de bienes o derechos, siempre que ésta se haya efectuado de conformidad con las leyes y reglamentos respectivos*”.
288. En la Réplica, los Demandantes restan importancia al rol de la LIE al sostener que la LIE no puede constituir un obstáculo a la jurisdicción del tribunal, “ya que los Demandantes se respaldan exclusivamente en el DR-CAFTA como fundamento de la jurisdicción del Tribunal”.⁶⁶³ Los Demandantes ignoran el hecho de que el consentimiento de Guatemala se limita a las controversias relativas a inversiones realizadas de acuerdo con las leyes y normas internas.⁶⁶⁴
289. La objeción de los Demandantes respecto de la inaplicabilidad del derecho fundamental de Guatemala sobre la regulación de la inversión extranjera es contraria a la lógica. Todos los estados tienen un interés primario en garantizar el respeto de sus leyes y, tal como sostuvo el tribunal de *Anderson c. Costa Rica*, este requisito constituye un objetivo “crucial” para “el bienestar público y el bienestar económico de cualquier país”.⁶⁶⁵ Por estos motivos y sobre la base de la jurisprudencia que se indica a continuación, el Tribunal no puede dar por descontado el rol —ni la importancia fundamental— de la LIE de Guatemala en la evaluación de los reclamos

⁶⁶¹ *Jan Oostergetel y Theodora Laurentius c. República Eslovaca*, CNUDMI, Laudo Final (23 de abril de 2012), ¶¶ 178, 184 (RL-0195); *RDC c. Guatemala*, Segunda Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción (18 de mayo de 2010), ¶ 140 (RL-0020); Campbell McLachlan, Laurence Shore & Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (2da. ed., Oxford 2007) págs. 217 – 263 (RL-0311).

⁶⁶² *Yukos Universal Ltd c Rusia*, CNUDMI, Caso CPA N.º 2005-04/AA227, Laudo Final, ¶¶ 1349–53 (CL-0180).

⁶⁶³ Réplica de los Demandantes, ¶ 979.

⁶⁶⁴ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 183-187.

⁶⁶⁵ *Ross Anderson y otros c. República de Costa Rica*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/07/3, Laudo (19 de mayo de 2010), ¶ 53 (RL-0153) (“La garantía de legalidad con respecto a la inversión tiene consecuencias importantes, de hecho cruciales, para el bienestar público y el bienestar económico de cualquier país”).

de los Demandantes en virtud del Demandantes.⁶⁶⁶

290. La afirmación de que los nacionales extranjeros se encuentran sujetos a las leyes internas del Estado receptor en cuyo territorio se encuentran presentes es un truismo.⁶⁶⁷ Según la Convención de Montevideo sobre Derechos y Deberes de los Estados, “[l]a jurisdicción de los Estados en los límites del territorio nacional se aplica a todos los habitantes”.⁶⁶⁸ Esto es reflejo del principio de soberanía territorial de los Estados y la consecuente jurisdicción exclusiva que tienen en sus propios territorios,⁶⁶⁹ en particular, el derecho a regular y elegir su propio sistema político, social y económico.⁶⁷⁰ Tal como se señaló en el caso Lotus, “las restricciones a la independencia de los Estados no puede [...] presumirse” y, por otra parte, los Estados gozan de facultades discrecionales amplias respecto de su jurisdicción territorial y la aplicación de las leyes con los títulos basados en su soberanía.⁶⁷¹

291. Asimismo, la firma de acuerdos internacionales que otorgan derechos a los ciudadanos de terceros países no puede ni debe verse como una violación del derecho del Estado a regular las actividades de los ciudadanos extranjeros en su territorio, o a exigirles que cumplan con su legislación interna. Una cancelación de esa índole representaría un límite sustancial a la soberanía del Estado receptor y, por ende, requeriría una disposición clara en este sentido.

292. Los casos recientes insisten en que el cumplimiento de las leyes de los Estados receptores es una obligación fundamental de todo inversor extranjero. En *Kardassopoulos c. Georgia*, el tribunal consideró que está “firmemente establecido que existen disposiciones de acuerdos internacionales a las que sólo puede dárseles significado por referencia al derecho local”.⁶⁷² El tribunal de *Total c. Argentina* señaló que las leyes del Estado receptor “no se limitan a establecer las circunstancias fácticas” y “[e]l contenido y el alcance de los derechos

⁶⁶⁶ Ch. Schreuer, *Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration*, McGill Journal of Dispute Resolution (2014) (RL-0323). Según Schreuer, algunas cuestiones que tienen relación con la jurisdicción, como la legalidad de la inversión, la nacionalidad del inversor y la existencia de derechos de propiedad, se rigen según el derecho nacional. En este sentido, puso énfasis en que la exclusión del derecho nacional, en particular, el derecho del estado receptor, por medio de una disposición de alcance reducido sobre el derecho aplicable, es inviable.

⁶⁶⁷ James Crawford, *Brownlie's Principles of International Law*, 611 (8va ed., Oxford 2012). (RL-0324).

⁶⁶⁸ Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados, 26 de diciembre de 1993, 165 L.N.T.S. 19, Artículo 9 (RL-0325). Ver, en el mismo sentido, Art. 2(2) de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, Res. 29/3281 de la Asamblea General (1974) (RL-0326).

⁶⁶⁹ *Caso de la Isla de las Palmas (Países Bajos c. EE. UU.)*, CPA, Laudo (4 de abril de 1928), 2 UNRIAA 829, 838 (RL-0327).

⁶⁷⁰ Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y la Cooperación entre Estados, Res. 2625(XXV) de la Asamblea General (1970) (RL-0328). Ver también *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. EE. UU.)*, Fondo, Sentencia (27 de junio de 1986), Informes CIJ 1986, pág. 131 (RL-0329).

⁶⁷¹ *S.S. Lotus (Francia c. Turquía)*, CPJI, Serie A, N.º 10, Sentencia (7 de septiembre de 1927), pág. 18–19 (RL-0330).

⁶⁷² *Ioannis Kardassopoulos c. Georgia*, Caso CIADI N.º ARB/05/18, Decisión sobre Jurisdicción (6 de julio de 2007), ¶ 145 (RL-0331)

económicos de [la demandante] [...] deben ser determinados por el Tribunal sobre la base de los principios legales y las disposiciones de [la demandada]”.⁶⁷³ El tribunal de *AAPL c. Sri Lanka* también sostuvo que “el TBI no es un sistema jurídico cerrado y autónomo que se limita a prever las normas sustantivas primordiales de aplicabilidad directa”, sino que debe “enmarcarse en un contexto jurídico más amplio en el que las normas de otras fuentes se integren mediante métodos de inclusión implícita o mediante la referencia directa a determinadas normas complementarias, sean de derecho internacional o de derecho interno”.⁶⁷⁴

293. Las conclusiones precedentes son pertinentes para el presente caso. De conformidad con el Tratado, el derecho internacional y la LIE, existe una condición explícita según la cual el derecho a invertir y operar en el territorio de un Estado exige el cumplimiento de las leyes internas por parte del inversor; en este caso, las leyes de Guatemala. La conducta ilícita de los Demandantes, según se detalla en el Memorial de Contestación⁶⁷⁵ y en los hechos enunciados previamente,⁶⁷⁶ incluye violaciones del derecho guatemalteco, así como declaraciones fraudulentas en violación del orden público internacional.

2) La conducta ilegal de los Demandantes tuvo lugar tanto en el comienzo como durante la operación de la inversión.

294. El principal argumento de los Demandantes consiste en que el requisito de legalidad se aplica únicamente al establecimiento de la inversión, y no a cualquier violación del derecho del Estado receptor luego de realizada la inversión.⁶⁷⁷ Sostienen que su inversión fue establecida el 19 de junio de 2009, cuando se produjo la compra inicial de acciones en Exmingua,⁶⁷⁸ y argumentan que Guatemala no puede hacer referencia a ilegalidades posteriores a esa fecha. La postura de los Demandantes es incorrecta.

295. *En primer lugar*, la legalidad no puede determinarse por referencia exclusiva a la compra inicial de acciones de Exmingua en 2009. La inversión de los Demandantes no se limita a las acciones, tal como ellos mismos admiten en los daños que reclaman. Sus reclamos se extienden a los activos de Exmingua, incluidos los derechos mineros, y, por ello, la operación minera debe ser considerada en su totalidad.⁶⁷⁹ Por lo tanto, el punto

⁶⁷³ *Total S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/04/01, Decisión sobre Fondo (27 de diciembre de 2010), ¶ 39 (RL-0312); ver también *El Paso Energy Int’l Co. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/15, Laudo (31 de octubre de 2011) ¶ 135 (CL-0047) (“[E]l hecho de que el TBI y el derecho internacional rijan la cuestión de la responsabilidad de la Argentina por la violación del tratado no implica que el derecho interno de la Argentina no tenga un papel que jugar también. [...] Por consiguiente, a fin de determinar qué derechos le reconoció la Argentina a la Demandante en carácter de inversor extranjero, es necesario recurrir al derecho argentino”).

⁶⁷⁴ *Asian Agricultural Products Ltd. c. República de Sri Lanka*, Caso CIADI N.º ARB/87/3, Laudo Final (27 de junio de 1990), ¶ 21 (CL-0254).

⁶⁷⁵ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 208-219.

⁶⁷⁶ *Supra*, Sección II.

⁶⁷⁷ Réplica de los Demandantes, ¶ 324.

⁶⁷⁸ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 331-334.

⁶⁷⁹ Audiencia de objeciones preliminares, 16 de diciembre de 2019, p. 80, ¶¶ 17-22 (Explicamos claramente el hecho de que

de la adquisición no se dio en un único hecho, en 2009, con la compra de las acciones, sino que incluye cada instancia desde ese momento hasta que los Demandantes adquirieron por completo las operaciones mineras. Esto incluiría todos los permisos requeridos a fin de operar la mina, incluidas las licencias necesarias de explotación y construcción. Sin la licencia de construcción, por ejemplo, el componente clave de la mina, que es la planta procesadora y la infraestructura relacionada, tendría un impacto sobre la adquisición de las operaciones mineras. El hecho de que los Demandantes no hayan obtenido una licencia de construcción para el sitio de la mina, incluidas las declaraciones falsas realizadas para obtener sus permisos de explotación y ambiental, constituye una ilegalidad cometida al establecer la inversión.

296. En este sentido, Guatemala llama la atención sobre el caso *Mamidoil c. Albania*,⁶⁸⁰ en el cual la demandada solicitó que se desestimaran los reclamos dado que la demandante no obtuvo la licencia de construcción requerida. En respuesta, la demandante intentó distinguir su inversión aduciendo que únicamente estaba compuesta por acciones en una subsidiaria local, un contrato de locación y una terminal petrolera, e insistió en que la demandada no había impugnado la legalidad de las acciones ni de la locación.⁶⁸¹

297. Albania había argumentado que “las partes compuestas de la inversión forman un todo y deben considerarse juntas”.⁶⁸² El tribunal coincidió con Albania y concluyó que “los tres elementos considerados precedentemente conforman una unidad”.⁶⁸³ El tribunal destacó que “asimismo, la naturaleza y el destino de la inversión relativa a la construcción y la operación de la terminal petrolera se extiende automáticamente a todos los demás componentes. El contrato de locación sin instalaciones de almacenamiento no tiene un sentido económico [...] la subsidiaria totalmente controlada también se encuentra sujeta a la construcción y la operación de la terminal petrolera”.⁶⁸⁴ El tribunal resaltó que la ilegalidad de un componente hace que toda la inversión sea ilegal.⁶⁸⁵

298. Existe jurisprudencia constante que demuestra que los tribunales, al examinar la existencia de una inversión a los fines de la jurisdicción, miran más allá de la transacción específica y evalúan la operación en general.⁶⁸⁶

teníamos una inversión protegida. La inversión es Exmingua. Las inversiones se definen como una empresa. Son también definido como acciones. También se definen como intereses en una empresa. Entonces, todas esas son nuestras inversiones.); Notificación de disputa, p.2, Notificación de arbitraje, ¶ 46.

⁶⁸⁰ *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. c. Albania*, Caso CIADI N. ARB/11/24 (RL-0141).

⁶⁸¹ *Mamidoil. c. Albania*, Laudo, ¶ 363 (RL-0141).

⁶⁸² *Mamidoil c. Albania*, Laudo, ¶ 364 (RL-0141).

⁶⁸³ *Mamidoil c. Albania*, Laudo, ¶ 366 (RL-0141).

⁶⁸⁴ *Mamidoil c. Albania*, Laudo, ¶ 367 (RL-0141).

⁶⁸⁵ *Mamidoil c. Albania*, Laudo, ¶¶ 369 (RL-0141) (“El Tribunal considera que los componentes de la inversión forman un todo indivisible y que la determinación de la legalidad de la construcción y/u operación de la terminal petrolera afectaría su totalidad”).

⁶⁸⁶ *PSEG c. Turquía*, Caso CIADI N.º ARB/02/5, Decisión sobre Jurisdicción (4 de junio de 2004), ¶¶ 106–124 (RL-0332); *Joy Mining Machinery Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N.º ARB/03/11, Laudo (6 de agosto de 2004), ¶ 54 (RL-0333); *Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo*, Caso CIADI N.º ARB/99/7, Decisión sobre Anulación, (1 de noviembre de 2006), ¶ 38 (RL-0334).

Por ende, los tribunales se han negado a diseccionar las inversiones en los pasos individuales que adoptan los inversores, incluso si esos pasos eran identificables como transacciones legales independientes. En su lugar, los tribunales observan la operación completa orientada hacia la meta económica general de la inversión.⁶⁸⁷

299. *En segundo lugar*, la ilegalidad puede producirse en cualquier momento, incluso luego de que se hayan adoptado ciertas medidas en el proceso de establecimiento de la inversión.⁶⁸⁸ Por lo tanto, incluso si no se considera que los actos de los Demandantes contaminan la adquisición de la inversión, no hay duda de que se trata de cuestiones que afectaron la operación de la inversión. Los Demandantes cometieron una serie de ilegalidades que también tuvieron un impacto sobre la operación de la inversión —en este caso, la operación minera en su totalidad— al ignorar órdenes judiciales⁶⁸⁹ y violar sus obligaciones de cumplir con medidas de mitigación ambiental.⁶⁹⁰ La operación de la inversión que llevaron adelante los Demandantes en violación de las leyes internacionales y guatemaltecas genera que el tribunal no tenga jurisdicción sobre los reclamos.

300. En línea con la decisión de *Mamidoil*, un socio del estudio jurídico que representa a los Demandantes ha señalado que no es necesario que la ilegalidad se produzca al realizar una inversión y añadió que la ilegalidad en el cumplimiento o la implementación no puede ignorarse. Esto tiene sentido, ya que ignorar una ilegalidad en la realización de la inversión constituiría una afrenta contra la soberanía del Estado receptor, considerando que los Estados tienen un interés significativo en que las inversiones sean operadas de manera legal dentro de sus territorios.⁶⁹¹

301. En el presente caso, la ley de inversión extranjera de Guatemala refleja la falta de requisitos temporales que los Demandantes están intentando imponer. Tal como se explicó previamente, en virtud del derecho de Guatemala, toda actividad de inversión se encuentra protegida de conformidad con la LIE siempre que “ésta se haya *efectuado* de conformidad con las leyes y reglamentos respectivos.”⁶⁹² Este requisito de legalidad se aplica tanto a las inversiones como a las actividades asociadas con la operación e implementación de dichas inversiones, lo cual significa que no resulta aplicable ninguna limitación temporal.

⁶⁸⁷ *Mamidoil c. Albania*, Laudo, ¶ 367 (RL-0141).

⁶⁸⁸ Carolyn B. Lamm, E. Hellbeck; M. Khan, *Pleading and Proof of Fraud and Comparable Forms of Abuse in Treaty Arbitration*, Legitimacy: Myths, Realities, Challenges (Van den Berg (ed.), (2015), pág. 560 (RL-0316). Según explicó C. Lamm, “difícilmente se oiga de un inversor que alegue tener un derecho a operar su inversión contrario a las leyes del Estado receptor o basado en una declaración falsa y que solicite la asistencia de un tribunal internacional.”

⁶⁸⁹ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 216.

⁶⁹⁰ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 766-769.

⁶⁹¹ C.B. Lamm, E. Hellbeck; M. Khan, *Pleading and Proof of Fraud and Comparable Forms of Abuse in Treaty Arbitration*, Legitimacy: Myths, Realities, Challenges (Van den Berg (ed.), (2015), pág. 560 (RL-0316).

⁶⁹² Ley de Inversión Extranjera de Guatemala, Artículo 1, Decreto N.º 9-98, 1998 (RL-0134). El Artículo 1 de la Ley de Inversión Extranjera de Guatemala establece expresamente que las actividades relativas a inversiones deben efectuarse “de conformidad con las leyes y reglamentos respectivos”.

3) Guatemala ha corroborado sus alegaciones de ilegalidad

302. Las actividades ilícitas de los Demandantes en relación con la mina entran en el ámbito del requisito de legalidad ya que no son triviales, incumplen el régimen de inversión extranjera de Guatemala e involucran fraude y declaraciones falsas. Por los motivos que se describen a continuación, el Tribunal debe negarse a ejercer su jurisdicción.

e. Los Demandantes no obtuvieron un permiso válido de construcción

303. Exmingua llevó a cabo las obras de infraestructura de la mina sin una licencia válida de construcción, tal como lo exige el Derecho de Guatemala. Los Demandantes hacen referencia a la certificación del acta de la Secretaría Municipal de la Municipalidad de San Pedro Ayampuc N.º 45-2011⁶⁹³ (la “Certificación”) como si se tratara de un permiso de construcción, pero esto es engañoso y, ciertamente, no es suficiente para respaldar la afirmación de que contaban con una licencia de construcción municipal válida. La Certificación tiene por único objetivo certificar la existencia de un documento que no existe. Tal como se explicó previamente, no hay un permiso de construcción.⁶⁹⁴ Además, existen numerosos indicios que sugieren que la Certificación era falsa.

304. En su Réplica, los Demandantes sostienen que el argumento de Guatemala relativo a la falta de una licencia de construcción carece de fundamento, con lo cual intentan socavar las conclusiones y decisiones pertinentes de los órganos judiciales y municipales de Guatemala.⁶⁹⁵ Por otra parte, los Demandantes citan al informe técnico del MARN según el cual Exmingua contaba con una “[l]icencia de construcción otorgada por las municipalidades de San Pedro Ayampuc y San José del Golfo”⁶⁹⁶ y afirmaron que, durante la fase de construcción, ni el alcalde ni ningún funcionario de la municipalidad cuestionaron en ningún momento la existencia de la licencia de construcción.⁶⁹⁷ Estas afirmaciones no desmienten la posición de Guatemala.

305. *En primer lugar*, el ataque *post hoc* de los Demandantes a los procedimientos judiciales y la determinación del tribunal sobre la falta de una licencia de construcción válida como arbitraria, discriminatoria o ilegal se contradice con el expediente de esos procedimientos. Incluso ahora, los Demandantes no basan ninguna de sus reclamaciones en la conducta de las autoridades municipales o del tribunal en esos procedimientos con respecto al tema de la licencia de construcción. Además, el hecho de que el MARN reconociera la existencia de un permiso no da fe de la validez del documento.

⁶⁹³ Acta de Sesión Municipal de San Pedro Ayampuc del 15 de noviembre de 2011 (C-0092).

⁶⁹⁴ *Supra*, Sección II.

⁶⁹⁵ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 342-346.

⁶⁹⁶ Informe Técnico del MARN del 23-27 de febrero de 2015, págs. 7, 63 (R-0105).

⁶⁹⁷ Réplica de los Demandantes, ¶ 343.

306. En segundo lugar, esta situación refleja los hechos y argumentos realizados en el caso de *Mamidoil*. En ese caso, la demandante nunca obtuvo un permiso de construcción válido, sino que confió en una garantía dada por el gobierno en forma de carta de que podría continuar con su proyecto.⁶⁹⁸ Asimismo, Mamidoil argumentó que la “[d]emandada nunca impugnó la legalidad de la construcción, nunca impuso sanciones” y que “estos hechos constituyen un reconocimiento implícito de la legalidad de la inversión”.⁶⁹⁹ La demandante presentó diversas noticias, inspecciones e informes de auditoría, en los que se hacía referencia al permiso de construcción como si hubiese sido emitido.⁷⁰⁰ Con respecto a esas alegaciones, el tribunal señaló lo siguiente:

“[I]as diferentes alegaciones no se relacionan con los permisos de construcción ni tiene relevancia respecto de ellos. No se comparte la apreciación de los hechos de la Demandante. En cuanto a la actitud general de la Demandada, es cierto que nunca impuso sanciones ni ordenó la destrucción de la terminal petrolera, tal como establecía la ley. No obstante, la decisión de no imponer sanciones no debe confundirse con la emisión implícita de un permiso”.⁷⁰¹

307. Como se refleja en *Mamidoil*, el hecho que el Estado no sancione a la parte por incumplimiento no vicia los requisitos legales establecidos por la ley. El tribunal observó que la "inversión puede estar ... contaminada por la ilegalidad cuando el inversionista viola las normas y reglamentos procesales para establecer su inversión". Los hechos en este caso son aún más convincentes.

308. Guatemala, a diferencia de Albania, nunca dio garantías afirmativas de que los Demandantes pudieran continuar con su Proyecto sin una licencia de construcción. Por el contrario, el tribunal de Guatemala resolvió definitivamente que no existía ningún permiso de construcción. Sin embargo, los Demandantes continuaron construyendo⁷⁰² y nunca presentaron una nueva solicitud para obtener un permiso de construcción después que se dictó la sentencia del tribunal. Los Demandantes se continúan confiando en la Certificación, que un tribunal de Guatemala ya ha determinado que no constituye una licencia de construcción válida. A la luz de esto, los Demandantes continúan sosteniendo que tienen un permiso, pero aún no han presentado una copia válida del mismo.

309. Bin Cheng, al referirse a los casos de *Canal de Corfú*, *Kling y Melczer Mining Co.*, señaló que “[I]a ausencia de pruebas que refuten es una consideración esencial en la admisión de la prueba *prima facie*. Cuando la parte contraria puede producir con facilidad prueba que la contrarreste, la omisión de la producción puede tenerse en cuenta al considerar las pruebas [...]”.⁷⁰³ En esos contextos, “[I]a situación, según sea determinada por la

⁶⁹⁸ *Mamidoil c. Albania*, Laudo ¶ 103(c) (RL-0141).

⁶⁹⁹ *Mamidoil c. Albania*, Laudo, ¶ 415 (RL-0141).

⁷⁰⁰ *Mamidoil c. Albania*, Laudo, ¶ 415 (RL-0141).

⁷⁰¹ *Mamidoil c. Albania*, Laudo, ¶ 416 (RL-0141).

⁷⁰² Gonzalez, ¶ 21.

⁷⁰³ Bin Cheng, *General principles of law as applied by international courts and tribunals*, 323-324 (1953) (CL-0218).

prueba *prima facie*, junto con la presunción adversa que surge de la falta de producción de la prueba en contra disponible, es, por ende, suficiente para generar una convicción moral sobre la veracidad de una alegación”.⁷⁰⁴ Otros tribunales también han aplicado principios de traslado de la carga de la prueba en ese contexto.⁷⁰⁵

310. Incluso si el tribunal considera que la Certificación constituye una licencia de construcción válida, lo cual llegaría a contradecir el Juzgado Tercero de Primera Instancia Civil, esta presenta todos los indicios de ser falsa. Como se describió anteriormente en la Sección II(A(3)), hay una serie de problemas con la Certificación. Entre otras cosas, la Certificación se refiere a actas que no existen en los libros oficiales de la municipalidad. La municipalidad ha confirmado que “[d]entro de los archivos de la Secretaría Municipal de la Municipalidad de San Pedro Ayampuc, departamento de Guatemala, no aparece expediente del otorgamiento de Licencia de Construcción a Exploraciones Mineras de Guatemala, Sociedad Anónima”.⁷⁰⁶ También cabe destacar que el documento no fue firmado por la secretaria municipal y que el exalcalde negó haber aprobado el permiso de construcción.

311. La invocación del recibo por parte de los Demandantes también es poco convincente.⁷⁰⁷ El pago fue realizado más de un mes después, a pesar de que la Certificación afirma que el pago fue efectuado en noviembre de 2011.⁷⁰⁸ En cualquier caso, el pago de un permiso de construcción no demuestra por sí mismo la existencia de una licencia de construcción válida.

312. En consecuencia, la operación de la mina por parte de los Demandantes sin una licencia válida de construcción y la declaración falsa según la cual contaban con un permiso de construcción, a pesar de que dicho permiso no existe, no deja otra opción que concluir que la operación se llevó a cabo de manera ilegal y que, incluso cuando el juzgado guatemalteco les ordenó que suspendieran las obras, siguieron adelante desafiando así por completo a la ley. El Tribunal debe concluir que las actividades ilícitas de los Demandantes al establecer y operar la mina generan una falta de jurisdicción. Aun si el Tribunal determina que existe jurisdicción, los reclamos siguen siendo inadmisibles.

⁷⁰⁴ Bin Cheng, *General principles of law as applied by international courts and tribunals*, 325 (1953) (CL-0218).

⁷⁰⁵ *Methanex Corp c. EE.UU.*, CNUDMI, Laudo Final, ¶ 55, (“Cuando Estados Unidos presentó pruebas *prima facie* de que Methanex había actuado de manera ilícita, sino criminal, la carga de la prueba [...] se trasladó a Methanex”) (RL-0227); *Fraport AG Frankfurt Airport c. República de Filipinas*, Caso CIADI N.º ARB 11/12 Laudo, ¶ 99 (si una parte demandada “produce pruebas suficientes para presentar un caso *prima facie*”, entonces la “demandante debe producir pruebas que lo refuten”) (RL-0150).

⁷⁰⁶ Informe de la Municipalidad de San Pedro Ayampuc (R-0116).

⁷⁰⁷ Recibo del 21 de diciembre de 2011 (C-0093).

⁷⁰⁸ Comparar la Certificación (C-0092) con el Recibo del 21 de diciembre de 2011 (C-0093).

f. Los Demandantes llevaron adelante su inversión en violación de las leyes ambientales de Guatemala

313. Como se mencionó anteriormente, un inversionista que proporciona información engañosa para obtener una decisión favorable de una autoridad gubernamental, ha incurrido en tergiversación fraudulenta. En términos generales, los elementos del fraude incluyen (i) la tergiversación de un hecho material, (ii) el desprecio imprudente de la verdad y (iii) la confianza implícita o explícita del Estado receptor en ese hecho.⁷⁰⁹ Como lo señalaron los tribunales del CIADI, con respecto a las alegaciones de fraude, no se requieren motivos e intenciones⁷¹⁰ y un demandante debe cumplir con el requisito de legalidad “independientemente de su conocimiento de la ley o su intención de seguir la ley”.⁷¹¹ Además, la tergiversación fraudulenta es un acto unilateral, es decir, los actos u omisiones de una de las partes son suficientes para establecer el fraude a los efectos de determinar si el tribunal tiene jurisdicción sobre el caso o si las reclamaciones de la demandante son admisibles.⁷¹²

314. En el contexto del CIADI, los tribunales arbitrales tienen considerable discreción sobre cuestiones probatorias y los tribunales han aplicado el estándar ordinario de preponderancia de pruebas con alegaciones de fraude y tergiversación.⁷¹³ En particular, para determinar el fraude y la tergiversación, los tribunales utilizan el estándar de “equilibrio de probabilidades”, que requiere demostrar que es más probable que una acusación sea cierta

⁷⁰⁹ A. Llamzon y A. Sinclair, *Investor Wrongdoing in Investment Arbitration: Standards Governing Issues of Corruption, Fraud, Misrepresentation and Other Investor Misconduct*, en Albert Jan Van den Berg (ed), *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges*, ICCA Congress Series, Vol. 18. pág. 527. (RL-0355); *Vease tambien*, Carolyn B. Lamm, E. Hellbeck; M. Khan, *Pleading and Proof of Fraud and Comparable Forms of Abuse in Treaty Arbitration*, *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges* 560 (Van den Berg ed., 2015) (RL-0316) (definir el fraude como “una tergiversación consciente de la verdad de un hecho material para inducir a otro a actuar de una manera que sea perjudicial para sus intereses”).

⁷¹⁰ *Churchill Mining and Planet Mining Pty Ltd c. República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/12/14 and 12/40, Laudo, 6 de diciembre de 2016, ¶¶ 243-244 (RL-0151); *Ver Tambien* Carolyn B. Lamm, E. Hellbeck; M. Khan, *Pleading and Proof of Fraud and Comparable Forms of Abuse in Treaty Arbitration*, *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges* 560 (Van den Berg ed., 2015), pág. 558 (RL-0316).

⁷¹¹ *Anderson c. Costa Rica* Caso CIADI Nro. ARB(AF)/07/3, Laudo, (19 de mayo de 2010) ¶ 52. (RL-0153).

⁷¹² *Jan de Nul N.V. y col. contra la República Árabe de Egipto*, Caso CIADI Nro. ARB / 04/13, Laudo (6 de noviembre de 20) ¶¶ 75, 76, 112. (RL-0143).

⁷¹³ *The Rompetrol Group N.V. c. Romania*, Caso CIADI No. ARB/06/3, Laudo (6 de mayo de 2013) ¶ 183 (CL-0211); *Desert Line c. Yemen*, Caso CIADI No. ARB/05/17, Laudo (6 de febrero de 2008) ¶ 129 (CL-0216); *Libananco Holdings Co. Limited c. Turquía*, Caso CIADI No. ARB/06/8, Laudo, 2 de septiembre de 2011, ¶ 125 (RL-0353).

que no.⁷¹⁴ Los tribunales de *Inceysa*⁷¹⁵ y *Plama*⁷¹⁶, que desestimaron los casos debido a una tergiversación, se han basado en una evaluación general y ponderación de pruebas objetivas contemporáneas, más que en un estándar de prueba particular. Aquí, el Tribunal debe seguir los pasos de estos tribunales y aplicar una preponderancia del estándar probatorio.

315. En el EIA, los Demandantes hicieron una serie de representaciones a MARN y las comunidades aledañas al Proyecto sobre los impactos del mismo, incluido que el Proyecto se desarrollaba utilizando los estándares más altos a nivel internacional y nacional.⁷¹⁷ Esto resultó falso. Teniendo en cuenta la experiencia que los Demandantes y sus consultores ambientales afirman tener,⁷¹⁸ los Demandantes deberían haber sabido que el EIA no se llevó a cabo de acuerdo con las mejores prácticas.⁷¹⁹ En particular, que hubo omisiones y deficiencias en los datos de la línea de base que significaron que los efectos predictivos del Proyecto no pudieron ser identificados o mitigados con precisión.⁷²⁰ Por lo tanto, las conclusiones presentadas con respecto a muchos de los aspectos físicos y biológicos de los proyectos carecían de datos sólidos.⁷²¹ Esto también significaba que, en ausencia de datos reales, cualquier plan de gestión no era más que una suposición.⁷²² En esencia, los Demandantes tergiversaron o omitieron imprudentemente datos y hechos importantes que afectarían las conclusiones y los planes de gestión presentados en el EIA.

316. Como consecuencia, el acto de los Demandantes de proporcionar datos incompletos y, por lo tanto, conclusiones engañosas al MARN con el fin de obtener la aprobación ambiental para el proyecto es nada menos que una tergiversación fraudulenta. El MARN aprobó el proyecto y emitió permisos ambientales basándose en las conclusiones de los Demandantes sobre impactos y medidas de mitigación. Por lo tanto, el EIA ocultó los verdaderos impactos del Proyecto porque las conclusiones a las que se llegó no se basaron en

⁷¹⁴ A. Llamzon y A. Sinclair, *Investor Wrongdoing*, p. 490-491 (RL-0355); *Vease también, Tokios Tokelos c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/02/18, Laudo (26 de julio de 2007) ¶ 124 (CL-0274); (refiriéndose a “el estándar habitual, que requiere que la parte que hace una afirmación persuada al tomador de decisiones de que es más probable que no sea cierto”) *Rompetrol c. Romania*, Laudo ¶ 183 (refiriéndose a “la regla normal del” equilibrio de probabilidades”) ¶ 178 (CL-0211). (“el estándar de prueba es relativo”, lo que significa que “si una proposición ha sido probada de hecho por la parte que tiene la carga de probarla depende no solo de su propia evidencia sino de la evaluación general de la evidencia acumulada presentada por uno o ambas partes...”.)

⁷¹⁵ *Inceysa c. El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo, (2 de agosto 2006) ¶ 105 (RL-0147). (El tribunal concluyó que se habían producido tergiversaciones fraudulentas con respecto a la información financiera del inversionista después de una comparación entre los estados financieros del inversionista presentados de conformidad con la oferta y los presentados para los mismos años fiscales con el Registro Mercantil de España).

⁷¹⁶ *Plama c. Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo, ¶ 128 (RL-0140).

⁷¹⁷ EIA, pág. 59 (C-0082).

⁷¹⁸ Kappes II ¶¶ 5-12; Replica de los Demandantes, ¶¶ 63, 67-68 (describiendo las credenciales de GSM).

⁷¹⁹ Segundo Informe SLR, ¶¶ 143-153.

⁷²⁰ Segundo Informe SLR, ¶¶ 143, 156 (d).

⁷²¹ Segundo Informe SLR, ¶¶ 156 (d-e).

⁷²² Segundo Informe SLR, ¶¶ 156 (a-h).

datos sólidos.⁷²³ Teniendo en cuenta la falta de estudios de referencia adecuados, no existe la posibilidad de que los Demandantes tengan alguna base para creer que conocían el alcance de los impactos, especialmente con respecto a la disponibilidad de agua, la cantidad de agua y el impacto en las fuentes de agua de la comunidad. Por lo tanto, los Demandantes actuaron con imprudente desprecio por la verdad al presentar el EIA para su aprobación.

317. Además, el Dr. Moran y el Dr. Robinson, los peritos internacionales que revisaron el EIA por separado, consideraron que el EIA contenía información engañosa y datos defectuosos o ausentes, carecía de importantes estudios sobre aguas subterráneas y de superficie y tergiversaba los efectos ambientales negativos del Proyecto.⁷²⁴ Si bien los Demandantes se concentraron en atacar la credibilidad de Moran y Robinson por el hecho de que fueron contratados por ONG,⁷²⁵ nunca antes impugnaron sus conclusiones a pesar de haber tenido mucho tiempo para hacerlo. Los expertos de Guatemala concuerdan con esas conclusiones.

318. Adicionalmente, una vez que se obtuvo el permiso, los Demandantes procedieron a violar la ley de Guatemala al no cumplir con la obligación establecida en el EIA.⁷²⁶ Los Demandantes no niegan estos incumplimientos.⁷²⁷ En cambio, intentan restarles importancia como parte de un proceso continuo con MEM o MARN.⁷²⁸ No hay base para esto. El MARN inició un proceso que se encuentra actualmente en curso con respecto a estos incumplimientos.⁷²⁹ Y muchas de esas violaciones continúan existiendo hasta el día de hoy,⁷³⁰ lo que demuestra aún más el desprecio de los Demandantes por el medio ambiente, las comunidades circundantes y el estado de derecho.

319. No debería permitirse a los Demandantes que soliciten reparación mediante reclamos que surgen de su propia conducta ilegal. En consecuencia, el tribunal carece de jurisdicción sobre los reclamos. E incluso si el Tribunal determina que hay jurisdicción (que no debería), las reclamaciones son inadmisibles.

4) Las pretensiones también son inadmisibles porque los Demandantes tienen las “manos sucias” con respecto a la totalidad de la inversión.

320. Más allá del hecho de que el Tribunal carece de competencia para resolver esta controversia debido a las flagrantes violaciones a las leyes guatemaltecas por parte de los Demandantes al realizar sus inversiones, las

⁷²³ Segundo Informe SLR, ¶¶ 144, 156.

⁷²⁴ Informe Robinson, p.1-2 (R-0049); Informe Moran, p. 1-2 (R-0051).

⁷²⁵ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 77-79, 341.

⁷²⁶ Informe de MARN de febrero 23 a 27 de 2015 (R-0105); Informe de MARN de noviembre 27 2015 (C-0629); Informe de MARN de septiembre 1 de 2021 (R- 0285).

⁷²⁷ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 339.

⁷²⁸ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 347-350.

⁷²⁹ Providencia MARN (R-0295).

⁷³⁰ Informe de MARN de septiembre 1 de 2021 (R- 0285).

pretensiones de los Demandantes también deben ser desestimadas porque su conducta ilegal las priva de legitimación. Sus reclamos son inadmisibles en virtud de la doctrina de las “manos limpias”.⁷³¹

321. La doctrina de las manos limpias impide que un inversor que ha incurrido en una conducta ilícita pueda solicitar a un tribunal una reparación por un asunto relacionado con su propia conducta ilícita.⁷³² Este principio exige que el inversor actúe de acuerdo con la doctrina de las manos limpias tanto en la fase de establecimiento de la inversión como en su posterior explotación.⁷³³ El principio cuenta con el apoyo de tribunales internacionales y doctrinarios destacados,⁷³⁴ quienes sugieren que la actual tendencia arbitral emergente refleja un creciente reconocimiento de la doctrina de las manos limpias en el derecho de las inversiones.⁷³⁵

322. Además, se ha establecido que la invocación del principio de las manos limpias no es una cuestión de derecho

⁷³¹ J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (OUP, 2012) (RL-0324), 701 (la doctrina de las manos limpias es un principio “según el cual la participación de un demandante en una actividad ilícita *según el derecho municipal o internacional* puede impedir su reclamo”).

⁷³² *Chapman c. Reino Unido* (27238/95), Sentencia (2001), ¶ 5, (RL-0337). J. Bonello, en su voto disidente, señaló que “la doctrina constitucional clásica de las ‘manos limpias’ impide que aquellos que contravienen una ley puedan acogerse a la protección que esta ofrece”.

⁷³³ Patrick Dumberry, *State of Confusion: The Doctrine of Clean Hands in Investment Arbitration after the Yukos Award*, *Journal of Investment and Trade*, págs. 239-240; (RL-0338); Marcin Kaldunski, *Principle of Clean Hands and Protection of Human Rights in International Investment Arbitration*, *Polish Review of International and European Law*, pág. 99. (RL-0339); *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Federación Rusa*, Caso CPA N.º AA 227.

⁷³⁴ J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (OUP, 2012), 701. Ian Brownlie, *Principles of International Law* 503 (7a ed. 2008) (RL-0338) (donde se explica que la doctrina de las manos limpias es un principio “según el cual la participación de un demandante en una actividad ilícita según el derecho municipal o internacional puede impedir su reclamo”); Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 149, 155-158 (CL-0218) (“[N]adie debe obtener una ventaja de su propio accionar indebido” y “[U]n acto un acto ilícito no puede servir de base para una acción judicial”); *Société d'Investigation de Recherche et d'Exploitation Minière (SIREXM) c. Burkina Faso*, Caso CIADI N.º ARB/97/1, Laudo (19 de enero de 2000), ¶ 6.33 (RL-0340) (donde se rechaza el reclamo del demandante por considerar que sería “chocante que el demandante, cuya conducta está viciada de fraude, obtuviera una indemnización”); *Inceysa c. El Salvador*, Caso CIADI N.º ARB/03/26, Laudo, ¶ 244 (RL-0147) (“Ningún sistema jurídico sustentado en bases racionales permite que se beneficie quien ha realizado una cadena de actos claramente ilegales”); *Plama c. Bulgaria*, Laudo, ¶¶ 135, 141-146 (RL-0140) (las demandas fueron rechazadas debido a la tergiversación del demandante. En particular, “reconocer la existencia de derechos derivados de actos ilícitos violaría el “respeto a la ley”, principio de orden público internacional”).

⁷³⁵ Caroline Le Moullec, *The Clean Hands Doctrine: A Tool for Accountability of Investor Conduct and Inadmissibility of Investment Claims* (RL-0341); R. Molloo, “A Comment on the Clean Hands Doctrine in International Law” (2011) 1 T.D.M. pág. 16 (RL-0342); R. H. Kreindler, “Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine” en K. Hobér (ed), *Between East and West: Essays in Honour of Ulf Franke* (Juris, 2010), 317 (RL-0343). Kreindler sostiene que el uso del recurso *maxim ex turpi* por parte de algunos tribunales “puede y debe considerarse otra aplicación de la doctrina de las manos limpias”; *Hulley Enterprises Ltd (Chipre) c. Rusia*, Caso CPA N.º 2005-03/AA226, Informe de Experto del profesor Rudolf Dolzer (20 de octubre de 2015), ¶¶ 292-309 (RL-0344) (la doctrina “ha sido asumida en parte junto con otras doctrinas basadas en el mismo fundamento y ... sigue siendo válida hoy en día y es aplicable a áreas y situaciones que no llegan a ser claramente alcanzadas por las doctrinas aplicadas en los recientes laudos de inversión”); A. Llamzon, “*Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Russia*: The State of the ‘Unclean Hands’ Doctrine in International Investment Law: Yukos as Both Omega and Alpha”, *CIADI Review* Vol. 30. (2015) pág. 317 (RL-03445) y M. de Alba, “Drawing the Line: Addressing Allegations of *Unc Suriname c. Guyan* Clean Hands in Investment Arbitration” (2015) 1 *Revista de Direito Internacional* 324. (RL-0335).

o de elección de las partes, sino que está sujeta a la discreción del tribunal,⁷³⁶ y se trata más bien de una guía para el tribunal y no de una regla estricta,⁷³⁷ ya que el acto indebido de un demandante puede extenderse más allá del incumplimiento de la ley.⁷³⁸

323. Tal como definió J. Lawrence, el objetivo de la doctrina es proteger la integridad del sistema jurídico en sí mismo, no la integridad del demandado:

“Permitir que un demandante que incurrió en una conducta indebida obtenga una reparación no solo incitaría esa conducta, sino que también generaría dudas sobre la justicia que ofrece el sistema judicial ... Los tribunales utilizan la doctrina para garantizar un resultado justo. Cuando la conducta del demandante es tal que sería injusto otorgarle una reparación, los tribunales pueden utilizar la doctrina para obstruir esa reparación. Por lo tanto, la denegación de asistencia al demandante con manos sucias les permite a los tribunales impedir que el infractor disfrute de los frutos de su transgresión”.⁷³⁹

324. A su vez, los miembros del Comité de la CDI expresaron que “la norma de manos limpias era un principio básico de equidad y justicia” y un “principio de derecho internacional positivo”.⁷⁴⁰ Por su parte, el Relator Especial de la CDI señaló que “la doctrina de las manos limpias era un principio importante de derecho internacional que debía tenerse en cuenta siempre que se demostrara que un Estado demandante no había obrado de buena fe y que se había presentado ante el tribunal con las manos sucias”.⁷⁴¹

325. Además del requisito de legalidad estipulado en el DR-CAFTA y en la Ley de Inversión Extranjera, existen cuatro motivos más para la aplicación de la doctrina por parte del tribunal en la presente disputa:

- la doctrina de las manos limpias según sea aplicable en torno a los poderes inherentes al

⁷³⁶ Ori J. Herstein, *A Normative Theory of the Clean Hands Defense*, Cornell Law Faculty Publications (2011), pág. 5 (RL-0347). De hecho, en ocasiones algunos tribunales se han negado a aplicar la doctrina “cuando el interés público o la gravedad de la violación de los derechos de los demandantes superaban la gravedad o la atrocidad de la conducta inicua o ilícita previa de los demandantes.”

⁷³⁷ G. Virgo, *The Principles of Equity & Trusts* (OUP, 2016), 36 (RL-0348): “[l]as máximas [de la equidad] son un método útil para parafrasear un cuerpo legal complejo: son más bien directrices, no reglas. Son útiles porque ... las reglas de equidad tienen que aplicarse a una diversidad tan grande de circunstancias que solo pueden enunciarse en los términos más generales y aplicarse con especial atención a las circunstancias particulares de cada caso.”

⁷³⁸ Ori J. Herstein, *A Normative Theory of the Clean Hands Defense*, Cornell Law Faculty Publications (2011), pág. 3 (RL-0347) (“[c]ualquier conducta intencionada que sea inicua, injusta, deshonesto, fraudulenta, o desmedida, o que haya sido llevada a cabo de mala fe, puede constituir un caso de ‘manos sucias’ según la [doctrina de las manos limpias]. Por lo tanto, la conducta violatoria de la [doctrina de las manos limpias] no tiene por qué ser ilícita”); W. J. Lawrence, “Application of the Clean Hands Doctrine in Damage Actions” (1982) 57 *Notre Dame L. Rev.* 674. (RL-0349).

⁷³⁹ W.J. Lawrence, *Application of the Clean Hands Doctrine in Damage Actions* (1982) 57 *Notre Dame L. Rev.* 673, 675 (RL-0349).

⁷⁴⁰ CDI, “Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su quincuagésimo primer período de sesiones” (del 3 de mayo al 23 de julio de 1999), ¶ 413 (RL-0350).

⁷⁴¹ CDI, “Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su quincuagésimo séptimo período de sesiones” (del 2 de mayo al 3 de junio y del 11 de julio al 5 de agosto de 2005) UN Doc. A/60/10, ¶ 236 (RL-0351).

tribunal para regular los procedimientos;⁷⁴²

- es un requisito implícito en todos los tratados de inversión;⁷⁴³
- la doctrina de las manos limpias como principio general del derecho internacional;⁷⁴⁴ y
- la doctrina de las manos limpias como una cuestión de orden público internacional o transnacional.⁷⁴⁵

326. Cabe mencionar que el tribunal de *Hesham Talaat M. Al-Warraq c. Indonesia* aplicó la doctrina en relación con violaciones posteriores al establecimiento de la inversión. En *Warraq*, el tribunal determinó, en primer lugar, que la Demandada no brindó un trato justo y equitativo a los Demandantes.⁷⁴⁶ Luego, el tribunal consideró que el demandante había infringido el artículo 9 del Acuerdo de la Organización para la Cooperación Islámica al no respetar las leyes y reglamentos indonesios y al actuar de forma perjudicial para el interés

⁷⁴² A. Newcombe, “*Investor Misconduct: Jurisdiction, Admissibility or Merits?*” en C. Brown y K. Miles (eds), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (CUP, 2011), 194 (RL-0352) (“debemos considerar que los tribunales de inversión, como criaturas del derecho internacional público, poseen competencia inherente o incidental para declarar la inadmisibilidad de las demandas por abusos del proceso u otras formas de conducta indebida”); *Libananco Holdings Co Ltd c. Turquía*, Caso CIADI N.º ARB/06/8, Decisión sobre cuestiones preliminares (23 de junio de 2008), ¶ 78 (RL-0353). (“como cualquier otro tribunal internacional, debe considerarse dotado de los poderes inherentes necesarios para preservar la integridad de su propio proceso”).

⁷⁴³ *Mamidoil c. Albania*, Laudo, ¶ 291 (RL-0141) (“a cambio de que acepten celebrar tratados de inversión y den su consentimiento a la solución de controversias en materia de inversión por parte de tribunales arbitrales, los Estados esperan que esa protección se extienda únicamente a las inversiones que se hayan realizado de manera lícita”); R. H. Kreindler, “*Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine*” en K. Hober (ed), *Between East and West: Essays in Honour of Ulf Franke* (Juris, 2010), 317 (RL-0343) (Debe interpretarse, en base su objeto y propósito de fomentar las inversiones extranjeras y el desarrollo del Estado anfitrión, que tanto el Convenio del CIADI como el TCE incluyen un requisito de ‘manos limpias’ de aplicación general, más allá del cumplimiento de la ley en el momento de realizar la inversión).

⁷⁴⁴ Zachary Douglas, *The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration*, ICSID Review Vol. 29 N.º 1(2014), pág. 156 (RL-0137); Rahim Moloo y Alex Khachaturian, *The Compliance with the Law Requirement in International Law*, *Fordham International Law Journal* (2010), pág. 1485 (RL-0354); Richard Kreindler, *Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine* en Kaj Hober, Annette Magnusson y Marie Öhrström (eds), *Between East and West: Essays in Honour of Ulf Franke* (Juris Publishing 2010), pág. 317 (RL-0343); Aloysius Llamzon y Anthony Sinclair, ‘*Investor Wrongdoing in Investment Arbitration: Standards Governing Issues of Corruption, Fraud, Misrepresentation and Other Investor Misconduct*’ en Albert Jan van den Berg (ed), *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges* (18 ICCA Congress, Kluwer 2015), pág. 511 (RL-0355); M. de Alba, *Drawing the Line: Addressing Allegations of Unclean Hands in Investment Arbitration*, (2015) *Revista de Direito Internacional*, págs. 324–325 (RL-0335). Según de Alba, la doctrina de las manos limpias ha sido reconocida como un principio general del derecho internacional, por lo que puede aplicarse en ausencia de una referencia a tal requisito en el texto del TBI; *Ver también* R. H. Kreindler, “*Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine*” en K. Hober (ed), *Between East and West: Essays in Honour of Ulf Franke* (Juris, 2010), pág. 317 (RL-0343) (la existencia de la doctrina “en el ordenamiento jurídico interno de muchos Estados” la convierte en un principio general de derecho y, por tanto, en una fuente de derecho internacional en el sentido del artículo 38.1.c del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia).

⁷⁴⁵ C. B. Lamm, “*Fraud and Corruption in International Arbitration*” en M. Ángel Fernández-Ballesteros y D. Arias (eds), *Liber Amicorum Bernardo Cremades* (La Ley, 2010), 709 (RL-0356) (el orden público internacional es aplicable “a través del derecho internacional público, que rige [las disputas sobre inversión]”).

⁷⁴⁶ *Hesham T. M. Al Warraq c. República de Indonesia*, Laudo CNUDMI, 15 de diciembre de 2014, ¶ 621 (CL-0273).

público.⁷⁴⁷ El Tribunal concluyó que “el Demandante, al haber infringido las leyes locales y haber puesto en peligro el interés público, se ve privado de la protección que ofrece el Acuerdo de la Organización para la Cooperación Islámica”.⁷⁴⁸ Además, el Tribunal señaló que la conducta del Demandante “entra en el ámbito de aplicación de la doctrina de las ‘manos limpias’ y, por lo tanto, este no puede beneficiarse de la protección que ofrece el Acuerdo de la Organización para la Cooperación Islámica”,⁷⁴⁹ lo cual “hace que el reclamo del Demandante sea inadmisibles”.⁷⁵⁰

327. En el presente caso, la actividad de los Demandantes afectó de manera directa a los intereses públicos de las comunidades circundantes. Por lo tanto, los reclamos de los Demandantes deben rechazarse más allá de las cuestiones de fondo porque la doctrina de las manos limpias deriva del concepto de conciencia y equidad, y es de particular relevancia en las controversias que involucran cuestiones de interés público:

“Los tribunales pueden utilizar la doctrina cuando un pleito involucra un derecho o una cuestión pública. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido que, en los casos en los que está involucrado el interés público, la ‘doctrina adquiere proporciones más amplias y significativas’. Así, en las disputas relacionadas con el interés público, un tribunal no solo puede impedir que un infractor se beneficie de sus transgresiones, sino también evitar el perjuicio al público”.⁷⁵¹

328. En resumen, la doctrina de las manos limpias debe impedir que los Demandantes se beneficien de su propia conducta ilícita.⁷⁵² Los Demandantes tienen las manos sucias porque, al llevar a cabo el Proyecto sin el permiso municipal de construcción válido⁷⁵³ y proporcionar estudios de impacto ambiental viciados,⁷⁵⁴ incurrieron en falsedades, fraude, y violación de las leyes y reglamentos de Guatemala relacionados con su propia pretensión. En consecuencia, los reclamos de los demandantes deben declararse inadmisibles.

C. Los Demandantes no han establecido que su reclamo de plena protección y seguridad no haya prescripto, conforme al Artículo 10.18.1

1) Los Demandantes malinterpretan el Artículo 10.18.1 del DR-CAFTA

a. Ni una conducta continuada ni los efectos vigentes de actos anteriores a la fecha crítica pueden renovar el período de prescripción

329. En forma contraria a la interpretación de los Demandantes, el Artículo 10.18.1 indica al inversor que desea

⁷⁴⁷ *Ibid.* ¶¶ 631 y ss., 645.

⁷⁴⁸ *Id.* at ¶ 645.

⁷⁴⁹ *Id.* at ¶ 647.

⁷⁵⁰ *Id.* at ¶ 646.

⁷⁵¹ W. J. Lawrence, “*Application of the Clean Hands Doctrine in Damage Actions*” (1982), 57 *Notre Dame L. Rev.*, pág. 675 (RL-0349).

⁷⁵² P. Dumberry, *State of Confusion: The Doctrine of ‘Clean Hands’ in Investment Arbitration After the Yukos Award*, 17 *Journal of World Investments and Trade* (2016) (RL-0338) (“La inadmisibilidad de un reclamo basada en que un inversor no ha respetado el requisito implícito de legalidad es, de hecho, una expresión de la doctrina de las manos limpias”).

⁷⁵³ *Supra*, Sección II, A (3)(b).

⁷⁵⁴ Segundo informe de SLR, ¶ 156.

iniciar un reclamo contra un Estado que debe hacerlo dentro de los tres años del momento en el que “tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación” y de las “pérdidas o daños”.⁷⁵⁵ Los tribunales y los Estados partes han interpretado el Artículo 10.18.1 en el sentido de que solo puede haber una “fecha específica” en la que el inversor tuvo conocimiento.⁷⁵⁶

330. Ignorando el claro texto del Artículo 10.18.1, los Demandantes aseveran que “un incumplimiento continuo” puede reiniciar el plazo de prescripción.⁷⁵⁷ Para respaldar su reclamo, los Demandantes se basan en *UPS c. Canadá y Feldman c. México*; pero estos casos, que han recibido muchas críticas, no son útiles.

331. *UPS* no respalda su postura, dado que en la decisión del tribunal es contraria al sentido corriente y el objetivo y propósito ordinarios del periodo de prescripción indicados en el Artículo 10.18.1 del DR-CAFTA. Sin mucho análisis, el tribunal en *UPS*, concluyó que “en términos legales, es generalmente cierto” que una conducta continua puede reiniciar los plazos de prescripción bajo TLCAN que se asemeja al Artículo 10.18.1 del DR-CAFTA.⁷⁵⁸ También señaló que la conclusión del tribunal en *Feldman* en este respalda esta observación.⁷⁵⁹ El razonamiento del tribunal es defectuoso.

332. Como señalan correctamente los Estados Unidos, “una regla general no prevalecería sobre requisitos específicos” conforme al Artículo 10.18.1, “que funciona como *lex specialis* y rige la operación de los plazos de prescripción de reclamos iniciados conforme al Capítulo 10 del DR-CAFTA”.⁷⁶⁰ Al igual que los Demandantes, el tribunal en *UPS* también realiza una interpretación errónea de *Feldman*. En ese caso, el tribunal no concluyó que una conducta continua puede reiniciar el plazo de prescripción. Lo que concluyó fue que el TLCAN no tiene efecto retroactivo y no es posible aplicarlo a acciones ni omisiones que hayan tenido lugar antes de la entrada en vigor del TLCAN.⁷⁶¹

333. Contrariamente al presente caso, la cuestión era si la falta de jurisdicción sobre las acciones que ocurrieron antes de la entrada en vigor del TLCAN podría despojar al tribunal de su jurisdicción para escuchar la parte de un curso de conducta continuo que ocurre después de la entrada en vigor del TLCAN.⁷⁶² Debido a que el tema aquí es distinto al de *Feldman*, el caso no tiene relevancia.

⁷⁵⁵ DR-CAFTA, Artículo 10.18.1.

⁷⁵⁶ Escrito de Costa Rica, ¶ 10; Escrito de los Estados Unidos, ¶ 4; *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America*, NAFTA/UNCITRAL, Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 81 (20 de julio de 2006) (RL-0339).

⁷⁵⁷ Réplica de los Demandantes, ¶ 357, 370.

⁷⁵⁸ *UPS c. Canadá*, Laudo (24 de mayo de 2007), ¶ 28 (CL-0037).

⁷⁵⁹ *UPS c. Canadá*, Laudo (24 de mayo de 2007), ¶ 28 (CL-0037)..

⁷⁶⁰ *Corona Materials LLC c. EE. UU.*, Caso CIADI Nro. ARB(AF)14/3, Escrito de los Estados Unidos (11 de marzo de 2016) ¶ 6 (RL-0042).

⁷⁶¹ *Marvin Roy Feldman Karpa c. EE. UU.*, TLCAN, Caso CIADI Nro. ARB(AF)/99/1, Decisión Preliminar de jurisdicción (6 de diciembre de 2000) ¶ 62 (CL-0094).

⁷⁶² *Marvin Feldman c. EE. UU.*, Decisión Preliminar de jurisdicción, ¶ 62 (CL-0094).

334. La lectura del tribunal en *UPS* ha sido criticada y rechazada por varios tribunales⁷⁶³ y por la doctrina.⁷⁶⁴ En *Berkowitz*, el tribunal rechazó la conclusión de *UPS*, señalando que la decisión desvirtúa el propósito del plazo de prescripción.⁷⁶⁵ El tribunal consideró que una línea de conducta continua “no puede renovar el plazo de prescripción ya que ello efectivamente despojaría a la cláusula prescriptiva de su propósito fundamental, a saber, trazar una línea respecto de la interposición de reclamos históricos”.⁷⁶⁶
335. Según el tribunal, seguir el camino indicado en *UPS* “fomentaría, asimismo, intentos de analizar de forma indefinida un reclamo respecto de subcomponentes de violaciones cada vez más pequeños en el transcurso del tiempo con el propósito de quedar incluidos dentro del plazo de prescripción. Esto no cumple con la decisión de política de las partes del tratado”, es decir, “limitar la proliferación de reclamos históricos, con todos los desafíos e incertidumbres legales y políticos concomitantes que traen aparejados”.⁷⁶⁷
336. También es doctrina pacífica que los efectos persistentes de una medida implementada antes de la fecha crítica no pueden predeterminar el plazo de prescripción. Como indica correctamente la CDI en los Artículos sobre

⁷⁶³ Ver por ej., *Mobil Investments Canadá Inc. and Murphy Oil Corporation c. Canadá*, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/4, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 13 de julio de 2008, ¶ 161 (CL-0365) (“[D]ejando de lado el caso *UPS*, el argumento de Mobil sobre el incumplimiento continuado ha generado relativamente poco apoyo entre la jurisprudencia de los tribunales de arbitraje del TLCAN. Aunque Mobil está en lo correcto al señalar que ninguno de los laudos respecto de este tema involucraba eventos directamente comparables a los del presente caso, **ya han transcurrido más de 10 años desde la decisión del tribunal de UPS y la ausencia de posteriores aplicaciones de las opiniones del tribunal en materia de incumplimiento continuado significa que, como mínimo, deben tratarse con cautela**”) (énfasis añadido); *Apotex Inc c. EE. UU.*, Caso CIADI No. UNCT/10/2, Laudo sobre jurisdicción y admisibilidad (14 de junio de 2013), ¶¶ 325-327 (RL-0215) (“Apotex no puede evitar esta conclusión afirmando que la medida de la FDA es parte de una ‘infracción continua’ por parte de los Estados Unidos, o ‘parte de la misma acción única y continua’, en la medida en que se pretende que sea un mecanismo para utilizar posteriormente en los tribunales. procedimientos para cobrar el período de prescripción para la medida anterior de la FDA. Como la Demandada ha argumentado enérgicamente, **nada en el texto o la jurisprudencia del Capítulo Once del TLCAN sugiere que una parte pueda evadir el período de prescripción del TLCAN de esta manera.**”) (énfasis añadido); *Grand River c. USA*, Decisión sobre objeciones jurisdiccionales, (20 de julio de 2006), ¶ 81 (RL-0039).

⁷⁶⁴ Ver, por ej., *Peter A. Allard c. Gobierno de Barbados*, Caso CPA No. 2012-06, Laudo de jurisdicción, 13 de junio de 2014, ¶ 102 (RL-0104) (“Claramente, la decisión de UPS c. Canadá en la que se basa el Demandante **aplica incorrectamente la ley pertinente e ignora el propósito del período de prescripción.**”) (énfasis añadido); S. Blanchard, *State Consent, Temporal Jurisdiction, and the Importation of Continuing Circumstances Analysis into International Investment Arbitration*, 10(3) Washington University Global Studies Law Review 419, págs. 471-72 (RL-0106) (“A primera vista, el argumento de UPS en el sentido de que una acción continuada debe extender el plazo de prescripción con cada nueva aplicación es intuitivamente atractivo. [...] Esta lógica ignora el propósito del plazo de prescripción, como señala Canadá. **Una lectura que reinicia el plazo de prescripción con cada nueva aplicación de una norma desvirtúa el plazo.** Asimismo, como se explicó anteriormente, un inversor internacional sofisticado debería poder calcular sus pérdidas a partir de una nueva norma o política dentro del plazo de tres años. Si una nueva acción por parte del estado verdaderamente provoca perjuicios imprevisibles, es probable que cuadre en la definición de medida, y por lo tanto dé inicio a un nuevo plazo de prescripción.”) (énfasis añadido); R. Digon, *Jurisdiction Ratione Temporis under NAFTA Article 1116(2)*, 2008 Yale Law School Legal Scholarship Repository 1, págs. 37-38 (RL-0107).

⁷⁶⁵ Aaron C. Berkowitz, Brett E. Berkowitz y Trevor B. Berkowitz (*anteriormente Spence International Investments and others*) c. *República de Costa Rica*, (“*Berkowitz c. Costa Rica*”) Caso CIADI No. UNCT/13/2, Laudo Provisional (Corregido), 30 de mayo de 2017, ¶ 208 (RL-0038) (énfasis añadido).

⁷⁶⁶ *Ibid.* (RL-0038)

⁷⁶⁷ *Ibid.* (RL-0038)

la Responsabilidad del Estado, “un hecho del Estado que no tenga carácter continuo tiene lugar en el momento en que se produce el hecho, aunque sus efectos perduren”.⁷⁶⁸ Citando a la CDI, el tribunal de *Mondev* también confirmó esta distinción, reconociendo así que los efectos que emanan de un accionar previo del estado no pueden renovar el plazo de prescripción.⁷⁶⁹ Los Demandantes argumentan que esto es “incorrecto”, pero no brindan mayores explicaciones.⁷⁷⁰ Lo que aportan es una referencia a otro texto de *Mondev* donde el tribunal concluyó que “los eventos o conducta anterior a la entrada en vigor de una obligación para un Estado demandado puede ser pertinente para determinar si el Estado incumplió posteriormente con dicha obligación”.⁷⁷¹

337. No está claro cómo esto afecta la conclusión del tribunal respecto de los efectos que perduran. Además, el texto es irrelevante al caso de los Demandantes. Aunque el tribunal en efecto aceptó la pertinencia de los actos anteriores a la fecha crítica, también estableció en el texto siguiente que estos no liberan al demandante de su deber de “señalar una conducta del Estado posterior a esa fecha que constituya incumplimiento en sí misma”.⁷⁷²

b. El inversor no puede eludir el plazo de prescripción invocando la transgresión más reciente en una serie de acciones similares y relacionadas controvertidas

338. Como se estableció en *Grand River* y afirmado posteriormente en *Corona Materials*, cuando existen una “series de acciones similares y relacionadas por un estado demandado”, el inversor no puede eludir el plazo de prescripción “basando su reclamo en la transgresión más reciente” de una serie.⁷⁷³ Este principio, ampliamente aceptado entre tribunales⁷⁷⁴ y Estados Parte,⁷⁷⁵ no ha sido controvertido en el presente caso.

339. Los Demandantes objetan la cita de Guatemala a *Corona Materials* destacando que el incumplimiento en *Corona Materials* surgía de una sola acción: “el rechazo por parte del Ministerio de Medio Ambiente de otorgar una licencia, un acto que había ocurrido antes de la fecha crítica”.⁷⁷⁶ La objeción es infundada. En *Corona Materials*, el reclamo de trato justo y equitativo surgió porque el Ministerio no respondió a la solicitud de

⁷⁶⁸ Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, 55ª sesión (2001), Artículo 14(1) (RL-0306).

⁷⁶⁹ *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos*, (“*Mondev c. Estados Unidos*”) Caso CIADI N.º ARB(AF)/99/2, Laudo (11 de octubre de 2002), ¶ 58 (RL-0018).

⁷⁷⁰ Réplica de los Demandantes, ¶ 360.

⁷⁷¹ *Ibid.* (citando a *Mondev c. EE. UU.*, Laudo, ¶ 70 (RL-0018).

⁷⁷² *Mondev c. Estados Unidos*, Laudo ¶ 70. (RL-0018).

⁷⁷³ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 234, donde se cita a *Corona Materials LLC c. República Dominicana*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/14/3, Laudo (31 de mayo de 2006) ¶¶ 214-215 (RL-0002).

⁷⁷⁴ *Corona c. República Dominicana*, Laudo ¶¶ 214-215 (RL-0002); *Grand River c. USA*, Decisión sobre Jurisdicción ¶ 81 (RL-0039).

⁷⁷⁵ Escrito de los Estados Unidos ¶ 5; *Corona Materials c. República Dominicana*, Escrito de los Estados Unidos (11 de marzo de 2016) ¶ 5 (RL-0042); *Italba Corporation c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI N.º ARB/16/9, Escrito de los Estados Unidos (11 de septiembre de 2007), ¶10 (RL-0161); *Berkwoitz c. Costa Rica*, Escrito de los Estados Unidos ¶ 7 (RL-0043); *Merrill c. Canadá*, Escrito de los Estados Unidos, ¶ 16 (RL-0158).

⁷⁷⁶ Réplica de los Demandantes, ¶ 257.

reconsideración por parte de la demandante sobre la negativa del Ministerio a emitir una licencia.⁷⁷⁷ El demandante argumentó que la falta de responder a la solicitud “debe ser tratada como una violación autónoma del derecho internacional, constitutiva en sí misma de una denegación de justicia”.⁷⁷⁸ Pero el tribunal rechazó el reclamo y se negó a considerar la falta de respuesta como “una ‘medida’ independiente o una violación separada del Tratado”.⁷⁷⁹ Los hechos aquí conducen a la misma conclusión: los hechos ocurridos a principios de 2016 no constituyen una violación separada del Tratado.

340. Los Demandantes no cuestionan ni mencionan otra de las conclusiones del tribunal en el sentido de que “incluso considerando de forma hipotética que el silencio por parte del gobierno de RD de formular una respuesta al Recurso de Reconsideración” constituyera un incumplimiento distinto, el demandante no podría eludir el plazo de prescripción basando su reclamo en la “transgresión más reciente [...]” de una “serie de acciones similares y relacionadas por parte del Estado demandado”.⁷⁸⁰

341. La conclusión en *Corona Materials* es coherente con la esgrimida por el tribunal de *Grand River c. USA*. Este caso se relacionaba con una serie de leyes sobre el depósito de fondos en garantía promulgadas por los estados para implementar un acuerdo de conciliación marco (MSA).⁷⁸¹ Una cantidad importante de estas leyes se había promulgado antes de la fecha crítica. El demandante argumentó que los “plazos de prescripción (...) eran de aplicación individualmente a cada medida controvertida llevada adelante por cada uno de los estados que implementó el MSA.”⁷⁸² En resumen, “no hay un plazo de prescripción, sino varios”.⁷⁸³ Al igual que en *Corona*, el tribunal rechazó el argumento indicando que dicho “análisis parece eliminar la efectividad de las disposiciones sobre prescripción en cualquier situación que implique una serie de acciones similares y relacionadas por parte de un estado demandado, ya que un demandante podría fundamentar su reclamo en la transgresión más reciente, aunque tuviera conocimiento de incumplimientos y perjuicios previos”.⁷⁸⁴

c. Estados Unidos y Costa Rica coinciden con la lectura de Guatemala del Artículo 10.18.1

342. Estados Unidos y Costa Rica interpretan de forma similar el Artículo 10.18.1. Costa Rica insiste en que el plazo de prescripción se debe aplicar en forma estricta, dado que refleja la intención de establecer límites del consentimiento de Estados Parte solo a reclamos iniciados dentro de los tres años posteriores a la toma de

⁷⁷⁷ *Corona c. Republica Dominicana*, Laudo, ¶¶ 201, 209 (RL-0002).

⁷⁷⁸ *Ibid.* ¶ 209 (RL-0002).

⁷⁷⁹ *Ibid.* ¶¶ 209-210 (RL-0002).

⁷⁸⁰ *Corona Materials LLC c. República Dominicana*, Laudo, ¶¶ 214-215 (RL-0002); *Grand River*, ¶ 81, Decision sobre la objeción de jurisdicción, ¶ 81 (RL-0039).

⁷⁸¹ *Grand River c. USA*, ¶ 81, Decision sobre la objeción de jurisdicción, ¶¶ 81-87 (RL-0039).

⁷⁸² *Grand River c. USA*, ¶ 81 (RL-0039).

⁷⁸³ *Ibid.*

⁷⁸⁴ *Ibid.*

conocimiento del incumplimiento y del perjuicio por parte del demandante.⁷⁸⁵ Asimismo, señala que el demandante tiene la carga de establecer que su reclamo cumple con el plazo de prescripción.⁷⁸⁶

343. Estados Unidos comparte esta opinión. Entiende que “[e]l plazo de prescripción es un requisito ‘claro y rígido’ que no se encuentra sujeto a ‘suspensión’, ‘prolongación’ o ‘condicionamiento’ alguno”. Estados Unidos asevera que la carga de demostrar las condiciones conforme al Artículo 10.18.1 es del demandante.⁷⁸⁷

344. En línea con su presentación previa, Estados Unidos señala además que el término “tuvo conocimiento” en el Artículo 10.18.1 se refiere a una “‘fecha’ particular” en la que el demandante tomó conocimiento del supuesto incumplimiento, perjuicio o daño. Postula que “[d]icho conocimiento no se puede adquirir en distintos momentos ni en forma recurrente”.⁷⁸⁸ Por este motivo, en casos donde “se discute una serie de acciones similares y relacionadas por parte de un estado demandado, el inversor no puede eludir el plazo de prescripción invocando ‘la transgresión más reciente de la serie’ para fundamentar su reclamo”.⁷⁸⁹

345. Estados Unidos argumenta que permitir a un demandante basar su reclamo en la transgresión más reciente inutilizaría al Artículo 10.18.1. Tanto Costa Rica como Estados Unidos coinciden en que el objeto del Artículo 10.18.1 es promover el “inicio diligente de reclamos”, “asegurar [...] que los reclamos se resuelvan mientras las pruebas se encuentran razonablemente disponibles y recientes”, y “por lo tanto [...] proteger al potencial deudor de acciones tardías”.⁷⁹⁰ Permitir a un demandante iniciar su reclamo sobre la base de la transgresión más reciente en una serie de medidas similares o relacionadas implicaría, como indican los Estados Unidos, “eliminar la efectividad de las disposiciones sobre prescripción”⁷⁹¹.

2) El reclamo de protección y seguridad plena de los Demandantes se encuentra prescripto

a. *La cambiante demanda de protección y seguridad plena ha impedido a Guatemala defenderse en forma integral en el reclamo iniciado en su contra*

346. El derecho a ser escuchado es una norma fundamental de procedimiento que incluye el derecho de una parte a defender y presentar su argumento.⁷⁹² Al reformular continuamente su reclamo de protección y seguridad total como se demuestra a continuación, los Demandantes han impedido que Guatemala ejerza su derecho al

⁷⁸⁵ Escrito de Costa Rica, ¶ 6.

⁷⁸⁶ *Ibid.*

⁷⁸⁷ Escrito de los EE. UU., ¶ 3.

⁷⁸⁸ *Id. at* ¶ 4

⁷⁸⁹ *Ibid.*

⁷⁹⁰ Escrito de Costa Rica, ¶ 11. *Ver también*, Escrito de los EE. UU., ¶ 4.

⁷⁹¹ Escrito de los EE. UU., ¶ 5.

⁷⁹² *Ver, Wena Hotels Ltd. c. Egipto*, Caso CIADI No. ARB/98/4, Decisión de Anulación (5 de febrero de 2002), ¶ 57 (RL-0132), *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. c. República de Perú*, Decisión de Anulación (1 de marzo de 2011), ¶ 168 (RL-0357); *CDC Group plc c. República de Seychelles*, Caso CIADI No. ARB/02/14, Decisión de Anulación (29 de junio de 2005), ¶ 49 (RL-0358), *Orascom TMT Investments S.à r.l. c. República Argelina Democrática y Popular*, Caso CIADI No. ARB/12/35, Decisión de Anulación (17 de septiembre de 2020), ¶¶ 131, 144 (RL-0359).

debido proceso para defender plenamente el reclamo presentado en su contra.

Progreso VII

347. La demanda de protección y seguridad plena de los Demandantes en relación con Progreso VII es un blanco móvil. A partir de la Notificación de Arbitraje de los Demandantes, Guatemala presentó una Objeción Preliminar, argumentando, *inter alia*, que la demanda de protección y seguridad plena de los Demandantes respecto del impedimento relativo a Progreso VII y Santa Margarita se encuentra prescripta. En particular, Guatemala postuló que el reclamo se basa en hechos que ocurrieron tres años antes de que los Demandantes iniciaran el arbitraje; por lo tanto, la demanda debe rechazarse conforme al Artículo 10.18.1 de DR-CAFTA.⁷⁹³
348. Luego de la objeción de Guatemala, los Demandantes adaptaron su argumento. A pesar de la descripción de su reclamo en la Notificación de Arbitraje, los Demandantes le aseguraron al Tribunal que “no presentan reclamo alguno por hechos previos a 2016 con respecto al Proyecto Progreso VII”.⁷⁹⁴ Es de notar que los Demandantes “insisten” “con respecto al Proyecto Progreso VII”, no alegan ningún daño separado como resultado de las protestas y bloqueos posteriores en el sitio de Progreso VII, ya que la licencia de Exmingua fue suspendida”.⁷⁹⁵
349. Tomando “la palabra de los Demandantes”, el Tribunal rechazó la Objeción Preliminar de Guatemala.⁷⁹⁶ Pero una vez que los Demandantes recibieron una decisión favorable, retrocedieron en su posición, y resucitaron su demanda de protección y seguridad plena respecto de Progreso VII. A diferencia de su presentación al Tribunal, los Demandantes argumentan en el Memorial que “la incapacidad de Guatemala para actuar [...] impidió a Exmingua entrar en el sitio del proyecto, utilizando sus instalaciones de laboratorio”.⁷⁹⁷
350. Guatemala señaló la inconsistencia entre la Presentación de los Demandantes en la fase de Objeción Preliminar y el Memorial.⁷⁹⁸ Pero en lugar de aclarar su posición en la Réplica, los Demandantes dejaron su reclamo tal cual se ve: incomprensible y contradictoria. Al principio, los Demandantes reconocieron que “[e]n

⁷⁹³ Decisión sobre Objeción Preliminar, ¶ 223.

⁷⁹⁴ Decisión sobre Objeción Preliminar, ¶ 223. *Ver también*, Dúplica de los Demandantes sobre Objeciones Preliminares, ¶ 141 (“como se explicó en el Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ la pérdida o daño por los que reclaman los Demandantes consisten en la pérdida de la oportunidad de obtener una licencia de explotación para el Proyecto Santa Margarita”).

⁷⁹⁵ Decisión sobre Objeción Preliminar, ¶ 213.

⁷⁹⁶ *Id.*, at ¶ 223.

⁷⁹⁷ Memorial de los Demandantes, ¶ 118, 258. *Ver también*, Memorial de los Demandantes, ¶ 259, citando el Kappes I ¶ 145 (“Guatemala se ha negado a despejar la puerta a los manifestantes y a permitir a Exmingua libre acceso al sitio ubicado en el terreno de propiedad de Exmingua y donde Exmingua mantiene un laboratorio y un taller de maquinaria en pleno funcionamiento. Dado que Exmingua aún cuenta con personal profesional que podría operar estas instalaciones, incluido un gerente de laboratorio, podríamos usar estas instalaciones para brindar servicios a otras empresas de la minería u otras industrias, pero Exmingua no puede hacerlo”).

⁷⁹⁸ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 221-223.

su Decisión sobre Objeciones Preliminares, el Tribunal aceptó que los Demandantes no estaban persiguiendo una reparación por un incumplimiento de la obligación de ofrecer PSP como consecuencia de la demora en las actividades de explotación del sitio Progreso VII”.⁷⁹⁹ Así, los Demandantes admitían que su postura frente al Tribunal era que no están presentando un reclamo de protección plena respecto de Progreso VII.

351. No obstante, los Demandantes no aceptan ni rechazan que esta siga siendo su posición. Lo que hacen es repetir el mismo reclamo que presentaron en su Notificación de Arbitraje y Memorial. Los Demandantes afirman que “Guatemala no adoptó medidas razonables para garantizar que Exmingua tuviera acceso al sitio del Proyecto”.⁸⁰⁰ Refiriéndose al Memorial, insisten en que “la inacción de Guatemala impidió que Exmingua tuviera acceso al sitio del Proyecto [y] utilizara sus instalaciones de laboratorio”.⁸⁰¹

Santa Margarita

352. El reclamo de protección y seguridad plena en relación con Santa Margarita es igualmente incoherente y contraria a la presentación inicial de los Demandantes en su Notificación de Arbitraje. En esa presentación, los Demandantes indican que Exmingua tuvo que preparar un EIA para “obtener la licencia de explotación del Proyecto Santa Margarita”.⁸⁰² Sin embargo, Exmingua no pudo “completar las consultas públicas requeridas para el EIA debido a las protestas y bloqueos continuos y sistemáticos en el sitio desde 2012”.⁸⁰³

353. El Tribunal encontró el argumento de los Demandantes “problemático” y destacó las siguientes cuestiones como importantes “para determinar la oportunidad de cualquier demanda de protección y seguridad plena relativa al Proyecto Santa Margarita”.⁸⁰⁴ Primero: ¿se “devolvió acceso al sitio de Santa Margarita durante el período intermedio iniciado en mayo de 2014, cuando Exmingua obtuvo acceso al sitio adyacente de Progreso VII”? Segundo: ¿hubo “esfuerzos [...] durante este período intermedio para avanzar en las consultas del EIA para Santa Margarita”? Tercero: ¿hubo “alguna solicitud de asistencia [...] efectuada a las autoridades de Guatemala durante este período”?⁸⁰⁵

354. Conscientes de la dificultad de responder a estas preguntas, los Demandantes las ignoraron y rediseñaron sus argumentos. En lugar de presentar el bloqueo como “continuo”, lo describen como el bloqueo que comenzó a principios de 2016.⁸⁰⁶ No obstante, los Demandantes no aportan prueba de tal bloqueo.

⁷⁹⁹ Réplica de los Demandantes, ¶ 354, donde se cita la Decisión sobre Objeción Preliminar, ¶ 228.

⁸⁰⁰ Réplica de los Demandantes, ¶ 508. *Ver también*, Réplica de los Demandantes, ¶ 369, y n. 1123 que se refiere a la Notificación de Arbitraje, ¶ 74.

⁸⁰¹ Réplica de los Demandantes, ¶ 508.

⁸⁰² Notificación de Arbitraje, ¶ 48.

⁸⁰³ Notificación de Arbitraje, ¶ 48 (énfasis añadido).

⁸⁰⁴ Decisión sobre Objeción Preliminar, ¶ 224.

⁸⁰⁵ *Ibid.*

⁸⁰⁶ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 363-367, 508, y 515. *Ver* Memorial ¶¶ 258, 263-264.

355. Cuando una parte modifique continuamente su reclamo en perjuicio de la parte adversa, su reclamo debe ser desestimado.⁸⁰⁷ Este es el caso aquí. Modificando su reclamo con cada presentación Al modificar constantemente su reclamo, los Demandantes han violado el derecho de Guatemala al debido proceso para defenderse plenamente del reclamo iniciado en su contra; por lo tanto, el Tribunal debe rechazar el reclamo. Por las razones que se indican más adelante, también corresponde rechazar el reclamo por encontrarse prescripto.

b. No hay pruebas de que Exmingua no pudo acceder al sitio de Progreso VII o completar el EIA de Santa Margarita con motivo de las protestas y el bloqueo de comienzos de 2016

356. Los Demandantes no pueden simplemente alegar hechos para establecer la jurisdicción. Como indica correctamente el Tribunal, “las objeciones sobre jurisdicción no requieren que un tribunal asuma todos los hechos alegados en la notificación de arbitraje como ciertos.”⁸⁰⁸ Por lo tanto, para superar el obstáculo del Artículo 10.18.1, los Demandantes deben establecer las siguientes condiciones.⁸⁰⁹ *Primero*, probar que Guatemala no brindó protección policial para remover el presunto bloqueo. *Segundo*, demostrar que los acontecimientos posteriores a 2016 no son “simplemente la continuación de (o los efectos derivados de) acciones u omisiones anteriores” del Estado sino “nuevas acciones u omisiones.”⁸¹⁰

357. Debido a que los Demandantes no han establecido la primera condición, el Tribunal no necesita avanzar a la segunda, dado que no hay pruebas de que se haya impedido a Exmingua el acceso al sitio de Progreso VII ni llevar a cabo los estudios sociales necesarios para obtener el EIA de Santa Margarita.

Progreso VII

358. Los hechos en el expediente del caso derrota el reclamo por parte de los Demandantes que Exmingua se vio impedida de acceder al sitio de Progreso VII con motivo de un bloqueo en 2016. La inspección del MEM del sitio en mayo de 2016 confirmó que Exmingua, no solo tenía acceso al sitio, sino que también continuó operando la mina.⁸¹¹ El Sr. Kappes también afirma que Exmingua tuvo acceso al sitio.⁸¹²

359. Aunque afirma que la entrada principal estaba bloqueada por los manifestantes, reconoce que los empleados pudieron acceder al sitio a través de otro sendero desde San José del Golfo.⁸¹³ Además, admite que el mismo

⁸⁰⁷ *Ver Lotus Holding Anonim Şirketi c. Turkmenistan*, Caso CIADI No. ARB/17/30, Laudo (6 de abril de 2020), ¶ 193 (RL-0360).

⁸⁰⁸ Decisión sobre la Objeción Preliminar de la Demandada, ¶ 220.

⁸⁰⁹ *Berkowitz c. Costa Rica*, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, ¶ 239 (RL-0156).

⁸¹⁰ Decisión sobre Objeción Preliminar, ¶ 226.

⁸¹¹ Dictamen de la Sección de Control de Derechos Mineros del MEM CM-SCDM-167-2017, de fecha 3 de mayo de 2016, p.1 (R-0326).

⁸¹² Kappes II, ¶ 75; Kappes I, ¶ 138.

⁸¹³ Kappes II, ¶ 75, Kappes I, ¶ 138.

camino se utilizaba para entregar “combustible y equipos” al sitio.⁸¹⁴ Esta admisión es fatal para el reclamo.

360. Los Demandantes tampoco han probado que Guatemala no haya brindado la protección policial necesaria. ■■■■■

■■■■■

■■■■■⁸¹⁵.

361. Así lo afirmó la Corte Constitucional que señaló que “tomaron las medidas necesarias para el resguardo del orden público en las instalaciones y áreas contiguas al proyecto minero Progreso VII Derivada”.⁸¹⁶

362. En conclusión, los Demandantes no han aportado pruebas que demuestren que no pudieron acceder a Progreso VII en 2016 o que Guatemala que Guatemala no brindó la protección policial necesaria.

Santa Margarita

363. La presentación de los Demandantes con respecto a Santa Margarita resulta incluso más sorprendente. Antes de proceder a analizar las cuestiones de fondo, el Tribunal debiera considerar dos cuestiones preliminares. En primer lugar, Santa Margarita y Progreso VII son dos sitios de proyecto distintos, a los que se podía acceder por diferentes rutas.⁸¹⁷ Por lo tanto, las protestas que tuvieron lugar en la entrada de Progreso VII no pudieron haber dificultado que Exmingua accediera al sitio del proyecto Santa Margarita. En segundo lugar, el estudio social requerido para el EIA no se realiza en el sitio del proyecto. A fin de realizar el estudio, como admite Kappes, Exmingua debe celebrar “reuniones públicas en las aldeas locales en las cercanías de Santa Margarita”.⁸¹⁸

364. No existen pruebas de que haya tenido lugar un bloqueo en 2016 que haya dificultado a Exmingua acceder a las comunidades. La única prueba presentada ante este Tribunal consiste en un acta notarial presentada ante el MEM junto con la solicitud de Exmingua de suspensión del EIA.⁸¹⁹ Sin embargo, esta acta notarial, como ya ha señalado Guatemala, únicamente menciona “pancartas y mantas vinílicas segregadas, que manifiestan en contra de la actividad Minera”, nada más.⁸²⁰ En cualquier caso, no existe evidencia que Exmingua solicitó la asistencia de la Policía Nacional y que este haya rechazado resolver este supuesto impedimento. Los

⁸¹⁴ Kappes II, ¶ 75, Kappes I, ¶ 138.

⁸¹⁵ ■■■■■

⁸¹⁶ Expediente de la Corte Constitucional Caso No. 1904-2016, Decisión de marzo 2 2017, pág. 6 (C-0147) (Sentencia denegando la solicitud de amparo de Exmingua contra el presidente, el Ministerio del Interior y el Director General de la Policía Nacional Civil).

⁸¹⁷ Ver Mapa del área donde se observan dos puntos de acceso distintos a Santa Margarita y las comunidades adyacentes. Reporte de la inspección ocular del Área del Proyecto Progreso VII Derivada y Santa Margarita Derivada de fecha 21 de septiembre de 2021, p. 6-8. (R-0277).

⁸¹⁸ Kappes I, ¶ 92.

⁸¹⁹ C-0013, págs. 2-3.

⁸²⁰ Carta de Exmingua al MEM donde se adjunta un acta notarial (21 de marzo de 2017) (C-0013).

Demandantes afirman que Exmingua había solicitado al MARN que “proporcionara “lineamientos” y “recomendaciones” para completar las consultas públicas necesarias para el EIA”.⁸²¹ Sin embargo, no afirman ni prueban que hayan solicitado asistencia de las fuerzas de seguridad para realizar el estudio. En todo caso, el MARN no es la autoridad indicada para brindar ese tipo de asistencia.

365. Dado que los Demandantes no han probado que Exmingua fue impedido de realizar el EIA en 2016 o que la Policía Nacional se haya negado a brindarle protección, el reclamo con respecto a Santa Margarita también debe desestimarse por falta de competencia.

c. Los Demandantes no han demostrado que las protestas y el bloqueo y la supuesta inacción por parte de Guatemala a principios de 2016 sean diferentes que las que afirma que tuvieron lugar antes de 2015

366. Incluso suponiendo *arguendo* que el bloqueo de 2016 y la inacción de Guatemala impidieron que Exmingua tuviera acceso a Progreso VII y completara su EIA para Santa Margarita, el reclamo de protección y seguridad plena aún debe ser desestimado porque está prescrito.

367. Los Demandantes presentan el bloqueo anterior a 2015 y el de principios de 2016 como eventos “fundamentalmente distinta[o]s” en función del propósito de las manifestaciones.⁸²² De acuerdo a los Demandantes, protestas de 2012 apuntaban a impedir la construcción y operación de la mina luego de la emisión de la licencia de explotación de Exmingua (y, en consecuencia, buscaban impedir que Exmingua operara), mientras que “las protestas de 2016 surgieron del amparo otorgado por la Corte Suprema de Guatemala contra el MEM el 11 de noviembre de 2015 y la orden de suspender la licencia de explotación (y, en consecuencia, de obligar al MEM a tomar alguna medida.⁸²³” La evidencia dice lo contrario. Como se ilustra a continuación, el propósito de las protestas, en ambos períodos, fue mostrar oposición al proyecto Progreso VII y obligar a los Demandantes a cumplir con la ley.

368. El reclamo con respecto a Santa Margarita también está prescrito porque se basa en efectos que emanaron de hechos anteriores a 2015.⁸²⁴ En cualquier caso, el reclamo debe ser rechazado porque los Demandantes no pueden evadir el período de prescripción basándose en la transgresión más reciente (eventos posteriores a 2015) en una “serie de inacciones similares y relacionadas” por parte de Guatemala.⁸²⁵

Progreso VII

⁸²¹ Réplica de los Demandantes, ¶ 520.

⁸²² Réplica de los Demandantes, ¶ 363.

⁸²³ *Ibid.*

⁸²⁴ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 238-244.

⁸²⁵ *Id.* at ¶ 238.

369. Sin importar las sutilezas que se señalen, no es posible ocultar lo que resulta evidente en la presentación de los Demandantes—las supuestas protestas y bloqueo anteriores y posteriores a 2015 que se centraron en la falta de confianza de las comunidades en el proyecto minero. A excepción de una notificación del CALAS (que no comprueba que la protesta realmente haya sucedido) ninguna de las pruebas presentadas por los Demandantes demuestra que la protesta que supuestamente tuvieron lugar a principios de 2016 haya tenido como único fin garantizar el cumplimiento de MEM con la decisión de la Corte Suprema.⁸²⁶ Por el contrario, las pruebas demuestran que el objetivo de las protestas anteriores y posteriores a 2015 era de expresar “oposición” al proyecto minero de Progreso VII por causa del desprecio de los Demandantes por las preocupaciones de las comunidades y la ley de Guatemala.⁸²⁷

370. El hecho de que los Demandantes se hayan basado en los artículos periodísticos que informaron sobre las protestas en el MEM es infructuoso. Al citar estos artículos, los Demandantes afirman que los manifestantes exigieron al MEM cumplir con la decisión de la Corte Suprema. Sin embargo, según estos artículos, las protestas tuvieron lugar “frente a las instalaciones del MEM”, no en Progreso VII.⁸²⁸

Santa Margarita

371. A pesar de que los Demandantes formulen y reformulen su argumento, las pruebas en el expediente demuestran que Exmingua no pudo realizar su EIA debido al supuesto bloqueo de 2014 y no a un bloqueo de 2016 que, como ya se demostró, no existe. Las declaraciones escritas de Kappes, el profesor Fuentes y Exmingua, así como la Réplica de los Demandantes lo afirman. Según Kappes, Exmingua no pudo realizar el EIA de Santa Margarita “primero debido al bloqueo inicial de 2012-2014 y luego porque Exmingua se centró en poner en marcha su operación después del retraso de casi dos años, antes de continuar con las actividades de exploración, teniendo aprobado su EIA de Santa Margarita”.⁸²⁹ La posición de Kappes es incongruente con la declaración que realizó Exmingua ante el MARN. En su carta de abril de 2017, Exmingua informó al MARN que no podía realizar el estudio por causa del bloqueo que se inició a partir del año 2012 y que hasta la fecha

⁸²⁶ Comparar Notificación de Protesta (31 de mayo de 2016) (C-0888) con Notificaciones de Protesta de Madre Selva (18 (C-0875); C-0876; (C-0878); (C-0879); (C-0881); (C-0882); (C-0883); (C-0884); (C-0885); (C-0886); (C-0887 (C-0889); (C-0890); (C-0891); (C-0892); (C-0928); (C-0893); (C-0894); (C-0895); (C-0931); (C-0896).

⁸²⁷ *Ibid.*

⁸²⁸ Réplica de los Demandantes, ¶ 247, donde se cita Anexos C-0009, C-0011.

⁸²⁹ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 241, donde se cita Kappes I, ¶ 141. *Ver también*, Kappes I, ¶ 92 (“Una vez eliminado el bloqueo, Exmingua finalmente pudo continuar el desarrollo de la mina. Exmingua también esperaba que GSM pudiera realizar los estudios sociales para la EIA de Santa Margarita, lo que se había hecho poco práctico debido a los bloqueos, porque la mayoría de los estudios sociales necesarios para la EIA habrían implicado reuniones públicas en las aldeas locales en las cercanías de Santa Margarita y, dados los mensajes amenazantes por parte de los manifestantes, habría sido imposible celebrar esas reuniones públicas”).

aún continuaba.⁸³⁰

372. Los Demandantes también atribuyen la imposibilidad de finalizar el EIA a eventos que acontecieron en el año 2012. En su Réplica, según los Demandantes, Exmingua también se vio impedida de realizar la consulta porque “los consultores de Exmingua [tenían] miedo”.⁸³¹ Sin embargo, el miedo no se originaba en las acciones que tuvieron lugar en 2016 y, no obstante, después de la fecha crítica. En palabras de los propios Demandantes, los consultores tenían miedo porque el 10 de abril y el 3 de mayo de 2012 los manifestantes “amenazaron” a dos trabajadores de Exmingua.⁸³² Dado que el reclamo de los Demandantes con respecto a Santa Margarita se basa en presuntos incidentes que tuvieron lugar entre 2012 y 2014, debe desestimarse el reclamo por falta de competencia del Tribunal.

D. El Tribunal carece de competencia sobre los reclamos de trato nacional y de NMF (nación más favorecida)

373. Las reservas del Tratado identificadas en el Memorial de Contestación de Guatemala⁸³³ y establecidas en el Anexo II del Tratado son de naturaleza *jurisdiccional*, a pesar de que los Demandantes afirmen lo contrario.⁸³⁴ Si una medida tomada por Guatemala está comprendida dentro del alcance del Anexo II, según el Artículo 10.13, las normas de trato nacional y de NMF “no se aplican” y, por lo tanto, el Tribunal no tiene facultades para determinar si Guatemala violó dichas normas.

374. Estados Unidos señaló este mismo punto con respecto a un tratado diferente pero similar. Al igual que en el caso del DR-CAFTA, las normas de trato nacional y de NMF del Acuerdo de Promoción Comercial (APC) entre Colombia y Estados Unidos “no se aplican” a las medidas indicadas en los anexos del tratado.⁸³⁵ Estados Unidos interpreta que esto significa que un tribunal “no tiene jurisdicción para considerar” reclamos que estén dentro del alcance de ese anexo.⁸³⁶ Guatemala citó esta presentación en su Memorial de Contestación⁸³⁷ y los Demandantes no dijeron nada al respecto.

375. En cualquier caso, en el caso de que estas objeciones se consideren en el fondo, a los Demandantes no les iría

⁸³⁰ Carta de Exmingua al MARN de fecha 7 de abril de 2017 (C-0015) (...) a partir del 2 marzo del 2012 el acceso principal al proyecto fue bloqueado por grupos de manifestantes. Este bloqueo previamente mencionado duró 2 años tiempo en el cual [Exmingua] no pudo acceder a desarrollar el proyecto de explotación ya mencionado. En fecha 25 de mayo del 2014 nuevamente se reanudaron las actividades en el proyecto, pero los bloqueos de manera irregular continuaron y hasta la fecha aún perduran.

⁸³¹ Réplica de los Demandantes, ¶ 288.

⁸³² Ver Réplica de los Demandantes, ¶ 288, donde se cita (R-0117), pág. 2.

⁸³³ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ § V.D.

⁸³⁴ Ver Réplica de los Demandantes, ¶ 374.

⁸³⁵ APC entre Colombia y Estados Unidos, §12.9(1) (RL-0428).

⁸³⁶ Ver *Astrida Benita Carrizosa c. Colombia*, Caso CIADI N.º ARB/18/05, Escrito de los Estados Unidos de América (RL-0162) (1 de mayo de 2020), ¶ 17 (explicación sobre que el Tribunal “no tiene jurisdicción para considerar” reclamos que se encuentren dentro del alcance de las reservas realizadas por las partes del tratado).

⁸³⁷ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 257 n. 411.

mucho mejor dado que Guatemala no puede violar normas que “no se aplican”.

1) Trato nacional

376. Los Demandantes están de acuerdo en que, en virtud del Artículo 10.13, la norma sobre trato nacional (Artículo 10.3) “no se aplic[a] a cualquier medida que [Guatemala] adopte o mantenga, en relación con los sectores, subsectores o actividades, tal como se indica en su Lista del Anexo II”. También reconocen la reserva que realizó Guatemala en virtud del Artículo 10.13,⁸³⁸ por la que exceptúa a todos los “asuntos relacionados con las minorías en desventaja”.⁸³⁹ La Descripción de la reserva establece lo siguiente: “Guatemala se reserva el derecho de adoptar o mantener *cualquier medida* que garantice derechos o preferencias para las Minorías y Poblaciones Indígenas, social y económicamente en Desventaja”.⁸⁴⁰

377. Los Demandantes se oponen a esta objeción afirmando lo siguiente: (i) que los reclamos realizados contra Guatemala no están comprendidos en el alcance de la reserva; y (ii) que los reclamos relacionados con Minera San Rafael y CGN *no* son reclamos de trato nacional a los fines de la reserva. Ambos argumentos son incorrectos.

d. Ambos tratos están dentro del alcance de la reserva

378. Los Demandantes afirman que sus reclamos no están comprendidos dentro del alcance de la reserva porque las presuntas *diferencias de trato* específicas no implicaron brindar protección a las comunidades indígenas.⁸⁴¹ Los Demandantes no leyeron bien el texto del Artículo 10.13 y la reserva. En primer lugar, tanto la reserva como el Artículo 10.13 hacen referencia específicamente a “medidas”,⁸⁴² no a diferencias de trato. El término “medidas” se define como “cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica”,⁸⁴³ lo cual significa que los “procedimientos, requisitos o prácticas” deben brindar protección a las comunidades indígenas para quedar comprendidos en el alcance de la reserva, no las diferencias en dichos procedimientos o prácticas. Sin duda, los actos de Guatemala, es decir, las decisiones de amparo de la Corte y las consultas del MEM, califican como medidas, e indiscutiblemente otorgaron derechos a las comunidades indígenas.⁸⁴⁴ Por lo tanto, son

⁸³⁸ Réplica de los Demandantes, ¶ 374.

⁸³⁹ DR-CAFTA, Anexo II-GU-3. (CL-0001).

⁸⁴⁰ DR-CAFTA, Anexo II-GU-3 (CL-0001).

⁸⁴¹ Réplica de los Demandantes, ¶ 376.

⁸⁴² DR-CAFTA, Anexo II-GU-3; DR-CAFTA, art. 10.13(1) (“Los Artículos 10.3, 10.4, 10.9 y 10.10 no se aplican a: (a) cualquier medida disconforme existente que sea mantenida por una Parte...”) (CL-0001).

⁸⁴³ DR-CAFTA, art. 2.1. (CL-0001)

⁸⁴⁴ Los Demandantes han alegado cuatro medidas: (i) suspensión de las operaciones de Exmingua mientras estuvieran pendientes las consultas *con las comunidades indígenas*; (ii) imposición de la condición de que Exmingua “no podía reanudar las operaciones a menos que se determine que las operaciones no habrían de amenazar la existencia de *la población indígena*”; (iii) decisión sobre los amparos presentados por representantes de *las poblaciones indígenas* en diferentes momentos; y (iv) realización de las consultas con las *comunidades indígenas*. Los Demandantes “no impugnan” estas medidas *per se*. Réplica de los Demandantes, ¶ 375.

“medidas disconformes” en los términos del Artículo 10.13 y del Anexo II.

379. En términos más generales, la reserva abarca todo lo incluido en el “sector” identificado por Guatemala. Según la primera página del Anexo II, párrafo 3, el trato nacional y el trato de NMF “no se aplican a los sectores, subsectores y actividades” identificados en las reservas.⁸⁴⁵ El uso de la palabra “y” confirma que existen múltiples maneras de que un acto se encuentre comprendido en el alcance de una reserva. La medida puede estar comprendida en el “sector” específico identificado y puede calificar como una de las actividades especificadas en la reserva (con anterioridad).

380. En virtud del Anexo II, Guatemala exceptuó a todos “los asuntos relacionados con las minorías y poblaciones indígenas en desventaja” *como sector*. Por lo tanto, si las medidas tomadas por Guatemala están “relacionadas con (...) las poblaciones indígenas”, están comprendidas en ese sector y no son competencia del Tribunal. En este caso, no existe una controversia respecto de si las decisiones de la Corte y las actividades del MEM se relacionan con las poblaciones indígenas. Por lo tanto, por este motivo y por el motivo esgrimido anteriormente, están comprendidas en el alcance de la reserva.

e. Todos los tratos diferentes son reclamos de trato nacional, no reclamos de trato de NMF

381. Como se explicó en el Memorial de Contestación, todos los reclamos que realizan los Demandantes son reclamos de trato nacional –y, por lo tanto, exceptuados por la reserva– porque cada una de las entidades que fueron comparadas con Exmingua –Oxec, Minera San Rafael y CGN– son inversores nacionales (es decir, los “propios inversionistas” del Estado), como se define en el Tratado.⁸⁴⁶ Los Demandantes objetan este punto de vista, aclarando –por primera vez⁸⁴⁷– que las alegaciones con respecto a Minera San Rafael y CGN califican como trato de NMF. También entablan *nuevos* reclamos de NMF con respecto a Oxec, además de los reclamos de trato nacional ya entablados.⁸⁴⁸ Ambas maniobras fracasan.

382. Con respecto a Minera San Rafael y CGN, no existen dudas de que estas entidades se encuentran comprendidas en la definición de inversores nacionales, por lo que los reclamos relacionados con ellas pueden considerarse como reclamos de trato nacional en lugar de reclamos de trato de NMF.⁸⁴⁹ Tanto Minera San

⁸⁴⁵ DR-CAFTA, Anexo II (CL-0001).

⁸⁴⁶ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 259.

⁸⁴⁷ Como se explica en el Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ los Demandantes no identificaron en su Memorial qué reclamos eran reclamos de trato nacional y cuáles eran de trato de NMF. Todos se encontraban (se encuentran) agrupados en una única sección, lo cual dificulta mucho determinar cómo se compara a cada entidad. Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 617; *ver también* Memorial de los Demandantes, ¶ 323.

⁸⁴⁸ Réplica de los Demandantes, ¶ 548.

⁸⁴⁹ “Cada entidad es una “empresa de [Guatemala]”, con una “inversión” en el Estado -tal como se define en el Tratado, es decir, “licencias (...)”. Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 259. Además, Oxec, Minera San Rafael y CGN no se encuentran comprendidas en la definición de “inversor extranjero” de la ley de Guatemala porque todas se constituyeron con arreglo a las leyes de Guatemala. Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 260.

Rafael como CGN son “empresas de [Guatemala]” y titulares de una licencia para realizar ciertas actividades.⁸⁵⁰ Son inversores nacionales, según se define en el Tratado, y los Demandantes no afirman lo contrario.

383. Para evitar este resultado, los Demandantes hacen referencia a sus propietarios extranjeros (PSA y Soloway), convirtiendo los reclamos de trato nacional en reclamos de NMF. Sin embargo, es tan solo un intento de eludir la reserva. Cabe destacar que los propietarios extranjeros no estuvieron involucrados en absoluto en los amparos ni en las consultas del MEM. Ni siquiera se los mencionó.

384. En este sentido, es importante destacar que no existen pruebas de discriminación por titularidad extranjera en este caso.⁸⁵¹ Todo es nacional. Todas las comparaciones que realizan los Demandantes son entre entidades nacionales. Los presuntos tratos no tienen nada que ver con los propietarios extranjeros, incluidos los Demandantes.⁸⁵² Los Demandantes no han indicado de modo alguno que los propietarios extranjeros fueran relevantes por algún motivo. Estos reclamos son de trato nacional y se los debe abordar como tales.

385. Los Demandantes plantean que, si Guatemala estuviera en lo cierto, “un inversor cuya inversión fuera una entidad legal nunca podría plantear un reclamo de NMF” ya que, por definición, todas las inversiones tienen nacionalidad guatemalteca.⁸⁵³ Sin embargo, este escenario no tiene nada de malo. Las partes del Tratado son libres de exigir a los inversores extranjeros que se registren como residentes, y que registren sus inversiones como entidades jurídicas nacionales.⁸⁵⁴ Si todos los inversores o las inversiones se constituyen con arreglo a las leyes nacionales, como es el caso, todas las entidades son nacionales, y toda discriminación que tenga lugar entre ellas está protegida por el trato nacional. En otras palabras, no resulta necesaria la protección de NMF porque todo es nacional.

386. Con respecto a Oxec, los Demandantes ya habían presentado un reclamo de trato nacional, que está inhabilitado por la reserva. Eso está claro. En cuanto a los nuevos reclamos de NMF, los Demandantes no pueden incluir estos reclamos por primera vez en su Réplica. El Memorial describe a Oxec como una entidad local que es “propiedad o est[á] controlad[a] por nacionales guatemaltecos”,⁸⁵⁵ por lo que las comparaciones con Oxec se limitaron al trato nacional. Los Demandantes jamás sugirieron que se tratara de un reclamo de

⁸⁵⁰ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 259.

⁸⁵¹ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 660.

⁸⁵² Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 262 (“Los cuatro tratos alegados por los Demandantes nunca mencionan a los propietarios extranjeros de Minera San Rafael y CGN -Pan American Silver (Canadá) y el Grupo Soloway (Suiza), respectivamente. Los Demandantes tampoco plantean ninguna similitud entre dichas dos entidades y ellos mismos, que es lo que deben hacer para cumplir la norma de NMF”).

⁸⁵³ Réplica de los Demandantes, ¶ 379.

⁸⁵⁴ DR-CAFTA, § 10.14.1; Escrito de los Estados Unidos, ¶ 8.

⁸⁵⁵ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 323.

NMF ni mucho menos presentaron tal reclamo con relación a Oxec. El hecho de que hayan presentado un nuevo reclamo de discriminación sin realizar ninguna alegación adicional ni presentar ninguna prueba de la discriminación demuestra que lo único que están intentando hacer es eludir la reserva. Deben desestimarse todos los reclamos de trato nacional.

2) Trato de nación más favorecida

387. Guatemala también se reservó el derecho, respecto de los Estados Unidos, de adoptar “*cualquier* medida que otorgue un trato diferenciado a los países en virtud de *cualquier* acuerdo internacional bilateral o multilateral vigente o firmado antes de la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo”.⁸⁵⁶ Como se explicó en el Memorial de Contestación, CGN es de propiedad del Grupo de Inversiones Soloway de Suiza; y Suiza y Guatemala tienen un tratado bilateral de inversión que es anterior al DR-CAFTA.⁸⁵⁷ Cualquier reclamo de NMF entre los Demandantes y Soloway queda alcanzado por esta reserva.

388. Los Demandantes se oponen a esta objeción porque las medidas tomadas con respecto a CGN no se tomaron “en virtud del” Tratado Bilateral de Inversión entre Suiza y Guatemala.⁸⁵⁸ En su opinión, el Estado tendría que actuar haciendo algún tipo de referencia expresa a un tratado bilateral de inversión para que la reserva resulte de aplicación. Con todo respeto, los Demandantes no leyeron bien la reserva.

389. El término “en virtud de” se utiliza en un sentido general, como cuando se dice que los reclamos de trato nacional se encuentran comprendidos en la reserva para poblaciones indígenas. Ni el Tratado ni la reserva requieren que los Estados expresamente relacionen sus actos con un tratado específico para que la reserva resulte de aplicación. El lenguaje claro de la reserva abarca “*cualquier* medida que otorgue un trato diferenciado a los países en virtud de *cualquier* acuerdo internacional bilateral o multilateral”. Este lenguaje amplio incluye las medidas tomadas por Guatemala con respecto a CGN.

390. Además, los Estados no actúan haciendo referencia expresa a los tratados. Tampoco aceptan inversiones extranjeras haciendo referencia expresa. Con la interpretación que proponen los Demandantes, la reserva no surtiría efectos dado que los Estados rara vez hacen esas referencias, si las hacen. La interpretación de los Demandantes simplemente no se corresponde con el significado normal del texto.

V. CUESTIONES DE FONDO

A. Derecho Aplicable a la Controversia

391. Los Demandantes invocan una serie de actos y omisiones gubernamentales por parte de Guatemala que

⁸⁵⁶ DR-CAFTA, Anexo II-GU-1 (énfasis añadido) (CL-0001).

⁸⁵⁷ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 263.

⁸⁵⁸ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 37, 383. Estados Unidos parece adoptar la misma postura en su Escrito de Parte No Contendiente, ¶ 37.

habrían dado lugar a una serie de reclamos en relación con el DR-CAFTA.⁸⁵⁹ Sin embargo, el hilo común que entrelaza todos dichos reclamos es la decisión de la Corte de Constitucionalidad en el amparo de CALAS que suspendió la licencia de explotación de Progreso VII de Exmingua.⁸⁶⁰ En efecto, los Demandantes no habrían iniciado este arbitraje si no fuera porque la Corte de Constitucionalidad suspendió las operaciones mineras de Progreso VII en el amparo de CALAS.⁸⁶¹

392. Es decir que el factor central de esta controversia es si la Corte de Constitucionalidad tenía razones justificadas para,⁸⁶² *primero*, exigir al gobierno guatemalteco que cumpliera con los requisitos del Convenio 169 de consultar a los pueblos indígenas y comunidades tribales, y *segundo*, suspender las operaciones mineras de Progreso VII hasta que se cumpliera con tales requisitos de consulta establecidos en el Convenio 169. En relación con esta última cuestión, cabe mencionar, como se verá a continuación, que la Corte suspendió las operaciones mineras de Progreso VII debido en gran parte a las tensiones sociales fomentadas por el proyecto minero Tambor. Dichas tensiones sociales podrían haberse evitado si los Demandantes hubieran cumplido con sus responsabilidades empresarias reconocidas en el Marco de las Naciones Unidas para las Empresas y los Derechos Humanos (el "Marco de las Naciones Unidas") y sólidamente establecidas en la jurisprudencia sobre inversiones. Específicamente, los Demandantes no llevaron a cabo la debida diligencia ni obtuvieron la licencia para operar el proyecto minero de Exmingua, lo que inevitablemente generó y exacerbó la legítima oposición social al proyecto.

393. Por lo tanto, la presente controversia no puede resolverse únicamente a través del prisma del DR-CAFTA. El Convenio 169 y el Marco de las Naciones Unidas contienen normas pertinentes de derecho internacional que

⁸⁵⁹ Los Demandantes critican las diversas decisiones de la Corte Suprema y de la Corte de Constitucionalidad, las órdenes de suspensión del MEM, la investigación de las autoridades guatemaltecas sobre la explotación ilegal de Exmingua y la posterior incautación del concentrado de oro, la supuesta inacción de las autoridades policiales y la supuesta inacción del MEM respecto de la solicitud del EIA para la mina Santa Margarita.

⁸⁶⁰ Los Demandantes sostienen que estos actos constituyen violaciones de los artículos 10.3 (Trato Nacional), 10.4 (Trato de Nación Más Favorecida), 10.5 (Nivel Mínimo de Trato) y 10.7 (Expropiación e Indemnización) del DR-CAFTA.

⁸⁶¹ *Ver, por ejemplo, Daniel W. Kappes y Kappes, Cassidy & Associates c. la República de Guatemala*. Caso CIADI No. Arb/18/43, Notificación de Arbitraje (9 de noviembre de 2018) ("Notificación de Arbitraje") ¶¶ 2-3 (Los Demandantes eligen por la presente proceder con este arbitraje [...] Específicamente, [...], el proyecto minero de los Demandantes que ya estaba operando fue detenido por los tribunales de Guatemala debido a la supuesta omisión del propio Estado de llevar a cabo consultas con las comunidades locales; ¶ 68 sobre supuestas violaciones de los Artículos 10.3 y 10.4: "[...] Exmingua ha recibido un trato menos favorable por parte de los tribunales y del MEM que el otorgado a los otros dos proyectos; ¶ 72 sobre la supuesta violación del Artículo 10.5: "Guatemala violó su obligación de otorgar a la inversión de los Demandantes un trato justo y equitativo al, entre otras cosas, suspender las operaciones de Exmingua en Progreso VII [...]; imponer retroactivamente un nuevo requisito a Exmingua para la explotación de los recursos después que ya se le había otorgado una licencia de explotación válida; [...] ¶ 77: "Guatemala expropió la inversión de los Demandantes en Exmingua, porque la suspensión por parte del Estado de la licencia de explotación del Proyecto Progreso VII y su *moratoria* ilegal han privado a Exmingua del uso y goce de sus derechos mineros sobre los Proyectos Progreso VII y Santa Margarita.) (*énfasis añadido*).

⁸⁶² Esto, claro está, sin perjuicio de las demás objeciones y defensas de Guatemala, entre otras, sus objeciones de jurisdicción y admisibilidad, la objeción a la atribución de los actos de los tribunales al Estado en ausencia de denegación de justicia o mala fe, y las defensas sobre el fondo.

son aplicables a esta controversia.

394. La Comisión de Derecho Internacional ha señalado que "cualquiera que sea su objeto, los tratados son una creación del sistema jurídico internacional y su funcionamiento se basa en ese hecho."⁸⁶³ En consonancia con dicho pronunciamiento, Campbell McLachlan ha insistido en que "los tratados de inversión no son regímenes autónomos. El derecho internacional es un sistema jurídico, y los tratados de inversión son criaturas del mismo y se rigen por éste."⁸⁶⁴ Este principio, que McLachlan describe como "*integración sistémica* dentro del sistema jurídico internacional,"⁸⁶⁵ se ve reflejado tanto en el Convenio del CIADI como en el DR-CAFTA.
395. El Artículo 42(1) del Convenio del CIADI establece que "[e]l Tribunal decidirá una controversia de conformidad con las normas jurídicas que acuerden las partes, y en su defecto, "las normas de derecho internacional que sean aplicables". A su vez, el Artículo 10.22.1 del DR-CAFTA, el ordenamiento primario acordado por los Estados Partes, establece que "el tribunal decidirá las cuestiones en disputa de conformidad con este Acuerdo y las normas de derecho internacional aplicables". La Convención de Viena, que rige la interpretación de *todos* los tratados como el DR-CAFTA, "incluye, en el artículo 31(3)(c), el requisito de remitirse a las 'normas pertinentes de derecho internacional aplicables en las relaciones entre las partes'."⁸⁶⁶
396. Estas "normas de derecho internacional", tanto en el Convenio del CIADI como en el DR-CAFTA, se refieren a toda la gama de fuentes de derecho internacional conforme al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.⁸⁶⁷ La jurisprudencia sobre inversiones adopta este criterio. En el caso *Urbaser c.*

⁸⁶³ Comisión de Derecho Internacional, *Conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio sobre la Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2006, vol. II, Segunda Parte, p. 180 (RL-0318).

⁸⁶⁴ CAMPBELL MCLACHLAN, *Investment Treaties and General International Law* (Los tratados de inversión y el derecho internacional general), THE INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY 361, 369 (abril de 2008, Vol. 57) (RL-0420).

⁸⁶⁵ CAMPBELL MCLACHLAN, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention* (El principio de integración sistémica y el artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena), THE INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY 279, 280 (Vol. 54, abril de 2005) (RL-0421).

⁸⁶⁶ EMMANUEL GAILLARD Y YAS BANIFATEMI, *The Meaning of "and" in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process* (Significado de "y" en el artículo 42(1), segunda frase, del Convenio de Washington: El papel del derecho internacional en el proceso de elección de la ley del CIADI), ICSID REVIEW-FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL 375 en 371 (Volumen 18, Número 2, otoño 2003) (RL-0422).

⁸⁶⁷ EMMANUEL GAILLARD Y YAS BANIFATEMI, *The Meaning of "and" in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process* (Significado de "y" en el artículo 42(1), segunda frase, del Convenio de Washington: El papel del derecho internacional en el proceso de elección de la ley del CIADI), ICSID REVIEW-FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL 375 en 397 (Volumen 18, Número 2, Otoño 2003) (RL-0422): "En virtud de la segunda frase del artículo 42(1), la expresión "y aquellas normas de derecho internacional que sean aplicables" debe entenderse, por lo tanto, como una opción para que el tribunal determine las normas sustantivas de derecho internacional aplicables de conformidad con las fuentes establecidas en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. **Es decir, el derecho internacional debe entenderse como un conjunto de normas sustantivas que pueden ser aplicables a una cuestión particular presentada ante un tribunal del CIADI**". (énfasis añadido, cursiva en el original). *Eli Lilly and Co. c. Gobierno de Canadá*, Caso No. UNCT/14/2, Laudo Definitivo (16 de marzo de 2007), ¶ 106

Argentina, el tribunal sostuvo que "*debe aplicar el derecho internacional*. Esto implica aplicar no sólo el TBI, *sino también el derecho internacional en general*. Un TBI no es un conjunto de normas autónomas."⁸⁶⁸ El comité de anulación en el caso *MTD c. Chile* señaló de manera similar que "... el Tribunal tenía que aplicar el *derecho internacional en su conjunto* al reclamo, y no las disposiciones del TBI de manera aislada."⁸⁶⁹ Por lo tanto, debe aplicarse el derecho internacional *en su conjunto* al resolver una controversia sobre inversiones.

397. McLachlan y Ian Brownlie han advertido que la inobservancia del principio de integración sistémica "podría dar lugar a graves conflictos de leyes dentro del sistema jurídico internacional."⁸⁷⁰ Para evitar esta tensión presente en la fertilización cruzada, Philippe Sands va incluso más allá al sugerir que los tribunales deben partir de la "presunción de que [...] las normas de cualquier sistema normativo esencialmente autónomo deben interpretarse de forma coherente con el derecho internacional general."⁸⁷¹ Esto significa en la práctica, según Sands, que "la norma consuetudinaria debe aplicarse a menos que pueda demostrarse que dicha aplicación socavaría el objeto y la finalidad del sistema autónomo de normas"⁸⁷² y que la "carga de explicar por qué no debe aplicarse [recae] en la parte que se opone a la interpretación compatible con la norma consuetudinaria."⁸⁷³

398. Tal como argumentó Guatemala, Pierre Marie-Dupuy también apoyó la opinión de que el derecho interno de un Estado anfitrión no es menos relevante en el cálculo del tribunal, especialmente cuando el derecho interno "establece un vínculo constitucional entre el derecho internacional público y el ordenamiento jurídico municipal."⁸⁷⁴ Según dicho jurista, "[c]uando, en particular, la Constitución nacional del Estado anfitrión contiene una opción a favor del monismo que concede la primacía al derecho internacional público, **éste último participa en el derecho aplicable al litigio**."⁸⁷⁵ El difunto Emmanuel Gaillard y Yas Banifatemi también

(**RL-0040**): La frase "normas de derecho internacional" "se refiere no sólo, por ejemplo, a las normas de interpretación de los tratados, como las reflejadas en los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ("CVDT"), *sino también a cualquier otra norma de derecho internacional aplicable que pueda ser pertinente para el caso bajo análisis*." (énfasis y cursiva añadidos).

⁸⁶⁸ *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partuergoa c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/26, Laudo (diciembre de 2016), ¶ 555 (**RL-0129**), énfasis y cursiva añadidos.

⁸⁶⁹ *MTD c. Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Decisión sobre Anulación (21 de marzo de 2007), ¶ 61 (**RL-0133**) (énfasis y cursiva añadidos).

⁸⁷⁰ CAMPBELL MCLACHLAN, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention* (El principio de integración sistémica y el artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena), *THE INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY* (Vol. 54, Abril de 2005), 279 en p. 284 (**RL-0421**) que cita a IAN BROWNLIE, *The Rights of Peoples in Modern International Law* (Derechos de los pueblos en el derecho internacional moderno) en Crawford (edic.), *The Rights of Peoples* (Clarendon Press Oxford 1988) 1 en 15 (**RL-0423**).

⁸⁷¹ Philippe Sands, *Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law* (Tratado, costumbres y la fertilización cruzada del derecho internacional), 1 *Yale Hum. Rts. & Dev. L.J.* 85-106, p. 104 (1998) (**RL-0424**).

⁸⁷² *Ibid.*

⁸⁷³ *Ibid.*

⁸⁷⁴ Pierre Marie-Dupuy, *Unification Rather than Fragmentation of International Law?* (¿Unificación en lugar de fragmentación del derecho internacional?), en *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (Derechos humanos en el derecho internacional de las inversiones y el arbitraje), (2009), p. 59 (**RL-0425**).

⁸⁷⁵ *Ibid.*

adoptan la postura de que, al interpretar las normas de derecho internacional conforme al artículo 42(1) del Convenio del CIADI, "el derecho internacional puede aplicarse de manera directa, posiblemente **en conjunción con el derecho del Estado anfitrión**, o de manera indirecta **al incorporarlo al derecho interno elegido**."⁸⁷⁶

399. Es indiscutible que el Convenio 169 "forma parte del ordenamiento jurídico guatemalteco" desde que entró en vigor en el país el 5 de junio de 1997.⁸⁷⁷ Además, "la obligación de consulta [prevista en el Convenio 169 de la OIT], además de constituir una norma convencional, es **también un principio general del Derecho Internacional**."⁸⁷⁸ Sin embargo, según los Demandantes, la "discusión de Guatemala en cuanto al modo en que el Convenio 169 forma parte de la legislación guatemalteca... es irrelevante"⁸⁷⁹ para abordar sus alegaciones de que los tribunales de Guatemala violaron los supuestos derechos adquiridos de Exmingua.⁸⁸⁰ Más bien, según el experto de los Demandantes, al suspender la licencia de explotación de Progreso VII a la espera de la realización de la consulta conforme al Convenio 169, "[e]n esencia, el Tribunal asumió el rol de la legislatura."⁸⁸¹ Este argumento carece de fundamento.

400. El árbitro Douglas ha opinado que "[l]a medida en que los tribunales nacionales pueden hacer efectivas tales normas internacionales a través de litigios internos **depende del derecho constitucional del Estado en cuestión**."⁸⁸² Los Demandantes olvidan que, en virtud del artículo 46 de la Constitución Política de Guatemala, **el Convenio 169 tiene precedencia sobre el derecho interno**.⁸⁸³ Esta precedencia del Convenio 169 sobre el derecho interno también ha sido afirmada por los tribunales nacionales de Guatemala y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.⁸⁸⁴ Además, el cuestionamiento genérico de los Demandantes contra el

⁸⁷⁶ EMMANUEL GAILLARD Y YAS BANIFATEMI, *The Meaning of "and" in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process (RL-0422)* (Significado de "y" en el artículo 42(1), segunda frase, del Convenio de Washington: El papel del derecho internacional en el proceso de elección de la ley del CIADI), ICSID REVIEW-FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL (Volumen 18, Número 2, otoño de 2003), 375 en 376, *énfasis añadido*.

⁸⁷⁷ Informe Richter, ¶ 25: ("De acuerdo al texto del propio Convenio 169 de OIT, este entró en vigencia en Guatemala un año después de su ratificación, lo que aconteció el cinco de junio de mil novecientos noventa y siete (05/06/1997). Desde esa fecha, el Convenio integra el ordenamiento jurídico guatemalteco y, como consecuencia, es norma vigente y aplicable.").

⁸⁷⁸ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitida el 27 de junio de 2012 (*Sarayaku c. Ecuador*), ¶164, p. 49 (R-0085).

⁸⁷⁹ Memorial de Contestación, ¶ 250.

⁸⁸⁰ Memorial de Contestación, ¶¶ 250-251.

⁸⁸¹ Informe Fuentes II, ¶ 67.

⁸⁸² DOUGLAS, Z., *International Responsibility for Domestic Adjudication: Denial of Justice Deconstructed* (La responsabilidad internacional por la adjudicación interna: La denegación de justicia deconstruida), INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY, Vol. 63, 2014, p. 874. (RL-0191)

⁸⁸³ Constitución Política de la República de Guatemala, Art. 46: ("Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenios aprobados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno") (C-0414).

⁸⁸⁴ Memorial de Contestación, ¶¶ 85-100, 588; *Ver* Sentencia de la Corte de Constitucionalidad emitida el 18 de mayo de

alcance del poder judicial se desmorona ante el claro otorgamiento de jurisdicción general en virtud del Artículo 272(i) de la Constitución Política de Guatemala para que la Corte de Constitucionalidad "actúe, emita opiniones, imponga o tome conocimiento de los asuntos de su competencia establecidos en la Constitución de la República". A su vez, el artículo 9 de la Ley del Organismo Judicial de Guatemala no sólo faculta a los tribunales, sino que lo hace su deber, a que "observen siempre el principio de jerarquía normativa y la supremacía de la Constitución Política de la República sobre cualquier ley o tratado, *con excepción de los tratados o convenios sobre derechos humanos, que prevalecen sobre el derecho interno*". Lo que significan dichas disposiciones es que el poder judicial tiene la obligación, *independiente de los otros poderes del Estado*, de aplicar el Convenio 169. Por lo tanto, cuando la Corte de Constitucionalidad exigió al Gobierno el cumplimiento del Convenio 169, no obstante la falta de regulación legislativa o administrativa, no se puede negar que el Tribunal estaba afirmando *directamente* las obligaciones del Estado en virtud del tratado. Además, como había explicado la Corte en el amparo de CALAS que involucraba a Exmingua, "las deficiencias del ordenamiento jurídico interno no pueden traducirse en la negación del derecho a la consulta del que gozan los pueblos indígenas."⁸⁸⁵

401. Guatemala también ha estado bajo la mirada de la comunidad internacional. Hubo varias visitas a Guatemala por parte de la OIT y del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos

1995, caso No. 199-1995, p. 6 (**R-0078**) ("Puede decirse que el artículo 46 de la Constitución reconoce el principio general de que en materia de derechos los tratados y convenios aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno. En este sentido, esta Corte ha considerado que la Constitución debe ser interpretada como un todo armónico, en el que cada parte se interpreta en concordancia con el resto, que ninguna disposición debe considerarse en forma aislada y que debe preferirse la conclusión que armonice y no la que ponga en conflicto los diferentes preceptos del texto constitucional"); Sentencia de la Corte de Constitucionalidad emitida el 31 de octubre de 2000, caso No. 30-2000, p. 7 (*Caso Ley de Minería*) (**R- 0079**) ("... en virtud del artículo 46, se somete al principio general de que los tratados y convenios aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno"); Sentencia de la Corte de Constitucionalidad emitida el 8 de mayo de 2007, caso No. 1179-2005, p. 13 (*Caso Sipacapa*) (**C-0440**); Sentencia de la Corte de Constitucionalidad emitida el 7 de septiembre de 2007, caso No. 1408-2005, pág. 8 (*Caso Río Hondo I*) (**R-0088**); Sentencia de la Corte de Constitucionalidad emitida el 9 de abril de 2008, Caso No. 2376-2007, pág. 8 (*Caso Río Hondo II*) (**R- 0089**); CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, *Mary y Carrie Dann (Estados Unidos)*, 27 de diciembre de 2002, ¶ 140 (**RL- 0235**). ("Los artículos XVIII y XXIII de la Declaración Americana obligan especialmente a un Estado miembro a garantizar que toda determinación del grado en que los reclamantes indígenas mantienen intereses en las tierras que tradicionalmente han poseído y ocupado y utilizado se base en un proceso de consentimiento mutuo y plenamente informado por parte de la comunidad indígena en su conjunto. Esto requiere, como mínimo, que todos los miembros de la comunidad estén plena y exactamente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso y que se les brinde la oportunidad efectiva de participar en forma individual o colectiva"); CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice)*, 12 de octubre de 2004, ¶ 142 (**RL-0236**); y Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka c. Surinam*, Objeciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costos. Sentencia (28 de noviembre de 2007). Serie C No. 172, ¶ 194(e) (**RL-0237**) ("[L]as evaluaciones de impacto ambiental y social [deben ser realizadas] por entidades independientes y técnicamente competentes, antes de otorgar una concesión para cualquier proyecto de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, e implementar salvaguardas y mecanismos adecuados a fin de minimizar los efectos perjudiciales que tengan dichos proyectos sobre la supervivencia social, económica y cultural del pueblo Saramaka").

⁸⁸⁵ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Caso No. 3207-2016 y 3344-2016, 22 de junio de 2020 p. 32 (**C-0145**) (amparo CALAS) que *cita* la Sentencia de la Corte de Constitucionalidad emitida el 21 de diciembre de 2009, Caso No. 3878-2007 (**R-0080**) (*Cementos Progreso*).

Indígenas.⁸⁸⁶ Todas dichas visitas tenían como objetivo no sólo evaluar el cumplimiento de Guatemala con sus obligaciones del Convenio 169, sino, lo que es más importante, garantizar que las autoridades gubernamentales salvaguarden los derechos de los pueblos indígenas de acuerdo con las normas establecidas en el Convenio.

402. Se insta al Tribunal a ponerse en el lugar de la Corte de Constitucionalidad. Si este Tribunal encontrara a Guatemala responsable de un hecho internacionalmente ilícito bajo el DR-CAFTA, estaría culpando a Guatemala sencillamente por ejercer su mandato constitucional independiente. Peor aún, nada menos que la comunidad internacional ha instado a Guatemala a cumplir con sus obligaciones internacionales en virtud del Convenio 169. Responsabilizar a Guatemala en el marco del DR-CAFTA sería penalizar al Estado por cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y, a su vez, premiar a un inversor que no ha mostrado respeto alguno por los derechos humanos y que incumple las leyes de Guatemala. El principio de integración sistémica del derecho internacional impide precisamente este tipo de interpretación.

403. En cuanto a la cuestión de si la Corte de Constitucionalidad actuó en forma justificada al suspender las operaciones mineras de Exmingua en Progreso VII hasta que se concretaran las consultas del Convenio 169, la decisión de la Corte se basa tanto en el derecho como en los hechos.

404. Como cuestión de derecho, el ex Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya, señala que es común que las empresas hayan obtenido concesiones para explotar recursos naturales *antes de* la realización de las consultas del Convenio 169.⁸⁸⁷ En tales casos, como en el caso que nos ocupa, Anaya ha presagiado que las empresas comerciales "pueden intentar utilizar el derecho internacional", como el DR-CAFTA, "como base de la responsabilidad del Estado."⁸⁸⁸ Sin embargo, Anaya es enfático al afirmar que las medidas gubernamentales que exigen consultas después de que se haya concedido una licencia pueden dar lugar a responsabilidad sólo "**en contados casos** - por ejemplo, si el deber de consultar se aplica haciendo caso omiso "de los principios del debido proceso consagrados en los principales sistemas jurídicos del mundo".⁸⁸⁹ Como se explicará con más detalle en otra parte de esta Dúplica, la Corte de Constitucionalidad observó el debido proceso tanto en lo procesal como en lo sustancial al suspender las operaciones mineras de los Demandantes hasta que se cumpliera con el Convenio 169.

405. De hecho, la suspensión de un proyecto hasta que se lleven a cabo las consultas no sólo se basa en la ley, sino

⁸⁸⁶ Ver Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya (junio de 2011) (RL-0366).

⁸⁸⁷ Anaya, S. James y Puig, Sergio, *Mitigating State Sovereignty: The Duty to Consult with Indigenous Peoples* (Mitigación de la soberanía del Estado: El deber de consultar a los pueblos indígenas) (3 de enero de 2018), 67 *University of Toronto Law Journal* 435 (2017), *Arizona Legal Studies Discussion Paper* Nro. 16-42, U del *Colorado Law Legal Studies Research Paper* Nro. 17-1, p. 463. (RL-0426).

⁸⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁸⁹ *Ibid.* énfasis añadido.

en el sentido común. Si la norma estableciera lo contrario, el proceso de consulta carecería de sentido. El objetivo de la consulta es que las comunidades afectadas "*participen* en la evaluación de las medidas que *puedan afectar* su relación cultural con sus tierras y recursos naturales."⁸⁹⁰ Permitir que un proyecto siga adelante durante el proceso de consulta obliga a las comunidades afectadas a aceptar el proyecto como un *hecho consumado*. Las consultas, en ese caso, no servirían de nada y no serían más que un cumplimiento nominal del Convenio 169 de la OIT. Las consultas son una oportunidad para que las comunidades afectadas expresen sus inquietudes acerca del proyecto, más que meras formalidades.⁸⁹¹

406. De hecho, los Demandantes no pueden fingir estar tan desconcertados frente al hecho de que la Corte de Constitucionalidad haya exigido la realización de las consultas del Convenio 169 para el proyecto minero Progreso VII y haya suspendido la licencia de explotación hasta la finalización de dichas consultas. En abril de 2008, dos meses antes de la carta de intención de los Demandantes para adquirir Exmingua⁸⁹² y casi un año antes de que los Demandantes adquirieran Minerales KC,⁸⁹³ la Corte de Constitucionalidad dictó sentencia en Río Hondo II afirmando las obligaciones del Estado de consultar a los pueblos indígenas en virtud del Convenio 169.⁸⁹⁴ Posteriormente, en diciembre de 2009, un mes antes de que Exmingua llevara a cabo las consultas del EIA entre enero y febrero de 2010,⁸⁹⁵ la Corte decidió el caso Cementos Progreso afirmando que las consultas deben ser "realizadas *antes* del otorgamiento de la licencia minera."⁸⁹⁶ Es más, la Corte de Constitucionalidad advirtió que los requisitos de consulta del Convenio 169 subsisten incluso cuando un proyecto "**se ha ejecutado, mientras no se haya consumado totalmente.**"⁸⁹⁷ Por lo tanto, la insistencia de los Demandantes en que Guatemala "cambió todas las reglas del juego,"⁸⁹⁸ es a la vez infundada y falsa.

407. Además, la suspensión de las operaciones mineras de Exmingua no es la primera en la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad. Como los Demandantes no tienen reparos en admitir, la Corte en el caso *Minera*

⁸⁹⁰ Memorial de Contestación, ¶¶ 559, que cita a María Victoria Cabrera Ormaza, *The Requirement of Consultation with Indigenous Peoples in the ILO: Between Normative Flexibility and Institutional Rigidity* (El requisito de consulta con los pueblos indígenas en la OIT: entre la flexibilidad normativa y la rigidez institucional), Leiden: Brill Nijhoff, p. 63 (**RL-0297**) (énfasis y cursiva añadidos).

⁸⁹¹ OIT, *Manual para los mandantes tripartitos: Entender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, 1989 (núm. 169), 2013, p. 11 (**RL-0128**): "La consulta y la participación son objetivos importantes en sí mismos, pero también son los medios a través de los cuales los pueblos indígenas pueden participar plenamente en las decisiones que los afectan."

⁸⁹² Memorial de los Demandantes, ¶ 24.

⁸⁹³ Memorial de los Demandantes, ¶ 26.

⁸⁹⁴ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad emitida el 9 de abril de 2008, Caso No. 2376-2007, p. 17 (**R- 0089**) (*Caso Río Hondo II*).

⁸⁹⁵ Solicitud de Arbitraje, ¶ 5; Informe SLR, ¶¶ 30, 123.

⁸⁹⁶ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad emitida el 21 de diciembre de 2009, Caso No. 3878-2007, p. 20 (**R-0080**) (*Cementos Progreso*).

⁸⁹⁷ *Ibid.* (**R-0080**)

⁸⁹⁸ Réplica de los Demandantes, ¶ 251; Memorial de los Demandantes ¶¶ 297-300; Fuentes I ¶¶ 165-170.

San Rafael y *CGN* suspendió la licencia de explotación a la espera de las consultas.⁸⁹⁹ Si bien los Demandantes señalan el caso *Minera San Rafael* y *CGN* como base para argumentar que los tribunales guatemaltecos discriminaron a Exmingua⁹⁰⁰ -lo cual no es así, como se explica más adelante-, la jurisprudencia de la Corte demuestra una postura consistente sobre la inmutabilidad del Convenio 169 incluso frente a una licencia minera otorgada previamente, como fue el caso de Exmingua.

408. Para evitar cualquier duda, la razonabilidad de la suspensión de la licencia de Progreso VII se ve reforzada por la práctica imperante de otros Estados. Otros tribunales y organismos latinoamericanos también han ordenado la suspensión de proyectos hasta que se cumplan los requisitos de consulta del Convenio 169. En Costa Rica, el Instituto de Electricidad del Estado suspendió el Proyecto Hidroeléctrico Diquís "porque era necesario llevar a cabo un proceso de diálogo con las organizaciones indígenas de Térraba."⁹⁰¹ En Colombia, las obras de perforación subfluvial del Canal del Dique fueron suspendidas hasta que se realizara un proceso de consulta con las comunidades indígenas afectadas.⁹⁰² En Chile, se suspendieron igualmente cuatro proyectos hasta que el Estado concretara las consultas establecidas en el Convenio 169.⁹⁰³

409. De hecho, también había cuestiones de peso en juego en el caso del amparo de CALAS que impulsaron a la Corte de Constitucionalidad a ordenar la suspensión de las operaciones mineras de Exmingua. La Corte consideró que los graves conflictos en la zona "[habían] puesto en peligro la vida y la seguridad de los

⁸⁹⁹ Memorial de los Demandantes, ¶ 113 que *cita* la Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, Caso No. 4785-2017 de fecha 3 de septiembre de 2018 (C-0459) y la Réplica de los Demandantes, nota 827 que *cita* la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Caso No. 697-2019, Resolución de fecha 18 de junio de 2020, en 268, 274 [en 3-4 ING] (C-0496) (que ordena al MEM llevar a cabo consultas en virtud del Convenio 169 de la OIT en un plazo de 18 meses y el mantenimiento de la suspensión de la licencia de explotación de CGN hasta que se produzca tal suspensión).

⁹⁰⁰ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 258-268.

⁹⁰¹ Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe, *Reporte Regional, Convenio núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la consulta previa a los pueblos indígenas en proyectos de inversión* (2016), ¶ 151 (CL-0223) ("Si bien los estudios del proyecto PH Diquís comenzaron a desarrollarse hace aproximadamente 10 años, el año 2005, el ICE-CR debió suspenderlos por un período de dos años, ya que se requirió realizar un proceso de diálogo con las organizaciones indígenas de Térraba. Recién el año 2007 retomó los estudios").

⁹⁰² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, *Comunidad Indígena Gambote del Pueblo Zenú c. PROMIGAS S.A.*, 23 de marzo de 2017, p. 38 ("2.4. Durante el período en que se cumplan las órdenes anteriores, TODA ORDEN DE SUSPENSIÓN DE TRABAJOS DE PERFORACIÓN SUBFLUVIAL DEL CANAL DEL DIQUE, se mantienen.") (RL-0429)

⁹⁰³ Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe, *Reporte Regional, Convenio núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la consulta previa a los pueblos indígenas en proyectos de inversión* (2016), ¶ 180 (CL-0223): ("La diversidad de los proyectos que han debido someterse a las disposiciones del Convenio, han permitido al Estado de Chile acumular una primera experiencia en torno a su aplicación. A la fecha, son 34 los proyectos de inversión que han sido sometidos a procesos de consulta, tanto al interior del SEIA como fuera de éste, y se prevé iniciar 9 procesos de consulta adicionales en los próximos meses. A su vez, se evidencian proyectos que han sido judicializados en relación a la consulta indígena, de los cuales 5 han sido descartados, 4 han sido paralizados y posteriormente han debido enfrentar procesos de consulta, y el resto ha sido aprobado después de procesos de judicialización, o aún se mantienen en trámites ante los Tribunales de Justicia.").

habitantes de los municipios correspondientes.”⁹⁰⁴ La Corte, "a su discreción, mantuvo la suspensión hasta que concluyeran las consultas.”⁹⁰⁵ Dado que el mecanismo de solución de controversias inversor-Estado no confiere jurisdicción de apelación a este Tribunal sobre las conclusiones jurídicas y fácticas de los tribunales nacionales, con el debido respeto, sería improcedente que este Tribunal alterara o cuestionara dicha conclusión fáctica de la Corte que sirvió de base para la suspensión.⁹⁰⁶

410. En relación con los hechos que determinaron la decisión de la Corte de suspender el proyecto minero Progreso VII, Guatemala debe reiterar aquí que las empresas comerciales tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos.⁹⁰⁷ A partir de esta responsabilidad, todo inversor prudente debe conocer y tomar en cuenta la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad sobre el Convenio 169, así como las tensiones sociales en torno a la minería en Guatemala en general y al proyecto minero Tambor en particular.

411. Es indudable que las empresas "tienen un interés directo en actuar de acuerdo con los principios del Convenio, por cuestiones de seguridad jurídica, legitimidad, asociación y sostenibilidad.”⁹⁰⁸ Por lo tanto, al interpretar el Convenio 169, la OIT es enfática en que el tratado tiene "claras implicancias legales para los actores del sector privado que operan en los países ratificantes.”⁹⁰⁹ Por tal razón, la OIT ha respaldado la aplicación del Marco de las Naciones Unidas en relación con el Convenio 169 para determinar las responsabilidades de los inversores en los países que han ratificado el Convenio.⁹¹⁰

412. Como Guatemala ha declarado anteriormente,⁹¹¹ el Marco de la ONU, adoptado por unanimidad por el Consejo de Derechos Humanos, reconoce como norma internacional que "la responsabilidad de las empresas de respetar [los derechos] existe independientemente de los deberes de los Estados.”⁹¹² El Marco de la ONU

⁹⁰⁴ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 635. Ver Sentencia de la Corte de Constitucionalidad en el Caso No. 1592-2014, emitida el 11 de junio de 2020, p. 38 (C-0145-ING) ("La evaluación de la situación inclina a esta Corte a ordenar que el proyecto desarrollado al amparo de la mencionada licencia minera permanezca suspendido como lo ordenó el Tribunal de Amparo de primera instancia al otorgar el amparo provisional en su sentencia del 11 de noviembre de 2015").

⁹⁰⁵ *Ibid.*

⁹⁰⁶ *Loewen Group y Otro c. Estados Unidos de América*, Opinión de Christopher Greenwood Q.C, 26 de marzo de 2001, ¶ 64 (RL-0194) ("**El tribunal internacional no es un tribunal de apelación del tribunal nacional (como acepta Loewen), ni es su tarea revisar las conclusiones del tribunal nacional.** A falta de pruebas claras de mala fe por parte del tribunal correspondiente... el demandante debe demostrar que fue víctima de discriminación por razón de su nacionalidad o que la administración de justicia fue escandalosamente irregular. No bastan los defectos de procedimiento o una sentencia criticable, ya sea por sus resoluciones de derecho o por sus constataciones de hecho").

⁹⁰⁷ Ver Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 596.

⁹⁰⁸ OIT, Manual para los mandantes tripartitos: Entender el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), 2013, p. 25 (RL-0128).

⁹⁰⁹ *Ibid.*

⁹¹⁰ *Ibid.*

⁹¹¹ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 592.

⁹¹² John Ruggie, Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, *Proteger, Respetar y Remediar: un Marco para las Empresas y los Derechos Humanos* (en adelante, "Marco de la ONU"), A/HRC/8/5 (7 de abril de 2008), p. 55 (R-0149).

establece que "[e]l cumplimiento de la responsabilidad [de las empresas] de respetar [los derechos] requiere la debida diligencia."⁹¹³ El principio 17⁹¹⁴ de los Principios Rectores de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos establece que "[e]l proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto, el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas". Como tal, la diligencia debida es "un proceso por el que las empresas no sólo garantizan el cumplimiento de las leyes nacionales, *sino que también* gestionan el riesgo de daños a los derechos humanos con el fin de evitarlos."⁹¹⁵ La diligencia debida en materia de derechos humanos, en este contexto, incluye, como mínimo, la diligencia jurídica y social.

413. Es de notar que los Demandantes no respondieron en absoluto a la reiterada fundamentación y referencia de Guatemala al Marco de la ONU y a los Principios Rectores de la ONU. Por lo tanto, debe considerarse que los Demandantes han admitido la aplicabilidad de las reglas y normas contenidas en dichos documentos al evaluar su conducta como inversores y, en última instancia, al evaluar sus reclamos contra Guatemala. En cualquier caso, el tribunal del caso *Urbaser c. Argentina* ya ha reconocido que "**el derecho internacional acepta la responsabilidad social empresaria** como una norma de importancia crucial para las empresas que operan en el ámbito del comercio internacional."⁹¹⁶

414. De hecho, en el contexto de la jurisprudencia general sobre inversiones, ya está firmemente establecido que un inversor putativo "**tiene la carga de realizar su propia diligencia debida** al analizar la inversión en el contexto del régimen jurídico operativo."⁹¹⁷ Según el tribunal del caso *Biwater c. Tanzania*, "los **factores compensatorios**, como la responsabilidad de los inversores extranjeros, tanto en términos de diligencia debida previa como de conducta posterior", deben tenerse en cuenta para determinar si un Estado ha cometido una violación del tratado.⁹¹⁸ La falta de la debida diligencia de los inversores no es un mero factor de mitigación de daños, sino que se tiene en cuenta para evaluar en primer lugar si el Estado debe ser considerado

⁹¹³ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 594 que cita la Resolución N° 17/4 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, A/HRC/RES/17/4 (adoptada el 16 de junio de 2011), ¶ 56 (RL-0303).

⁹¹⁴ El Principio 17 establece que "[p]ara identificar, prevenir y mitigar sus consecuencias negativas sobre los derechos humanos y rendir cuentas al respecto, las empresas deben actuar con la debida diligencia en materia de derechos humanos." (RL-0243).

⁹¹⁵ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 594 que cita la Resolución N° 17/4 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, A/HRC/RES/17/4 (adoptada el 16 de junio de 2011), ¶ 25 (RL-0303).

⁹¹⁶ *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partuergoa contra la República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/07/26, Laudo (diciembre de 2016), ¶ 1195 (RL-0129). En la nota 434, el tribunal de *Urbaser* continuó señalando que el "documento básico" que contiene estos principios es el Marco de las Naciones Unidas, como se implementa además en los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos.

⁹¹⁷ *Invesmart, B.V. c. República Checa*, CNUDMI, laudo (26 de junio de 2009), ¶ 254 (RL-0363).

⁹¹⁸ *Biwater Gauff (Tanzania) Limited. c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo (24 de julio de 2008), ¶ 601 (CL-0085).

responsable.⁹¹⁹ Vale la pena recordarles a los Demandantes que "los TBI no son un seguro contra el riesgo empresario. [...] Los Demandantes deben asumir las consecuencias de sus propias acciones como empresarios experimentados."⁹²⁰

415. Guatemala ya había señalado que los Demandantes no aportaron ninguna prueba de haber realizado diligencia legal o social alguna en forma previa o en algún momento de su inversión.⁹²¹ Guatemala le dio al Sr. Kappes la oportunidad de fundamentar sus declaraciones autocompositivas durante la fase de presentación de documentos.⁹²² A pesar de que el Tribunal ordenó a los Demandantes que presentaran documentos para respaldar sus afirmaciones sobre la debida diligencia,⁹²³ los Demandantes no presentaron nada, lo que de hecho demuestra más aún que no hubo debida diligencia.

416. Los Demandantes, en cambio, intentan escudarse en que los poderes legislativo y ejecutivo no habían redactado medidas para aplicar el Convenio 169, o que el poder ejecutivo se había pronunciado de forma contradictoria ante la CIDH.⁹²⁴ Sin embargo, como ya se ha señalado, la propia jurisprudencia del Tribunal milita en contra de las suposiciones de los Demandantes. Como sostuvo el tribunal del caso *SolEs c. España*, "debe esperarse que un inversor prudente tenga un conocimiento general de las decisiones recientes del más alto tribunal del Estado anfitrión que interpretan las disposiciones del régimen normativo en el que el inversor habrá de basarse."⁹²⁵ Si los Demandantes hubieran realizado realmente la diligencia debida, como afirman que hicieron, las decisiones de los Tribunales habrían disipado cualquier duda sobre la fuerza y el efecto del

⁹¹⁹ *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18, Laudo (28 de marzo de 2011), ¶ 285 (CL-0246).

⁹²⁰ *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo (25 de mayo de 2004), ¶ 178 (CL-0208).

⁹²¹ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 599 ("Los Demandantes no adjuntan ningún documento que contenga los resultados de esa debida diligencia [legal], si es que difiere en algo del Informe CAM que se presentó cuatro años antes de que los Demandantes decidieran invertir en Exmingua. El Sr. Kappes tampoco se molestó en identificar a tales abogados guatemaltecos y qué dijeron").

⁹²² Pedidos de Presentación de Documentos de la Demandada, 22 de febrero de 2021, Pedido de Documentos No. 15 ("Una copia de cualquier informe de debida diligencia preparado por o para KCA, Kappes o sus entidades relacionadas antes de que adquirieran una participación en Exmingua. Esto incluye cualquier evaluación del clima legal, evaluaciones técnicas o análisis de valoración") y Pedido de Documentos No. 16 ("Una copia de cualquier documento, incluso comunicaciones relacionadas con cualquier proceso de debida diligencia, de existir, en cualquier transacción que involucre la adquisición de una participación de Exmingua por parte de los Demandantes o alguna entidad relacionada").

⁹²³ Anexo B a la Orden Procesal No. 6, Resolución del Tribunal sobre los Pedidos de Documentos de la Demandada, 15 de marzo de 2021, sobre la Resolución del Tribunal acerca de los Pedidos de Documentos Nro. 15 y 16 ("Pedido concedido, sujeto a la edición de cualquier fragmento protegido por la confidencialidad abogado-cliente de conformidad con el Artículo 9(2)(b) de las Reglas de la IBA").

⁹²⁴ Réplica de los Demandantes, ¶ 111, Fuentes II ¶¶ 54-56, 70, 74-77; Fuentes I ¶¶ 51-52 que cita a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Petición 1566-07, *Comunidades del Pueblo Maya Sipakepense y Mam de los Municipios de Sipacapa y San Miguel Xatahuacán c. Guatemala*, Informe de Admisibilidad N° 20/14 de fecha 3 de abril de 2014 ¶ 19 (CL-0225) y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Petición 1118-11, *Comunidad Maya Q'eqchi' Agua Caliente c. Guatemala*, Informe de Admisibilidad N° 30-17 de fecha 18 de marzo de 2017 ¶ 29.

⁹²⁵ *SolEs Badajoz GmbH c. Reino de España* ("SolEs c. España"), Caso CIADI Nro. ARB/15/38, Laudo (31 de julio de 2019), ¶ 429 (RL-0241).

Convenio 169.

417. De todos modos, si es que había alguna duda, como argumentan los Demandantes, la debida diligencia exige que un inversor prudente "busque la manera de honrar los principios de los derechos humanos reconocidos internacionalmente cuando se encuentra ante requisitos contradictorios".⁹²⁶ No sólo eso, sino que el inversor debe "ser capaz de demostrar sus esfuerzos en tal sentido."⁹²⁷ En este caso no se ejercieron tales esfuerzos. Por el contrario, los Demandantes invirtieron en Exmingua y procedieron con su solicitud de licencia de explotación para Progreso VII aprovechando su percepción errónea de que no se exigía ni se exigiría el cumplimiento del Convenio 169 para su solicitud de licencia.
418. Además, la diligencia debida requiere que el inversor, como se señaló en el caso *Duke c. Ecuador*, tenga conocimiento de "**todas las circunstancias**, lo que incluye no sólo los hechos en torno a la inversión, sino también las condiciones políticas, socioeconómicas, culturales e históricas imperantes en el Estado anfitrión."⁹²⁸ Luego, "en respuesta o ante la previsión de cambios en el entorno operativo (por ejemplo, el aumento de las tensiones sociales),"⁹²⁹ las empresas deben también llevar a cabo evaluaciones de impacto sobre los derechos humanos "a intervalos regulares."⁹³⁰ Estas evaluaciones de impacto sobre los derechos humanos deben incluir no sólo a los pueblos indígenas, sino a las comunidades afectadas en general. Si bien el Convenio 169 reconoce que los pueblos indígenas deben recibir una atención especial como grupos vulnerables con intereses especiales,⁹³¹ "[l]a consulta y la participación no son derechos atribuidos exclusivamente a los pueblos indígenas."⁹³² Más bien, según la OIT, la consulta y la participación son "principios fundamentales de la gobernanza democrática y del desarrollo inclusivo."⁹³³
419. Siguiendo estos principios ampliamente reconocidos, Guatemala ha argumentado que, en relación con la falta

⁹²⁶ *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partuergoa c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/26, Laudo (diciembre de 2016), nota 434 (RL-0129) que cita los Principios Rectores de la ONU, Principio 23.

⁹²⁷ Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: *Aplicación del marco de las Naciones Unidas "Proteger, Respetar y Remediar"*, 2011, Comentario sobre el principio 23 (RL-0274).

⁹²⁸ *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil SA c. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19 Laudo (18 de agosto de 2008), ¶ 340 (CL-0202). Ver también, Convenio 169 de la OIT y el sector privado Preguntas y respuestas para los clientes de la CFI, marzo de 2007, p.1 ("Las empresas del sector privado deben ser conscientes de los diversos riesgos legales, de reputación y comerciales que pueden correr al ejecutar proyectos con posible impacto en los pueblos indígenas y tribales y, al mismo tiempo, de las oportunidades de formar asociaciones con dichos pueblos y de concederles beneficios para el desarrollo") (RL-0302); *LG&EE Energy Corp c. Argentina*, Decisión sobre Mérito (3 de octubre de 2006), ¶ 130 ("las expectativas razonables del inversor no pueden tomar en cuenta parámetros como el riesgo comercial o los patrones regulares de la industria") (CL-0161).

⁹²⁹ Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: *Aplicación del Marco de las Naciones Unidas "Proteger, Respetar y Remediar"*, 2011, Comentario al principio 18 (RL-0274).

⁹³⁰ *Ibid.*

⁹³¹ OIT, *Manual para los Mandantes Tripartitos: Entender el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, 1989 (núm. 169), 2013, p. 11 (RL-0128)

⁹³² *Ibid.*

⁹³³ *Ibid.*

de diligencia debida de los Demandantes, éstos tampoco habían obtenido una licencia social para operar.⁹³⁴ Ana María Esteves, experta en licencias sociales, defiende la misma opinión que la OIT en el sentido de que la licencia social para operar y los derechos humanos están interrelacionados.⁹³⁵ En su opinión, este punto de vista empezó a cobrar fuerza en 2008, en un momento en que la obtención de la licencia social para operar ya estaba sólidamente arraigada en la industria minera.⁹³⁶ En consonancia con el punto de vista de la OIT, Esteves opina que la licencia social para operar "está influenciada por la percepción de los esfuerzos del proyecto para establecer relaciones de confianza con las partes interesadas de la comunidad, la gestión de los efectos adversos, la concesión de beneficios a las partes interesadas y la equidad de los procedimientos."⁹³⁷ Previo al 2008, las empresas mineras observaban los códigos de conducta y las normas con el fin de fomentar las prácticas responsables en lo ambiental y social,⁹³⁸ y también integraban herramientas empresariales para desarrollar relaciones sólidas con los pueblos indígenas y el respeto de sus derechos para obtener el acceso minero a las tierras indígenas.⁹³⁹

420. El caso de los Demandantes contrasta diametralmente con la práctica imperante en la industria en ese entonces. Por ejemplo, a pesar de que el 67% de la población se identifica como indígena en la zona en la que operaba la mina,⁹⁴⁰ resulta chocante que en ningún momento, ni en el inicio ni mientras el proyecto minero estuvo operativo, los Demandantes se involucraran con los pueblos indígenas. El Convenio 169 ni siquiera se menciona en el informe de CAM que precedió a su inversión⁹⁴¹ ni en el EIA presentado al MARN en relación con su solicitud de licencia minera para Progreso VII.⁹⁴² Los pueblos indígenas no participaron en el proceso de consulta llevado a cabo por Exmingua en el marco del EIA.⁹⁴³

421. Además, al momento y poco después de la compra de Exmingua por parte de los Demandantes en 2008, el clima sociopolítico del país era inhóspito para la industria minera.⁹⁴⁴ La mina Marlin, que el Sr. Kappes afirma haber seguido de cerca,⁹⁴⁵ estaba plagada de tanta tensión social que Goldcorp, la empresa que operaba el

⁹³⁴ Ver, por ejemplo, Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 153, 863.

⁹³⁵ Informe CIG, ¶ 31.

⁹³⁶ Informe CIG, ¶ 31.

⁹³⁷ Informe CIG, ¶ 30.

⁹³⁸ Informe CIG, ¶ 42.

⁹³⁹ Informe CIG, ¶ 48.

⁹⁴⁰ Declaración del viceministro Pérez II, ¶ 38.

⁹⁴¹ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 598.

⁹⁴² Informe CIG, ¶ 67.

⁹⁴³ Informe de Esteves, ¶¶ 74-76.

⁹⁴⁴ *Mining Referendum Called by Guatemalan Indigenous Communities*, OXFAM, Comunicado de Prensa del 8 de julio de 2005 (R-0222).

⁹⁴⁵ Kappes II ¶ 17.

proyecto, fue retirada de la lista de empresas canadienses social y ambientalmente responsables.⁹⁴⁶ Por no hablar de que Radius, antecesora de los Demandantes, tenía conocimiento de tales conflictos en la región.⁹⁴⁷ En el contexto de todas estas tensiones, tampoco es un secreto que Guatemala había hecho lo posible por aplicar el Convenio 169 en medio de las crecientes tensiones sociales.⁹⁴⁸ Se habían publicado varios artículos de prensa al respecto con anterioridad y al momento de la inversión de los Demandantes en Exmingua, y en el transcurso del proceso de aprobación del EIA por parte de Exmingua.⁹⁴⁹

422. Si los Demandantes hubieran llevado a cabo la debida diligencia y la evaluación del impacto social y sobre los derechos humanos que se les exige como inversor minero prudente, habrían tomado conocimiento de dichos riesgos y habrían podido mitigarlos. Sobre esta cuestión, Esteves confirma que "el compromiso de los Demandantes no estaba concebido para que todos los grupos potencialmente afectados puedan entender cómo los puede afectar el proyecto y participar en las decisiones sobre el proyecto que los afecten. Un análisis adecuado del contexto social habría identificado los métodos de participación preferidos y más apropiados para cada grupo de interesados."⁹⁵⁰

423. Por el contrario, los Demandantes ignoraron estas realidades existentes en Guatemala, en su evidente prisa por salvar los "activos problemáticos" de Radius.⁹⁵¹ En consecuencia, tomaron una serie de decisiones empresariales erróneas. Entre 2008 y 2012, compraron el 100% de las acciones de Exmingua, más que el 51% que dijeron originalmente que comprarían⁹⁵² a pesar de la propagación del conflicto social y la oposición a la minería en la región. En el proceso de aprobación del EIA de Exmingua, llevado a cabo entre 2010 y 2012, se

⁹⁴⁶ Zarsky and Stanley, *¿Pueden las industrias extractivas promover el desarrollo sostenible? Un marco de beneficios netos y un estudio de caso de la mina Marlin en Guatemala*, Revista de Medio Ambiente y Desarrollo, pp. 143-144 (R-0278).

⁹⁴⁷ Comunicado de prensa, *Radius Gold vende su participación en propiedad aurífera de Guatemala*, 31 de agosto de 2012 (R-0001-ING) (énfasis añadido).

⁹⁴⁸ Hubo otros actos gubernamentales que habrían llevado a un inversor prudente a reevaluar su inversión o a mitigar de algún modo los riesgos concomitantes. En agosto de 2009, es decir, antes de la realización de las consultas de Exmingua en 2010, la Comisión de Transparencia del Congreso de la República celebró audiencias públicas sobre la mina Marlin, así como sobre el proyecto de construcción de la planta de cemento en San Juan Sacatepéquez. La Comisión de Transparencia concluyó que existían deficiencias en el marco legal para la realización de estudios de impacto ambiental y social, y que era necesario fortalecer el marco institucional para la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Antes de la compra total de Exmingua por parte de los Demandantes en 2012, la Comisión de Pueblos Indígenas del Congreso ya había emitido un dictamen favorable a la Iniciativa de Ley de Consulta, que habría establecido el mecanismo legislativo para la aplicación del Convenio 169 de la OIT. El gobierno guatemalteco también había formulado su "Tercer Borrador del Reglamento para el Proceso de Consulta del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes" formulando políticas para la realización de consultas a los pueblos indígenas. Ver el *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas*, James Anaya, ¶¶ 8-9 (junio de 2011) (RL-0366).

⁹⁴⁹ Ver, por ejemplo, *Compilación de artículos periodísticos desde 2004 a 2012* (R-0218).

⁹⁵⁰ Informe CIG, ¶ 72.

⁹⁵¹ Comunicado de prensa, *Radius Gold vende su participación en propiedad aurífera de Guatemala*, 31 de agosto de 2012 (R-0001-ING) (énfasis añadido).

⁹⁵² Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 517; Comunicado de prensa de Radius, *Radius Gold vende su participación en propiedad aurífera de Guatemala* (C-0223); Ver también, Memorial de los Demandantes, ¶¶ 26-27.

celebraron oficialmente "hot dog parties and mine induction"⁹⁵³ en lugar de consultas valederas. En ningún momento los Demandantes preguntaron al menos al gobierno guatemalteco si las consultas del Convenio 169 eran necesarias para la aprobación del proyecto, no obstante la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad⁹⁵⁴ y la consolidación de los esfuerzos del gobierno para imponer dichas consultas.⁹⁵⁵ Entre 2012 y 2014, los Demandantes emplearon la fuerza y la violencia, lo que agravó la legítima oposición social a su proyecto.⁹⁵⁶

424. En cada etapa del proceso, los Demandantes tomaron decisiones comerciales deliberadamente insensibles que socavaron su propia capacidad para asegurarse una licencia social de los pueblos indígenas y el resto de la comunidad afectada por el proyecto minero Tambor. Desde el inicio de su inversión y hasta el día de hoy, hicieron oídos sordos y adoptaron una visión reduccionista con respecto a los conflictos sociales engendrados por el proyecto minero. Desestiman los conflictos sociales, considerándolos como apenas un "pequeño grupo" de manifestantes con "una actitud violenta e ideológica orientada al conflicto,"⁹⁵⁷ lo que confirma que los Demandantes hacen caso omiso de sus responsabilidades empresariales conforme al derecho internacional.

425. No debería sorprender a los Demandantes que, en 2015, la Corte Suprema suspendiera la licencia minera Progreso VII de Exmingua⁹⁵⁸ o que la Corte de Constitucionalidad confirmara dicha suspensión hasta tanto el Gobierno realizara las consultas del Convenio 169. La Corte de Constitucionalidad ejerció su potestad discrecional de manera intachable precisamente para proteger la "vida y seguridad de los habitantes de los municipios correspondientes",⁹⁵⁹ decisión que no habría sido necesaria si los Demandantes hubieran realizado la debida diligencia y obtenido la licencia social en un principio.

⁹⁵³ Correo electrónico de S. Morales a D. Kappes de fecha 23 de noviembre de 2012 (**R-0284**); *ver también*, Informe preliminar sobre las fiestas y eventos de inducción a la mina (9 de octubre de 2012) (**C-0712-ING**) (que incluye una serie de fotos con leyendas tales como "la gente se reunió para escuchar la información del Proyecto" y "la gente de la Choleña que está en capacitación trabajó arduamente en la actividad, muchas personas se presentaron con su respectiva remera"). La asignación presupuestaria para estas fiestas incluyó un fondo para remeras y gastos de Q10.50 por persona asistente. *Ver*, Correo electrónico de S. Morales a D. Kappes de fecha 12 de octubre de 2012 adjuntando presupuesto para las fiestas (**R-0245**).

⁹⁵⁴ *Ver* Sentencia de la Corte de Constitucionalidad emitida el 9 de abril de 2008, Caso N° 2376-2007, p. 17 (**R-0089**) (*Caso Río Hondo II*) y Sentencia de la Corte de Constitucionalidad emitida el 21 de diciembre de 2009, Caso N° 3878-2007, p. 20 (**R-0080**) (*Cementos Progreso*).

⁹⁵⁵ *Ver* Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, ¶¶ 8-9 (junio de 2011) (**RL-0366**).

⁹⁵⁶ Informe CIG, ¶¶ 86-89.

⁹⁵⁷ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 174-175 que *cita* a Mendoza, ¶¶ 45-49.

⁹⁵⁸ Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Caso No. 1592-2014, Sentencia de amparo provisional del 11 de noviembre de 2015 (**C-0004**).

⁹⁵⁹ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 635. *Ver* Sentencia de la Corte de Constitucionalidad en el Caso No. 1592-2014, emitida el 11 de junio de 2020, p. 38 (**C-0145**) ("La evaluación de la situación inclina a esta Corte a ordenar que el proyecto desarrollado al amparo de la mencionada licencia minera permanezca suspendido como lo ordenó el Tribunal de Amparo de primera instancia al otorgar el amparo provisional en su sentencia del 11 de noviembre de 2015").

426. En razón de todos los motivos expuestos, Guatemala no debe ser considerada responsable de incumplimiento en virtud del DR-CAFTA. Fue la combinación de actos y omisiones de los propios Demandantes, y no de Guatemala, la causa directa del fracaso del proyecto minero Tambor.

B. Las alegadas expectativas de los Demandantes fracasan en ausencia de evidencia de previa debida diligencia y en ausencia de garantías o compromisos del Gobierno

427. En su Memorial de Contestación, Guatemala demostró que, como cuestión de derecho, no pueden surgir expectativas de ningún tipo –sean expectativas legítimas en el marco de la norma de trato justo y equitativo o expectativas razonables respaldadas por la inversión en el marco de la norma de no expropiación– a menos que, “como circunstancia límite”, los Demandantes puedan demostrar “al menos una relación cuasicontractual entre el Estado y el inversor, mediante la cual el Estado ha[ya] inducido intencional y específicamente la inversión”.⁹⁶⁰ Los propios Demandantes admiten que las expectativas legítimas de un inversor “se derivan de las condiciones que el Estado ofreció para inducir la inversión del inversor”.⁹⁶¹ Adicionalmente, Guatemala ha argumentado que, sin ninguna debida diligencia realizada previo a la realización de la inversión, menos aún una garantía específica o representación del gobierno, las expectativas de un inversionista fracasan desde el inicio.⁹⁶²

428. En su Réplica, los Demandantes dieron marcha atrás en su reclamo de expectativas legítimas,⁹⁶³ y ahora basan sus reclamos por trato justo y equitativo y por expropiación en la supuesta frustración de la “confianza

⁹⁶⁰ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 601-602, *donde se cita Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, (“*Glamis Gold c. EE. UU.*”) Caso CNUDMI, Laudo (8 de junio de 2009), ¶ 766 (RL-0041).

⁹⁶¹ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 601, *donde se cita* el Memorial de los Demandantes, ¶ 209.

⁹⁶² Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ n. 620, *donde se cita EDF (Services) Limited c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/05/13, Laudo (8 de octubre de 2009), ¶¶ 217-218 (RL-0220) (“Salvo en los casos en que el Estado haga promesas o declaraciones específicas al inversor, este último no podrá basarse en un tratado bilateral de inversión como una especie de póliza de seguro contra el riesgo de cambios en el marco jurídico y económico del Estado receptor. Tal expectativa no sería legítima ni razonable”); *Ver también, id.*, ¶ 218 (“el tribunal también señaló que “la obligación de FET no puede tener el mismo propósito que las cláusulas de estabilización otorgadas específicamente a los inversores extranjeros.”); *Parkerings-Companiet AS c. Lituania*, Caso CIADI No. ARB/05/08, Laudo (11 de septiembre de 2007), ¶ 332 (RL-0221) (“Es innegable el derecho y el privilegio de cada Estado de ejercer su poder legislativo soberano. Un Estado tiene el derecho de promulgar, modificar o cancelar una ley a su propia discreción. Salvo la existencia de un acuerdo, en forma de cláusula de estabilización o de otro tipo, no hay nada objetable en la modificación introducida en el marco regulatorio existente en el momento en que un inversor realizó su inversión.”). Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 612, *donde se cita, Parkerings-Companiet AS c. República de Lituania*, Caso CIADI No. ARB/05/8, Laudo (11 de septiembre de 2007), ¶336 (RL-0084) (“Al decidir invertir a pesar de esta posible inestabilidad, la Demandante asumió el riesgo comercial de enfrentarse a cambios en las leyes que posiblemente o incluso probablemente perjudiquen su inversión. El Demandante podría (y en retrospectiva debería) haber tratado de proteger sus expectativas legítimas mediante la introducción en el acuerdo de inversión **una cláusula de estabilización o alguna otra disposición que lo protegiera contra cambios inesperados y no deseados**”).

⁹⁶³ Réplica de los Demandantes, ¶ 483 (“En su Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ Guatemala intenta replantear el caso de los Demandantes. Para ello, se esfuerza por convertirlo en un caso de “expectativas legítimas” aunque realmente no lo sea (...”).

legítima” y la “seguridad jurídica”.⁹⁶⁴ Con respecto a su reclamo por expropiación, los Demandantes afirman que Guatemala no puede basarse en jurisprudencia sobre tratados de inversiones donde se interpreta el concepto de expectativas legítimas en el contexto del estándar de trato justo y equitativo para interpretar el factor de expectativas razonables respaldadas por inversiones.⁹⁶⁵ Afirman que, a fin de probar la existencia de expectativas inequívocas y razonables respaldadas por la inversión, “no necesitan demostrar ‘incentivos para invertir’”.⁹⁶⁶ En cambio, según los Demandantes, solo deben demostrar que se basan “en un entorno regulatorio y comercial que no cambie fundamentalmente durante el curso de la inversión”.⁹⁶⁷ Los argumentos de los Demandantes carecen de fundamento.

429. Es hipócrita que los Demandantes ahora afirmen que su reclamo por trato justo y equitativo no está basado en expectativas legítimas cuando su Memorial está plagado de alegaciones fácticas y principios jurídicos que respaldan ese reclamo.⁹⁶⁸ En cualquier caso, el intento de los Demandantes de distinguir entre “expectativas legítimas” y “expectativas razonables respaldadas por la inversión” lo refuta su propia fuente, Anne K. Hoffmann, quien considera a estos conceptos como uno solo. Según Hoffmann, “[u]no podría también referirse a [las expectativas inequívocas y razonables respaldadas por la inversión] como la dependencia del inversionista en ciertas circunstancias dadas en las que, al menos en parte, basa su decisión de hacer una inversión en el Estado anfitrión **o, en resumen, ‘expectativas legítimas’**”.⁹⁶⁹ La UNCTAD respalda la misma opinión de que “[e]n arbitrajes sobre Acuerdos Internacionales de Inversión (IAA), la noción de expectativas legítimas ha ganado un protagonismo particular en el contexto de la norma de trato justo y equitativo [...]. Sin embargo, este concepto también cumple un rol cuando se consideran reclamos por expropiación”.⁹⁷⁰ Una revisión de la jurisprudencia en materia de inversión, tal y como UNCTAD ha hecho referencia, está de hecho

⁹⁶⁴ Réplica de los Demandantes, ¶ 252 (“[N]o era congruente con los principios de seguridad jurídica y el Estado de derecho que, años después, las Cortes exigieran otro proceso de consulta más mientras suspendían la licencia, que se había otorgado válidamente de conformidad con las leyes y reglamentaciones preexistentes y, con ello, en palabras del profesor Fuentes, “modific[aran] las reglas del juego”); Réplica de los Demandantes, ¶ 279 (“Ello es así ya que ningún inversionista desarrollaría actividades de exploración y el mercado no le asignaría valor alguno a una licencia de exploración sin que dicho inversionista confiara legítimamente que podría obtener una licencia de explotación si demostrara la existencia de un yacimiento económicamente viable”); Réplica de los Demandantes, ¶ 532 (“[L]as decisiones de los tribunales guatemaltecos que ordenaron y mantuvieron la suspensión de las operaciones de Exmingua durante más de cinco años y sin ningún fin a la vista, han tenido el efecto directo de privar a Exmingua de sus derechos adquiridos en virtud de una licencia de explotación válidamente obtenida, en contravención de los principios constitucionales guatemaltecos de confianza legítima, seguridad jurídica, igualdad ante la ley y debido proceso legal, así como el derecho de propiedad y la libertad de comercio e industria”).

⁹⁶⁵ Réplica de los Demandantes, ¶ 443.

⁹⁶⁶ Réplica de los Demandantes, ¶ 443.

⁹⁶⁷ Réplica de los Demandantes, ¶ 443.

⁹⁶⁸ Memorial de los Demandantes, ¶¶ 209, 242, 243.

⁹⁶⁹ Anne K. Hoffmann, *Expropiación indirecta en Normas de protección de las inversiones*, 162 (editado por August Reinisch, 2008) (CL-0378).

⁹⁷⁰ UNCTAD, *Expropiación: Una secuela*, Colección de Publicaciones de la UNCTAD sobre Acuerdos Internacionales de Inversión II, pág. 73 (RL-0266).

repleta de casos que no hacen distinción entre “seguridad jurídica”, “confianza legítima”, “expectativas legítimas” y “expectativas inequívocas, razonables y respaldadas por la inversión”.

430. Por ejemplo, según el tribunal de *Electrabel c. Hungría*, “[s]e debe evaluar la legitimidad y la congruencia según información general que tenía el inversor y que razonablemente debió haber tenido en el momento de la inversión y la conducta del Estado receptor”.⁹⁷¹ Esto es consistente con lo que Guatemala argumentó anteriormente respecto a que “las legítimas expectativas son medidas con referencia al conocimiento que un inversionista prudente hipotético debiera haber tenido desde el momento de la inversión”.⁹⁷² El alcance, si es que hubo, del conocimiento del inversionista se demuestra a través de evidencia de alguna forma de debida diligencia al investigar el marco regulatorio, así como las condiciones sociales y políticas, disponibles al momento de realizar la inversión.⁹⁷³ Luego, actuando con base en el conocimiento recopilado a través de una debida diligencia, un inversionista debe asegurar una garantía o un compromiso del Estado para que el marco legal permanezca tal y como se encontraba al momento en que la inversión fue realizada.

431. Respecto a la debida diligencia, el tribunal de *Stadtwerke München GmbH c. España* resolvió que, para que la expectativa de un marco normativo inmutable resulte razonable, debe “originarse en un proceso riguroso de debida diligencia realizado por el inversor”.⁹⁷⁴ A fin de evaluar la legitimidad o razonabilidad de una supuesta expectativa, el tribunal de *Belenergia S.A. c. Italia* consideró la cantidad de información que tenía y que razonablemente debió haber tenido el inversor al momento de realizar la inversión.⁹⁷⁵ El tribunal de *Belenergia* ratiócinó que “los inversores no pueden tener expectativas legítimas de que no se modifique el marco jurídico y normativo cuando cualquier inversor prudente podría haber anticipado esta modificación antes de realizar su inversión”.⁹⁷⁶

432. En *OperaFund c. España*, el tribunal encontró que la debida diligencia era adecuada cuando el inversionista probara que había realizado “un análisis razonable” del “marco regulatorio” antes de su inversión”.⁹⁷⁷ Por el contrario, el tribunal de *Antaris c. República Checa* sostuvo que la ausencia de “una debida diligencia real” por parte de los inversores invalidaría cualquier reclamo de expectativa de seguridad jurídica.⁹⁷⁸ Un supuesto

⁹⁷¹ *Electrabel c. Hungría*, Caso CIADI N.º ARB/07/19, Parte VII, ¶ 7.78 (RL-0253).

⁹⁷² Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 562 citando *SolEs c. España*, Laudo ¶ 331 (RL-0241).

⁹⁷³ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 562, citando *SolEs c. España*, Laudo ¶ 331 (RL-0241).

⁹⁷⁴ *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH y otros c. el Reino de España*, Caso CIADI N.º ARB/15/1, Laudo (2 de diciembre de 2019), ¶ 264 (RL-0273).

⁹⁷⁵ *Belenergia S.A. c. República de Italia*, Caso CIADI N.º ARB/15/40, Laudo (6 de agosto de 2019), ¶ 583 (RL-0361).

⁹⁷⁶ *Belenergia S.A. c. República de Italia*, Caso CIADI N.º ARB/15/40, Laudo (6 de agosto de 2019), ¶ 584 (RL-0361).

⁹⁷⁷ *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG c. Reino de España*, Caso CIADI N.º ARB/15/36, Laudo (6 de septiembre de 2019), ¶ 486 (RL-0362).

⁹⁷⁸ *OperaFund c. España*, Laudo, ¶ 486 (RL-0362) donde se cita *Antaris Solar GmbH y Dr. Michael Göde c. República Checa*, Caso CPA N.º 2014-01, Laudo (2 de mayo de 2018), ¶¶ 432-438 (RL-0152).

inversor “tiene la carga de ejercer su propia debida diligencia al analizar la inversión en el contexto del régimen jurídico operante”, según el tribunal de *Invesmart, B.V. c. República Checa*.⁹⁷⁹

433. Se han aplicado los mismos principios en el contexto de expropiación. En *Feldman c. México*, se desestimó el reclamo por expropiación del inversor porque el inversor no había investigado de forma diligente sobre sus supuestos beneficios fiscales a pesar de “la complejidad y rigurosidad de las leyes y reglamentos fiscales, así como la ambigüedad de las declaraciones efectuadas por los funcionarios de la SHCP y de la correspondencia mantenida con éstos”.⁹⁸⁰ El tribunal de *Feldman* sostuvo que, en estas circunstancias, “una persona razonable” habría procurado obtener una “resolución administrativa formal” de los funcionarios correspondientes o, por lo menos, asesoramiento fiscal de un abogado a fin de resolver las ambigüedades de los beneficios que reclamaba.⁹⁸¹

434. Respecto a garantías o compromisos específicos, se ha dicho que, en cuando a derecho, “[l]egítimas expectativas requieren una confianza razonable por parte de los inversionistas en los actos de un estado receptor; entre más específicos y dirigidos al inversionista, es más probable que puedan ser considerados como razonables y por tanto protegidos”⁹⁸² “Al analizar ese nivel de especificidad,” los tribunales deben volver a “el peso legal de las representaciones del estado a través de la forma legal, contenido y descripción”⁹⁸³ “ al punto de haber solicitado o inducido al inversionista realizar cierta inversión”⁹⁸⁴ Con base en estos estándares, el tribunal en *OperaFund* tribunal encontró que un compromiso específico en una legislación que establecía que “revisiones [...] no deben afectar instalaciones para las cuales el certificado de funcionamiento ha sido otorgado.”⁹⁸⁵

435. Guatemala ha elaborado con relación a la falta de los Demandantes de llevar a cabo una debida diligencia en esta Dúplica en el contexto de probar que la causa próxima del fracaso del proyecto minero el Tambor no

⁹⁷⁹ *Invesmart, B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo (26 de junio de 2009), ¶ 254 (RL-0363).

⁹⁸⁰ *Marvin Feldman c. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo (16 de diciembre de 2002), ¶ 132 (CL-0093).

⁹⁸¹ *Marvin Feldman c. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo (16 de diciembre de 2002), ¶¶ 132 y 134 (CL-0093).

⁹⁸² *OperaFund c. España*, Caso CIADI No. ARB/15/36, Laudo (6 de septiembre de 2019), ¶ 481 (RL-0362).

⁹⁸³ *Total S.A. c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/01, Decisión sobre Mérito (27 de diciembre de 2010), ¶ 117 (RL-0312).

⁹⁸⁴ *Total S.A. c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/01, Decisión sobre Fondo, ¶ 124 (RL-0312) (“Por un lado, la forma y el contenido específico de la empresa de estabilidad invocada son cruciales. No menos relevante es la claridad con la que las autoridades han expresado su intención de comprometerse para el futuro. Del mismo modo, cuanto más específica sea la declaración al destinatario (s), más creíble será la afirmación de que dicho destinatario (el inversor extranjero en cuestión) tenía derecho a confiar en ella en el futuro en un contexto de confianza recíproca y buena fe. Por lo tanto, esto explica el énfasis en muchos laudos en que el gobierno ha dado 'garantías', hecho 'promesas', asumido 'compromisos', ofrecido condiciones específicas, a un inversionista extranjero, hasta el punto de haber solicitado o inducido a ese inversionista a hacer una inversión dada”).

⁹⁸⁵ *OperaFund c. España*, Laudo (6 de septiembre de 2019), ¶ 485 (RL-0362).

fueron los actos u omisiones de Guatemala, sino los de los Demandantes mismos.⁹⁸⁶ En esta sección, Guatemala responderá de forma más específica al alegado de los Demandantes de que Guatemala no ha “identificado lo que los Demandantes supuestamente habrían descubierto si hubieran llevado a cabo una debida diligencia⁹⁸⁷ y su argumento de que “ningún Estado razonablemente proveería compromisos tan específicos ni tampoco había una obligación de los Demandantes de buscar dichos compromisos como parte de su debida diligencia”⁹⁸⁸

436. Para este propósito, Guatemala encuentra informativo el caso *Mamidoil v. Albania* en donde el tribunal tomó en consideración la línea de tiempo de la inversión y sostuvo que tenía “que determinar de forma precisa si había habido algún momento en donde legítimas expectativas habían sido creadas y si debieran ser protegidas.”⁹⁸⁹ En este caso, los Demandantes supuestamente realizaron su inversión en Exmingua cuando KCA firmó una carta de intención con Radius el 2 de junio de 2008.⁹⁹⁰ Luego adquirieron Minerales KC en enero de 2009,⁹⁹¹ y adquirieron de forma total a Exmingua en agosto de 2012.⁹⁹² En cada paso, los Demandantes omitieron realizar cualquier tipo de debida diligencia, menos aún obtener cualquier garantía o compromiso del gobierno, que pudo haber mitigado, si no obviado en su totalidad, las consecuencias adversas del no cumplimiento de las licencias mineras del Convenio 169 OIT.

1) Los Demandantes no ejercieron la debida diligencia jurídica ni social previo a su decisión de invertir en Exmingua en Junio de 2008 y previo a su inversión inicial en enero de 2009.

437. Para fundamentar su afirmación respecto del ejercicio de la debida diligencia jurídica y social previo a su decisión de invertir en junio de 2008, todo lo que los Demandantes tienen para ofrecer como prueba es lo siguiente: 1) la simple afirmación de Kappes de que “[c]omo parte del proceso de inversión, KCA realizó la debida diligencia, asesorado por abogados guatemaltecos, para comprender y cumplir con los requisitos necesarios para poder adquirir los derechos y realizar actividades mineras en Guatemala”⁹⁹³; y 2) el Informe CAM e informes técnicos mineros.⁹⁹⁴ Ninguno de estos documentos demuestra la existencia y mucho menos el alcance de la debida diligencia ejercida por los Demandantes antes de tomar la decisión de realizar la

⁹⁸⁶ Ver, *supra.*, Sección V.A

⁹⁸⁷ Réplica de los Demandantes, ¶ 8.

⁹⁸⁸ Réplica de los Demandantes, ¶ 445.

⁹⁸⁹ *Mamidoil. c. Albania*, Solicitud de arbitraje (8 de julio de 2011), ¶ 701 (RL-0364).

⁹⁹⁰ Memorial de los Demandantes, ¶ 24.

⁹⁹¹ Memorial de los Demandantes, ¶ 26.

⁹⁹² Comunicado de prensa, *Radius Gold Sells Interest in Guatemala Gold Property (C-0223)*; Ver también, Memorial de los Demandantes, ¶¶ 26-27.

⁹⁹³ Kappes I, ¶ 40.

⁹⁹⁴ Kappes II, ¶¶ 14-21; Datos en línea de minería sobre la mina Marlin, C-0683; Informe Técnico CAM, C-0039; Maynard, Tambor JV– Resumen del Potencial de Exploración de fecha 18 de noviembre de 2003, C-0046; y Gregory F. Smith, C-0040.

inversión.

438. Como ya señaló Guatemala, el Sr. Kappes no ha presentado ninguna evidencia que pruebe su reclamo que consultó con abogados guatemaltecos antes de su decisión de invertir en Exmingua.⁹⁹⁵ Estos reclamos de debida diligencia permanecen sin fundamento a pesar de que el Tribunal ordenó al Sr. Kappes durante la fase de producción de documentos que fundamentara sus declaraciones egoístas y que Guatemala le dio la oportunidad a Kappes de sustanciar sus declaraciones interesadas durante la fase de producción de documentos.⁹⁹⁶ De todos los documentos en el expediente, únicamente el CAM Report y otros reportes técnicos en materia de minería son de fecha previa a la decisión de los Demandantes de invertir en Exmingua en junio de 2008. Sin embargo, los mismos Demandantes montaron su propio caso de debida diligencia para el fracaso cuando de forma abierta aceptaron que el CAM Report había sido comisionado únicamente como un estudio técnico para evaluar los recursos minerales del Tambor y “no esperaban que comentara **sobre ningún otro asunto.**”⁹⁹⁷ Tal y como están las cosas, por tanto, no hay nada en el expediente que satisfaga el *onus probandi* de los Demandantes de que ellos realizaron una debida diligencia previo a su decisión de invertir.

439. Respecto a lo que los Demandantes hubieran podido “descubrir” si hubieran realizado su debida diligencia,⁹⁹⁸ Guatemala ha reiterado que, el Convenio 169 de la OIT ha sido aplicado en el país en virtud del Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala⁹⁹⁹ desde que el tratado entró en vigor el 5 de junio de 1997¹⁰⁰⁰. Los Demandantes también hubieran podido haber descubierto que el poder judicial de Guatemala

⁹⁹⁵ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 599 (“Los Demandantes no adjuntan ningún documento que contenga los resultados de esa debida diligencia, si es diferente del Informe CAM que se presentó cuatro años antes de que los Demandantes decidieran invertir en Exmingua. El señor Kappes tampoco se molestó en identificar quiénes son estos abogados guatemaltecos y qué dijeron.”)

⁹⁹⁶ Ver Solicitudes de la Demandada para la producción de documentos, 22 de febrero de 2021, Solicitud de documentos No. 15 (“Una copia de cualquier informe de debida diligencia preparado por o para KCA, Kappes o sus entidades relacionadas antes de la adquisición de una participación en Exmingua. Esto incluye cualquier evaluación del clima legal, evaluaciones técnicas o análisis de valoración.”), Solicitud No. 16 (“Una copia de cualquier documento, incluidas las comunicaciones relacionadas con cualquier proceso de debida diligencia, si lo hubiera, en cualquier transacción que implique la adquisición de una participación de Exmingua por parte de los Demandantes o cualquier entidad relacionada.”), y Anexo B de la Orden Procesal No. 6, Fallo del Tribunal sobre las solicitudes de documentos de la Demandada, 15 de marzo de 2021, sobre la resolución del Tribunal sobre la solicitud de documentos Nos. 15 and 16 (“Solicitud concedida, sujeta a la redacción de cualquier fragmento protegido por el privilegio abogado-cliente de conformidad con el Artículo 9 (2) (b) de las Reglas de la IBA.”)

⁹⁹⁷ Réplica de los Demandantes, ¶ 446, *énfasis añadido*.

⁹⁹⁸ Réplica de los Demandantes, ¶ 8.

⁹⁹⁹ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 151, 387. Ver Constitución Política de la República de Guatemala, Art. 46 (C-0414).

¹⁰⁰⁰ Ver también, Informe Richter, ¶ 25 (“Según el texto del Convenio 169 de la OIT, éste entró en vigencia en Guatemala un año después de su ratificación, ocurrida el cinco de junio de mil novecientos noventa y siete (05/06/1997). Desde esa fecha, la Convención forma parte del ordenamiento jurídico guatemalteco y, por tanto, es una norma vigente y aplicable.”).

es independiente de las ramas legislativas y ejecutivas según la Constitución,¹⁰⁰¹ que este organismo también siempre ha tenido autoridad independiente y un deber de conformidad con la Ley del Organismo Judicial de 1989¹⁰⁰² y la Ley de Amparo de 1986¹⁰⁰³ para implementar tratados en materia de derechos humanos aún en contra de derecho doméstico, y posee el poder bajo la Ley de Amparo de suspender actos gubernamentales cuando las circunstancias lo hacen aconsejable.¹⁰⁰⁴ Las provisiones relevantes de estas leyes refutan los argumentos de los Demandantes de que una licencia únicamente puede ser rescindida a través de una declaración de lesividad.¹⁰⁰⁵ Y no solo esto, en el ejercicio de los deberes y poderes encargados al poder judicial, las cortes de Guatemala ya habían reconocido no solo la preminencia de la Convención 169 de la OIT sobre el derecho doméstico, sino más importante aún, de que el Estado tiene la obligación de tomar procedimientos apropiados para consultar a los pueblos indígenas bajo dicha Convención.¹⁰⁰⁶ Durante el mismo período, la CIDH había emitido decisiones en el mismo camino,¹⁰⁰⁷ las cuales las cortes de Guatemala

¹⁰⁰¹ Constitución Política de la República de Guatemala, art. 203 (C-0414) (“Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y están sujetos únicamente a la Constitución de la República y a las leyes.”).

¹⁰⁰² Ley del Poder Judicial, art. 9 (C-0415) (“[L]os tribunales siempre observarán el principio de jerarquía normativa y la supremacía de la Constitución Política de la República sobre cualquier ley o tratado, con excepción de los tratados o convenciones sobre derechos humanos, que prevalecen sobre el derecho interno.”).

¹⁰⁰³ Ley de Amparo, art. 3 (C-0416) (“...en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala prevalecen sobre el derecho interno”).

¹⁰⁰⁴ Ver Ley de Amparo, art. 27 (C-0416).

¹⁰⁰⁵ Memorial de los Demandantes, ¶ 181; Réplica de los Demandantes, ¶¶ 476-477; Fuentes I, ¶¶ 23-35.

¹⁰⁰⁶ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 85-100, 588. Ver Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 18 de mayo de 1995, Caso No. 199-1995, p. 6 (R-0078) (“Se puede decir que el artículo 46 de la Constitución reconoce el principio general de que en materia de derechos los tratados y convenios aceptados y ratificados por Guatemala prevalecen sobre el derecho interno. Al respecto, esta Corte ha considerado que la Constitución debe interpretarse como un todo armónico, en el que cada parte se interpreta de acuerdo con las demás, que ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y que la conclusión que armoniza y no la que pone en conflicto los diferentes preceptos del texto constitucional debe preferirse.”); Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 31 de octubre de 2000, Caso No. 30-2000, p. 7 (Caso de derecho minero) (R-0079) (“...En virtud del artículo 46, se somete al principio general de que los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno.”); Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 8 de mayo de 2007, Caso No. 1179-2005, p. 13 (Caso Sipacapa) (C-0440); Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 7 de septiembre de 2007, Caso No. 1408-2005, p. 8 (Caso Río Hondo I) (R-0088); Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 9 de abril de 2008, Caso No. 2376-2007, p. 8 (Caso Río Hondo II) (R-0089).

¹⁰⁰⁷ Comisión IDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, *Mary and Carrie Dann (EE. UU.)*, 27 de diciembre de 2002, ¶ 140 (RL-0235). (“Los artículos XVIII y XXIII de la Declaración Americana obligan especialmente a un Estado miembro a garantizar que cualquier determinación de la medida en que los reclamantes indígenas mantienen intereses en las tierras sobre las que tradicionalmente han tenido título y han ocupado y utilizado se base en un proceso de y consentimiento mutuo de la comunidad indígena en su conjunto. Esto requiere, como mínimo, que todos los miembros de la comunidad estén informados de manera completa y precisa sobre la naturaleza y las consecuencias del proceso y que se les brinde una oportunidad efectiva para participar individualmente o como colectivos.”); Comisión IDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades indígenas mayas del distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, ¶ 142 (RL-0236); y Comisión IDH, *Caso del Pueblo Saramaka c. Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Series C No. 172, ¶ 194(e) (RL-0237) (“[L]as evaluaciones de impacto ambiental y social [deben ser realizadas] por entidades independientes y técnicamente competentes, antes de otorgar una concesión para cualquier proyecto de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, e implementar salvaguardas y mecanismos adecuados para minimizar los efectos dañinos de tales proyectos pueda tener sobre la supervivencia social, económica y cultural del pueblo Saramaka.”).

estaban obligadas a seguir de conformidad con la noción del control de convencionalidad.¹⁰⁰⁸

440. Un inversionista prudente tiene el deber de estar consciente del marco legal¹⁰⁰⁹ y de sus decisiones.¹⁰¹⁰ Debido a que los Demandantes no condujeron ninguna debida diligencia legal previo a su inversión en junio de 2008 o, al menos, antes de su inversión inicial en enero de 2009, ahora alegan erróneamente que las cortes de Guatemala se arrogaron el poder de suspender la licencia de explotación de Progreso VII.
441. Con relación a la debida diligencia social, el Sr. Kappes dirige a este Tribunal a dos correos electrónicos adjuntos a su Segunda Declaración Testimonial. Un correo electrónico se relaciona a una supuesta visita a la mina El Sastre en 2009, mientras que el otro se relaciona a una reunión organizada con ejecutivos de la Mina Marlin en marzo de 2011.¹⁰¹¹ Desde el inicio, es importante mencionar que estos documentos son irrelevantes e inmatrimoniales para establecer la existencia de una debida diligencia ya que estos correos que supuestamente ocurrieron *luego* de la decisión de los Demandantes de invertir en junio de 2008 y su inversión original en enero de 2009. En cualquier caso, Guatemala ya ha explicado arriba¹⁰¹² ninguno de los correos especifica el propósito de requerir o visitar las otras minas.
442. De hecho, si los Demandantes hubieran de verdad llevado a cabo una debida diligencia social, habrían descubierto que las tensiones sociales estaban invadiendo a la industria minera en Guatemala,¹⁰¹³ junto a llamados a implementar la Convención 169 de la OIT.¹⁰¹⁴ Estos eventos fueron muy bien documentados en las noticias¹⁰¹⁵ de tal forma que ningún inversionista prudente hubiera ido a Guatemala sin haber ni si quiera investigado acerca de las implicaciones del Convenio 169 respecto a la obtención de una licencia minera.
443. A este punto, también, el Tribunal podrá ver que los Demandantes no han ofrecido ni una sola pieza de evidencia de ninguna conducta gubernamental, menos aún ninguna garantía o compromiso en favor de los

¹⁰⁰⁸ Mac-Gregor, E. (2015). *Conventionality Control the New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights*. AJIL Unbound, 109, pp. 98-99 (RL-0430)

¹⁰⁰⁹ *Invesmart, B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo (26 de junio de 2009), ¶ 254 (RL-0363) (A putative investor “has the burden of performing its own due diligence in vetting the investment within the context of the operative legal regime.”).

¹⁰¹⁰ *SolEs c. España*, Laudo, ¶ 429 (RL-0241) (“Debe esperarse que un inversor prudente tenga un conocimiento general de las decisiones recientes del tribunal superior del Estado anfitrión que interpretan las disposiciones del régimen regulador en el que se basaría el inversor.”).

¹⁰¹¹ Kappes II, ¶¶ 14-21 (*citando* C-0682, un correo electrónico de KCA a Exmingua solicitando reuniones con fecha del 18 de marzo de 2011; C-0684, un correo electrónico de David Croas a Daniel Kappes de fecha 18 de junio de 2009).

¹⁰¹² *Ver infra.*, Sección II.A.1.

¹⁰¹³ Informe de Esteves, ¶¶ 66, 86-89. *Ver también, Mining Referendum Called by Guatemalan Indigenous Communities*, OXFAM, Comunicado de Prensa del 8 de julio de 2005 (R-0222).

¹⁰¹⁴ *Ver, por ej.*, Conferencia de la Iglesia Episcopal, Comunicado de prensa emitido el 27 de enero de 2005 (R-0219); *ver también, MAC/20: Mines and Communities, The People of Sipacapa Reject Mining Activities in their Territory*, 21 de junio de 2005 (R-0220).

¹⁰¹⁵ *Ver* Compilación de artículos sobre el Convenio 169 de la OIT y sobre los problemas por asuntos extractivos publicados por Prensa Libre desde 2004 a 2007 (R-0218).

Demandantes que los hubiera inducido a invertir en Exmingua. Muy por el contrario, los Demandantes abiertamente admiten en el expediente que ellos “concluyeron que el Proyecto el Tambor tenía un gran potencial y podría ser desarrollado de forma rentable por KCA”¹⁰¹⁶ lo cual fue la base para ellos decidir invertir en Exmingua.

444. En el mismo sentido, Guatemala aborda la supuesta confianza de los Demandantes en las posiciones oficiales en los casos *Sipacapa* y *Maya Q'eqchi'* ante la CIDH como fundamento de sus expectativas. Con base en lo expuesto por los Demandantes, fue la “posición oficial del gobierno [...] que las consultas llevadas a cabo como parte del proceso del EIA satisfacían el requisito de consulta bajo el Convenio 169”¹⁰¹⁷ Estas declaraciones no le asisten a los Demandantes La posición del gobierno en los casos *Sipacapa* y *Maya Q'eqchi'* ante la CIDH, tal y como ya lo indicó Guatemala en su Contestación de Demanda, no fueron divulgados, menos aún dirigidos a los Demandantes.¹⁰¹⁸ Los tribunales han establecido de forma consistente que las expectativas deben generarse de una conducta del estado *directa al inversionista*¹⁰¹⁹ y que, consecuentemente, no es apropiado basar una expectativa reclamada basada en hechos “de los cuales no estaba al tanto el inversionista en ese tiempo”¹⁰²⁰ Además, estos pronunciamientos, hechos en **2014** y **2017**, respectivamente son posteriores a las inversiones de los Demandantes realizadas en **2008**. Los Demandantes, por tanto, no pudieron haberse basado, por ningún motivo, en la postura del gobierno en dichos casos.

2) Exmingua procedió con las solicitudes de licencias mineras Progreso VII y Santa Margarita a pesar de la ausencia de consultas al Convenio 169 de la OIT y la creciente oposición social a su proyecto

445. Los Demandantes anclan sus reclamos de “certeza legal” y “confianza legítima” en el hecho de que la licencia de explotación Progreso VII y la licencia de exploración de Santa Margarita fueron emitidas a favor de Exmingua. Ellos argumentan que “era inconsistente con los principios de Certeza legal y el estado de derecho que las Cortes años después requirieran un proceso de consulta más mientras la licencia estaba suspendida”¹⁰²¹ Sin embargo, este argumento tendría iniciativa únicamente si el Gobierno hubiera realizado algún compromiso o hecho alguna garantía de que las licencias mineras de Exmingua estaban de alguna manera exentas del

¹⁰¹⁶ Memorial de los Demandantes, ¶ 24.

¹⁰¹⁷ Réplica de los Demandantes, ¶ 111, Fuentes II ¶¶ 54-56, 70, 74-77; Fuentes I ¶¶ 51-52, citando Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Petición 1566-07, *Comunidades del Pueblo Maya Sipakepense y Mam de los Municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán c. Guatemala*, Informe de Admisibilidad No. 20/14 (3 de abril de 2014) ¶ 19 (CL-0225) y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Petición 1118-11, *Comunidad Maya Q'eqchi' Agua Caliente c. Guatemala*, Informe de Admisibilidad No. 30-17 de fecha 18 de marzo de 2017 ¶ 29.

¹⁰¹⁸ Memorial de Contestación ¶ 564.

¹⁰¹⁹ *Invesmart, B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo (26 de junio de 2009), ¶ 252 (RL-0363). (“En tercer lugar, existe una dimensión temporal para evaluar una expectativa declarada. En la medida en que la expectativa se base en la confianza del inversionista en los actos y / o declaraciones de los funcionarios gubernamentales responsables, *debe basarse en cómo los funcionarios realmente trataron al inversionista en ese momento.*”) (*Cursiva añadida*).

¹⁰²⁰ *Invesmart, B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo (26 de junio de 2009), ¶ 253 (RL-0363).

¹⁰²¹ Réplica de los Demandantes, ¶ 252.

cumplimiento de las consultas del Convenio 169. Ninguna fue hecha aquí, y la situación del marco social y legal previo a la inversión de los Demandantes contradicen el desarrollo de cualquiera de las expectativas. Hubo además distintos desarrollos previos y durante la conducción del EIA de Exmingua que de forma similar impidieron que surgieran las supuestas expectativas de los Demandantes.

446. En diciembre de 2009, esto es un mes antes de que Exmingua llevara a cabo su EIA inicial para Progreso VII entre enero y febrero de 2010,¹⁰²² la Corte de Constitucionalidad emitió sentencia en el caso *Cementos Progreso*. En ese caso, la Corte de Constitucionalidad confirmó que las consultas deben “llevarse a cabo antes de que se emita la licencia de minería”¹⁰²³ Los Demandantes argumentan que, en “*Cementos Progreso*, [...] la Corte ordenó bajo el Convenio 169 proceder pero no ordenó la suspensión de las operaciones del proyecto”¹⁰²⁴ Aun así, la Corte también dijo que los requisitos de consulta del Convenio 169 debían ser observados aún y cuando el proyecto “ha sido implementado, siempre y cuando no haya terminado totalmente aún.”¹⁰²⁵ La llamada de precaución de la corte debió haber puesto a los Demandantes a investigar sobre las implicaciones de este pronunciamiento para futuras licencias mineras; ya que un inversionista no puede simplemente “beneficiarse de los agujeros en su conocimiento subjetivo del ambiente regulatorio.”¹⁰²⁶

447. También hubo otros actos gubernamentales que vencen las supuestas expectativas de los Demandantes respecto a que las consultas del Convenio 169 no fueron requeridas antes de emitir la licencia de minería del Proyecto el Tambor. En Agosto de 2009, la Comisión de Transparencia del Congreso de la República llevó a cabo audiencias con relación a la Mina Marlin, así como con relación a la construcción del proyecto de la cementera en San Juan Sacatepéquez.¹⁰²⁷ La Comisión de Transparencia concluyó que existían deficiencias en los marcos legales para la conducción de estudios ambientales y sociales, y que existía una necesidad de fortalecer el marco institucional para la protección de los derechos de los pueblos indígenas.¹⁰²⁸ El Comité del Congreso sobre Pueblos Indígenas también emitió una opinión favorable en una iniciativa de Ley de Consultas, la cual habría desarrollado los mecanismos legislativos para la implementación del Convenio 169.¹⁰²⁹ El hecho de que ninguna de estas propuestas hayan tenido fruto no es relevante. *Eco Oro c. Colombia* apoya la posición

¹⁰²² Solicitud de Arbitraje, ¶ 5; Informe SLR, ¶¶ 30, 123.

¹⁰²³ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 21 de diciembre de 2009, Case No. 3878-2007, p. 20 (**R-0080**) (*Cementos Progreso*).

¹⁰²⁴ Réplica de los Demandantes, ¶ 262.

¹⁰²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 21 de diciembre de 2009, Caso No. 3878-2007, p. 20 (**R-0080**) (*Cementos Progreso*).

¹⁰²⁶ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 562, citando *SolEs c. España*, Laudo ¶ 331 (**RL-0241**).

¹⁰²⁷ *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas*, James Anaya, ¶¶ 8-9 (junio de 2011) (**RL-0366**)

¹⁰²⁸ *Ibid.* (**RL-0366**)

¹⁰²⁹ *Ibid.* (**RL-0366**)

de que estas propuestas de los gobiernos debieron haber creado conciencia en los Demandantes sobre el requerimiento potencial de las consultas bajo el Convenio 169 y las repercusiones de su incumplimiento.¹⁰³⁰

448. También es importante mencionar que, alrededor de 3 semanas luego de que los Demandantes celebraran una carta de intención con Radius, manifestaciones con relación a la falta de consultas bajo el Convenio 169 hicieron que el Presidente declarara un estado de alerta en una municipalidad ubicada tan solo a 70km del Proyecto el Tambor.¹⁰³¹ Adicional, si el Sr. Kappes de hecho realizó una visita al sitio de la mina El Sastre en junio de 2009 y de la mina Marlin en marzo de 2011,¹⁰³² él hubiera descubierto la oposición social intensa a estos proyectos.¹⁰³³ El mismo presidente de Radius admitió que Exmingua era un active problemático localizado en una región sujeta a mucho conflicto social.¹⁰³⁴

449. En contra del trasfondo de estos eventos, un inversionista prudente hubiera, al menos, investigado por qué el MEM y MARN, como autoridades estatales, no habían conducido las consultas del Convenio 169 previo a la emisión de las licencias de minería de El Proyecto el Tambor. Esa investigación mínima esperada de un inversionista prudente, tal y como establecen los casos *OperaFund* y *Feldman*. Además, si aún hubiera duda de los requisitos de consultar bajo el Convenio 169, el deber de debida diligencia requiere a un inversionista prudente no “aprovecharse de leyes de las cuales deben saber existe un estado de incertidumbre”¹⁰³⁵ Adicionalmente, existe una necesidad aumentada de un inversionista de asegurar un compromiso o garantía específica del gobierno para obviar esas dudas.¹⁰³⁶ Finalmente, un inversionista debe “buscar vías para honrar los principios internacionalmente reconocidos de derechos humanos cuando se enfrenten a requisitos que conflictúen con los mismos.”¹⁰³⁷

450. En este caso, los Demandantes hicieron exactamente lo opuesto de todas los deberes esperados de un

¹⁰³⁰ *Oro Minerals Corp. c. La República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB / 16/41, Decisión sobre Jurisdicción, Mérito e Instrucciones sobre Quantum (9 de septiembre de 2021), ¶ 685 (RL-0365).

¹⁰³¹ Ver Observatorio para la Protección de los Defensores de Derechos Humanos, *Guatemala – “Más Pequeños que David”*: *La lucha de los defensores y defensoras de derechos humanos* (febrero de 2015), pág. 22, nota al pie 93 (R-0152-ENG; ver también, https://mapa.conflictosmineros.net/ocmal_db-v2/consulta/view/14 (que muestra que, según una encuesta de 2007, solo 4 de los 8950 habitantes estaban a favor del proyecto en San Juan Sacatapéquez (R-0224).

¹⁰³² Kappes II, ¶¶ 14-21 (citando a C-0682, un correo electrónico de KCA a Exmingua solicitando reuniones con fecha 18 de marzo de 2011; Correo electrónico de David Croas a Daniel Kappes de fecha 18 de junio de 2009 (C-0684).

¹⁰³³ Kappes II, ¶ 19 (Como admiten los Demandantes, El Sastre sufrió un conflicto social en 2011, un año antes de que los Demandantes completaran su inversión en Exmingua.).

¹⁰³⁴ Comunicado de prensa de Radius, *Radius Gold Sells Interest in Guatemala Gold Property (C-0223)* (El propio presidente de Radius, Ralph Rushton, admitió que la compañía vendió su participación en el proyecto minero de Tambor como “parte de [su] estrategia corporativa para desinvertir activos problemáticos, permitiendo a la Compañía concentrar capital y experiencia en áreas menos conflictivas con respecto al desarrollo en la región.”).

¹⁰³⁵ *Antaris Solar GmbH y Dr. Michael Göde c. República Checa*, CPA Case No. 2014-01, Laudo (2 de mayo de 2018) ¶435 (RL-0152).

¹⁰³⁶ *Glamis Gold c. EE.UU.*, Laudo, ¶767 (RL-0041).

¹⁰³⁷ *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partuergoa c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/26, Laudo (diciembre de 2016), n. 434 (RL-0129) citando los Principios Rectores de la ONU, Principio 23.

inversionista prudente y procedieron a comprar la totalidad de Exmingua en 2012 sin ninguna garantía o compromiso de proteger su asunción equivocada de que las licencias de minería de Exmingua estaba exentas de cumplir con las consultas del Convenio 169. Los Demandantes, por tanto, no pueden alegar que las cortes han suspendido sus licencias de minería debido a la falta de consultas previas bajo el Convenio 169. Si este Tribunal apoyara los reclamos de expropiación y TJE de los Demandantes, estaría tratando al DR-CAFTA como una póliza de seguros ante malas decisiones de negocios.¹⁰³⁸ La evidencia en el expediente demuestra que los Demandantes mostraron un comportamiento oportunista y explotativo desde el inicio de su inversión -comportamiento que este tribunal no debería compensar ni incentivar.¹⁰³⁹

C. Los Demandantes no han demostrado la existencia de un incumplimiento de la obligación de trato justo y equitativo en virtud del Artículo 10.5 del DR-CAFTA

451. Tal y como se explicó en el Memorial de Contestación, el reclamo de que Guatemala violó su obligación de dispensar un trato justo y equitativo en virtud del Artículo 10.5, no tiene mérito. En *primer lugar*, los Demandantes han fracasado en probar que el estándar mínimo de trato conforme el derecho internacional consuetudinario haya evolucionado al punto de incluir las obligaciones que Guatemala supuestamente ha incumplido, específicamente, la obligación de que el Estado “actúe de buena fe, se abstenga de actuar arbitrariamente, brinde un entorno comercial y jurídico estable y seguro y respete las legítimas expectativas de los inversores”.¹⁰⁴⁰

452. En *segundo lugar*, incluso si los Demandantes demostraran que esos estándares forman parte del estándar del nivel de trato mínimo, algo que no consiguieron hacer, Guatemala sostiene que el reclamo igual debería denegarse porque ellos han malinterpretado su incumplimiento y, en definitiva, tampoco han podido demostrarlo. En general, el caso de los Demandantes se fundamenta en la premisa frecuentemente rechazada de que la incorrecta aplicación de la ley (que no han logrado demostrar) podría resultar en una violación del trato justo y equitativo.¹⁰⁴¹ Si bien los Demandantes han abandonado su reclamo de expectativas legítimas, insisten en que debería respectarse su expectativa de un entorno jurídico estable y seguro.¹⁰⁴² Esta clase de

¹⁰³⁸ *Total S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB / 04/01, Decisión sobre Mérito (27 de diciembre de 2010), ¶ 124 (RL-0312) (“Los tribunales han evaluado la conducta del inversionista a este respecto, destacando que los TBI “no son pólizas de seguro contra juicios comerciales incorrectos” y que el inversionista tiene su propio deber de investigar la ley aplicable del Estado anfitrión.”)

¹⁰³⁹ *Antaris Solar GmbH v. Czech Republic*, PCA Case No. 2014-01, Laudo (2 de mayo de 2018), ¶ 435 (RL-0152) (“The Tribunal considers that Dr Göde’s actions were essentially opportunistic, and that the investment protection regime was never intended to promote and safeguard those who, in the words of the Respondent, “pile in” to take advantage of laws which they must know may be in a state of flux caused essentially by investors of that type. In the words of the Respondent, the Claimants had “a speculative hope – as opposed to an internationally-protected expectation.”)

¹⁰⁴⁰ Réplica de los Demandantes, ¶ 462, 467.

¹⁰⁴¹ Ver Memorial de los Demandantes, ¶¶ 237, 232, 230, 276, 296-305; Réplica de los Demandantes, ¶¶ 486, 490, 497, 501, 532-539, 540-544.

¹⁰⁴² Ver Réplica de los Demandantes, ¶¶ 474-475, 483.

reclamo ha sido rechazado por numerosos tribunales y académicos, sosteniendo que, en ausencia de expectativas legítimas, la expectativa de consistencia o de un entorno jurídico estable y predecible de un inversor no tiene relevancia.¹⁰⁴³ El Tribunal debería seguir el mismo camino.

453. En *tercer lugar*, en el caso de que el Tribunal decidiera proceder con el fondo de la cuestión, Guatemala sostiene que los Demandantes han fallado en demostrar que las medidas cuestionadas violen el estándar que alegan. No existe prueba de que las medidas tomadas por el MEM, el MARN y otros órganos del Gobierno hayan sido arbitrarias o contrarias a la ley guatemalteca.¹⁰⁴⁴ Los Demandantes tampoco han probado que los tribunales de Guatemala hayan incurrido en una denegación de justicia contra Exmingua.¹⁰⁴⁵ Por último, las alegaciones de mala fe y la insinuación de parte de los Demandantes de que las medidas cuestionadas son parte de una gran maniobra para detener la actividad minera en Guatemala, son totalmente infundadas. Aparte de describir cada decisión que no los favoreció como una conspiración, los Demandantes no han presentado evidencia alguna que apoye su alegación seria.

1) Los Demandantes malinterpretan la obligación de dispensar un trato justo y equitativo bajo el Artículo 10.5 del DR-CAFTA.

a. Los Demandantes ignoran los elementos de derecho internacional consuetudinario adoptados a través del Anexo 10-B del DR-CAFTA.

454. Los siguientes aspectos del trato justo y equitativo conforme el Artículo 10.5 del DR-CAFTA no resultan controvertidos para las Partes. *Primero*, los Estados Partes del DR-CAFTA han circunscripto deliberadamente el trato justo y equitativo con arreglo al Artículo 10.5 al derecho internacional consuetudinario.¹⁰⁴⁶ *Segundo*, el derecho internacional consuetudinario, como establece el Artículo 10.5 del DR-CAFTA, solo puede resultar “de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal”.¹⁰⁴⁷ *Tercero*, “el demandante tiene la carga de demostrar la existencia y aplicabilidad de una obligación relevante conforme el derecho internacional consuetudinario que cumpla con los requisitos de la práctica de los Estados y la *opinio juris*” y para demostrar una violación a dicha obligación.¹⁰⁴⁸ Si los Demandantes no demuestran que el derecho internacional consuetudinario ha evolucionado efectivamente para incluir los estándares que abogan en este caso, el Tribunal debe simplemente rechazar la pretensión sobre dicha

¹⁰⁴³ Ver Réplica de los Demandantes, ¶¶ 462, 475, 483.

¹⁰⁴⁴ Ver *infra.*, Sección V.C.4.a.

¹⁰⁴⁵ Ver *infra.*, Sección V.C.4.b.

¹⁰⁴⁶ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 307; Réplica de los Demandantes, ¶ 460.

¹⁰⁴⁷ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 307.

¹⁰⁴⁸ Escrito de Parte No Contendiente los EE.UU., ¶ 16; Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 307.

evolución.¹⁰⁴⁹ Varios tribunales han adoptado esta posición, fijando la carga únicamente en el demandante.¹⁰⁵⁰

455. Basado en el entendimiento entre las Partes del Artículo 10.5 anteriormente referido, es razonable concluir que para que prospere el reclamo de trato justo y equitativo de los Demandantes, las siguientes dos preguntas deben tener una respuesta positiva: ¿Han demostrado los Demandantes que el estándar mínimo de trato evolucionó y ahora incluye los estándares que en su opinión han sido violados por Guatemala? ¿Guatemala violó esos estándares?

456. Los Demandantes no han demostrado lo anterior. Los Demandantes argumentan que el contenido del estándar del trato mínimo ha evolucionado para incluir la obligación de “actuar de buena fe, abstenerse de actuar de forma arbitraria, proveer un ambiente de derecho de negocios seguro y estable y respetar las legítimas expectativas del inversionista”¹⁰⁵¹ Pero ni su Memorial o su Dúplica tratan, menos aún prueban, que dichos estándares son respaldados por una práctica estatal general y consistente seguida de una sensación de obligación legal. La teoría de los Demandantes de “evolución” por el contrario se basa en dos proposiciones. Primero, de que la costumbre internacional no es estática y puede evolucionar conforme al tiempo.¹⁰⁵² Segundo, su “explicación de que el estándar de TJE ha sido respaldado por ... diferentes partes estatales, incluyendo Guatemala”.¹⁰⁵³ Y que también “ha sido respaldada por numerosos tribunales constituidos bajo el DR-CAFTA, NAFTA...”¹⁰⁵⁴ El reclamo debe simplemente rechazarse.

457. Los Demandantes no pueden satisfacer este requisito simplemente insistiendo en que el derecho internacional consuetudinario está sujeto a cambio, ellos deben probar que dicha evolución ocurrió. Una simple mención a algunos pocos laudos arbitrales que soportan su descripción del estándar mínimo de trato tampoco puede salvar a los Demandantes de la real tarea de establecer el derecho internacional consuetudinario basado en el enfoque bajo el Anexo 10-B.¹⁰⁵⁵

¹⁰⁴⁹ CDI, Proyecto de conclusión sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, con comentarios, A/73/10 (2018), p. 125 (RL-0367) (Cuando no pueda establecerse la existencia de una práctica general aceptada como derecho, la conclusión será que la supuesta norma de derecho internacional consuetudinario no existe).

¹⁰⁵⁰ Ver *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, TLCAN, Caso CIADI No. ARB (AF) / 00/1, Laudo (9 de enero de 2003), ¶185 (CL-0081); *Glamis Gold c. EE.UU.*, Laudo, ¶ 601 (RL-0041); *Methanex Corp. c. Estados Unidos de América*, TLCAN/CNUDMI, Laudo final sobre jurisdicción y fondo, Parte IV, Capítulo C (3 de agosto de 2005), ¶ 26 (RL-0227); *Cargill, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos* (“*Cargill c. Mexico*”), Caso CIADI No. ARB (AF)/05/2, Laudo (18 de septiembre de 2009), ¶ 273 (CL-0197); Comunicación de los Estados Unidos como parte no contendiente, ¶16.

¹⁰⁵¹ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 462,467.

¹⁰⁵² Réplica de los Demandantes, ¶ 467.

¹⁰⁵³ Réplica de los Demandantes, ¶ 471.

¹⁰⁵⁴ Réplica de los Demandantes, ¶ 471.

¹⁰⁵⁵ Ver Memorial de los Demandantes, ¶¶ 202-209; Réplica de los Demandantes, ¶¶ 462, 471.

i. *Aparte de insistir que el derecho internacional consuetudinario no es estático, los Demandantes no han demostrado un cambio de costumbre*

458. En lugar de probar un cambio en el derecho internacional consuetudinario a través del método establecido bajo el Anexo 10-B del DR-CAFTA, los Demandantes de forma general enfatizan que el derecho internacional consuetudinario está sujeto a evolución, los Demandantes argumentan que “desde que se dictó el laudo de Neer ... el contenido del estándar y los tipos de conducta del Estado que lo violan” han cambiado.¹⁰⁵⁶ Para fundamentar su reclamo, los Demandantes citan varios casos en los que se reconoce que el derecho internacional consuetudinario “sigue evolucionando conforme a las realidades de la comunidad internacional”.¹⁰⁵⁷
459. Luego, los Demandantes critican a Guatemala por incluir citas selectivas de los casos *Glamis* y *Thunderbird* e insisten en que también deberían considerarse adecuadamente otras secciones de las mismas decisiones.¹⁰⁵⁸ En particular, los Demandantes citan una oración en *Glamis* en la que el tribunal reconoció que ‘es enteramente posible que, como comunidad internacional, nos indignen acciones de Estados que previamente no nos ofendían’.¹⁰⁵⁹ Los Demandantes también incluyen otra oración de *Thunderbird* con la que el tribunal señala que ‘el nivel mínimo no debe interpretarse rígidamente, sino que debe reflejar el estado de la evolución del derecho internacional consuetudinario’.¹⁰⁶⁰
460. Los Demandantes no lo comprenden. No hay dudas de que el derecho internacional consuetudinario puede evolucionar, así lo admitió Guatemala en su Memorial de Contestación.¹⁰⁶¹ La cuestión aquí es determinar si los Demandantes, como parte que alega la existencia de cambios en el derecho internacional consuetudinario, han satisfecho su carga y demostrado que el derecho internacional consuetudinario de hecho evolucionó al punto de incluir las obligaciones que ellos identifican como parte del estándar mínimo de trato. Dada la falta de evidencia al respecto, la respuesta debería ser negativa. Las sutilezas que puedan existir en *Glamis* y *Thunderbird* no pueden ocultar las conclusiones de los tribunales de que “las partes fundamentales del estándar Neer ... se aplican hoy en día.”¹⁰⁶²
461. En ambos casos, los Demandantes, al citar numerosos casos, argumentaron que el estándar mínimo de trato

¹⁰⁵⁶ Réplica de los Demandantes, ¶ 467.

¹⁰⁵⁷ Ver Réplica de los Demandantes, ¶¶ 467-468.

¹⁰⁵⁸ Ver Réplica de los Demandantes, ¶¶ 467-468.

¹⁰⁵⁹ Réplica de los Demandantes, ¶ 468.

¹⁰⁶⁰ Réplica de los Demandantes, ¶ 468.

¹⁰⁶¹ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 309.

¹⁰⁶² *Glamis Gold, Ltd. c. los Estados Unidos de América*, CNUDMI, TLCAN, Laudo (8 de junio de 2009), ¶ 616 (RL-0041). Ver también, *Int'l Thunderbird Gaming Corp. c. los Estados Unidos Mexicanos*, (“*Thunderbird c. Mexico*”) TLCAN, Laudo Arbitral (26 de enero de 2006), ¶ 194 (CL-0198).

ha evolucionado desde su definición en el caso *Neer*.¹⁰⁶³ Con el respaldo de “*Waste Management*, entre otros laudos”, el demandante en *Glamis c. EE.UU.* planteó que el trato justo y equitativo ha evolucionado al punto de incluir: “(1) la obligación de proteger expectativas legítimas mediante el establecimiento de un marco jurídico y de negocios transparente y predecible; y (2) la obligación de ofrecer protección contra medidas arbitrarias”.¹⁰⁶⁴ El tribunal rechazó el reclamo. Aún y cuando el tribunal reconoció que situaciones han cambiado desde los años 1920s cuando la decisión en *Neer* fue emitida, sostuvo que “las partes fundamentales del estándar *Neer* aún se aplican hoy en día”¹⁰⁶⁵ Para violar el estándar mínimo de trato, el tribunal notó que “una grave denegación de justicia, una arbitrariedad manifiesta, una injusticia flagrante, una falta total de garantías procesales, una discriminación evidente o una falta manifiesta de motivos”.¹⁰⁶⁶

462. Se arribó a una conclusión similar en *Thunderbird*. En ese caso también, el demandante, apoyándose en *Waste Management II*, insistió en que la conducta arbitraria de la demandada violaba su obligación de dispensar un trato justo y equitativo.¹⁰⁶⁷ Pero el tribunal desestimó el reclamo. En este caso también, el tribunal aceptó que la costumbre internacional ha evolucionado desde la decisión en *Neer*, sin embargo, concluyó que “el umbral para considerar que se ha cometido una violación del nivel mínimo de trato *sigue siendo elevado*” únicamente actos que representen “repugnante denegación de justicia o una arbitrariedad manifiesta, que caigan por debajo de los niveles internacionalmente aceptables” implicarían una violación al estándar mínimo de trato.¹⁰⁶⁸

463. Los Demandantes no han presentado evidencia lo cual debiera llevar al Tribunal a resolver en su contra. Nada en el expediente corrobora el planteo de los Demandantes de que su definición del estándar mínimo de trato “ha sido avalada por ... varios Estados Parte, incluido Guatemala”.¹⁰⁶⁹ Por otra parte, existe una gran cantidad de pruebas que demuestran lo contrario. Seis de cada siete Estados Partes del DR-CAFTA han expresamente rechazado reiteradamente los estándares incluidos en *Waste Management II*, y han expresado, en su lugar, que sólo puede violarse el estándar de trato mínimo al enfrentar situaciones de “denegación de justicia”, “arbitrariedad manifiesta” o “discriminación evidente”.¹⁰⁷⁰ Nicaragua ha reconocido, como se explica más abajo, a la interpretación del estándar mínimo de trato que han tomado las partes estatales.¹⁰⁷¹

¹⁰⁶³ *Glamis Gold c. los Estados Unidos de América*, Laudo, ¶¶ 561, 572 (RL-0041).

¹⁰⁶⁴ *Glamis Gold c. EE.UU.*, Laudo, ¶¶ 561, 572, 616 (RL-0041); Ver también, *Thunderbird c. Mexico*, Laudo Arbitral, ¶¶ 185, 194 (CL-0198).

¹⁰⁶⁵ *Glamis Gold c. EE.UU.*, Laudo, ¶ 616 (RL-0041) (énfasis añadido).

¹⁰⁶⁶ *Glamis Gold c. EE.UU.*, Laudo, ¶ 616 (RL-0041) (énfasis añadido).

¹⁰⁶⁷ *Thunderbird c. Mexico*, Laudo (26 de enero de 2006), ¶ 185 (CL-0198).

¹⁰⁶⁸ *Thunderbird c. Mexico*, Laudo (26 de enero de 2006), ¶ 194 (CL-0198) (énfasis añadido).

¹⁰⁶⁹ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 462, 471.

¹⁰⁷⁰ Ver Sección V.C.3.a.

¹⁰⁷¹ Ver Sección V.C.3.

ii. Los laudos internacionales no constituyen derecho internacional consuetudinario

464. Los laudos arbitrales internacionales, en particular aquellos que no tienen el respaldo de la práctica de los Estados y la *opinio juris*, no prueban el derecho internacional consuetudinario. Al citar algunos laudos del TLCAN y del DR-CAFTA, los Demandantes declaran que su “explicación del estándar de trato justo y equitativo” ha sido “avalad[a] en forma abrumadora [...]” y “consistente”.¹⁰⁷² Esto no resulta preciso ni relevante.

465. A partir de la evidencia en el expediente, es inverosímil concluir que el encuadre del trato justo y equitativo por parte de los Demandantes ha recibido un “aval abrumador” y “consistente”. Al recurrir a *Waste Management II*, los Demandantes argumentan que el trato justo y equitativo incluye la obligación de abstenerse de implementar medidas arbitrarias, la de respetar las expectativas legítimas del inversor y actuar de buena fe.¹⁰⁷³ Si bien los Demandantes alegan que esta postura ha recibido gran apoyo entre los tribunales de DR-CAFTA y TLCAN, únicamente citan tres casos que les respaldan ante el Tribunal.¹⁰⁷⁴ Los Demandantes luego plantean que el trato justo y equitativo incluye la obligación de facilitar un entorno jurídico estable y predecible,¹⁰⁷⁵ y abstenerse de aplicar retroactivamente las leyes nuevas.¹⁰⁷⁶ Estos estándares no surgen de la decisión de *Waste Management II*—como intentan sugerir los Demandantes—sino de uno o dos casos que han interpretado el trato justo y equitativo como estándar autónomo o bien lo han descripto como principios generales del derecho.¹⁰⁷⁷ Además de carecer de un amplio respaldo, los estándares que invocan los

¹⁰⁷² Réplica de los Demandantes, ¶ 471.

¹⁰⁷³ Ver Memorial de los Demandantes, ¶¶ 204-205.

¹⁰⁷⁴ Ver Memorial de los Demandantes, ¶ 205; Réplica de los Demandantes, ¶ 472, n.1416 (donde se cita *RDC. c. Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/07/23, Laudo (29 de junio de 2012), ¶ 219 (CL-0068); *TECO Guatemala Hldgs., LLC c. la República de Guatemala*, (“*TECO c. Guatemala*”) Caso CIADI No. ARB/10/23, Laudo (19 de diciembre de 2013), ¶¶ 454-455 (CL-0031); *William Ralph Clayton and others c. Canadá*, (“*Bilcon c. Canada*”) TLCAN, Caso CPA No. 2009-4, Laudo sobre Jurisdicción y Mérito (17 de marzo de 2015), ¶ 591 (CL-0088). Si bien los Demandantes citan *Merrill c. Canadá*, el tribunal en este caso simplemente observó lo siguiente: “[i]ncluso si el Tribunal fuera a aceptar el argumento de Canadá en el sentido de que la buena fe, la prohibición de arbitrariedad, discriminación y otras cuestiones planteadas en este caso no constituirían obligaciones autónomas en virtud del Artículo 1105(1) del derecho internacional, y podrían tampoco formar parte del derecho consuetudinario, estos conceptos son en gran medida la expresión de principios generales del derecho y, por lo tanto, también forman parte del derecho internacional”. En cuanto al estándar mínimo de trato, el tribunal señaló vagamente que “establece el trato justo y equitativo de inversores extranjeros dentro de los límites de la *razonabilidad*.” Ver *Merrill & Ring Forestry L. P. v. Canada*, (“*Merrill c. Canada*”) Caso CIADI No. UNCT / 07/1, Laudo (31 de marzo de 2010), ¶¶ 187, 213 (CL-0201).

¹⁰⁷⁵ Ver Memorial de los Demandantes, 209; Réplica de los Demandantes, 462, 475, donde se cita *Merrill c. Canadá*, Laudo ¶ 187 (CL-0201). *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, Laudo (29 de mayo de 2003, ¶ 154 (CL-0122).

¹⁰⁷⁶ Ver Réplica ¶¶ 534-535, donde se cita *Cairn Energy Plc y Cairn UK Holdings Ltd. c. la República de la India*, (“*Cairn c. India*”) CNUDMI, Caso CPA No. 2016-7, Laudo de fecha 21 de diciembre de 2020, ¶ 1749 (CL-0335).

¹⁰⁷⁷ Ver Réplica de los Demandantes, ¶ 462; comparar con Réplica de los Demandantes, ¶¶ 533-535, 475; Ver Memorial de los Demandantes, ¶ 218.

Demandantes han sido rechazados por diversos tribunales.¹⁰⁷⁸

466. Aún más importante es la irrelevancia de que los tribunales hayan aprobado el encuadre del trato justo y equitativo por parte de los Demandantes. Concluir simplemente—como pretenden los Demandantes—que una norma determinada constituye derecho internacional consuetudinario porque recibió el apoyo de diversos tribunales arbitrales internacionales equivale a ignorar los principios generales del derecho internacional consuetudinario expresamente avalados en el Anexo 10-B y posteriormente ratificados por los Estados Partes. En definitiva, si se aceptaran los planteos de los Demandantes, se iría en contra de las normas generales de interpretación del CVDT, que fueron analizadas y aplicadas meticulosamente por este Tribunal durante la etapa preliminar del procedimiento.¹⁰⁷⁹

467. El artículo 10.5 debe ser interpretado de conformidad con los principios de interpretación bajo el Artículo 31 y el Artículo 32 de la CVDT. De conformidad con el Artículo 31 de la CVDT, dicha provisión debe ser interpretada en línea con el “significado ordinario” de sus términos y el “objeto y propósito” del Tratado, en el “contexto” en el cual ocurre, y tomando en consideración “cualquier práctica subsecuente en aplicación del tratado el cual establece el acuerdo de las partes con respecto a su interpretación”.¹⁰⁸⁰

468. Por sus términos, el trato justo y equitativo en virtud del Artículo 10.5 se limita al “nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario”.¹⁰⁸¹ Esta disposición debe leerse en el contexto del Anexo 10-B, que describe el “común entendimiento” de los Estados Partes de que el “derecho internacional consuetudinario” ...en [el Artículo] 10.5... resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal”.¹⁰⁸² De la práctica subsecuente de las partes estatales en la interpretación del Artículo 10.5, también está claro que estos elementos del derecho internacional consuetudinario deben cumplirse de forma estricta.¹⁰⁸³

¹⁰⁷⁸*Glamis Gold c. EE.UU.*, Laudo, ¶¶ 561, 562, 616, 761, 766 (**RL-0041**) (donde se rechaza el reclamo de que el trato justo y equitativo incluye la obligación de abstenerse de tratos arbitrarios y proporcionar un marco jurídico y de negocios transparente y predecible); *Thunderbird c. Mexico*, Laudo Arbitral (26 de enero de 2006) ¶¶ 185, 194 (**CL-0198**) (donde se rechaza el reclamo de que podría incumplirse con el trato justo y equitativo a través de una simple conducta arbitraria); *Cargill c. Mexico*, Laudo, ¶¶ 294, 290 (**CL-0197**) (donde se rechaza el argumento de que el trato justo y equitativo incluye la obligación de facilitar un entorno estable y predecible que no afecte expectativas razonables); *Mondev c. Estados Unidos*, Laudo, ¶ 137 (**RL-0198**) (donde se desestima el argumento de que la aplicación retroactiva de una nueva ley decisoria violaría el trato justo y equitativo). Se observó que “[n]ormalmente corresponde a los tribunales locales determinar si y en qué circunstancias aplicar retroactivamente la nueva ley decisoria”.)

¹⁰⁷⁹ Decisión sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 123-161.

¹⁰⁸⁰ VCLT, Article 31 (1)(3)(b), Article 32 (**RL-0027**).

¹⁰⁸¹ DR-CAFTA, Article 10.5 (**CL-0001**).

¹⁰⁸² DR-CAFTA, Annex 10-B (**CL-0001**).

¹⁰⁸³ *Ver infra.*, Sección V.C.3.

469. Las prácticas de la CIJ y la CDI,¹⁰⁸⁴ son también instructivos. Como señalan los Estados Partes, el Anexo 10-B se redactó con el fin de reflejar el enfoque “que se sigue de forma general en la práctica de los Estados y las decisiones de los tribunales y cortes internacionales, incluida la Corte Internacional de Justicia”,¹⁰⁸⁵ que en numerosas oportunidades concluyó que la “existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario requiere que haya ‘una práctica establecida’ junto con la *opinio juris*”.¹⁰⁸⁶ La CDI describe a ambos elementos como “indispensables para que una norma de derecho internacional consuetudinario pueda recibir cabalmente tal denominación”.¹⁰⁸⁷ Los Demandantes no podrían explicar y no han explicado por qué deben ignorarse estos elementos en el caso que nos ocupa.

470. De la redacción de estos elementos surge claramente que “[l]a conducta de los Estados es de fundamental importancia para la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario”.¹⁰⁸⁸ La práctica de los Estados, como confirman la CIJ y la CDI, puede inferirse a partir de los actos llevados a cabo por el Estado, “ya ejerzan funciones ejecutivas, legislativas, judiciales o de otra índole”.¹⁰⁸⁹ Para probar la práctica “general y constante” de los Estados, no se requiere que los Demandantes demuestren que esta es “unánime (universal)”,

¹⁰⁸⁴ Comisión de Derecho Internacional, “La Comisión de Derecho Internacional fue creada en 1947 por la Asamblea General con el fin de asumir el mandato de la Asamblea de conformidad con el artículo 13(1)(a) de la Carta de las Naciones Unidas para “[promover] estudios y ha[cer] recomendaciones para ... impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación”)

¹⁰⁸⁵ Escrito de los EE.UU., ¶ 14. *Ver también* Escrito de Costa Rica, ¶ 24.

¹⁰⁸⁶ Escrito de los EE. UU, ¶ 14, n. 16 que cita a Inmunidades jurisdiccionales del Estado (*Alemania c. Italia: intervención de Grecia*), Sentencia (3 de febrero de 2012) C.I.J. Informe 1999 ¶ 55 (RL-0368); *North Sea Continental Shelf (República Federal de Alemania / Dinamarca; República Federal de Alemania / Países Bajos)*, C.I.J. Informe 1969 3, ¶77 (20 de febrero de 1969)(RL-0206); *Continental Shelf (Jamahiriya Árabe Libia / Malta)*, C.I.J. Informe 1985 ¶ 29-30 (3 de junio de 1985) (RL-0369).

¹⁰⁸⁷ CDI, Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, ¶ 23, (RL-0370), donde se cita K. Wolfke, *Custom in Present International Law*, págs. 40-41 (RL-0371).

¹⁰⁸⁸ CDI, Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario (May 22, 2014), ¶ 33 (RL-0370). *Ver también ibid.*, pág. 18 (“Función de la práctica: El requisito, como elemento del derecho internacional consuetudinario, de una práctica general significa que es principalmente la práctica de los Estados la que contribuye a la creación o expresión de las normas de derecho internacional consuetudinario”) (RL-0370); *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania contra Italia: intervención de Grecia)*, Fallo, Informes de la C.I.J. 2012, pág. 99, en pág. 143, ¶101 (RL-0368) (“el derecho consuetudinario se deriva de la práctica de los Estados”); *Glamis Gold c. EE.UU.*, Laudo, ¶607 (RL-0041) (“[l]a determinación de la costumbre es necesariamente una indagación de los hechos” que requiere “examina[r] las acciones de los Estados y los motivos y la consistencia de tales acciones”).

¹⁰⁸⁹ CDI, Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, ¶7 (RL-0370) (donde se identifica lo siguiente como “los tipos de documentación adecuados para establecer” derecho internacional consuetudinario: “(a) declaraciones oficiales ante las cámaras legislativas, los tribunales y las organizaciones internacionales; y (b) resoluciones de los tribunales nacionales, regionales y subregionales”), ¶34 (a efectos de determinar la práctica de los Estados “pueden resultar pertinentes los actos de todos los poderes del Estado (ya ejerzan funciones ejecutivas, legislativas, judiciales o de otra índole”); Proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, 2018, conclusión 5(2), (RL-0436).; *Ver también Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, 2012 C.I.J., ¶ 56 (“la CIJ reconoció la inmunidad del Estado como derecho internacional consuetudinario luego de recibir un estudio sobre la práctica de los Estados bajo la forma de legislación nacional, judicial y declaraciones oficiales”) (RL-0367); Patrick Dumberry, *The Role and Relevance of Awards in the Formation, Identification and Evolution of Customary Rules in International Investment Law*, Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, pág. 1 (RL-0346).

aunque sí debe probarse que es ‘extensiva’ o, en otras palabras, que está “suficientemente difundida”¹⁰⁹⁰ y que es “uniforme”.¹⁰⁹¹ Una vez que se demuestra que la práctica de los Estados es general y consistente, los Demandantes deben entonces probar el segundo elemento, la *opinio juris*. En ese sentido, deben existir pruebas de que “los Estados deben haber respetado una norma ‘como obligación jurídica’...” y no simplemente “por la necesidad de cumplir con las obligaciones impuestas por un tratado”.¹⁰⁹²

471. Aunque demostrar la costumbre es una tarea mayúscula, los Demandantes no pueden reducir la carga que pesa sobre ellos recurriendo a laudos arbitrales internacionales y abandonar así la metodología establecida en el Anexo 10-B. El Tribunal ha dejado claro en su Decisión Sobre Objeciones Preliminares que no toleraría que las partes se apartaran del texto claro del Tratado. Al citar *Nissan c. India*, el Tribunal sostuvo que “la tarea de un tribunal no es hacer elecciones de política sobre el diseño preferible de un sistema de arbitraje de inversiones, sino más bien respetar y hacer cumplir las elecciones ya hechas por las Partes Contratantes, en la medida en que éstas puedan ser divisadas a través de los instrumentos interpretativos previstos en la CVDT”.¹⁰⁹³ Guatemala solicita al Tribunal que asuma aquí la misma postura, es decir, que exija el cumplimiento del Anexo 10-B, garantizando así que el planteo de los Demandantes sobre la evolución del estándar mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario esté respaldado por la práctica de los Estados.

472. Un laudo internacional no puede crear derecho internacional consuetudinario; sólo puede servir como ilustración del derecho internacional consuetudinario si se “basa en un análisis integral y detallado tanto de la práctica de los Estados como de la *opinio juris*”.¹⁰⁹⁴ Puesto que ninguno de los casos que citan los Demandantes

¹⁰⁹⁰ CDI, Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, ¶52, nota 168 (RL-0370).

¹⁰⁹¹ CDI, Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, ¶55 (RL-0370), citando al *caso de asilo colombo-peruano*, Sentencia (20 de noviembre de 1950): C.I.J. Informe 1950, págs. 276 y 277 (“un uso constante y uniforme”) (CL-0172); *Caso relativo al derecho de paso sobre territorio indio (Portugal c. India)*, Sentencia (12 de abril de 1960): C.I.J. Informe 1960, pág. 40 (“una práctica constante y uniforme”) (RL-0372); *Jurisdicción de Pesca (Reino Unido c. Islandia)*, Mérito, Sentencia, C.I.J. Informe 1974, pág. 90 (Opinión Separada del Magistrado De Castro) (“Para que se forme una nueva norma de derecho internacional, la práctica de los Estados, incluidos aquellos cuyos intereses se ven especialmente afectados, debe haber sido sustancial o prácticamente uniforme”) (RL-0373) *Jurisdicción de Pesca (Reino Unido contra Islandia)*, Mérito, Sentencia, C.I.J. Reports 1974, pág. 50 (Opinión separada conjunta de los magistrados Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh y Ruda) (“Otro requisito esencial para que la práctica de los Estados adquiera la condición de derecho consuetudinario es que dicha práctica estatal debe ser común, coherente y concordante. Por lo tanto, la contradicción en la práctica de los Estados o la conducta incoherente, en particular que emana de estos mismos Estados que se dice que siguen o establecen la costumbre, impedirían el surgimiento de una norma de derecho consuetudinario”) (RL-0374).

¹⁰⁹² CDI, Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, ¶¶ 62, 67 (RL-0370).

¹⁰⁹³ Decisión sobre Objeciones Preliminares, ¶ 158. Ver también *ibid.* ¶¶ 140, 154.

¹⁰⁹⁴ Patrick Dumberry, *The Role and Relevance of Awards in the Formation, Identification and Evolution of Customary Rules in International Investment Law*, Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, pp. 4, 7 (RL-0346). Ver también, International Law Commission, Borrador de Conclusión sobre la Identificación de Derecho Consuetudinario Internacional con Comentarios, A/73/10 (2018), p. 149 (RL-0367) (“Las decisiones de cortes y tribunales sobre cuestiones

tuvo en cuenta los elementos del derecho internacional consuetudinario, estos no ofrecen orientación alguna a este Tribunal.

473. En *RDC c. Guatemala*, una decisión que fue objeto de numerosas críticas,¹⁰⁹⁵ el tribunal renunció a su función de hacer cumplir el tratado conforme fuera celebrado por los Estados Partes, todo ello para garantizar su “eficiencia”.¹⁰⁹⁶ En *RDC*, el demandante argumentó que el trato justo y equitativo, “según los tribunales arbitrales de *Waste Management II* y *Tecmed*”, obliga a un Estado a ser “transparente, consistente, a no discriminar y a no basarse en distinciones injustificables o arbitrarias”.¹⁰⁹⁷ Desde el inicio, el tribunal aceptó que “los laudos arbitrales no constituyen prácticas de los Estados”.¹⁰⁹⁸ Sin embargo, el tribunal decidió acudir a estos laudos, alegando, sin prueba alguna, que “existe abundante evidencia” de que “las partes de procedimientos internacionales los utilizan” para demostrar el derecho internacional consuetudinario.¹⁰⁹⁹ Añadió que esta práctica representa “una forma eficiente para que una parte en un procedimiento judicial indique qué entiende por ley”.¹¹⁰⁰ De esta manera, el tribunal no logró dotar íntegramente de significado a la intención de los Estados Partes en virtud del Anexo 10-B, que fue posteriormente confirmado por los propios Estados Partes.¹¹⁰¹

474. Por motivos similares, *Waste Management II* y *Bilcon c. Canadá* no han sido de utilidad para el caso de los Demandantes. En *Waste Management II*, el análisis y la determinación del tribunal respecto del estándar del trato mínimo se basó exclusivamente en un “estudio” de laudos internacionales previos, no en la conducta de

de derecho internacional, en particular aquellas decisiones en las que se considera la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario y se identifican y aplican dichas normas, pueden ofrecer una guía valiosa para determinar la existencia o no de normas de derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, el valor de tales decisiones varía enormemente, dependiendo tanto de la calidad del razonamiento (que incluye principalmente la medida en que resulta de un examen exhaustivo de las pruebas de una supuesta práctica general aceptada como derecho) como de la recepción de la decisión, en particular por los Estados y en la jurisprudencia posterior.”); *Glamis Gold c. EE.UU.*, Laudo, ¶ 605 (RL-0041) (“Los laudos arbitrales, señala acertadamente la Demandada, no constituyen una práctica estatal y, por lo tanto, no pueden crear ni probar el derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, pueden servir como ilustraciones del derecho internacional consuetudinario si implican un examen del derecho internacional consuetudinario.”); *Cargill c. Mexico*, Laudo ¶277 (CL-0197) (los laudos “no crean el derecho internacional consuetudinario, sino que, a lo sumo, reflejan el derecho internacional consuetudinario”. El tribunal señaló además que “el peso probatorio que se otorgará [a los laudos] es mayor si las conclusiones de los mismos están respaldadas por pruebas y análisis de la costumbre”). Las partes estatales también están de acuerdo *Ver, infra*, V.C.3 (“Los Estados partes acuerdan que una parte que alega un cambio del trato estándar mínimo tiene la carga de establecer dicho cambio utilizando la metodología”)

¹⁰⁹⁵ Omar E. Garica Bolívar, *Comentarios del caso Railroad Development Corporation c. República de Guatemala*, Primer Laudo CAFTA sobre méritos, Revisión del CIADI, Vol. 28, No. 1 (2013), pp. 28-32 (RL-0375).

¹⁰⁹⁶ *RDC c. Guatemala*, Laudo, ¶ 217 (CL-0068).

¹⁰⁹⁷ *RDC c. Guatemala*, Laudo, ¶ 156 (CL-0068).

¹⁰⁹⁸ *RDC c. Guatemala*, Laudo, ¶ 217 (CL-0068).

¹⁰⁹⁹ *RDC c. Guatemala*, Laudo, ¶ 217 (CL-0068).

¹¹⁰⁰ *RDC c. Guatemala*, Laudo, ¶ 217 (CL-0068).

¹¹⁰¹ *Ver, infra*, sección V.C.3.c.i.

los Estados.¹¹⁰² La conclusión del tribunal en *Bilcon* corrió la misma suerte. En ese caso, el tribunal resolvió que el trato justo y equitativo incluye la obligación de abstenerse de conductas arbitrarias simplemente porque “la prueba de *Waste Management* hace mención de la arbitrariedad”.¹¹⁰³

475. En resumen, el Tribunal debería desestimar el reclamo sobre trato justo y equitativo de los Demandantes dado que estos no han suministrado evidencia alguna sobre la práctica de los Estados que demuestren que el trato justo y equitativo en virtud del Artículo 10.5 ha evolucionado al punto de incluir las obligaciones que ellos alegan. Ninguno de los laudos arbitrales citados apoya la propuesta de los Demandantes ya que sus conclusiones no se fundamentan en las prácticas de los Estados.

iii. *Los Demandantes confunden la distinción entre los principios generales del derecho y el derecho internacional consuetudinario*

476. En varias ocasiones, los Demandantes aluden a los principios generales del derecho para describir la evolución del trato justo y equitativo. En particular, los Demandantes plantean que el trato justo y equitativo comprende la obligación de actuar de buena fe,¹¹⁰⁴ proporcionar un entorno jurídico estable y seguro,¹¹⁰⁵ garantizar la seguridad jurídica¹¹⁰⁶ y respetar la doctrina de los actos propios,¹¹⁰⁷ por cuanto se trata de principios generales del derecho. Habida cuenta de que el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho son fuentes del derecho internacional distintas, corresponde rechazar la pretensión de los Demandantes de aplicar la primera de ellas por analogía.

477. Tal como puede inferirse del Artículo 38 del Estatuto de la CIJ, “los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas” y “la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho” son dos fuentes del derecho internacional diferentes.¹¹⁰⁸ Recientemente, la CDI ratificó esta distinción, señalando que “no debe pasarse por alto que una norma de derecho internacional consuetudinario requiere la existencia de una ‘práctica general aceptada como derecho’ (acompañada de una *opinio iuris*), mientras que un principio general del derecho debe ser ‘reconocido por las naciones civilizadas’, lo cual sugiere que estas dos fuentes son distintas y no deben confundirse”.¹¹⁰⁹

478. Reconociendo esta diferencia, los tribunales han interpretado y aplicado estas dos fuentes de derecho

¹¹⁰² *Waste Management Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos (II)*, (“*Waste Management c. Mexico*”) TLCAN, Caso CIADI No. ARB/AF/00/03, Laudo (30 de abril de 2004), ¶ 98 (CL-0022).

¹¹⁰³ *Bilcon c. Canada*, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad (17 de marzo de 2015), ¶ 591 (CL-0088).

¹¹⁰⁴ Ver Memorial de los Demandantes, ¶ 206, donde se cita *Merrill c. Canada* (CL-0201).

¹¹⁰⁵ Ver Réplica de los Demandantes, ¶ 475, donde se cita *Merrill c. Canada* (CL-0201).

¹¹⁰⁶ Ver Réplica de los Demandantes, ¶ 533.

¹¹⁰⁷ Ver Réplica de los Demandantes, ¶ 481.

¹¹⁰⁸ CDI, primer informe sobre los principios generales del derecho, A/CN.4/7/32 (5 de abril de 2019), ¶ 28 (RL-0376).

¹¹⁰⁹ *Ibid.*

internacional de forma separada.¹¹¹⁰ En *Merrill*, caso que los Demandantes han invocado numerosas veces, el tribunal reconoció esta distinción. Habiendo concluido que el Artículo 1105 obliga a los Estados a otorgar un trato justo y equitativo conforme al derecho internacional, el tribunal analizó el estándar teniendo en cuenta diferentes fuentes del derecho internacional, entre ellas, los principios generales del derecho y el derecho internacional consuetudinario.¹¹¹¹ No obstante, el tribunal, tal como correspondía, consideró estas normas como dos fuentes del derecho internacional distintas y analizó su contenido de forma separada.¹¹¹²

479. En el actual caso, no es necesario un análisis de ese tipo. Con respecto al Artículo 10.5 del DR-CAFTA, los Estados parte han dejado claras sus elecciones. Los Estados parte han decidido, en forma inequívoca, limitar su obligación de proporcionar un trato justo y equitativo al estándar mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario.¹¹¹³ Por consiguiente, es esta fuente del derecho internacional la que los Demandantes deben analizar y cuyos elementos deben acreditar, no los principios generales del derecho.

b. La lectura excesivamente amplia del principio de denegación de justicia que efectúan los Demandantes carece de fundamento

i. Violaciones atroces del debido proceso por parte del poder judicial nacional, y no la mala aplicación de las leyes, constituye denegación de justicia

480. Debido a la amplia deferencia otorgada a los tribunales nacionales, el umbral para considerar que ha habido una denegación de justicia es elevado.¹¹¹⁴ Solo se produce una denegación de justicia si el poder judicial de un Estado “administra la justicia de [una] manera gravemente inadecuada” que “conmociona el sentido de la

¹¹¹⁰ *Merrill c. Canadá*, Laudo, ¶ 184, 186-191 (CL-0201).

¹¹¹¹ *Merrill c. Canadá*, Laudo, ¶ 183-184 (CL-0201).

¹¹¹² *Merrill c. Canadá*, Laudo, ¶ 184 (CL-0201).

¹¹¹³ DR-CAFTA, Art. 10.5 (CL-0001).

¹¹¹⁴ Ver Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 284, donde se cita *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Corporation c. Ecuador (II)*, Caso CPA N.º 2009-23, Laudo Parcial sobre el Fondo (30 de marzo de 2010), ¶ 244 (CL-0175); *White Industries Australia Limited c. República de la India*, CNUDMI, Laudo Final (30 de noviembre de 2011), ¶¶ 10.4.5-10.4.6 (RL-0198). Ver también, *H&H Enterprises Investments, Inc. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N.º ARB/09/15, Laudo (6 de mayo de 2014), ¶ 400 (RL-0024) (“El Tribunal destaca, asimismo, que el umbral probatorio para acreditar un reclamo de denegación de justicia es elevado”); *Liman Caspian Oil BV y NCL Dutch Investment BV c. República de Kazajistán*, Caso CIADI N.º ARB/07/14, Fragmentos del Laudo, (22 de junio de 2010), ¶ 27 (RL-0196) (“El Tribunal destaca que el umbral del delito internacional de denegación de justicia es elevado y va mucho más allá de la mera aplicación errónea del derecho interno”); JAN PAULSSON, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW 87 (Cambridge University Press, 2005) (CL-0171) (“No es fácil para un demandante superar la presunción de adecuación y, por ende, poder acreditar la existencia de responsabilidad internacional por denegación de justicia adjetiva”). *Agility Public Warehousing Company K.S.C. c. la República de Irak*, Caso CIADI No. ARB / 17/7 (22 de febrero de 2021), ¶ 216 (RL-0377) (“el Demandante debe demostrar que la Demandada no proporcionó un sistema de justicia mínimamente adecuado a efectos de satisfacer el elevado umbral propio de un reclamo de denegación de justicia”); *Barcelona Traction, Light & Power Co. (Bélgica c. España)*, 970 C.I.J. 3, 160 (3 de febrero), Opinión separada del Magistrado Tanaka, 4 (RL-0307) (“Acusar a un Estado de haber incurrido en denegación de justicia es un asunto extremadamente serio. No solo implica atribuirle un estándar internacional bajo al poder judicial del Estado en cuestión, sino también una condena moral de dicho sistema judicial. En consecuencia, el planteo de denegación de justicia es visto como una acusación grave que los Estados no son proclives a realizar si es posible recurrir a una formulación distinta”).

corrección judicial”.¹¹¹⁵ No es suficiente que un solo juzgado o tribunal haya administrado la justicia de manera inadecuada.¹¹¹⁶ Se debe demostrar un “fracaso sistémico del sistema judicial del Estado”.¹¹¹⁷ Los Demandantes coinciden en general con esta definición y, por consiguiente, aceptan que el umbral para concluir que hubo una denegación de justicia es elevado.¹¹¹⁸

481. Las Partes disienten, sin embargo, con respecto a si una sentencia errónea constituye denegación de justicia. La postura de Guatemala, respaldada por profusas fuentes de autoridad, es negativa en tal sentido.¹¹¹⁹ La aplicación del derecho nacional debiera dejarse a la exclusiva jurisdicción de la judicatura nacional. Para arribar a una conclusión diferente, “el tribunal tendría que indagar en el proceso decisorio según el derecho nacional”, algo que “los tribunales internacionales no pueden” hacer.¹¹²⁰ No obstante, los Demandantes invitan a este Tribunal a asumir este papel que muchos otros tribunales se han negado a asumir, al no interpretar de forma adecuada la interpretación del principio de denegación de justicia del Prof. Paulsson.¹¹²¹

482. Los Demandantes insisten en que el profesor Paulsson reconoce denegación de justicia substantiva.¹¹²² Para fundamentar su conclusión, los Demandantes citan un texto del libro del Profesor Paulsson en el cual hace notar que una decisión judicial que “ningún juez de forma razonable hubiere dictado” podría indicar “que no fue emitida con una mente judicial independiente decidiendo acorde a su consciencia”¹¹²³ También hacen referencia a otro texto de su libro en donde el establece que si “un tribunal internacional rechaza una decisión fundamentada en una interpretación por parte de una autoridad judicial nacional de su propio derecho”, lo hace

¹¹¹⁵ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 284-286, 401; Memorial de los Demandantes, ¶¶ 268-269. *Ver también, Agility Public Warehousing Company K.S.C. c. la República de Irak*, Caso CIADI Nro. ARB / 17/7 (22 de febrero de 2021), ¶ 209 (RL-0377); *Limited Liability Company Amtó c. Ucrania*, Caso SCC No. 080/2005, Laudo (26 de marzo de 2008), ¶76 (RL-0378).

¹¹¹⁶ *Jan Oostergetel y Theodora Laurentius c. República Eslovaca*, CNUDMI, Laudo Final (23 de abril de 2012), ¶ 225 (“[L]a denegación de justicia se ocupa de la falla de un sistema, no de un único juzgado o tribunal”). (RL-0195).

¹¹¹⁷ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. y otros c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo (12 de enero de 2011), ¶ 223 (RL-0155) (donde se cita al profesor Paulsson, quien “entiende que la denegación de justicia en el derecho internacional supone la falta de prestación de debido proceso a sujetos extranjeros por parte de un sistema judicial nacional en su conjunto. El concepto, por lo tanto, implica un deber de ‘crear y mantener un sistema de justicia que garantice que el trato injusto hacia los extranjeros no ocurra o bien sea subsanado”); *Sr. Franck Charles Arif c. República de Moldavia*, Caso CIADI N.º ARB/11/23, Laudo (8 de abril de 2013), ¶ 345 (CL-0126) (“En un reclamo de denegación de justicia resulta relevante la conducta de todo el sistema judicial”); *Liman Caspian Oil BV y NCL Dutch Investment BV c. República de Kazajistán*, Caso CIADI N.º ARB/07/14, Fragmentos del Laudo (22 de junio de 2010), ¶ 279 (RL-0196) (“[L]a conclusión del Tribunal es que solo puede declararse responsable a la Demandada por denegación de justicia si los Demandantes logran probar que el sistema judicial falló radicalmente”); *H&H Enterprises Investments, Inc. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N.º ARB/09/15, Laudo (6 de mayo de 2014), ¶ 404 (RL-0024); *Agility c. Iraq*, ¶ 216 (RL-0377)

¹¹¹⁸ *Ver* Memorial de los Demandantes, ¶ 268.

¹¹¹⁹ *Ver* Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 300-302.

¹¹²⁰ *Lion Mexico Consolidated L.P. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF) / 15/2, Laudo (20 de septiembre de 2021), ¶¶ 211-212, 217 (RL-0379).

¹¹²¹ *Ver* Réplica de los Demandantes, ¶ 524-527.

¹¹²² Réplica de los Demandantes, ¶ 527

¹¹²³ Réplica de los Demandantes, ¶ 527.

porque su “determinación en el proceso fue defectuosa”¹¹²⁴ Estos textos no apoyan la proposición de los Demandantes.

483. Contrario a la argumentación de los Demandantes, los textos arriba citados únicamente demuestran el reconocimiento del Profesor Paulsson a que una mala aplicación de la ley podría tener valor probatorio. Nada más. Ninguna cantidad de sutilezas sobre el texto del Prof. Paulsson pueden ocultar su postura inequívoca de que una decisión errónea, no importando que tan grave, no resulta en denegación de justicia.¹¹²⁵ La posición del Prof. Paulsson es consistente con la practica actual.¹¹²⁶ Aun y cuando algunos tribunales han reconocido que una decisión errónea – del tipo en donde “ningún juez competente de forma razonable la habría emitido” – puede servir como “elemento de prueba de una denegación de justicia”, ellos han enfatizado en que dicha decisión en sí misma no constituye denegación de justicia.¹¹²⁷ En palabras del ex juez de la CIJ Sir Gerald

¹¹²⁴ Réplica de los Demandantes, ¶ 527.

¹¹²⁵ JAN PAULSSON, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW 7, 98 (Cambridge University Press, 2005) (CL-0171). *Ver también id.*, 82 (“[E]n el derecho internacional moderno no hay lugar para una denegación sustantiva de justicia. Numerosos laudos internacionales demuestran que las sentencias nacionales más desconcertantes y poco convincentes se confirman sobre la base de que el derecho internacional no anula las determinaciones de los poderes judiciales nacionales con respecto a su propio derecho. Insistir en que existe una denegación sustantiva de justicia reservada para determinaciones “groseramente” poco convincentes es crear una distinción inviable”); *id.*, en 98 (“La denegación de justicia es siempre procesal. Puede haber casos extremos en los que la prueba del proceso fallido sea que el fondo de una decisión es tan atrozmente erróneo que ningún tribunal honesto o competente podría haberlo dictado. Tales casos sancionarían la falta del estado de proporcionar un sistema de justicia decente. No constituyen una revisión de apelación internacional de la ley nacional”).

¹¹²⁶ *Agility for Public Warehousing Company K.S.C. c. República de Irak*, Caso CIADI No. ARB/17/7, ¶ 212 (RL-0377); *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) c. República del Ecuador*, CPA Caso No. 2009-23, Segundo laudo parcial en la pista II (30 de agosto de 2018), ¶¶ 8.36-8.37 (CL-0177) (Una denegación de justicia implica el fracaso de un sistema nacional en su conjunto para satisfacer el estándar mínimo ... El Tribunal también ha tenido en cuenta, como lo confirman estos materiales legales, que la doctrina de la denegación de justicia aborda esencialmente la injusticia procesal y no (por sí misma) un error de hecho o de la legislación nacional aplicable, aunque ambos pueden anular igualmente los derechos sustantivos del demandante”); *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. c. República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo (29 de julio de 2008), ¶ 653 (CL-0147); *Ver también, Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB (AF)/98/3, Laudo (26 de junio de 2003), ¶ 441 (CL-0170) (Definiendo la denegación de justicia como “‘[m] anfiesta injusticia en el sentido de una falta de debido proceso que conduce a un resultado que ofende el sentido de la propiedad judicial”); *Mondev c. Estados Unidos*, Laudo, ¶ 136 (RL-0018); *Liman Caspian Oil BV y NCL Dutch Investment BV c. República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/07/14, Extractos del Laudo (22 de junio de 2010), ¶ 279 (RL-0196) ([E]l Tribunal concluye que la Demandada solo puede ser considerada responsable de la denegación de justicia si los Demandantes pueden probar que el sistema judicial falló fundamentalmente. Dicho incumplimiento debe considerarse establecido principalmente en casos de errores procesales importantes, como la falta de proceso.”); *Lion Mexico Consolidated c. Mexico*, Caso CIADI No. ARB(AF)/15/2 Laudo (20 de septiembre de 2021), ¶¶ 218-219 (RL-0379); *H&H Enterprises Investments, Inc. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/09/15, Laudo, (6 de mayo de 2014), ¶ (RL-0024) (“La doctrina de la denegación de justicia aborda esencialmente la injusticia procesal”).

¹¹²⁷ *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) c. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/07/21, (30 de julio de 2009), ¶ 94 (RL-0025) (sosteniendo que una decisión errónea, un tipo que 'ningún juez competente podría haber tomado razonablemente' podría proporcionar 'elementos de prueba de una denegación de justicia' porque “[s] ucho un hallazgo significaría que el estado no ha proporcionado ni siquiera una mínima adecuada sistema de justicia.”); *Liman Caspian Oil BV y NCL Dutch Investment BV c. República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/07/14, Extractos del laudo (22 de junio de 2010), ¶ 279 (RL-0196) ([T]he Tribunal concludes that Respondent can only be held liable for denial of justice if

Fitzmaurice:

Lo único que puede demostrar una denegación de justicia, en lo que a una sentencia respecta, es una respuesta afirmativa, debidamente respaldada por pruebas, a una pregunta del tenor de: “¿Incurrió el tribunal en una conducta sesgada, fraude, deshonestidad, falta de imparcialidad o un nivel grosero de incompetencia?” Si la respuesta a esta pregunta es negativa, entonces, en términos estrictos, resulta irrelevante cuán injusta haya podido ser la sentencia. La realidad es que la relevancia del grado de injusticia reside únicamente en su valor probatorio.¹¹²⁸

484. Los Demandantes no prestan atención al peso limitado que se otorga a los fallos errados. En cambio, los Demandantes usan la denegación de justicia como una excusa para apelar y buscar un remedio por algo que ellos presumen como una aplicación indebida del derecho guatemalteco. En esencia, el reclamo por denegación de justicia se centra en el argumento de la violación de la Ley de Amparo por las cortes de Guatemala, al admitir el amparo de CALAS y suspender la licencia de Progreso VII Derivada fuera de las vías previstas en la Ley de Minería.¹¹²⁹ Sin importar que intenten enmarcar las decisiones como “arbitrarias” o como una denegación de justicia, el reclamo de los Demandantes fracasa debido a que una aplicación incorrecta de la ley no es subsumible bajo ninguna de esas categorías.

485. Como se explicó en el Memorial de Contestación, el Capítulo 10 del DR-CAFTA no faculta a los tribunales con el poder para revisar y brindar resarcimiento por una decisión errada de una corte doméstica.¹¹³⁰ Incluso “las decisiones nacionales más impresionantes e inconvincentes son mantenidas bajo la premisa de que el derecho internacional no anula la determinación de los poderes judiciales nacionales con respecto a su propia ley.”¹¹³¹ Resulta irrelevante que el inversor haya sido “penalizado” o haya afrontado graves consecuencias debido al error;¹¹³² “el error judicial, sea cual fuere el resultado de la sentencia, no origina la responsabilidad

Claimants are able to prove that the court system fundamentally failed. Such failure is mainly to be held established in cases of major procedural errors such as lack of due process. The substantive outcome of a case can be relevant as an indication of lack of due process and thus can be considered as an element to prove denial of justice.”); *Agility for Public Warehousing Company K.S.C. c. República de Irak*, Caso CIADI No. ARB/17/7, ¶ 213 (RL-0377).

¹¹²⁸ G.G. Fitzmaurice, "The Meaning of the Term 'Denial of Justice'" (1932) 13 *British Yearbook of International Law* 93 pp. 112-113 (RL-0282).

¹¹²⁹ *Ver* Memorial de los Demandantes, ¶ 298.

¹¹³⁰ *Mondev c. USA*, Laudo, ¶127 (RL-0018); *Azinian c. México*, Laudo, ¶99 (CL-0144); JAN PAULSSON, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW 82 (Cambridge Univ. Press 2005) (CL-0171); *Ver también*, Zachary Douglas, *International Responsibility for Domestic Adjudication: Denial of Justice Deconstructed*, 63 *Int'l & Comp. L.Q.*, p. 877 (RL-0191) (“Una determinación autorizada de un reclamo de derecho o acusación de culpa por parte de un órgano judicial nacional no puede ser perturbada por una corte o tribunal internacional simplemente sobre la base de que ese órgano judicial nacional disponía de un conjunto de razones más racionales.”); *Loewen c. EE.UU.*, Caso CIADI No. ARB (AF) / 98/3, Laudo (26 de junio de 2003), ¶ 242 (CL-0170); *Bilcon c. Canadá*, Laudo (17 de marzo de 2015) ¶ 437 (CL-0088).

¹¹³¹ JAN PAULSSON, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW (Cambridge University Press, 2005), p.82 (CL-0171)

¹¹³² Memorial de los Demandantes, ¶ 538.

internacional del Estado.”¹¹³³ Tampoco la aplicación retroactiva de una nueva ley ni la aplicación indebida de una ley procesal cambian este principio.

ii. Aplicación retroactiva de nuevas leyes o reinterpretación de leyes existentes no constituye una denegación de justicia

486. Los Demandantes alegan que las cortes de Guatemala cometieron una denegación de justicia al suspender la licencia de explotación fuera de las causales previstas en la Ley de Minería.¹¹³⁴ Argumentan que la “decisión fue una aplicación retroactiva de una nueva ley.”¹¹³⁵ La pretensión no tiene mérito. Como cualquier aplicación incorrecta de la ley, una aplicación retroactiva errada de una nueva ley no constituye una denegación de justicia.

487. Un reclamo similar se planteó y fue desestimado en el caso *Mondev c. EE. UU.* Allí, el demandante formuló un reclamo de denegación de justicia, alegando que la decisión de la corte suprema de justicia de desestimar los reclamos contractuales de su subsidiaria “era arbitraria y profundamente injusta”.¹¹³⁶ Al igual que los Demandantes, Mondev planteó que la decisión era arbitraria porque la corte había aplicado una nueva norma de forma retroactiva, entre otros motivos.¹¹³⁷ El tribunal no fue “impresionado por el argumento de la “nueva ley”.¹¹³⁸ Señaló que tales medidas no constituyen denegación de justicia, indicando que “normalmente corresponde a los tribunales locales determinar si procede, y en qué circunstancias, aplicar en forma retroactiva una nueva norma jurisprudencial”.¹¹³⁹

488. Otros tribunales también se han opuesto a decretar la existencia de una violación al trato justo y equitativo incluso si la decisión del Estado sobre un determinado asunto difiere radicalmente de las normas y las prácticas vigentes en ese entonces. El caso *Glamis c. EE. UU.* es un ejemplo de ello. Allí, el demandante adujo que las decisiones del Gobierno federal de EE. UU. de rechazar su plan operativo “eran arbitrarias y contrarias a las normas y las prácticas aplicadas anteriormente”.¹¹⁴⁰ El tribunal estuvo de acuerdo en que la decisión “modifica, de un modo que podría considerarse drástico, las normas o interpretaciones jurídicas aplicadas anteriormente y sobre las cuales un inversor había formado sus razonables expectativas con base en sus inversiones”.¹¹⁴¹ Sin embargo, el tribunal concluyó que la decisión no era arbitraria por cuanto “no exhibía una manifiesta falta de motivación”, siendo que la decisión de 19 páginas estaba basada en un análisis de hecho y

¹¹³³ F.V. García Amador (Relator especial), Tercer Informe de Responsabilidad Internacional, A/CN.4/111, p.71 (RL-0380)

¹¹³⁴ Ver Memorial de los Demandantes, ¶ 298; Réplica de los Demandantes, ¶¶ 532-536.

¹¹³⁵ Ver Memorial de los Demandantes, ¶ 298.

¹¹³⁶ *Mondev c. Estados Unidos*, Laudo, ¶ 131 (RL-0018).

¹¹³⁷ *Mondev c. Estados Unidos*, Laudo, ¶ 137 (RL-0018).

¹¹³⁸ *Mondev c. Estados Unidos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo, ¶ 133 (RL-0018).

¹¹³⁹ *Mondev c. Estados Unidos*, Laudo, ¶ 137 (RL-0018).

¹¹⁴⁰ *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, TLCAN, Laudo (8 de junio de 2009) ¶ 631(RL-0041).

¹¹⁴¹ *Glamis Gold c. EE.UU.*, Laudo, ¶¶ 760-761(RL-0041).

derecho.¹¹⁴²

489. Las autoridades legales citadas por los Demandantes para argumentar lo contrario no les asisten. Citando el caso *Cairn c. India*, los Demandantes realizan dos planteos. En *primer lugar*, que el principio de seguridad jurídica “debe guiar a este Tribunal en la determinación de la obligación de Guatemala de abstenerse de denegar justicia, resultante del Artículo 10.5, inciso (1), del DR-CAFTA” puesto que son principios generales del derecho.¹¹⁴³ En *segundo lugar*, que “[e]l principio de irretroactividad...se trata de ‘uno de los elementos esenciales del principio de seguridad jurídica y atenta contra la garantía de previsibilidad del sistema jurídico’”.¹¹⁴⁴

490. La invocación de los principios generales del derecho por parte de los Demandantes es improcedente. Solo es relevante el estándar de trato mínimo del derecho consuetudinario internacional para efectos de determinar la obligación de no denegar justicia en cabeza de Guatemala. Resulta irrelevante que el concepto de seguridad jurídica haya sido reconocido como un principio general del derecho.

491. Si bien en el caso *Cairn* el tribunal llegó a concluir que los principios de “seguridad/estabilidad/predictibilidad jurídica” forman parte del trato justo y equitativo, tal determinación no reviste ninguna importancia para el presente caso.¹¹⁴⁵ En *Cairn*, el tribunal entendió que el trato justo y equitativo en cuestión era “un estándar autónomo” que “en términos generales, no produce un *renvoi* al ETM [estándar de trato mínimo]”.¹¹⁴⁶ A diferencia de los tribunales que han lidiado con el estándar autónomo del trato justo y equitativo, los tribunales constituidos en virtud del TLCAN han rechazado la idea de que el estándar mínimo de trato comprenda la obligación de proporcionar un entorno jurídico estable y predecible.¹¹⁴⁷ El caso *Cairn* también resulta inconducente por otro motivo. Allí, el tribunal no consideró, como plantean los Demandantes en este proceso, que la aplicación retroactiva de normas nuevas constituya una denegación de justicia. De hecho, en ese caso, la parte demandante jamás aludió a una denegación de justicia.

492. La invocación del caso *Bilcon c. Canadá* por parte de los Demandantes resulta improcedente. Los Demandantes pretenden dar a entender que el tribunal de *Bilcon* concluyó que se había vulnerado el trato justo y equitativo porque el Estado había aplicado una nueva norma, pero la realidad del caso es muy diferente.¹¹⁴⁸ En *Bilcon*, el acto en cuestión era una recomendación dictada por un Grupo Mixto de Evaluación (“GME”),

¹¹⁴² *Glamis Gold c. EE.UU.*, Laudo, ¶¶ 763-764 (RL-0041).

¹¹⁴³ Réplica de los Demandantes, ¶ 533.

¹¹⁴⁴ Réplica de los Demandantes, ¶534.

¹¹⁴⁵ *Cairn c. India*, Laudo, ¶1740 (CL-0335).

¹¹⁴⁶ *Cairn c. India*, Laudo, ¶1704 (CL-0335).

¹¹⁴⁷ *Cargill c. México*, Laudo, ¶¶ 243, 249,290 (CL-0197).

¹¹⁴⁸ Réplica de los Demandantes, ¶ 537.

donde se aconsejaba al Gobierno de Canadá que rechazase el proyecto del demandante por ser incompatible con los “valores fundamentales de la sociedad”.¹¹⁴⁹ El tribunal sostuvo que la decisión era arbitraria por cuanto el concepto de “valores fundamentales de la comunidad” era una “creación del [GME], establecida sin ninguna autoridad legal y sin una notificación adecuada a Bilcon, que no representaba un ejercicio pleno del mandato previsto en la normativa aplicable, sino un estándar de evaluación nuevo”.¹¹⁵⁰

493. La decisión del tribunal se basó mayormente en la falta de notificación adecuada. Señaló que el estándar en cuestión, que había tenido una gran incidencia en la conclusión a la que llegó el GME, “no aparec[ía] mencionado en ninguna ley o regulación”.¹¹⁵¹ En consecuencia “Bilcon se había visto privado de poder conocer con razonable antelación los ‘valores fundamentales de la comunidad’”.¹¹⁵² Además de encontrarse imposibilitado de inferir el estándar en cuestión de las fuentes legales existentes, Bilcon no había tenido “oportunidad de solicitar aclaraciones ni responder ante” la aplicación del estándar por parte del GME.¹¹⁵³ El testigo del demandante manifestó que, durante el proceso de revisión, ni a él ni a los peritos de Bilcon les había sido solicitado que “abordaran el concepto de ‘valores fundamentales’”.¹¹⁵⁴ De hecho, señaló que “en todo el proceso, jamás escuch[ó] mencionar el término, ni siquiera durante las audiencias”.¹¹⁵⁵ Frente a estos hechos, el tribunal concluyó que Bilcon “se vio privado de una oportunidad adecuada de conocer las circunstancias del caso que debía enfrentar. No tenía motivos, ni en virtud de la ley ni de ninguna notificación formulada por JRP, para prever que ‘los valores fundamentales de la comunidad’ serían un factor preponderante”.¹¹⁵⁶

494. En este caso, los hechos son radicalmente diferentes. Los Demandantes no alegan, ni pueden alegar, que no contaron con una notificación adecuada del derecho a la consulta del pueblo indígena, que se encuentra establecido de forma clara en varios instrumentos ratificados por Guatemala y, por lo tanto, incorporado en la Constitución.¹¹⁵⁷ A diferencia de lo ocurrido en el caso *Bilcon*, el derecho a la consulta fue un aspecto central del amparo presentado por CALAS, por lo cual Exmingua era plenamente consciente de ese derecho y tuvo la oportunidad de abordar su aplicación desde la Corte Suprema hasta la Corte de Constitucionalidad. Por último, en el presente caso, la autoridad en cuestión es el poder judicial nacional, no un órgano administrativo. Como se explicó en el Memorial de Contestación, los poderes judiciales nacionales gozan de un considerable grado de deferencia: “una cosa es ocuparse de los actos no reparados de la policía local y otra es cuestionar las

¹¹⁴⁹ *Bilcon c. Canadá*, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, ¶¶ 502-508, 534-537, 591 (CL-0088).

¹¹⁵⁰ *Bilcon c. Canadá*, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, ¶ 591 (CL-0088).

¹¹⁵¹ *Bilcon c. Canadá*, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, ¶¶ 502,505 (CL-0088).

¹¹⁵² *Bilcon c. Canadá*, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, ¶ 534 (CL-0088).

¹¹⁵³ *Bilcon c. Canadá*, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, ¶ 534 (CL-0088).

¹¹⁵⁴ *Bilcon c. Canadá*, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, ¶ 536 (CL-0088).

¹¹⁵⁵ *Bilcon c. Canadá*, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, ¶ 537 (CL-0088).

¹¹⁵⁶ *Bilcon c. Canadá*, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, ¶ 590 (CL-0088).

¹¹⁵⁷ Ver, *infra*, sección V.C.4.

decisiones razonadas de los más altos tribunales de un Estado”.¹¹⁵⁸

495. Finalmente, los Demandantes aseguran que el profesor Paulsson comparte la visión de que “la creación de nuevas leyes ‘creadas por los tribunales’ o ‘creadas por la jurisprudencia’ puede equivaler a una denegación de justicia”.¹¹⁵⁹ En vista del panorama completo, el Tribunal podrá apreciar por qué la postura del profesor Paulsson no abona los argumentos de los Demandantes. Contrario a lo insinuado por los Demandantes, la posición del profesor Paulsson es que las normas “creadas por los tribunales” deben ser vistas “con el mayor nivel de escepticismo” si “están orientadas a un destinatario específico.”¹¹⁶⁰ En ausencia de esa mala intención, la aplicación retroactiva de una nueva ley por el poder judicial nacional, no constituye una denegación de justicia.

iii. Aplicación indebida de normas procesales no constituye denegación de justicia

496. Por las mismas razones anteriormente expuestas, tanto los tribunales como los académicos coinciden en que la aplicación errada de normas procesales no constituye una denegación de justicia. Una vez más, el caso *Mondev c. EE. UU.* resulta revelador. En ese caso, el demandante argumentó que la “aplicación de normas procesales locales” podía violar el estándar de trato justo y equitativo.¹¹⁶¹ Según señaló el tribunal, acoger el planteo del demandante equivaldría a convertir “los tribunales constituidos en virtud del TLCAN... en un tribunal de apelaciones”.¹¹⁶² Otros tribunales también han llegado a la misma conclusión, afirmando que no es función del tribunal “subsanan errores adjetivos o sustantivos... cometidos por... tribunales locales”.¹¹⁶³

497. Sin importar como los Demandantes enmarquen las decisiones de las cortes —sea aplicación retroactiva o

¹¹⁵⁸ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 283, donde se cita *Mondev c. Estados Unidos*, Laudo, ¶ 126 (RL-0018). *Ver también*, Chatten (“es una cuestión de la mayor delicadeza política e internacional que un país desconozca la decisión judicial de un tribunal de otro país.”) *Infinito Gold Ltd. c. Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/14/5, Laudo, (3 de junio de 2021), ¶ 357 (RL-0397) (agreeing with Costa Rica and Canada that ‘claims of arbitrariness or unfairness in the context of judicial decisions must be viewed through the lens of denial of justice.’)

¹¹⁵⁹ Réplica de los Demandantes, ¶ 534

¹¹⁶⁰ JAN PAULSSON, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW, (Cambridge University Press, 2005), pp 199-200 (CL-0171)

¹¹⁶¹ *Mondev c. EE. UU.*, Caso CIADI No. ARB (AF) / 99/2, Laudo, ¶ 136 (RL-0018).

¹¹⁶² *Mondev c. EE. UU.*, Caso CIADI No. ARB (AF) / 99/2, Laudo, ¶ 136 (RL-0018).

¹¹⁶³ *H&H c. Egipto*, ¶ 400 (RL-0024) (Con respecto al planteo de denegación de justicia y denegación de medios efectivos formulado por el Demandante, el Tribunal señala que no es su función subsanan errores adjetivos o sustantivos que pudieran haber sido cometidos por los tribunales locales de Egipto. Como explica Jan Paulsson en su libro *Denial of Justice in International Law* 42, la obligación internacional de los Estados no es crear un sistema de justicia perfecto, sino uno donde los errores graves se eviten o se subsanen.); *Bridgestone Licensing Services, Inc. y Bridgestone Americas, Inc. c. República de Panamá*, Caso CIADI N.º ARB/16/34, Laudo, 14 de agosto de 2020, ¶ 409 (RL-0381) (“Con respecto a esta disputa, lo que importa no es si la Corte Suprema ignoró ciertos requisitos procesales, sino la cuestión de si, en caso de haberlo hecho, esto favorece la postura de los Demandantes de que hubo una denegación de justicia conforme al derecho internacional. ¿Favorecen la tesis de que, analizada en su conjunto, la decisión a la que arribó la Corte es de tales características que ningún tribunal honesto y competente la habría dictado?”); *RosInvest c. Rusia*, ¶ 275 (CL-0053) (donde se sostiene que los errores adjetivos o sustantivos que puedan haber sido cometidos en el ámbito interno por los tribunales locales” no dan lugar a una denegación de justicia.)

aplicación indebida del derecho sustantivo o adjetivo de Guatemala— existe un consenso en cuanto a que dicho error no puede constituir una denegación de justicia. El motivo es claro. Si se aceptara lo planteado por los Demandantes, ello abriría una caja de Pandora a través de la cual los inversores que estuvieran insatisfechos con la aplicación del derecho realizada por los tribunales locales apelarían la decisión ante tribunales internacionales, siendo este un derecho que el DR-CAFTA no contempla para los inversionistas.

2) Los Demandantes no han demostrado que el trato justo y equitativo haya evolucionado de tal forma que incluya las obligaciones supuestamente incumplidas por Guatemala

- a. *Los Demandantes no han demostrado que el trato justo y equitativo pueda verse vulnerado por un trato arbitrario ni tampoco han negado que el derecho internacional define el término ‘arbitrario’ de manera estricta*

498. Basándose únicamente en el criterio adoptado en *Waste Management II* y su ratificación en *Merrill* y *Bilcon*, los Demandantes insisten en que el trato justo y equitativo obliga a los Estados a abstenerse de incurrir en conductas arbitrarias.¹¹⁶⁴ Considerando que ninguno de los tribunales en estos dos casos basó sus conclusiones en la práctica estatal, este Tribunal debería desestimar el reclamo.¹¹⁶⁵ *Merrill* también resulta inconducente por otros motivos. Aunque los Demandantes critican a Guatemala por ignorar la decisión adoptada en *Merrill*, donde el tribunal concluyó que “la prohibición de arbitrariedad [es], sin duda, una expresión de...principios generales”,¹¹⁶⁶ este Tribunal seguramente sabrá apreciar que tal determinación no tiene ningún valor probatorio. El punto en discusión el presente caso, es si las obligaciones supuestamente incumplidas por Guatemala forman parte del derecho internacional consuetudinario del estándar de trato mínimo; no si constituyen principios generales del derecho.

499. Incluso suponiendo, a modo de hipótesis, que el estándar de trato mínimo haya evolucionado de forma tal que incluya la obligación de abstenerse de incurrir en medidas arbitrarias, los Demandantes no han acreditado un quebrantamiento de dicha obligación. El umbral para acreditar la existencia de arbitrariedad que genere responsabilidad internacional es elevado.¹¹⁶⁷ Si bien los Demandantes no definen el término “arbitrario”, tampoco ponen en discusión que la arbitrariedad—según la definición establecida en *ELSI* y avalada por numerosos tribunales— “es un desprecio deliberado del debido proceso legal, un acto que impacta, o al menos sorprende, un sentido de propiedad jurídica”.¹¹⁶⁸ Ni la aplicación retroactiva de una nueva ley ni “errores

¹¹⁶⁴ Réplica de los Demandantes, ¶ 472

¹¹⁶⁵ *Ver, infra, sección* (“los laudos internacionales no son derecho internacional consuetudinario”)

¹¹⁶⁶ Réplica de los Demandantes, ¶ 472, donde se cita *Merrill c. Canadá*, Laudo (31 de marzo de 2010), ¶ 187 (CL-0201).

¹¹⁶⁷ *Ver, en general*, Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 339-344.

¹¹⁶⁸ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 339, donde se cita *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos de América c. Italia)*, C.I.J. Informe, 1989, p. 15, Sentencia (20 de julio de 1989), ¶ 128 (RL-0199); Jacob Stone, Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard, and the International Law of Investment, *Leiden Journal of International Law*

evidentes en el seguimiento de los procedimientos” son subsumibles en los supuestos anteriores.¹¹⁶⁹

500. Debido a la estricta definición del término en el derecho internacional, la cantidad de “casos en que la conducta de un Estado ha sido calificada como ‘arbitraria’ es drásticamente inferior”.¹¹⁷⁰

501. Por mucho que los Demandantes intenten dar un encuadre favorable al caso *GAMI c. México*, lo cierto es que este resulta perjudicial para su reclamo. Aunque los Demandantes y Guatemala coinciden en que el tribunal de *GAMI*, rechazó el reclamo por trazo justo y equitativo, las Partes interpretan los motivos del rechazo de manera diferente. Los Demandantes alegan que el tribunal desestimó el reclamo porque “*GAMI* no pudo demostrar que [la] aplicación incorrecta [por parte del Gobierno de su propio derecho] ...fuera ‘directamente atribuible al Gobierno ni que haya causado directamente los daños alegados por *GAMI*’”.¹¹⁷¹ Seguidamente, trazan una distinción entre *GAMI* y el presente caso, señalando que, aquí, “Guatemala es la única responsable por la suspensión de la licencia de explotación de Exmingua por parte del MEM [como así también por] la incapacidad de Guatemala para promulgar la legislación de aplicación del Convenio N.º 169 de la OIT”.¹¹⁷²

502. Guatemala discrepa. El reclamo de *GAMI* tampoco prosperó porque *GAMI* no demostró que la omisión por parte del Gobierno de implementar el Programa Azucarero de México hubiese sido arbitraria.¹¹⁷³ La lectura integral del caso respalda esta conclusión de Guatemala. Si bien el tribunal estuvo de acuerdo en que “*GAMI* ha dado claros ejemplos de incumplimiento en la aplicación de importantes elementos de las reglamentaciones mexicanas”,¹¹⁷⁴ no consideró que esta acción fuera arbitraria, ya que *GAMI* no había logrado probar “en lo más mínimo que haya existido una ‘repudiación directa e injustificada’ de las normas pertinentes”.¹¹⁷⁵ Lo

(2012), pág. 88 (RL-0270) (la definición formulada en *ELSI* ha sido reconocida por muchos como “el precedente que marca un antes y un después en la definición de arbitrariedad en el derecho internacional”.); *Thunderbird c. Mexico*, Laudo Arbitral (26 de enero de 2006), ¶194 (CL-0198); *Glamis Gold c. EE.UU.*, Laudo, ¶ 22 (RL-0041); *Mondev c. Estados Unidos*, Laudo, ¶ 127 (RL-0018). Ver también *Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina y Mobil Argentina S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/04/16, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 10 de abril de 2013, Laudo, ¶ 873 (CL-0365)

¹¹⁶⁹ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 340; *Bilcon c. Canadá*, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, ¶ 437 (CL-0088). *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB / 10/7, Laudo (8 de julio de 2016) ¶ 390 (“De acuerdo con el estándar de derecho internacional establecido por la Sala de la CIJ en el caso *ELSI*, la “arbitrariedad” se define como “un desprecio deliberado del debido proceso legal, un acto que choca, o al menos sorprende, un sentido de propiedad jurídica.” Como señaló la Demandada, las decisiones de los tribunales de inversión suelen referirse a la sentencia *ELSI* como la definición estándar de “arbitrariedad” según el derecho internacional.”) (CL-0375).

¹¹⁷⁰ Jacob Stone, *Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard, and the International Law of Investment*, Leiden Journal of International Law (2012), pág. 79 (RL-0270).

¹¹⁷¹ Réplica de los Demandantes, ¶ 487.

¹¹⁷² Réplica de los Demandantes, ¶ 487.

¹¹⁷³ *GAMI Investments, Inc. c. Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos*, (“*GAMI c. Mexico*”) TLCAN, CNUDMI, Laudo Final (15 de noviembre de 2004) ¶¶ 103-104 (CL-0036).

¹¹⁷⁴ *GAMI c. Mexico*, Laudo, ¶ 103 (CL-0036).

¹¹⁷⁵ *GAMI c. Mexico*, Laudo, ¶ 104 (CL-0036).

mismo ocurre aquí. Más allá de asegurar que la suspensión de la explotación por parte del MEM es ilegal (lo cual, como se explica más abajo, no es cierto), los Demandantes no acreditaron que la medida fuera arbitraria.

503. El caso *Waste Management II* también concluyó con el rechazo del reclamo de arbitrariedad del demandante.¹¹⁷⁶ En dicha contienda, la controversia se originó a partir de un contrato de concesión de manejo de residuos entre la subsidiaria del demandante y el ayuntamiento de Acapulco.¹¹⁷⁷ Luego de que este último se negara a pagar e incumpliera con otras disposiciones del contrato, el demandante inició un procedimiento arbitral contra México alegando, entre otros puntos, que la ciudad había actuado de un modo “totalmente arbitrario” y “notoriamente injusto”.¹¹⁷⁸ El tribunal rechazó el reclamo. Si bien aceptó que el ayuntamiento había incumplido “sus obligaciones contractuales”,¹¹⁷⁹ sostuvo que la conducta de aquel no “[era] un desconocimiento manifiesto e injustificado de la transacción” porque la ciudad no podía ni siquiera “pagar los sueldos de su propia nómina” debido a las crisis financieras de ese entonces.¹¹⁸⁰

504. La falta de pruebas de que la conducta del ayuntamiento “[hubiese] estado motivada por prejuicios sectoriales o locales” también contribuyó a su decisión.¹¹⁸¹ Según el tribunal, el ayuntamiento, por el contrario, había tomado numerosas medidas para proteger los intereses del demandante.¹¹⁸² En particular, el ayuntamiento “[p]resentó la defensa correspondiente en procedimientos iniciados en su contra por residentes locales que impugnaban el Título de Concesión”.¹¹⁸³ Su incumplimiento del contrato obedeció, en parte, a “sentencias interlocutorias o definitivas dictadas en contra del Ayuntamiento”.¹¹⁸⁴ Como se explicará más detalladamente a continuación, la misma conclusión puede extraerse en el presente caso. Actuando de buena fe, el MEM presentó una defensa contra la acción de amparo iniciada por CALAS para suspender la licencia de explotación de Progreso VII.¹¹⁸⁵ Sin embargo, luego de que la Corte Suprema rechazara su objeción, el MEM no tuvo más alternativa que acatar la decisión.¹¹⁸⁶

505. Dado que los Demandantes no han demostrado que el trato justo y equitativo haya evolucionado de forma tal que comprenda una protección contra medidas arbitrarias, la aseveración de que Guatemala violó su obligación

¹¹⁷⁶ *Waste Management c. México*, Laudo, ¶ 140 (CL-0022).

¹¹⁷⁷ *Waste Management c. México*, Laudo ¶ 40 (CL-0022).

¹¹⁷⁸ *Waste Management c. México*, Laudo ¶ 115 (CL-0022).

¹¹⁷⁹ *Waste Management c. México*, Laudo, ¶ 109 (CL-0022).

¹¹⁸⁰ *Waste Management c. México*, Laudo, ¶ 115 (CL-0022).

¹¹⁸¹ *Waste Management c. México*, Laudo, ¶ 115 (CL-0022).

¹¹⁸² *Waste Management c. México*, Laudo, ¶ 110 (CL-0022).

¹¹⁸³ *Waste Management c. México*, Laudo, ¶ 110 (CL-0022).

¹¹⁸⁴ *Waste Management c. Mexico*, Laudo, ¶ 111 (CL-0022).

¹¹⁸⁵ Ver Respuesta del MEM a la solicitud de amparo nuevo de CALAS (5 de septiembre de 2014), pp. 2-7 (C-0465); Corte Constitucional de Guatemala, Caso No. 1592-2014, Sentencia de amparo provisional (5 de mayo de 2016), p. 2 (C-0143).

¹¹⁸⁶ Ver sección V.C.4

de otorgar un trato justo y equitativo al tomar esas decisiones debería ser desestimada.

b. *No hay pruebas que demuestren que el trato justo y equitativo comprenda la obligación de actuar de buena fe*

506. Los Demandantes siguen insistiendo en que el trato justo y equitativo incluye una obligación autónoma de actuar de buena fe, pero omiten referirse a los contrargumentos de Guatemala razón por la cual su pretensión debe fracasar.¹¹⁸⁷

507. Como se explicó en el Memorial de Contestación, no hay pruebas de una práctica estatal “general y consistente” aceptando la obligación de actuar de buena fe.¹¹⁸⁸ La ausencia de pruebas ya sea en el Memorial o la Réplica es comprensible. Son numerosos los Estados y tribunales que se han manifestado en contra de una interpretación expansiva del estándar mínimo de trato como esta.¹¹⁸⁹ En sintonía con su “postura consistente y de larga data”, los Estados Unidos han afirmado que “un demandante no puede justificarse en el principio de buena fe para fundamentar un reclamo, a menos que exista una obligación específica en el tratado, y el DR-CAFTA no contiene tal obligación.”¹¹⁹⁰

508. Las posturas de los Estados parte son confirmadas por numerosos juristas, tribunales.¹¹⁹¹ En *Glamis c. EE. UU.*, el demandante, invocando laudos arbitrales, alegó que el trato justo y equitativo, entre otros aspectos, incluía la obligación de “actuar de buena fe”.¹¹⁹² El tribunal rechazó este argumento, señalando que los demandantes no habían demostrado un cambio en la costumbre.¹¹⁹³ En similar sentido, el tribunal del caso *ADF c. EE. UU.* concluyó que “el deber de buena fe es de escasa utilidad a la hora de determinar o asignar contenido a un estándar de trato justo y equitativo”.¹¹⁹⁴

509. De hecho “[n]ingún laudo emitido a favor de un demandante se basa únicamente en el principio de buena

¹¹⁸⁷ Ver Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 326-330

¹¹⁸⁸ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 326-330.

¹¹⁸⁹ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 326; Ver, infra, sección (“*Los EE. UU. afirma que la obligación de actuar en Buena fe no es un elemento del trato mínimo*”)

¹¹⁹⁰ Ver Escrito de los Estados Unidos, 2021, ¶ 25; Memorial de Contestación ¶ 326, n.p. 537.

¹¹⁹¹ Ionna Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in International Foreign Investment Law*, pág. 174 (RL-0382); Roland Kläger, *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, pág. 131 (RL-0383); Martins Paporinskis, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, págs. 243-245 (RL-0384); Kenneth J. Vandeveld, *A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment*, 43(1) N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 43 (2010) (RL-0385); OCDE, *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law 26* (Ensayos sobre inversión internacional, Ensayo No. 2004/3, 2004), pág.40 (RL-0386); Barnali Choudhury, *Evolution or Devolution? Defining Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, p. 316 (RL-0387); T. Weiler, *Good Faith and Regulatory Transparency: The Story of Metalclad c. Mexico, in International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, at 725 (RL-0388); Caso relativo a las acciones armadas fronterizas y transfronterizas (*Nicaragua c. Honduras*), Competencia y Admisibilidad, Sentencia, (20 de diciembre de 1988), Informes de la C.I.J. 1988, ¶ 105, 106; (Ensayos Nucleares, Informes de la CIJ 1974, pág. 105, 106) (RL-0216).

¹¹⁹² *Glamis Gold c. EE.UU.*, Laudo, ¶¶ 545, ¶ 605 (RL-0041).

¹¹⁹³ *Glamis Gold c. EE.UU.*, Laudo, ¶¶ 545, 605-606, 612 (RL-0041).

¹¹⁹⁴ *ADF Group Inc. c. EE. UU.*, Caso CIADI No. ARB (AF) / 16/3, Laudo (9 de enero de 2003), ¶ 191 (CL-0081).

fe”.¹¹⁹⁵ En el mismo orden de ideas, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (“OCDE”), tras estudiar diversos tipos de disposiciones sobre trato justo y equitativo, señaló que “[l]a buena fe parece ser considerada más como un principio básico subyacente a una obligación que como una obligación aparte exigible por los inversores en virtud del estándar de “trato justo y equitativo”.¹¹⁹⁶

510. Lo expuesto anteriormente echa claramente por tierra el argumento planteado por los Demandantes en este caso: el deber de actuar de buena fe ha sido avalado como una obligación en virtud del trato justo y equitativo por parte de “numerosos tribunales del DR-CAFTA, el TLCAN y otros tribunales y Estados”.¹¹⁹⁷ Dado que los Demandantes no han cumplido con su carga de acreditar que el trato justo y equitativo comprende una obligación autónoma de actuar de buena fe, corresponde desestimar su reclamo.

*c. Los Demandantes no han probado que el trato justo y equitativo **incluya la obligación de proteger las expectativas legítimas de un inversor ni que los Demandantes tuvieran esas expectativas***

511. Conscientes del obstáculo que implicaba demostrar los elementos de las expectativas legítimas, los Demandantes han abandonado su reclamo de expectativas legítimas.¹¹⁹⁸ Sin embargo, los Demandantes insisten en que las “expectativas legítimas de un inversor” son un componente del trato justo y equitativo.”¹¹⁹⁹ pero no han proporcionado pruebas de la práctica u *opinio juris* de los Estados que confirme su argumento.¹²⁰⁰ La mera falta de evidencia debería llevar al Tribunal a rechazar el alegato de los Demandantes, pero hay otra razón por la cual el argumento fracasa. Como se observó en el Memorial de Contestación y como se expone a continuación, hay consenso entre los Estados parte del DR-CAFTA en que la noción de las expectativas legítimas no forma parte del estándar de trato mínimo.¹²⁰¹

512. Además de no contar con el apoyo de los Estados Parte, el argumento de los Demandantes no cuenta con el aval de los casos registrados. Ninguno los casos NAFTA ni los de DR-CAFTA citados por los Demandantes describen las expectativas legítimas como una obligación independiente en virtud del trato justo y equitativo.¹²⁰² Por el contrario, los consideran “relevantes” o “un factor” para la determinación de la violación

¹¹⁹⁵ Kenneth J. Vandeveld, *A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment*, 43(1) N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 43 (2010) (RL-0385).

¹¹⁹⁶ OCDE, *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law* 26 (Ensayos sobre inversión internacional, documento No. 2004/3, 2004), pág. 40 (RL-0386).

¹¹⁹⁷ Réplica de los Demandantes, ¶ 462.

¹¹⁹⁸ Réplica de los Demandantes, ¶ 483.

¹¹⁹⁹ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 476, 483.

¹²⁰⁰ *Ver*, infra, V.C.3.c.ii.

¹²⁰¹ *Ver*, infra, V.C.3.d.

¹²⁰² *Ver* Memorial de Réplica de los Demandantes, ¶¶315-316, donde se cita a *Waste Management II*, ¶ 98 (CL-0022); *Bilcon*, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad (17 de marzo de 2015), ¶ 455 (CL-0242).

del trato justo y equitativo.¹²⁰³

513. En cualquier caso, los Demandantes no han establecido los elementos de las expectativas legítimas. Es universalmente reconocido que las expectativas legítimas sólo podrían presentarse a la luz de una “garantía definitiva, inequívoca y reiterada” a un inversor para “inducir una [su] inversión.”¹²⁰⁴ La expectativa de un inversor también debe ser objetiva. Según afirmaron varios tribunales, “los acuerdos bilaterales sobre inversiones no son pólizas de seguros contra malas decisiones de negocios.”¹²⁰⁵ Un estado receptor no puede ser considerado internacionalmente responsable por incumplir una expectativa que no cuenta con el respaldo de un proceso de diligencia debida.¹²⁰⁶ Antes de realizar una inversión en el extranjero, un inversor debe tener “conocimiento general de decisiones recientes del máximo tribunal del Estado receptor que interpreten las disposiciones del régimen regulatorio sobre el que descansaría el inversor.”¹²⁰⁷ Si el inversor espera “operar en una industria altamente sensible... un estudio de debida diligencia, que incluya los posibles impactos sobre derechos humanos, es una parte esencial de la ponderación del marco regulatorio de un estado receptor.”¹²⁰⁸

¹²⁰³ *Waste Management II*, ¶ 98 (CL-0022) (donde se consideran a las expectativas legítimas no como un componente del trato justo y equitativo sino como un factor “relevante” para determinar si la conducta de la demandada fue “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.”); *Bilcon*, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad (17 de marzo de 2015), ¶ 455 (CL-0242) (En congruencia con *Waste Management II*, el tribunal en *Bilcon c. Canada*, describió “expectativa razonable” como un “factor a tener en cuenta para evaluar si el estado receptor incumplió con el estándar mínimo de trato justo.”)

¹²⁰⁴ Ver Memorial de Contestación de Guatemala, ¶370, donde se cita a *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. c. Estados Unidos de América*, UNCITRAL, Laudo (12 de enero de 2011), ¶ 141 (RL-0155) (“La “conducta” de los Estados Unidos señalada por los Demandantes como aquella que generó expectativas razonables de inmunidad frente a las medidas MSA es el Tratado Jay y las leyes federales indias de los Estados Unidos. En general, las expectativas razonables o legítimas del tipo protegidas por el NAFTA son aquellas que surge de declaraciones o garantías meta efectuadas expresa o tácitamente por un estado parte.”); *Marvin Feldman c. Estados Unidos Mexicanos*, (también conocido como *Marvin Feldman c. México*), Laudo (16 de diciembre de 2002) ¶ 148-149 (16 de diciembre de 2002) (CL-0093) (el tribunal rechazó el reclamo de Feldman de expectativa legítima porque, a diferencia del caso *Metalclad c. Mexico*, la declaración no era “definitiva, inequívoca y reiterada”); *Glamis Gold c. EE.UU.*, Laudo, ¶620 (RL-0041); *White Industries Australia Limited c. República de la India*, UNCITRAL, Laudo Definitivo (30 de noviembre de 2011), ¶10.3.7 (RL-0198) (“Las observaciones alentadoras de funcionarios del gobierno no generan por sí expectativas legítimas. Debe existir una “afirmación inequívoca” o una “garantía definitiva, inequívoca y reiterada”).

¹²⁰⁵ *Waste Management II*, ¶ 114, donde se cita a *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, Caso CIADI N° ARB/97/7, Laudo (13 de noviembre de 2000), ¶ 64 (RL-0389); *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/8, Decisión del Tribunal sobre las Objeciones a la Jurisdicción (17 de julio de 2003), ¶ 29 (CL-0038).

¹²⁰⁶ *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, et al. c. Reino de España*, Caso CIADI N° ARB/15/1, Laudo, ¶ 268 (RL-0273) (“para que tal expectativa sea razonable, también debe surgir de un proceso riguroso de diligencia debida llevado a cabo por el inversor.”)

¹²⁰⁷ *SoEs c. España*, Laudo, ¶ 429 (RL-0241). Ver también, *Marion Unglaube c. República de Costa Rica*, Caso CIADI N° ARB/08/1, Laudo, 16 de mayo de 2012, ¶ 258 (RL-0258).

¹²⁰⁸ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB / 07/26, Laudo (8 de diciembre de 2016) (RL-0129). Véase también, el Convenio 169 de la OIT y las Preguntas y respuestas del sector privado para clientes de la CFI, marzo de 2007, p.1 (“Las empresas del sector privado deben ser conscientes de los diversos riesgos legales, de reputación y comerciales que pueden correr al implementar proyectos con impactos potenciales en los pueblos indígenas y tribales y, al mismo tiempo, de las oportunidades de formar asociaciones

514. Ninguna de las condiciones anteriores está presente en este caso. No existen pruebas de que Guatemala, con la esperanza de atraer inversiones, garantizara a los Demandantes que no se revocaría la licencia de explotación si se emitía sin el requisito de consulta previsto en los instrumentos internacionales, incluido el Convenio 169 de la OIT. Tampoco hay pruebas de que los Demandantes, antes de invertir, realizaran un proceso de diligencia debida para entender la dinámica legal, social, cultural e histórica de Guatemala.

515. En conclusión, el Tribunal debe concluir que los Demandantes no han cumplido con la carga de demostrar que el estándar mínimo de trato no ha evolucionado al punto de incluir las expectativas legítimas de un inversor. En todo caso, debería sostener que los elementos de las expectativas legítimas no existen en el caso que nos ocupa.

d. Los Demandantes no han definido la obligación de ofrecer un entorno jurídico comercial seguro y estable o de probar que el trato justo y equitativo incluye tal obligación

516. Si bien los Demandantes sostienen que la obligación de ofrecer un entorno jurídico comercial seguro y estable es parte del trato justo y equitativo, no hacen esfuerzo alguno por definir este estándar ni por demostrar que es un componente del trato justo y equitativo.¹²⁰⁹ Desde el principio, los Demandantes plantean que este estándar “tiene una estrecha conexión con esos [principios generales].”¹²¹⁰ Pero esto no dice mucho respecto de la obligación que efectivamente comprende.

517. Los Demandantes también omiten probar que el estándar mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario ha evolucionado al punto de incluir la obligación de ofrecer un entorno jurídico comercial estable y seguro. Como con el resto de los estándares, el argumento de los Demandantes no cuenta con el sustento de prueba alguna de práctica del Estado seguida en el sentido de una obligación legal. Por el contrario, los Demandantes se basan en tres casos, *Merrill & Ring*, *Tecmed*, *PSEG*, y el preámbulo del DR-CAFTA.¹²¹¹ Por los siguientes motivos, el Tribunal debe rechazar su reclamo.

518. *Primero*, a efectos de determinar el contenido del trato justo y equitativo en virtud del Artículo 10.5, sólo debe hacerse referencia al estándar mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario, y no a los principios del derecho.¹²¹² La fundamentación de los Demandantes en el caso *Merrill & Ring* es, por lo tanto, inapropiada. Los Demandantes citan a *Merrill & Ring* donde el tribunal observa que “la disponibilidad de un

con estos pueblos y lograr el desarrollo. beneficios para ellos”) (RL-0302); *LG&EE Energy Corp c. Argentina*, Decisión sobre responsabilidad, (3 de octubre de 2006), ¶ 130 (“Las expectativas justas del inversor no pueden considerar parámetros como el riesgo comercial o los patrones regulares de la industria.”) (CL-0161); *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil SA c. Ecuador*, Laudo, Caso CIADI No. ARB / 04/19, (18 de agosto de 2008), ¶ 340 (CL-0202).

¹²⁰⁹ Ver Memorial de los Demandantes, ¶ 209; Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 462, 475.

¹²¹⁰ Memorial de Réplica de los Demandantes, ¶ 475.

¹²¹¹ Memorial de Réplica de los Demandantes, ¶ 475.

¹²¹² Ver, *infra*, V.C.1.a.iii

entorno jurídico seguro tiene una estrecha conexión...con esos principios generales del derecho”, como la buena fe, pero esta afirmación no tiene significado alguno para la cuestión que nos ocupa.¹²¹³ Más allá de señalar la “estrecha conexión” entre otros principios generales del derecho y la noción de entorno jurídico seguro, el tribunal no sostuvo que ese era un principio general del derecho. La ley aplicable a efectos de determinar los contenidos del trato justo y equitativo es el derecho internacional consuetudinario, y no los principios generales del derecho.

519. *Segundo*, ni el preámbulo del Tratado ni los laudos arbitrales citados por los Demandantes prueban el derecho internacional consuetudinario —sólo la práctica de los Estados acompañadas de *opinio juris* pueden determinar la existencia y la evolución del derecho internacional consuetudinario.¹²¹⁴ Eludiendo esta regla, otros inversores han tratado sin éxito de probar la evolución del derecho internacional consuetudinario para incluir el tipo de obligación que aquí se alega, basándose en laudos arbitrales o en el preámbulo del tratado pertinente.¹²¹⁵ *Cargill c. México* es un caso en este punto.

520. En *Cargill*, el demandante alegó que el trato justo y equitativo del estándar mínimo de trato incluye la obligación de ofrecer un “entorno estable y previsible que no desvirtúe las expectativas razonables”¹²¹⁶ Como los Demandantes, *Cargill* argumentó que su reclamo estaba respaldado por el preámbulo del NAFTA que “establece la necesidad de asegurar un marco comercial previsible para la planeación de las actividades productivas y de la inversión”¹²¹⁷ y el argumento del tribunal en *Tecmed* de que “el trato justo y equitativo exige de las partes ‘brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversionista extranjero decidió realizar su inversión’”¹²¹⁸. Luego, la demandante alega que el demandado violó esta obligación cuando “modificó las reglas en las que se había basado la demandante para fundamentar sus legítimas expectativas y sus decisiones de inversión.”¹²¹⁹

521. El tribunal desestimó el reclamo.¹²²⁰ Observó que la decisión en *Tecmed*, que se basaba en una cláusula que “tiene significado autónomo,” no tiene relevancia a los efectos de determinar el contenido del trato justo y equitativo del estándar mínimo de trato.¹²²¹ Por una razón similar, el tribunal tampoco le dio importancia al

¹²¹³ *Merrill & Ring Forestry L. P. c. Canadá*, TLCAN, Caso CIADI No. UNCT / 07/1, Laudo, ¶ 187 (CL-0201).

¹²¹⁴ Ver sección ##

¹²¹⁵ *Cargill, Inc. c. México*, TLCAN, Caso CIADI No ARB (AF) / 05/2, Laudo (18 de septiembre de 2009), ¶ 290 (CL-0197); *Glamis Gold, Ltd. c. los Estados Unidos de América*, CNUDMI, TLCAN, Laudo (8 de junio de 2009), ¶ 571, 616 (RL-0041).

¹²¹⁶ *Cargill c. México*, Laudo, ¶ 243 (CL-0197).

¹²¹⁷ *Cargill c. México*, Laudo, ¶ 249 (CL-0197).

¹²¹⁸ *Cargill c. México*, Laudo, ¶ 249 (CL-0197).

¹²¹⁹ *Cargill c. México*, Laudo, ¶ 250 (CL-0197).

¹²²⁰ *Cargill c. México*, Laudo, ¶ 290 (CL-0197).

¹²²¹ *Cargill c. México*, Laudo, ¶ 290 (CL-0197).

texto citado del preámbulo del tratado.¹²²² Del mismo modo, otros inversores han intentado demostrar la inclusión del trato justo y equitativo y han fracasado también.¹²²³ Basándose en laudos arbitrales, la demandante en *Glamis* argumentó que “la estabilidad del marco legal y comercial es un elemento esencial o dominante del trato justo y equitativo...”¹²²⁴ Sin embargo, el tribunal rechazó el reclamo, limitando los fundamentos de la violación del trato justo y equitativo a actos que muestren “una grave denegación de justicia, una arbitrariedad manifiesta, una injusticia flagrante, una falta total de garantías procesales, una discriminación evidente o una falta manifiesta de motivos.”¹²²⁵

522. Finalmente, *PSEG* es ineficaz para el caso de los Demandantes. En *PSEG*, el tribunal sostuvo que el trato justo y equitativo incluye la obligación de “garantizar un entorno jurídico comercial estable y predecible.”¹²²⁶ Pero, como en *Tecmed*, el caso implica un estándar autónomo de trato justo y equitativo.¹²²⁷ Existen otros hechos que distinguen a *PSEG* de este caso. En *PSEG*, la decisión se basó, entre otras, en el “Memorando Técnico de los Estados Unidos sobre el TBI... [que] hacía referencia al trato justo y equitativo como estándar “que puede invocarse en un arbitraje para proteger las inversiones frente a los posibles caprichos de las leyes nacionales de la Parte receptora y sus gobiernos”.¹²²⁸ Aquí, por el contrario, no existe tal afirmación en los *travaux préparatoire*.

523. Como los Demandantes no han podido demostrar que el trato justo y equitativo previsto en el Artículo 10.5 incluye la obligación de brindar un entorno jurídico comercial estable y seguro, el Tribunal debe desestimar el reclamo. Incluso en el supuesto improbable que el Tribunal aceptara que el estándar es parte del trato justo y equitativo, el Tribunal debería desestimar el reclamo porque los Demandantes no han identificado lo que comprende tal obligación.

e. En ausencia de expectativas legítimas, la expectativa de seguridad jurídica o entorno legal seguro y estable no tiene relevancia.

¹²²² *Cargill c. México*, Laudo, ¶ 289 (CL-0197).

¹²²³ *Glamis Gold c. EE.UU.*, Laudo ¶ 571, 616 (RL-0041) (del mismo modo el demandante argumenta que la estabilidad del marco jurídico y comercial es un elemento esencial o dominante del trato justo y equitativo...”, citando diversos laudos arbitrales. El tribunal desestimó el reclamo, observando que para violar el estándar mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario codificado en el Artículo 1105 del NAFTA, un acto debe ser suficientemente grave e indignante -una grave denegación de justicia, una arbitrariedad manifiesta, una injusticia flagrante, una falta total de garantías procesales, una discriminación evidente o una falta manifiesta de motivos—, de manera que se incumplan los estándares internacionales aceptados y se configure una violación del Artículo 1105(1)).

¹²²⁴ *Glamis Gold c. EE.UU.*, Laudo, ¶ 570 (RL-0041).

¹²²⁵ *Glamis Gold c. EE.UU.*, Laudo, ¶ 571, 616 (RL-0041).

¹²²⁶ *PSEG Global Inc. y Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi c. República de Turquía*, Caso CIADI Nro. ARB/02/5, Laudo (19 de enero de 2007), ¶ 239-240 (CL-0371).

¹²²⁷ *PSEG c. Turquía*, Laudo, ¶ 222 (CL-0371).

¹²²⁸ *PSEG c. Turquía*, Laudo, ¶ 253 (CL-0371).

524. La imposibilidad de los Demandantes de establecer expectativas legítimas, que finalmente los llevaron a renunciar a su pretensión, resulta perjudicial para el resto del reclamo sobre la base de sus expectativas. Como el Profesor Douglas acertadamente observó “las obligaciones del tratado de inversión no protegen las expectativas que no cuentan con ningún tipo de confirmación por referencia a las leyes municipales del estado receptor o a los principios generales del sistema legal municipal”.¹²²⁹

525. Diversos tribunales han afirmado esta limitación.¹²³⁰ En *Glamis*, el demandante alegó que las decisiones del gobierno federal de los Estados Unidos, que rechazaban el plan de operaciones del demandante “eran arbitrarias y violaban el derecho y las prácticas previas.”¹²³¹ El tribunal acordó que la decisión en cuestión “modifica, de un modo que podría decirse dramático, las leyes previas o las interpretaciones legales previas sobre las que un inversor ha basado sus expectativas razonables respaldadas de inversión”¹²³² También se ha aceptado que la decisión “sorprende al Demandante.”¹²³³ Pero el tribunal sostuvo que esto, en ausencia de expectativas legítimas, no constituye una violación del trato justo y equitativo.¹²³⁴

526. El tribunal en *Grand River c. Estados Unidos* hizo la misma observación. En este caso, el demandante argumentó que tenía expectativas razonables de inmunidad de medidas del ACM [Acuerdo de Conciliación Marco] sobre la base del “Tratado Jay el derecho federal indio de los Estados Unidos.”¹²³⁵ El tribunal rechazó el reclamo, y señaló que “las expectativas ordinarias, razonables o legítimas del tipo de las protegidas por el NAFTA son aquellas que surgen de garantías o declaraciones meta efectuadas expresa o técnicamente por un estado parte.”¹²³⁶

527. Dado que los Demandantes no han establecido los elementos de las expectativas legítimas, su intento por basarse en los principios de seguridad jurídica y la noción de entorno jurídico seguro y estable deben rechazarse.

3) Los Estados Parte del DR-CAFTA apoyan la lectura que hace Guatemala del trato justo y equitativo del Artículo 10.5

¹²²⁹ ZACHARY DOUGLAS, *THE INTERNATIONAL LAW OF INVESTMENT CLAIMS*, 435 (RL-0007).

¹²³⁰ Ver, por ej., *Glamis Gold c. EE.UU.*, Laudo, ¶ 766 (RL-0041); *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. and others c. EE.UU.*, TLCAN, Laudo, CNUDMI (12 de enero de 2011), ¶ 141 (RL-0155).

¹²³¹ *Glamis Gold c. EE.UU.*, Laudo, ¶ 631 (RL-0041).

¹²³² *Glamis Gold c. EE.UU.*, Laudo ¶ 760 (RL-0041).

¹²³³ *Glamis Gold c. EE.UU.*, Laudo ¶ 759 (RL-0041).

¹²³⁴ *Glamis Gold c. EE.UU.*, Laudo ¶ 766 (RL-0041).

¹²³⁵ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. y otros c. Estados Unidos de América*, NAFTA, Laudo UNCITRAL (12 de enero de 2011) ¶ 141 (RL-0155).

¹²³⁶ *Id.*

a. *Existe consenso entre los Estados Parte de que la violación del trato justo y equitativo requiere mostrar una conducta indebida grave como explicó Guatemala.*

528. A la fecha, seis de los siete países DR-CAFTA han expresado su interpretación del trato justo y equitativo previsto en el Artículo 10.5 del DR-CAFTA.¹²³⁷ En el presente caso, los Estados Unidos, El Salvador, la República Dominicana, y Costa Rica formularon presentaciones de partes no contendientes ante este Tribunal, reiterando su larga tradición respecto al ámbito del trato justo y equitativo bajo el Artículo 10.5 del DR-CAFTA. Honduras ha realizado presentaciones similares respecto al Artículo 10.5 en otro caso.¹²³⁸

529. Estos Estados parte han hecho énfasis en que el trato justo y equitativo “establece un piso mínimo por debajo el cual no debe caer el trato a los inversores extranjeros”¹²³⁹. Así, “el umbral para que exista una violación es particularmente alto.”¹²⁴⁰ Asimismo, coinciden con el encuadre que da Guatemala al estándar de trato mínimo. Los Estados Unidos insisten en que “el derecho internacional consuetudinario se ha cristalizado estableciendo el estándar de trato mínimo sólo en unas pocas áreas,” como la “obligación de no denegar justicia.”¹²⁴¹ Mientras El Salvador, Costa Rica, la República Dominicana, y Honduras aceptan que, además de la denegación de justicia, la “arbitrariedad manifiesta” o “discriminación evidente”.¹²⁴²

530. Los Demandantes alegan que los Estados Unidos no apoyan la lectura que hacen Guatemala de que una medida arbitraria no podría resultar violatoria del Artículo 10.5.¹²⁴³ Esto es simplemente falso. En ausencia de una declaración en contrario, la conclusión correcta es que los Estados Unidos todavía mantienen su postura de larga data de que sólo las conductas indignantes como la arbitrariedad manifiesta podrían violar el trato

¹²³⁷ Ver Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 279; Escrito de parte no contendiente de EE. UU., ¶¶ 9-29; Escrito de parte no contendiente de El Salvador, ¶¶ 3-22; Escrito de la parte no contendiente de la República Dominicana; Escrito de parte no contendiente de Costa Rica, ¶¶ 19-33.

¹²³⁸ *TECO c. Guatemala*, Escrito de parte no contendiente de Honduras, ¶¶ 9-10 (RL-0186).

¹²³⁹ Presentaciones de los Estados Unidos, ¶ 11, donde cita a *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, TLCAN / CNUDMI, Primer Laudo Parcial ¶ 259 (13 de noviembre de 2000) (“*S.D. Myers* Primer Laudo Parcial”); ver también, *Glamis Gold c. EE.UU.*, Laudo (RL-0041) (“El estándar mínimo de trato del derecho consuetudinario internacional es sólo eso, un estándar mínimo. Tiene por fin servir de base, un piso absoluto, por debajo del cual la comunidad internacional no acepta una conducta”); Ver también, Escrito de Costa Rica, ¶ 23, donde cita a *26 Cairn c. India*, Laudo Definitivo, ¶ 1724; Escrito de El Salvador, pág. 7 (“sólo los niveles extremos de conducta del Estado quedan por debajo del estándar mínimo de trato.”)

¹²⁴⁰ Escrito de Costa Rica, ¶ 27; Escrito de El Salvador, pág. 7; Escrito de República Dominicana, ¶ 10.

¹²⁴¹ Escrito de los Estados Unidos, ¶ 12.

¹²⁴² **El Salvador**- ver Escrito de parte no contendiente de la República de El Salvador, ¶ 13; *RDC c. Guatemala*, Escrito de la República de El Salvador como Parte No Contendiente bajo el Artículo 10.20.2 del DR-CAFTA (1 de enero de 2012), ¶ 6 (RL-0190). Ver también, *Berkowitz c. República de Costa Rica*, Escrito de la República de El Salvador (17 de abril de 2015), ¶ 13 (RL-0044). ver Escrito de parte no contendiente de la República de Costa Rica, ¶ 28; *Aaron C. Berkowitz, Brett E. Berkowitz y Trevor B. Berkowitz c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. UNCT / 13/2, Memorial de Jurisdicción y Memorial de Contestación sobre fondo de la Demandada (15 de julio de 2014), ¶ 199 (RL-0157); *Aven c. Costa Rica*, Memorial de Contestación de Costa Rica (8 de abril de 2016), ¶ 564 (RL-0189). República Dominicana: ver Escrito de la República Dominicana como parte no contendiente, ¶ 9. *Honduras TECO c. Guatemala*, Escrito de la parte no contendiente de la República de Honduras (15 de noviembre de 2012), ¶¶ 9-10 (RL-0186).

¹²⁴³ Réplica de los Demandantes, ¶ 469.

justo y equitativo.¹²⁴⁴ Si algo más se puede extraer de su presentación, es que los Estados Unidos ahora han reducido el estándar de trato mínimo a la obligación de abstenerse de denegar justicia, brindar protección y seguridad plenas, y no negar la justificación ni expropiar inversiones.¹²⁴⁵

b. Los Estados Parte coinciden con la interpretación que hace Guatemala de la denegación de justicia

531. Debido a la naturaleza única de la adjudicación, a las medidas judiciales se les concede una deferencia más especial que a otros poderes del Estado. Estados Unidos coincide. Al igual que Guatemala, sostiene que “a los tribunales internos se les da una mayor presunción de regularidad que otras ramas del gobierno”¹²⁴⁶ Estados Unidos destaca que esta presunción surge del “principio de independencia judicial, la naturaleza en particular de la acción judicial, y la condición única del poder judicial tanto en los sistemas jurídicos internacionales como municipales.”¹²⁴⁷

532. Los Estados Unidos y República Dominicana rechazan la noción de una aplicación errada del derecho o , incluso, la desarrollo de una “nueva ley” hecha por el juez que se aparte de “jurisprudencia” anterior configura una denegación de justicia.¹²⁴⁸ Estados Unidos sostiene que cuando se trata de la aplicación de una ley nacional, los tribunales internacionales “deferirán” la interpretación de la ley a los tribunales internos.¹²⁴⁹ Los Estados parte insisten además, en que la denegación de justicia está limitada a violaciones del debido proceso. De acuerdo con los Estados Unidos una “denegación de justicia en el “sentido habitual” e histórico denota una “conducta indebida o inacción del poder judicial del gobierno” e implica “alguna violación de derechos en la administración de justicia o un hecho ilegal perpetrado por el abuso del proceso judicial.”¹²⁵⁰

533. Sin embargo, los Estados parte, no categorizan toda violación del debido proceso como una denegación de justicia. Tanto los Estados Unidos como la República Dominicana coinciden en que sólo las violaciones groseras del debido proceso por el sistema judicial nacional, en su conjunto, pueden constituir una denegación de justicia.¹²⁵¹

c. Los Estados Parte rechazan la interpretación del estándar de trato mínimo de los Demandantes

534. Ninguno de los Estados ha aceptado el argumento de que el trato justo y equitativo incluye las obligaciones

¹²⁴⁴ Escrito de los Estados Unidos, ¶¶ 12-13.

¹²⁴⁵ Escrito de los Estados Unidos, ¶ 20.

¹²⁴⁶ *Ibid.*

¹²⁴⁷ *Ibid.*

¹²⁴⁸ Escrito de los Estados Unidos, ¶19. *Ver también*, Escrito de la República Dominicana, ¶9,14.

¹²⁴⁹ Escrito de Estados Unidos como Parte No Contendiente, ¶ 20.

¹²⁵⁰ Escrito de EE. UU. ¶ 18.

¹²⁵¹ Escrito de EE. UU., ¶ 19; Escrito de la Rep. Dominicana, ¶ 14.

alegadas por los Demandantes, es decir, la obligación de actuar de buena fe, abstenerse de actuar arbitrariamente, ofrecer un entorno jurídico y comercial estable y seguro, y respetar las expectativas legítimas de un inversor.¹²⁵²

535. Como Guatemala, los Estados Parte insisten en que una parte que alega una modificación en el derecho internacional consuetudinario corre con la carga de probar *opinio juris* y prácticas del Estado generales y congruentes.¹²⁵³ Yendo un paso más adelante, los Estados Parte, aparte de Nicaragua, rechazan expresamente el argumento de que el trato justo y equitativo ha evolucionado hasta incluir la obligación de proteger expectativas legítimas.¹²⁵⁴ Además, los Estados Unidos objetan la noción de que las obligaciones de actuar de buena fe y evitar ejercer discriminación económica son parte del trato justo y equitativo.¹²⁵⁵ Cada postura se analiza, a su vez, más abajo.

i. Los Estados Parte concuerdan en que una parte que alega un cambio en el estándar de trato mínimo corre con la carga de probar dicho cambio, utilizando la metodología establecida en el Anexo 10-B

536. En consistencia con la práctica generalizado y con el Anexo 10-B, los Estados Parte concuerdan en que una parte que alegue un cambio en el estándar de trato mínimo corre exclusivamente con la carga de probar tal cambio.¹²⁵⁶ Como Guatemala, Estados Unidos sostiene que si el Demandante “no le ofrece al Tribunal pruebas de esa evolución, el Tribunal no es el lugar para asumir esa tarea.”¹²⁵⁷ En tal caso, el tribunal “debería sostener que el Demandante no invocó el estándar en particular.”¹²⁵⁸

537. Con respecto a la metodología prevista en el derecho internacional consuetudinario, los Estados Parte insisten en que la parte que alega la existencia de dicha norma, como se indica en el Anexo 10-B el cual prevé “(1) una práctica general y consistente de los Estados (2) seguida por ellos en el sentido de una obligación legal...”¹²⁵⁹ La República Dominicana exige una estricta aplicación del Anexo 10-B, invocando que, no hacerlo y adoptar

¹²⁵² Réplica, ¶462.

¹²⁵³ Escrito de Estados Unidos, ¶¶ 14-16; Escrito de El Salvador, ¶ 8; Costa Rica, ¶ 24; Escrito de Rep. Dominicana, ¶ 6.

¹²⁵⁴ Escrito de El Salvador, ¶¶ 9-10; Escrito de la República Dominicana, ¶ 11; Escrito de EE. UU., ¶ 26; Escrito de Costa Rica, ¶ 33; *TECO Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB / 10/23, Escrito de la República de Honduras (15 de noviembre de 2012), ¶ 10 (**RL-0186**).

¹²⁵⁵ Escrito de EE. UU., ¶¶ 24-25, 27.

¹²⁵⁶ *TECO Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB / 10/23, Escrito de la República de Honduras (15 de noviembre de 2012), ¶7 (**RL-0186**); Escrito de EE. UU., ¶¶14, 16; Escrito de El Salvador, ¶ 8; Costa Rica, ¶ 24; Escrito de la República Dominicana, ¶6.

¹²⁵⁷ Escrito de EE. UU., ¶ 186.

¹²⁵⁸ Escrito de EE. UU., ¶ 16, donde se cita *Cargill*, Laudo ¶ 273.

¹²⁵⁹ Escrito de El Salvador, ¶ 6. *Ver también*, Escrito de Costa Rica, ¶ 24; Escrito de EE. UU., ¶¶ 14, 16; *TECO c. Guatemala*, Caso CIADI No. ARB / 10/23, Escrito de la República de Honduras (15 de noviembre de 2012), ¶7 (**RL-0186**); República Dominicana, ¶ 6; Escrito de EE.UU., ¶14.

un enfoque ajeno al Anexo 10-B es ir “contra la voluntad de los Estados Parte y del Tratado mismo.”¹²⁶⁰

538. Finalmente, El Salvador y los Estados Unidos afirman que los laudos internacionales no son derecho internacional consuetudinario.¹²⁶¹ De acuerdo con estos Estados Parte, los laudos internacionales son sólo relevantes para “determinar la práctica Estatal cuando éstos incluyen una examinación de la misma”¹²⁶²

ii. Los Estados Parte rechazan que la noción del trato justo y equitativo incluya la obligación de proteger las expectativas legítimas de un inversor.

539. Los Demandantes alegan que “las legítimas expectativas de un inversor... ha sido aceptado como un componente del trato justo y equitativo por las Partes y tribunales del TLCAN y el DR-CAFTA... a pesar de las Presentaciones de Partes no Contendientes al contrario.”¹²⁶³ Lo contrario es cierto. Los Estados Parte del DR-CAFTA, antes del presente caso, han rechazado vehementemente la noción de que las expectativas legítimas son parte del trato justo y equitativo.¹²⁶⁴ Cuatro de los Estados Parte han reiterado sus objeciones en el presente caso.¹²⁶⁵

540. El Salvador y República Dominicana insisten que un estándar mínimo de trato es un estándar objetivo que no se altera sobre las expectativas del inversor.¹²⁶⁶ De acuerdo con El Salvador, el estándar mínimo de trato “debe ser un concepto objetivo para evaluar el trato que un Estado otorga a un inversionista, no es un concepto que pueda variar dependiendo de la comprensión subjetiva del inversionista.”¹²⁶⁷ El Salvador observa que resolver lo contrario afectaría “la capacidad regulatoria de los Estados, algo que los Estados Parte nunca acordaron hacer en el Tratado.”¹²⁶⁸ Del mismo modo, República Dominicana hace énfasis en que el factor relevante a efectos del estándar mínimo de trato es la acción del Estado y no la expectativa del inversor.¹²⁶⁹ De aceptarse la interpretación de los Demandantes, la noción de trato justo y equitativo “tendría un efecto lesivo en la

¹²⁶⁰ Escrito de la República Dominicana, ¶ 16.

¹²⁶¹ Escrito de El Salvador, ¶ 7; Escrito de EE. UU., ¶ 29.

¹²⁶² Escrito de EE. UU., ¶ 29.

¹²⁶³ Réplica de los Demandantes, ¶ 476.

¹²⁶⁴ Ver *RDC c. Guatemala*, Escrito de la República de El Salvador como Parte No Contendiente de conformidad con el Artículo 10.20.2 del DR-CAFTA (1 de enero de 2012), ¶ 7 (**RL-0190**); *TECO c. Guatemala*, Caso CIADI No. ARB / 10/23, Escrito de parte no contendiente de la República de El-Salvador (5 de octubre de 2012), ¶16 (**RL-0188**); *RDC c. Guatemala*, Caso CIADI No. ARB / 07/23, Memorial de Contestación de Guatemala sobre fondo (5 de octubre de 2010), ¶¶ 424-438 (**RL-0269**); *TECO c. Guatemala*, Caso CIADI No. ARB / 10/23, Escrito de Parte No Contendiente de la República de Honduras (15 de noviembre de 2012), ¶10 (**RL-0186**); *TECO c. Guatemala*, Caso CIADI No. ARB / 10/23, Escrito de los Estados Unidos de América (23 de noviembre de 2012), ¶6 (**RL-0187**).

¹²⁶⁵ Escrito de El Salvador, ¶ 6. Ver también, Escrito de Costa Rica, ¶ 24; Escrito de EE. UU., ¶¶ 14, 16; *TECO c. Guatemala*, Caso CIADI No. ARB / 10/23, Escrito República de Honduras (15 de noviembre de 2012), ¶7 (**RL-0186**); República Dominicana, ¶ 6; Escrito de EE. UU., ¶ 14.

¹²⁶⁶ Escrito de El Salvador, ¶¶ 9-10.

¹²⁶⁷ Escrito de El Salvador, ¶9.

¹²⁶⁸ Escrito de El Salvador, ¶ 9.

¹²⁶⁹ Escrito de la República Dominicana, ¶ 11.

soberanía de los Estados puesto que se le estaría imponiendo obligaciones para las cuales no ha dado su consentimiento.”¹²⁷⁰

541. Los Estados Unidos y Costa Rica también se oponen a su inclusión en el estándar de trato mínimo. Si bien reconocen que un inversionista puede tener ciertas expectativas acerca del régimen regulatorio del estado receptor, sostienen que “dichas expectativas no imponen obligaciones al Estado bajo el estándar de trato mínimo.”¹²⁷¹

iii. Los Estados Unidos afirman que la obligación de actuar de buena fe no es un elemento del estándar mínimo de trato

542. El Capítulo 10 del DR-CAFTA no requiere que los estados actúen de buena fe. En ausencia de tal requisito, los Estados Unidos insisten, un Capítulo 10 de DR-CAFTA no tiene jurisdicción para dirimir un reclamo en el que se alega una violación de buena fe.¹²⁷² Al igual que Guatemala, Estados Unidos sostiene que “el derecho internacional consuetudinario no impone una obligación sustantiva autónoma de ‘buena fe’ que, de incumplirse, podría dar lugar a la responsabilidad del estado.”¹²⁷³ Su postura es congruente con la que asumió en presentaciones anteriores.¹²⁷⁴

iv. Los Estados Unidos coinciden en que el trato justo y equitativo no le impide a un estado que extienda trato preferencial a nacionales y extranjeros

543. Coherente con su posición histórica, los Estados Unidos afirma que el estándar mínimo de trato no le prohíbe a un estado diferenciar en el trato a inversionistas extranjeros.¹²⁷⁵ Sobre la base de amplia doctrina, los Estados Unidos observan que, en general, “un Estado puede tratar de diferente forma a extranjeros y nacionales, y también puede tratar de diferente forma a los extranjeros de distintos Estados.”¹²⁷⁶

544. La discriminación en el contexto del 10.5 del DR-CAFTA sólo está prohibida en circunstancias limitadas. Estados Unidos sostiene que “en la medida que el estándar mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario incorporado en el Artículo 10.5 prohíba la discriminación, lo hace solo en el contexto de otras normas de derecho internacional consuetudinario establecidas, como la prohibición de tomas discriminatorias, acceso a recursos o tratos del tribunal, o la obligación de los Estados de otorgar plena protección y seguridad.”¹²⁷⁷

¹²⁷⁰ Escrito de la República Dominicana, ¶ 11.

¹²⁷¹ Escrito de EE. UU., ¶ 26; Escrito de Costa Rica, ¶ 33.

¹²⁷² Escrito de EE. UU., ¶24.

¹²⁷³ Escrito de Estados Unidos, ¶25

¹²⁷⁴ Ver Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 326, n. 537.

¹²⁷⁵ Escrito de EE. UU., ¶ 27

¹²⁷⁶ Escrito de EE. UU., ¶ 27

¹²⁷⁷ Escrito de EE. UU., ¶ 27

d. La conducta ulterior de los Estados Parte debe evaluarse según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

545. El acuerdo expreso y tácito de los Estados Parte respecto de la interpretación de las disposiciones del DR-CAFTA es instructivo. Dependiendo del nivel de acuerdo entre los Estados Parte, la CVDT reconoce la conducta ulterior como un medio de interpretación auténtico o subsidiario.¹²⁷⁸
546. Cuando existe una “práctica ulterior en la aplicación de tratados que establece el acuerdo entre las partes respecto a su interpretación,” el Artículo 31(3)(b) de la CVDT, instruye al Tribunal a “tomar en cuenta” tal acuerdo.¹²⁷⁹ Los tribunales CAFTA se han adherido a esta regla. Como acertadamente indicó la abogada de los Demandantes, “[s]alvo algunas notables excepciones, cuando el acuerdo las partes del CAFTA se ha evidenciado a través de presentaciones [de partes no contendientes], los tribunales han decidido consecuentemente con la interpretación compartida por las partes.”¹²⁸⁰ En el raro supuesto que el Tribunal no encuentre consenso entre los Estados Parte con respecto al trato justo y equitativo, las práctica ulterior sigue siendo relevante pues constituye como un medio supletorio de interpretación de conformidad con el Artículo 32 de la CVDT.¹²⁸¹
547. Existe aquí un consenso entre los Estados Parte respecto del contenido del trato justo y equitativo. Dejando a un lado Nicaragua, seis de los siete Estados Parte del DR-CAFTA han expresado de forma pública y consistente que el trato justo y equitativo sólo podría violarse ante una denegación de justicia, arbitrariedad manifiesta o discriminación evidente.¹²⁸² Contrariamente a la afirmación de los Demandantes, los Estados Parte también han objetado ardientemente que la noción de expectativas legítimas es un componente del trato justo y equitativo.¹²⁸³
548. Los Demandantes alegan que la conducta de los Estados Parte no califica como práctica ulterior porque

¹²⁷⁸ Borrador de conclusión sobre acuerdos ulteriores y práctica ulterior en relación con la interpretación de tratados, septuagésimo período de sesiones A / 73/10 (2018), pág. 23 (RL-0390) (“Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud del artículo 31, ¶ 3 a) y b), como prueba objetiva del entendimiento de las partes en cuanto al significado del tratado, son medios auténticos de interpretación, en la aplicación de la regla general de interpretación de los tratados reflejada en el artículo 31.”); Borrador de conclusión sobre acuerdos ulteriores y práctica ulterior en relación con la interpretación de tratados, septuagésimo período de sesiones A / 73/10 (2018), p. 20 (RL-0390) (“práctica posterior en la aplicación del tratado, que no establece el acuerdo de todas las partes del tratado, pero solo de una o más partes, puede utilizarse como un medio de interpretación complementario.”)

¹²⁷⁹ VCLT, Artículo 31(3)(b) (CL-0005). *Ver también*, Borrador de conclusión sobre acuerdos ulteriores y práctica ulterior en relación con la interpretación de tratados, 70º período de sesiones A / 73/10 (2018), p. 23. (RL-0390).

¹²⁸⁰ Andrea Menaker, *Treatment of Non-Disputing State Party Views in Investor-State Arbitrations*, p. 68 (RL-0395).

¹²⁸¹ VCLT, Artículo 32; (CL-0005) Proyecto de conclusión sobre acuerdos ulteriores y práctica ulterior en relación con la interpretación de tratados, septuagésimo período de sesiones A / 73/10 (2018), pág. alcanzado en la aplicación del artículo 31, o determinar el significado cuando la interpretación según el artículo 31 deja el significado ambiguo u oscuro o conduce a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”). (RL-0390).

¹²⁸² *Ver* Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 280

¹²⁸³ *Ver, infra, sección V.C.3.c.ii.*

Guatemala no mencionó “la postura, si existe, de Nicaragua y República Dominicana.”¹²⁸⁴ El argumento carece de mérito. Desde la presentación del Memorial de Contestación, República Dominicana ha planteado su postura respecto del trato justo y equitativo. Como se esperaba, su postura es igual a la del resto de los Estados Parte.¹²⁸⁵ El silencio de Nicaragua no ayuda con la objeción de los Demandantes. Como ha sostenido reiteradamente la CDI un acuerdo resultante de las prácticas ulteriores de conformidad con el artículo 31(3)(b) puede resultar, en parte, de el silencio o la omisión.”¹²⁸⁶ Este es particularmente el caso en el que un Estado parte de un tratado elige el silencio “cuando las circunstancias exigen alguna reacción.”¹²⁸⁷

549. A diferencia de muchos acuerdos de inversión, el Artículo 10.20 del DR-CAFTA le concede a los Estados Parte el derecho a intervenir en cualquier caso DR-CAFTA y presentar su interpretación del Tratado. El derecho otorgado a los Estados Parte en virtud del Artículo 10.20 es diferente de la presentación *amicus curiae* que también está permitida en virtud del DR-CAFTA. Si bien el propósito del *amicus curiae* es proporcionarle al tribunal “la experiencia particular y una visión diferente de la expresada por las partes contendientes,”¹²⁸⁸ el objetivo del Artículo 10.20 es ayudar al tribunal a entender la intención detrás de los acuerdos y, por lo tanto, debe tener un “significado especial”.¹²⁸⁹

550. En ejercicio de su derecho en virtud del Artículo 10.5, seis de los Estados Parte han realizado sus presentaciones escritas sobre el Artículo 10.5 en diversas ocasiones desde 2012.¹²⁹⁰ Como estas presentaciones son públicas, Nicaragua conoce la postura de los Estados Parte respecto del trato justo y equitativo. Sin embargo, no lo objetó y ofreció una postura contraria a ninguno de los casos. En el caso que nos ocupa, Nicaragua fue informada de los temas legales en cuestión en este caso, pero eligió no intervenir ni expresar su

¹²⁸⁴ Réplica de los Demandantes, ¶ 469.

¹²⁸⁵ Ver Escrito de República Dominicana, ¶ 9 (una violación del Nivel Mínimo de Trato consiste en: (a) una denegación de justicia grave y grosera; (b) una manifiesta arbitrariedad o una arbitrariedad inconsistente que sea cuestionada en lo relativo a políticas judiciales y administrativas, así como los procedimientos, de modo que constituya un rechazo del objetivo y propósito de la política, entre otros; (c) ausencia del debido proceso que infrinja la rectitud judicial; (d) una injusticia flagrante; (e) una discriminación manifiesta, o la ausencia manifiesta de razones para una decisión.”)

¹²⁸⁶ Comisión de Derecho Internacional, Acuerdos posteriores y práctica posterior en relación con la interpretación de tratados, 66º período de sesiones, A/CN.4/671, p.29 (RL-0391). Ver también, Comisión de Derecho Internacional, Acuerdos posteriores y práctica posterior en relación con la interpretación de tratados, 65º período de sesiones, p.34 (RL-0392); Proyecto de conclusión sobre acuerdos ulteriores y práctica ulterior en relación con la interpretación de tratados, 70º período de sesiones, A/73/10 (2018), p. 31,49, 113 (RL-0390).

¹²⁸⁷ CDI, Acuerdos posteriores y práctica posterior en relación con la interpretación de tratados, 66º período de sesiones, Conclusión 9(2), pág. 107 (RL-0391); CDI, Acuerdos posteriores y práctica posterior en relación con la interpretación de tratados, 67º período de sesiones, Conclusión 9(2), pág. 88 (RL-0393); Acuerdos posteriores y práctica posterior en relación con la interpretación de tratados, 68º período de sesiones (2016), A/71/10, Conclusión 10(2), pág.193 (RL-0394); Borrador de conclusión sobre acuerdos ulteriores y práctica ulterior en relación con la interpretación de tratados, septuagésimo período de sesiones, conclusión 10(2), pág. 4 (RL-0390).

¹²⁸⁸ Andrea Menaker, *Treatment of Non-Disputing State Party Views in Investor-State Arbitrations*, pp. 59-60 (RL-0395).

¹²⁸⁹ Los Abogados de los Demandantes coinciden. Ver Andrea Menaker, *Treatment of Non-Disputing State Party Views in Investor-State Arbitrations*, pp. 59-60 (RL-0395).

¹²⁹⁰ Ver Memorial, ¶280

postura.¹²⁹¹ Considerando que Nicaragua tuvo la oportunidad de comentar el Artículo 10.20 del DR-CAFTA para expresar una postura contraria a la de las partes en cualquiera de los casos DR-CAFTA pero eligió no hacerlo, su silencio debería considerarse una aceptación tácita de las declaraciones efectuadas por los Estados Parte restantes.

551. Asumiendo, *arguendo*, que no hayan práctica ulterior de los Estados Parte que estableciera el acuerdo de las partes con respecto al ámbito del trato justo y equitativo, debe igualmente recurrirse a ellas como medio de interpretación complementaria.¹²⁹² Como observó la CDI, “prácticas ulteriores” para los efectos del Artículo 32 de la CVDT incluye “toda aplicación del tratado por una o más (pero no todas) partes”¹²⁹³ que no llega a “reflejar el acuerdo de todas las partes sobre la interpretación de un tratado.”¹²⁹⁴ En este caso, seis de los Estados Parte del DR-CAFTA han rechazado expresamente la explicación del estándar de trato mínimo planteada por los Demandantes.¹²⁹⁵ En consecuencia, en caso que el Tribunal considere que el significado del estándar de trato mínimo sea ambiguo, debe apoyarse en la interpretación del estándar de los Estados Parte.

4) Los Demandantes no han probado que Guatemala violó la obligación de ofrecer un trato justo y equitativo

552. Para determinar un incumplimiento del trato justo y equitativo, el Tribunal debe evaluar cada acción objetada individualmente de cara a los estándares que considera parte del estándar de trato mínimo.¹²⁹⁶ En ausencia de una intención mal intencionada, los actos que no constituyen individualmente un incumplimiento del trato justo y equitativo, no podrían en general configurar un incumplimiento de tal obligación.¹²⁹⁷

553. Considerados individualmente y en su conjunto, las acciones impugnadas no constituyen un incumplimiento del trato justo y equitativo. Los Demandantes enmarcan su reclamo en las siguientes dos categorías principales:

- a) Medidas que no constituyen una denegación de justicia pero que aun así violan la obligación de brindar un trato justo y equitativo:

¹²⁹¹ Ver Correo electrónico de Guatemala, Unidad de Asuntos Internacionales de la PGN al Ministerio de Fomento, Industria y Comercio de Nicaragua (18 de diciembre de 2020) (R-0329).

¹²⁹² VCLT, Artículo 32 (CL-0005); Proyecto de conclusión sobre acuerdos ulteriores y práctica ulterior en relación con la interpretación de tratados, septuagésimo período de sesiones A/73/10 (2018), p.55 (RL-0390).

¹²⁹³ Borrador de conclusión sobre acuerdos ulteriores y práctica ulterior en relación con la interpretación de tratados, septuagésimo período de sesiones A/73/10 (2018), p. 36. (RL-0390).

¹²⁹⁴ *Ibid.*

¹²⁹⁵ *Glamis*, ¶¶ 824-826

¹²⁹⁶ Si bien los Demandantes insisten en que el Tribunal debe “evaluar [] la conducta del Estado impugnado en su conjunto”, de hecho, han seguido el primer enfoque defendido por Guatemala y aceptado por otros tribunales. Ver Réplica, ¶¶484-506.

¹²⁹⁷ *Glamis*, ¶¶825-826. (el tribunal señaló que “para que los actos no violen individualmente el artículo 1105 y, no obstante, violen ese artículo cuando se toman en conjunto, debe haber alguna cualidad adicional que exista solo cuando los actos se consideran como un todo, en contraposición a individualmente”. Para el tribunal, la “cualidad adicional” tiene la intención de destruir la inversión, es la única intención que “pueda elevar individualmente los actos no violatorios a un registro en su conjunto que infrinja las obligaciones de los tratados internacionales.”)

- i. La suspensión arbitraria, ilegal, indefinida y discriminatoria por parte del MEM de la licencia Progreso VII de Exmingua y la suspensión *de facto* de la licencia de exploración de Santa Margarita;¹²⁹⁸
 - ii. La suspensión ilegal, arbitraria, de mala fe y discriminatoria por parte del MEM de la licencia de exportación de Exmingua;¹²⁹⁹
 - iii. La omisión arbitraria, discriminatoria y de mala fe de llevar a cabo la consulta ordenada por los tribunales [necesaria para levantar la suspensión de la licencia de explotación Progreso VII de Exmingua] suspendiendo la licencia de explotación de Progreso VII;¹³⁰⁰
 - iv. la negación arbitraria y de mala fe de parte del MEM a prestar ayuda u orientación a Exmingua para llevar a cabo las consultas para Santa Margarita EIA y la imposición y negación a rescindir el plazo arbitrario y de mala fe de 30 días para la presentación del EIA completo;¹³⁰¹
 - v. las acciones penales arbitrarias e ilícitas y la incautación del concentrado de oro de Exmingua; y¹³⁰²
 - vi. la impugnación ilícita y “en represalia” por parte del MEM de las cuentas bancarias de Exmingua.¹³⁰³
- b) Medidas que constituyen una denegación de justicia y, por lo tanto, un incumplimiento de la obligación de brindar un trato justo y equitativo:
- i. La suspensión ilícita por parte de los tribunales de Guatemala de la licencia de explotación de Progreso VII que era contraria a las “autorizaciones y declaraciones previas”¹³⁰⁴ de Guatemala;
 - ii. La admisión ilegal por parte de los tribunales de Guatemala del amparo de CALAS;¹³⁰⁵

¹²⁹⁸ Memorial de Contestación, ¶¶ 9, 221, 223-236, 242-249; Réplica, ¶ 484-489.

¹²⁹⁹ Réplica de los Demandantes, ¶ 490.

¹³⁰⁰ Réplica de los Demandantes, ¶ 493.

¹³⁰¹ Réplica, para 497; Memorial, ¶ 245.

¹³⁰² Memorial de los Demandantes, ¶¶ 237-241.

¹³⁰³ Memorial de los Demandantes, ¶ 237; Réplica de los Demandantes, ¶¶ 504-506.

¹³⁰⁴ Réplica de los Demandantes, ¶ 537.

¹³⁰⁵ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 540-542.

- iii. El trato discriminatorio de los tribunales de Guatemala a Exmingua;¹³⁰⁶
- iv. La falta de notificación a Exmingua del amparo provisional de parte de la Corte Suprema que constituye una violación del derecho de audiencia de Exmingua;¹³⁰⁷ y
- v. Los cuatro años que se tomó la Corte de Constitucionalidad para pronunciarse sobre la apelación de Exmingua al amparo definitivo, contrariamente a lo dispuesto en la Ley de Amparo.¹³⁰⁸

554. Por los motivos expuestos en el Memorial de Contestación y elaborados más abajo, estos reclamos carecen de mérito. Sin indagar con mayor profundidad en cada uno de estos reclamos, el Tribunal deducirá lo que los Demandantes solicitan que se haga en realidad: revisar, nuevamente, si las acciones realizadas por los tribunales guatemaltecos y otros órganos del gobierno son congruentes con las leyes de Guatemala, y si no es así, establecer la responsabilidad internacional de Guatemala. Claramente, esto excede la jurisdicción de los tribunales DR-CAFTA, los cuales no ostentan jurisdicción apelativa.¹³⁰⁹ En las siguientes secciones, Guatemala abordará estas dos categorías siguientes en el orden presentado por los Demandantes.

a. Ninguna de las acciones tomadas por el MEM, el MARN y el Ministerio Público constituyen un incumplimiento del trato justo y equitativo

555. Como se explicó en el Memorial de Contestación, los Demandantes no han establecido que las medidas impugnadas dieran lugar a un incumplimiento del trato justo y equitativo. En síntesis, su reclamo debe rechazarse por los siguientes seis motivos.

556. *Primero*, los Demandantes no han establecido que la decisión del MEM de suspender la licencia de explotación de Progreso VII a través de la Resolución Nro. 1202 fuera arbitraria, tomada de mala fe o incongruente con el derecho de Guatemala. Las pruebas del expediente demuestran lo contrario a los que los Demandantes alegan aquí. La Resolución Nro. 1202 explica los hechos y el derecho que justifican la decisión.¹³¹⁰ Contrario a lo alegado por los Demandantes, la Resolución Nro. 1202 también es congruente con la Constitución de Guatemala que obliga al órgano ejecutivo a ejecutar una sentencia del tribunal. En cualquier caso, los Demandantes no incurrieron en daños como consecuencia de la Resolución Nro. 1202.

557. *Segundo*, la suspensión inicial por parte del MEM de la licencia de exportación Progreso VII no fue arbitraria

¹³⁰⁶ Réplica de los Demandantes, ¶ 539.

¹³⁰⁷ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 543-544; Memorial de los Demandantes, ¶¶ 277-280.

¹³⁰⁸ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 543-547.

¹³⁰⁹ Ver Memorial de Contestación de Guatemala, ¶285

¹³¹⁰ Ver sección V.C.4.a

ni de mala fe, y cualquier error legal fue inmediatamente rectificado.¹³¹¹ La licencia de exportación fue suspendida sobre la base del amparo provisional y de la Resolución Nro. 1202 que suspendía la licencia de explotación. Siguiendo la exitosa apelación de Exmingua, sin embargo, la suspensión de revocó en forma inmediata. Visto que el supuesto error se rectifica inmediatamente, no puede haber violación del trato justo y equitativo. Finalmente, no existen pruebas de que tanto Exmingua como los Demandantes hayan sufrido como resultado de la suspensión que duró sólo cinco meses.

558. *Tercero*, la decisión del MEM de esperar para llevar a cabo la consulta hasta la decisión que cobre firmeza la Decisión de la Corte de Constitucionalidad de Junio de 2020, fue razonable y congruente con el derecho de Guatemala.¹³¹² No existen pruebas que respalden el argumento de los Demandantes de que la decisión del MEM estaba “políticamente motivada” o era discriminatoria.

559. *Cuarto*, la instrucción del MEM a Exmingua de presentar un EIA completo y aprobado y su negación a conceder la solicitud de suspensión indefinida del requisito de EIA de Exmingua estaban bien fundamentados y eran congruentes con el derecho de Guatemala.¹³¹³ A fin de obtener una licencia de explotación, un solicitante debe presentar un EIA completo y aprobado. Si bien el MEM ordenó a Exmingua a presentar un EIA aprobado en un plazo de 30 días, el plazo fue ampliado en múltiples oportunidades. Además, los Demandantes no han demostrado que el MEM estaba legalmente obligado a otorgar la solicitud de Exmingua. Finalmente, el reclamo cae por cuestiones de causa. Los Demandantes no han probado que Exmingua se viera imposibilitada de completar el EIA sea atribuible al MEM.

560. *Quinto*, ni los cargos penales ni la incautación del concentrado de oro constituyen un incumplimiento del trato justo y equitativo porque no existen pruebas de un tratamiento indebido.¹³¹⁴ Los empleados de Exmingua que fueron imputados fueron llevados ante el tribunal y absueltos al día siguiente. A todo evento, los Demandantes no tienen legitimación para presentar un reclamo en nombre de estos empleados. Tampoco existe prueba de que los Demandantes hayan incurrido en alguna pérdida debido a los cargos presentados contra los empleados de Exmingua.

561. De igual forma, el reclamo por arbitrariedad en el secuestro del concentrado de oro carece de fundamento. El concentrado de oro fue legalmente secuestrado y posteriormente entregado a Exmingua de acuerdo con la decisión del Juzgado Cuarto De Primera Instancia Penal. Finalmente, hay pruebas de que denote que los Demandantes hayan sufrido un daño debido al secuestro.

¹³¹¹ Ver sección V.C.4.b.

¹³¹² Ver Sección V.C.4.a.iii.

¹³¹³ Ver Sección V.C.4.a.iv

¹³¹⁴ Ver Sección V.C.4.a.v.

562. Sexto, el embargo de las cuentas bancarias de Exmingua por parte del MEM no fue una “represalia” sino que era razonable y congruente con el derecho de Guatemala.¹³¹⁵ El MEM se vio forzado a tomar esa medida porque Exmingua no cumplió con la multa impuesta por el MEM por la falta de suspensión de operaciones de parte de Exmingua ordenada por la Corte Suprema y el MEM.

i. La ejecución del MEM de la decisión de la Corte Suprema de suspender la licencia de explotación no fue arbitraria, ni de mala fe ni incongruente con el derecho de Guatemala

563. El reclamo por trato justo y equitativo de los Demandantes respecto a la decisión del MEM de suspender la licencia de explotación Progreso VII a través de la Resolución N° 1202, se funda en tres argumentos: (1) arbitraria,¹³¹⁶ (2) contraria a la ley guatemalteca,¹³¹⁷ y (3) inconsistente con las posturas previas de Guatemala.¹³¹⁸ Por los siguientes motivos, los reclamos deben ser rechazados.

La Resolución Nro. 1202 no era arbitraria, sino que constituía una resolución fundamentada basada en el derecho guatemalteco

564. Los Demandantes no han establecido que la decisión del MEM era arbitraria. La arbitrariedad, como se señala en el ELSI, constituye “un desprecio deliberado del debido proceso legal, un acto que impacta, o al menos sorprende, un sentido de propiedad jurídica.”¹³¹⁹ La decisión en cuestión debe “exhibir una falta de motivación manifiesta”.¹³²⁰ La Resolución Nro. 1202 no se acerca en absoluto a este umbral.

565. En cumplimiento de la orden de la Corte Suprema de suspender la licencia de explotación de Progreso VII, el MEM suspendió la licencia de explotación el 10 de marzo de 2016, a través de la Resolución Nro. 1202.¹³²¹ La Resolución No. 1202 explica claramente que la medida se basó en la decisión de la Corte Suprema y en su obligación de cumplirla.¹³²² Dado que no existen argumentos o pruebas de que el MEM no tenía autoridad para emitir la resolución ni del argumento de que la Resolución N°1202 no estaba fundamentada, el reclamo de que la decisión del MEM era arbitraria debe desestimarse.¹³²³

Una aplicación indebida de la ley no da lugar a una violación del trato justo y equitativo; de

¹³¹⁵ Ver Sección V.C.4.a.vi.

¹³¹⁶ Réplica de los Demandantes, ¶486.

¹³¹⁷ Réplica de los Demandantes, ¶486.

¹³¹⁸ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 485-486.

¹³¹⁹ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶339, donde se cita ELSI, ¶ 128; Jacob Stone, *Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard, and the International Law of Investment*, Leiden Journal of International Law (2012), pág.88 (RL-0270) (la definición enmarcada en el ELSI ha sido vista por muchos como “el caso de referencia para la definición de arbitrariedad en el derecho internacional.”)

¹³²⁰ *Glamis Gold c. EE.UU.*, Laudo (8 de junio de 2009), ¶ 803 (RL-0041).

¹³²¹ Resolución MEM N° 1202 del 10 de marzo de 2016 (C-0139).

¹³²² *Ibid.*

¹³²³ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 484-488.

todos modos, la Resolución N° 1202 es congruente con el derecho guatemalteco

566. El segundo reclamo de los Demandantes es bizarro. Alegan que en virtud de las leyes guatemaltecas “una licencia, una vez concedida válidamente, solo puede ser revocada o suspendida” a través del Artículo 51 de la Ley de Minería o a través de un decreto del Poder Ejecutivo.¹³²⁴ Al suspender la licencia de explotación por falta de consulta, los Demandantes sostienen que el MEM violó el derecho guatemalteco.¹³²⁵

567. En otras palabras, los Demandantes le solicitan a este Tribunal que resuelva que Guatemala es responsable del cumplimiento por parte del MEM con la resolución de la Corte Suprema. La solicitud es increíble. Empezando por lo básico, una aplicación indebida del derecho, sin más, no genera una violación del trato justo y equitativo.¹³²⁶ En cualquier caso, la decisión del MEM era congruente con el derecho de Guatemala. Incluso si la Corte Suprema se equivocó al suspender la licencia de explotación, que no fue así, el MEM sigue obligado a cumplir y a ejecutar la decisión de la Corte Suprema en línea con el Artículo 203 de la Constitución.¹³²⁷ Si el funcionario del MEM no hubiera cumplido con la resolución, habría sido responsable penal y civilmente.¹³²⁸

568. Siendo que una aplicación indebida del derecho, sin más, no genera una violación del trato justo y equitativo, y considerando que los Demandantes no han demostrado que la Resolución 1202 es contraria a derecho, el reclamo debe ser desestimado.

Los Demandantes no han demostrado que Guatemala violó las expectativas de los Demandantes de un entorno jurídico estable y predecible

569. El reclamo de incongruencia sufre de varios defectos jurídicos y fácticos. Los Demandantes alegan que la Resolución Nro. 1202 es incongruente con la postura previa de Guatemala y, por lo tanto, constituye un incumplimiento del trato justo y equitativo.¹³²⁹ En particular, reclaman que la suspensión fue contraria a:

- a. Las prácticas previas de emisión de licencias del MEM “en los casos en los que las consultas eran dirigidas por consultores registrados ante el MARN de acuerdo con el Reglamento de Minería.”¹³³⁰
- b. La declaración de Guatemala ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (“CIDH”).¹³³¹

570. El reclamo carece de mérito. Como se explicó más arriba, el trato justo y equitativo no incluye la obligación

¹³²⁴ Réplica de los Demandantes, ¶ 486.

¹³²⁵ Réplica de los Demandantes, ¶ 486.

¹³²⁶ Ver sección V.C.4.a.

¹³²⁷ Artículo 203 (C-0414).

¹³²⁸ Artículo 420 del Código Penal (RL-0396); Artículo 78 de la Ley de Amparo (C-0416).

¹³²⁹ Réplica de los Demandantes, 485; Memorial de los Demandantes, ¶¶ 80-81, 97

¹³³⁰ Réplica de los Demandantes, ¶ 485.

¹³³¹ Memorial de los Demandantes, ¶¶ 80-81, 97; Réplica de los Demandantes, ¶485

de ofrecer un entorno jurídico legal y estable.¹³³² Además, en ausencia de expectativas legítimas, las expectativas de congruencia de los Demandantes no tienen relevancia en la determinación de una violación del trato justo y equitativo.¹³³³

571. Existe otro motivo por el que el reclamo no debe prosperar. *Primero*, el *estoppel* solo aplica a “declaraciones de hecho,” y no aplican a declaraciones con respecto al significado de la ley.¹³³⁴ *Segundo*, más allá de si el MEM coincide o difiere con la decisión de la Corte Suprema, debe implementar la decisión en su totalidad.¹³³⁵ Resulta, entonces, irrelevante que el MEM hubiera otorgado, antes de la decisión de la Corte Suprema, licencias luego de las consultas realizadas por consultores registrados del MARN. Tampoco tiene significado alguno que Guatemala hubiera ofrecido una interpretación diferente del Convenio de la OIT ante la CIDH. Una vez que la Corte Suprema suspendió la licencia de explotación Progreso VII por falta de consulta, el MEM no tenía otra alternativa que cumplir y ejecutar la decisión, de acuerdo con su deber establecido en la Constitución.¹³³⁶

572. *PSEG*, el único caso citado por los Demandantes, claramente no respalda esa lectura del estándar de ofrecer un entorno jurídico estable y predecible. En *PSEG*, el tribunal resolvió un incumplimiento de este estándar especialmente porque el Ministerio de Energía y Recursos Naturales ignoró el derecho de los demandantes en virtud del derecho turco y la decisión de la corte de ratificar el derecho del demandante bajo el contrato.¹³³⁷ No existen tales hechos en este caso. La Resolución N° 1202 resulta consistente con la decisión de la Corte Suprema de suspender la licencia de explotación Progreso VII y su obligación, bajo la Constitución de ejecutar una sentencia.

ii. La suspensión de la licencia de exportación por parte del MEM no fue arbitraria ni se tomó de mala fe y cualquier error legal fue rectificado inmediatamente

573. Los Demandantes luego alegan que Guatemala incumplió con el Artículo 10.5(1) del DR-CAFTA porque el MEM suspendió la licencia de exportación de Exmingua ilegalmente, arbitrariamente y de mala fe.¹³³⁸ Pero el reclamo se desvirtúa ante el escrutinio más rudimentario del estándar mínimo de trato.

574. *Primero*, una aplicación indebida del derecho interno ni un “error directo” califican como arbitrario o

¹³³² Ver sección V.C.2.d.

¹³³³ Ver sección V.C.2.e.

¹³³⁴ *Pope & Talbot Inc. c. Canadá*, CNUDMI, Laudo Provisional (26 de junio de 2000), ¶ 111 (CL-0129).

¹³³⁵ Constitución de Guatemala, artículo 203 (C-0414).

¹³³⁶ Constitution de Guatemala, Artículo 203 (C-0414).

¹³³⁷ *PSEG c. Turkey*, Caso CIADI No. ARB/02/5, Laudo (19 de enero 2007), ¶¶ 247-249 (CL-0371).

¹³³⁸ Réplica de los Demandantes, ¶489

constituir un incumplimiento del trato justo y equitativo.¹³³⁹ Pero el caso de los Demandantes reposa exclusivamente en tal aseveración. Mas allá de acusar a la decisión por ser errada, los Demandantes no alegan, mucho menos prueban, que el MEM actuó arbitrariamente, es decir, que dolosamente ignoró el debido proceso legal, o que omitió explicar su decisión. Ni podrían hacerlo. En términos claros, el MEM explicó que su decisión se basaba en la resolución de la Corte Suprema de suspender la licencia de explotación Progreso VII y la posterior suspensión de la licencia de explotación por parte del MEM.¹³⁴⁰ Su la decisión es correcta o no es insignificante. El hecho de que la decisión fuera incorrecta no significa que fuera arbitraria.

575. *Segundo*, y en cualquier caso, el error fue rectificado sin demoras indebidas. Por lo tanto, no puede haber un reclamo razonable por incumplimiento del trato justo y equitativo. Varios tribunales han afirmado esto.¹³⁴¹ En *ECE y Panta*, el tribunal sostuvo que “no puede haber violación del trato justo y equitativo en una decisión con defectos en primera instancia que resulta posteriormente revertida en la apelación, y cuyos efectos en consecuencia sólo fueron temporarios.”¹³⁴²

576. El 6 de mayo de 2016, Exmingua, en ejercicio de su derecho en virtud del derecho guatemalteco, apeló la suspensión de la licencia de exportación ante el MEM sobre la base de que la sentencia de la Corte Suprema, sólo se limitaba a la licencia de explotación de Progreso VII, y no de la licencia de exportación.¹³⁴³ En cumplimiento del derecho administrativo de Guatemala, el MEM le otorgó a Exmingua, la Unidad de Asesoría Jurídica del MEM, y al Procurador General de la Nación la oportunidad de presentar su caso desde el 12 de mayo de 2016 al 10 de octubre de 2016.¹³⁴⁴ El 24 de octubre de 2016, unos pocos días después que el Procurador General de la Nación hiciera su última presentación, el MEM dictó la Resolución N° 5194, por la que revocaba la suspensión de la licencia de exportación y así resolvió a favor de Exmingua.¹³⁴⁵

577. *Tercero*, el argumento de mala fe en la suspensión inicial es infundado. La única prueba que los Demandantes

¹³³⁹ *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, CDNUMI, Laudo Parcial, (13 de noviembre de 2000), ¶ 261 (CL-0104). *Ver Clayton et al. c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, CPA Caso No. 2009-04, Laudo (17 de marzo de 2015), ¶ 437 (CL-0088); *Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo (18 de septiembre, 2009), ¶ 292 (CL-0197)

¹³⁴⁰ Resolución No. 146, MEM (C-0140).

¹³⁴¹ *Glamis Gold c. EE.UU.*, Laudo (8 de junio de 2009), ¶ 770-771 (RL-0041). (En este caso, el demandante argumentó que el hecho de que el abogado no emitiera un reglamento antes de su decisión de dar por terminado su proyecto minero "exhibe" una falta total del debido proceso ". El tribunal acordó que la omisión de emitir una regulación podría resultar en una violación del derecho internacional consuetudinario, porque sin dicha regulación, las partes interesadas, como la demandante, no tendrían la oportunidad de comentar. Pero el tribunal sostuvo que la cuestión era discutible, habiendo encontrado que ese "error de procedimiento ... se corrigió rápida y eficazmente a través de canales nacionales.")

¹³⁴² *ECE Projektmanagement International GmbH y Kommanditgesellschaft PANTA Achtundsechzigste Grundstücksgesellschaft mbH & Co c. República Checa*, Caso CPA N° 2010-5, Laudo (19 de septiembre de 2013), ¶ 4.805 (RL-0203).

¹³⁴³ Resolución MEM Nro. 5194 (24 de octubre de 2016), p.2-3 (C-0142).

¹³⁴⁴ Resolución MEM Nro. 5194 (24 de octubre de 2016), p.3, (e) (C-0142).

¹³⁴⁵ Resolución MEM N° 5194 (24 de octubre de 2016), pág.3-4 (C-0142).

se atreven a presentarle al Tribunal es la oportunidad. Los Demandantes alegan que la decisión del MEM de revocar la suspensión de la exportación el 24 de octubre, “un día después de que la licencia expirara”, “subraya su mala fe.”¹³⁴⁶ Los hechos en el expediente demuestran lo contrario. Como se observó en la resolución, MEM, en línea con el Artículo 12 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, tenía que darles a las partes pertinentes la oportunidad de presentar su caso.¹³⁴⁷ Si hubiera resuelto la cuestión antes de darle a las partes la oportunidad de presentar su caso, el MEM habría violado los derechos fundamentales del debido proceso de las partes y, así, incumplido con su obligación prevista en el derecho guatemalteco. La única conclusión que puede alcanzarse de esta conducta procesal, es que el MEM resolvió la apelación de Exmingua de forma expedita, mientras respetaba el derecho al debido proceso de las partes en el procedimiento.

578. Finalmente, los Demandantes no han demostrado haber sufrido un daño a consecuencia de la suspensión inicial. No existen pruebas de exportaciones que estuvieran pendientes de envío si no hubiera sido por la suspensión de la licencia. Tampoco se demostraron intentos de parte de Exmingua de renovar la licencia. Los Demandantes tampoco han demostrado haber sufrido un daño como consecuencia de algún daño supuestamente incurrido por Exmingua a causa de la suspensión inicial de la licencia de exportación.

iii. La decisión del MEM de esperar a la ejecutoria antes de llevar a cabo la consulta pública fue razonable y para con el derecho guatemalteco de buena fe

579. El caso de los Demandantes cambia en cada presentación. En su Réplica, los Demandantes por primera vez alegaron que el hecho de que Guatemala violó su obligación de brindar trato justo y equitativo al no realizar la consulta ordenada por la corte.¹³⁴⁸ Mientras que reclaman que Guatemala “no se pronunció sobre este aspecto de su incumplimiento de la obligación de trato justo y equitativo, la simple verdad es que los Demandantes nunca enmarcaron esto en su Memorial como tal.”¹³⁴⁹

580. El punto decisivo del nuevo reclamo de los Demandantes reside en el tiempo tomado por el MEM para llevar a cabo la consulta necesaria para rehabilitar la suspensión de la licencia de explotación Progreso VII.¹³⁵⁰ Los Demandantes hacen dos argumentaciones contradictorias respecto al momento en el cual el MEM está obligado a realizar la consulta. Partiendo desde la fecha en la cual la Corte de Constitucionalidad rechazó la solicitud de revocatoria de su confirmación del amparo provisional, los Demandantes afirman que “el MEM

¹³⁴⁶ Réplica de los Demandantes, ¶ 491.

¹³⁴⁷ MEM, Resolución N° 5194 (24 de octubre de 2016), pág.3-4 (C-0142).

¹³⁴⁸ Réplica de los Demandantes, ¶493.

¹³⁴⁹ *Ibid.* Si bien los Demandantes citan el Memorial, párrafos 105-108, estos párrafos no contienen el reclamo de trato justo y equitativo de los Demandantes. La Sección III. B. 3 que no prevé el reclamo de trato justo y equitativo no incluye este argumento que los Demandantes están planteando aquí.

¹³⁵⁰ Réplica de los Demandantes, ¶ 493.

estaba obligado a realizar las consultas.”¹³⁵¹ Luego, los Demandantes critican al MEM por no realizar las consultas por “más de cinco años,” fijando aparentemente el reloj desde la fecha del amparo provisional.¹³⁵² Los Demandantes luego concluyen que esta demora fue parte de una maniobra “para satisfacer fines políticos respecto a la comunidad opositora.”¹³⁵³

581. Al igual que el resto de su reclamo, el argumento es legal y fácticamente infundado. *Primero*, ignota la regla según la cual una mera demora o desaplicación de la ley, sin más, no puede resultar en una violación del trato justo y equitativo.¹³⁵⁴ *Segundo*, es contrario al derecho guatemalteco. El MEM no podía realizar las consultas en ninguna de las circunstancias indicadas por los Demandantes. El MEM no tenía certeza de que era el órgano competente para realizar la consulta, y en caso de serlo, cual era exactamente la medida que debía adoptar para cumplir con el requerimiento bajo el Convenio 169 de la OIT.¹³⁵⁵ Pero incluso entonces, el MEM no podría realizar la consulta pues la sentencia no es final y ejecutable.

582. El 01 de septiembre de 2020, el MARN presentó ante la Corte de Constitucionalidad una solicitud de aclaración de la sentencia del 11 de junio de 2020 y la Corte de Constitucionalidad emitió una decisión en agosto de 202.¹³⁵⁶ Cuando sea recibida una ejecutoria de parte de la Corte Suprema, la decisión será final y ejecutable.¹³⁵⁷ Realizar la consulta sin que medie ejecutoria, no solo sería ilegal sino también imprudente.

583. Aunque los Demandantes alegan que la inacción del MEM fue de mala fe, no aportan evidencia que apoye su reclamo.¹³⁵⁸ *Waste Management II*, el caso en el que firmemente se basan los Demandantes, ha rechazado argumentos similares, observando que si bien el trato justo y equitativo obliga a los Estados a no “proponerse deliberadamente destruir o frustrar la inversión por medios inadecuados”, esos argumentos de buena fe “necesitan ser probados.”¹³⁵⁹ Los Demandantes no han asumido la carga de probarlo y, en tal caso, el reclamo debe ser desestimado.¹³⁶⁰

584. En conclusión, la decisión del MEM de esperar la decisión final no pudo resultar en una violación del trato

¹³⁵¹ Réplica de los Demandantes, ¶300. *Ver ibid.* ¶ 299; Solicitud de Exmingua ante la Corte de Constitucionalidad (C-0544).

¹³⁵² Réplica de los Demandantes, ¶ 493.

¹³⁵³ Réplica de los Demandantes, ¶ 496

¹³⁵⁴ *William Ralph Clayton c. Canada*, Caso CPA No. 2009-04, Laudo (17 de marzo 2015) ¶ 437 (CL-0088) (“Las autoridades estatales se enfrentan a demandas competitivas sobre sus recursos administrativos y puede haber retrasos o tiempo, atención y experiencia limitados para tratar los problemas. El ejercicio imprudente de la discreción o incluso los errores descartados no conducen, por regla general, a una infracción del estándar mínimo internacional.

¹³⁵⁵ Corte de Constitucionalidad, Casos Acumulados Nos. 3207-2016 and 3344-2016, Decisión (11 de junio de 2020) pag.10 (C-0145).

¹³⁵⁶ Corte de Constitucionalidad, Casos Acumulados Nos. 3207-2016 and 3344-2016, Solicitud de aclaración de MARN (1 de septiembre de 2020) (C-0668).

¹³⁵⁷ *Ver* Declaración del viceministro Oscar Pérez II, ¶ 15.

¹³⁵⁸ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 495-496.

¹³⁵⁹ *Waste Management c. México*, Laudo, ¶ 138 (CL-0022).

¹³⁶⁰ *Ver* Declaración del viceministro Oscar Pérez II, ¶ 11.

justo y equitativo. Resulta irrelevante si el MEM erro al esperar para la realización de la consulta, a efectos de establecer una violación de este estándar. La pregunta relevante es si, como alegan los Demandantes, fue una actuación arbitraria y de mala fe. Por las razones anteriormente expuestas, la respuesta debe ser negativa.

iv. La solicitud del MEM de un EIA completo y aprobado y su negativa a otorgar la suspensión del requisito del EIA a Exmingua estuvieron bien fundamentadas y fueron congruentes con el derecho guatemalteco

585. Al darse cuenta de la debilidad de su caso, los Demandantes continúan modificando su reclamo. En su Memorial, los Demandantes argumentaron que Guatemala incumplió con su obligación de trato justo y equitativo cuando el MEM: i) “exigiendo arbitrariamente en diciembre de 2016 que Exmingua presente la EIA para Santa Margarita, debidamente aprobada por el MARN, en un plazo de 30 días”,¹³⁶¹ y ii) “negando injustificadamente, en abril de 2017, la solicitud de Exmingua de suspender el requisito de EIA para llevar a cabo consultas locales,...y ordenando a Exmingua que presente el EIA para Santa Margarita dentro de los 30 días siguientes a la notificación e la resolución por parte de Exmingua.”¹³⁶²

586. Los Demandantes ahora agregan otro fundamento en su Réplica, aunque sin mérito tampoco. Reclaman que el MEM actuó arbitrariamente y de mala fe al no brindar ayuda ni orientación sobre cómo Exmingua podía “realizar consultas a la luz de las protestas y bloqueos”.¹³⁶³ Los Demandantes concluyen que estas medidas a Exmingua se vio imposibilitada “de completar su solicitud para la licencia de explotación” en línea con la moratoria de facto del Estado.¹³⁶⁴

587. Aparte de tildar ciegamente cada decisión desfavorable de “arbitraria”, una demostración de “mala fe” o una conspiración, los Demandantes no hacen intento alguno para demostrar su reclamo. proporcionan pruebas que respalden sus reclamos. Por el contrario, Guatemala demostró en su Memorial de Contestación que la decisión estuvo bien motivada y congruente con sus facultades en virtud del derecho guatemalteco.

588. El MEM tiene 30 días para resolver después de haber recibido una solicitud de licencia de explotación. Como indica el Profesor Fuentes, un inversionista que desee obtener una licencia de explotación debe presentar un EIA aprobado, lo cual incluye los estudios sociales correspondientes.¹³⁶⁵ Exmingua tenía tiempo suficiente para completar los estudios sociales pero eligió no hacerlo, el 19 de enero de 2009, Exmingua solicitó una licencia de explotación para el sitio Santa Margarita, Como observó el experto de los Demandantes, el Profesor Fuentes, un inversor que desee obtener una licencia de explotación minera debe preparar y presentar un

¹³⁶¹ Memorial de los Demandantes, ¶ 245.

¹³⁶² Ver Memorial de los Demandantes, ¶ 245.

¹³⁶³ Réplica de los Demandantes, ¶ 498.

¹³⁶⁴ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 291, 630.

¹³⁶⁵ Informe Fuentes I, ¶ 75.

EIA.¹³⁶⁶ Luego de esperar por más de siete años que Exmingua presentara un EIA completo, el MEM le instruyó a Exmingua el 21 de diciembre de 2016 que presentara un EIA completo aprobado por MARN dentro de los 30 días.¹³⁶⁷ Exmingua no le prestó atención a la fecha de vencimiento establecida por el MEM. Tres meses después del vencimiento, Exmingua le escribió al MEM solicitándole que suspendiera “indefinidamente” el requisito porque “se ha sufrido bloqueo al acceso del mismo, así como intimidaciones por parte de comunidades que se oponen a los mismos.”¹³⁶⁸

589. Si bien el MEM rechazó la solicitud de Exmingua de suspensión indefinida del EIA, prorrogó continuamente el plazo con la esperanza que Exmingua presentara un EIA completo. Si bien el vencimiento original era el 21 de enero de 2017, el MEM prorrogó el plazo hasta el 21 de noviembre de 2017.¹³⁶⁹ El 7 de noviembre de 2017, Exmingua nuevamente solicitó una suspensión indefinida del EIA, alegando que no podía llevar a cabo el estudio debido a “los bloqueos e intimidaciones por parte de las comunidades”, pero una vez más omitió adjuntar pruebas.¹³⁷⁰ A pesar de la falta de cumplimiento de lo solicitado por el MEM de parte de Exmingua, se le otorgó igualmente otra prórroga, hasta el 5 de diciembre de 2019, para que cumpliera con su obligación.¹³⁷¹ Pero Exmingua ignoró esta extensión y no tomó acción alguna para finalizar el EIA. Resulta engañoso argumentar ante este Tribunal que el plazo de 30 días fijado en 2016 fue arbitrario o impuesto de mala fe, si se toma cuenta del largo período de tiempo otorgado a Exmingua para cumplir con su obligación de presentar un EIA completo.

590. Luego, los Demandantes critican al MEM por rechazar la solicitud, pero omiten proporcionar autoridades legales por las que se obligue o se le permita al MEM suspender indefinidamente el requisito de estudios sociales establecido en el derecho guatemalteco. Los Demandantes citan el Artículo 50 de la Ley del Organismo Judicial para justificar su solicitud pero, como Guatemala ya ha explicado, esta ley no resulta relevante. Una somera lectura del preámbulo debería haber alertado a Exmingua y a los Demandantes respecto de fundamentarse en esta ley. La Ley del Organismo Judicial se extiende a procedimientos judiciales. Fue redactada para “armonizar las disposiciones fundamentales de organización y funcionamiento del Organismo Judicial con el ordenamiento constitucional vigente, dando mayor eficacia y funcionalidad a la administración

¹³⁶⁶ Réplica de los Demandantes, ¶ 242. *Ver también*, Solicitud de Licencia de Explotación de Santa Margarita de fecha 19 de enero de 2009, p. 1 (C-0070).

¹³⁶⁷ Notificación Oficial Nro. 497 del MEM a Exmingua, donde se adjunta la Resolución Nro. 4056 (21 de diciembre de 2016) (C-0012).

¹³⁶⁸ Carta de Exmingua al MEM, donde se adjunta la Certificación del Notario Público (21 de marzo de 2012) (C-0013).

¹³⁶⁹ Notificación Oficial Nro. 5099 del MEM a Exmingua, donde se adjunta la Resolución Nro. 1191 (5 de abril de 2017) (C-0014).

¹³⁷⁰ Carta de Exmingua al MEM (7 de noviembre de 2017) (C-0550).

¹³⁷¹ Resolución del MEM Nro. 4473 (20 de noviembre de 2019) (C-0153).

de justicia.”¹³⁷² Incluso si resultare aplicable, la solicitud estaba prescrita.¹³⁷³

591. El reclamo de que la falta de orientación corre la misma suerte. Desde el inicio, los Demandantes confunden los hechos. No hay pruebas que indiquen que el reclamo de que Exmingua solicitó asistencia al MEM y que éste se negó a brindarla.¹³⁷⁴ En la medida que los Demandantes se refieren a la solicitud de Exmingua de “lineamientos” y/o “recomendación” del MARN, Guatemala sostiene que la solicitud de Exmingua no era clara y, en cualquier caso, los Demandantes no han establecido que MARN tenía que ayudar a Exmingua a completar el estudio exigido.
592. La supuesta solicitud de ayuda fue vaga. Por la carta, es imposible descifrar la solicitud de Exmingua. El 7 de abril de 2017, Exmingua le solicitó al MARN “sus recomendaciones y/o lineamientos para poder continuar y finalizar con el Estudio de Impacto Ambiental en lo relacionado a la actualización de la línea base y a la socialización del proyecto.”¹³⁷⁵ Si lo que Exmingua buscaba era ayuda policial, la carta no transmitió ese mensaje. Adicionalmente, ni Exmingua ni los Demandantes han demostrado que el MARN estuviese en la obligación de aceptar la solicitud de Exmingua.
593. Finalmente, la insinuación de que el rechazo de la solicitud de Exmingua fue parte de una “moratoria *de facto* en la expedición de nuevas licencias y operaciones” es injustificada.¹³⁷⁶ La declaración que hizo el presidente de la moratoria de dos años en 2013 no se implementó *de jure* ni *de facto*. El MEM continuó emitiendo licencias hasta 2015.¹³⁷⁷ Si bien los Demandantes alegan que la cantidad de licencias otorgadas “disminuyó notablemente”, admiten que todavía se emitían licencias.¹³⁷⁸
594. En cualquier caso, el reclamo carece de causalidad. Los Demandantes no han probado que la incapacidad de Exmingua para terminar el EIA sea imputable a Guatemala. No hay evidencia de que Exmingua haya estado impedida de realizar las consultas necesarias ni de que Exmingua habría podido completar el EIA, de haber alguna orientación por parte del MARN (fuese cual fuese). Por el contrario, los hechos del caso indican que el EIA no fue completado por una decisión estratégica de Exmingua. Exmingua tuvo la oportunidad de completar

¹³⁷² Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N° 3207-2016 y 3344-2016, Decisión (11 de junio de 2020), p.1 (C-0145).

¹³⁷³ Memorial de Contestación, ¶ 360.

¹³⁷⁴ Réplica de los Demandantes, ¶ 12, 498.

¹³⁷⁵ Carta de Exmingua dirigida a MARN (7 de abril de 2017) (C-0015).

¹³⁷⁶ Réplica de los Demandantes, ¶ 211.

¹³⁷⁷ Ver, Anuario Estadístico Minero de MEM, 2014, pág. 9 (C-0531), Anuario Estadístico Minero de MEM, 2015, pág. 10 (C-0532) (donde se muestra que en 2012 se emitieron 12 licencias de explotación; en 2013, se emitieron 5 licencias de explotación; en 2014, se emitieron 4 licencias de explotación, y; en 2015, se emitieron 2 licencias de explotación).

¹³⁷⁸ Memorial de los Demandantes, ¶51.

el EIA desde 2009, pero decidió no hacerlo y darle prioridad a la operación de Progreso VII.¹³⁷⁹ Guatemala no debe ser hallada responsable de la mala decisión comercial de Exmingua, de enfocarse en Progreso VII.

- v. *Los Demandantes no han probado que Exmingua fue maltratada gravemente con los cargos penales impuestos o las incautaciones ni han demostrado que las acciones fueran arbitrarias o ilegales*

595. Los Demandantes alegan pero no prueban que “Guatemala incumplió la obligación de trato justo y equitativo al presentar arbitraria e ilegalmente cargos penales infundados y confiscar el concentrado de oro de Exmingua, en una forma que constituye un patrón de conducta abusiva”.¹³⁸⁰

596. No se discute que el derecho internacional les permite a los Estados “organizar la ejecución de las leyes en su territorio de la forma que consideren razonable.”¹³⁸¹ Los inversores extranjeros no reciben privilegios especiales. Como el resto de la nación, los inversores extranjeros están “obligados a respetar la ley local”.¹³⁸² Como resultado de ello, “[p]ueden sufrir inconveniencias, como ser detenidos para interrogatorios, cuando el Estado previene o castiga un delito. Su propiedad puede estar sujeta a medidas de conservación ordenadas por un juez en conexión con disputas legales.”¹³⁸³ Esto, como observa el Profesor Paulson, “debe tolerarse sin queja alguna, a menos que se infrinjan los principios del derecho internacional de carácter imperativo o no se cumplan las condiciones específicas de los tratados.”¹³⁸⁴

597. Se reconoce ampliamente sólo “el trato indebido grave relacionado con las violaciones de aprehensión o detención de los estándares internacionales.”¹³⁸⁵ Tales alegatos o pruebas no se presentasen en este caso. Los Demandantes, en cambio, descansan en dos hechos invocados de 2016:

- a. el 9 de mayo de 2016 “la policía detuvo y registró un vehículo ocupado por cuatro trabajadores de Exmingua que transportaban 19 bolsas de concentrado de oro desde el lugar hasta el puerto” y detuvo a los trabajadores durante la noche.¹³⁸⁶
- b. confiscación del concentrado de oro de Exmingua¹³⁸⁷

598. Ninguna de estas acciones constituye una violación al tratamiento justo y equitativo. Para empezar, no los Demandantes no tienen legitimación activa para presentar una acción en representación de los empleados de

¹³⁷⁹ Réplica de los Demandantes, ¶ 242. Solicitud de Licencia de Explotación de Santa Margarita de fecha 19 de enero de 2009, p. 1 (C-0070); Kappes I, ¶ 141; Informe de Fuentes I, ¶ 75.

¹³⁸⁰ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 482, 501.

¹³⁸¹ Ver Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 351; Réplica de los Demandantes, ¶¶ 501-503

¹³⁸² JAN PAULSON, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW 174 (CL-0171).

¹³⁸³ *Ibid.*

¹³⁸⁴ *Ibid.*

¹³⁸⁵ *Ibid.*

¹³⁸⁶ Ver Memorial de los Demandantes, ¶ 126; Réplica de los Demandantes, ¶ 311.

¹³⁸⁷ Réplica de los Demandantes, ¶ 500.

Exmingua. En sus propias palabras, son los empleados quienes supuestamente sufrieron un daño debido al procedimiento penal. En cualquier caso, no hay evidencia de que Guatemala dio un mal trato a los empleados en el curso de esas acciones. De hecho, el expediente muestra lo contrario: la justicia se pronunció en forma expeditivo. El 9 de mayo de 2016, agentes de la PNC detuvieron a los empleados de Exmingua por, entre otras cosas, transportar concentrado de oro “sin una licencia de transporte y depósito adecuada”¹³⁸⁸ Los empleados fueron puestos a disposición del Juzgado Cuarto de Primera Instancia Penal y liberados ese mismo día basados en una falta de mérito.¹³⁸⁹

599. Los Demandantes realizan una referencia reiterada a la falta de mérito, con la esperanza de que esto demuestre una violación del trato justo y equitativo, pero su intento es en vano. Los empleados fueron liberados pero no absueltos. En cualquier caso, “la absolución en sí misma no abre la puerta por sí a una acción por detención indebida si los procedimientos se basaron en una causa probable y se llevaron a cabo de acuerdo con el proceso establecido (que, por sí, cumplen con los estándares mínimos internacionales y, en particular, no están corrompidos por dolo o arbitrariedad).”¹³⁹⁰ En este caso, no hay prueba de que el derecho al debido proceso de los empleados fue violentado.

600. Si bien la Fiscalía General apeló la decisión del Juez Penal, resulta totalmente erróneo describir dicha acción como un intento de “iniciar un proceso penal” o como un “persecución ilegal de los procesos penales.”¹³⁹¹ Ningún Estado debe ser amenazado o temer por la responsabilidad internacional en la mera aplicación de su derecho interno.

601. El reclamo de los Demandantes con respecto al secuestro del concentrado de oro de forma similar no tiene fundamento. No hay alegación de que el derecho al debido proceso de Exmingua fueron violados o de que Exmingua fue gravemente maltratado en el proceso de confiscación. En cambio, los Demandantes simplemente afirman que el secuestro de mayo de 2016 por el Juzgado Cuarto de Instancia Penal fue ilegal.¹³⁹² Es importante repetir dos puntos. Primero, la mala aplicación de la ley no constituye en sí misma una violación al estándar mínimo internacional.¹³⁹³ Segundo, en ausencia de una denegación de justicia, una resolución, aún siendo esta errada, no puede dar lugar a responsabilidad internacional.¹³⁹⁴

602. De cualquier forma, el secuestro es legal. El concentrado de oro fue secuestrado en cumplimiento de la orden

¹³⁸⁸ Informe de Investigación PNC (9 de mayo de 2016) (C-0148).

¹³⁸⁹ Ver Memorial de los Demandantes, ¶¶ 126-127, donde se cita la Carta al Tribunal de Apelaciones, y se adjunta una copia certificada de la decisión de la Corte Suprema sobre el Amparo 1464-2016 (8 de junio de 2018) (C-0545).

¹³⁹⁰ JAN PAULSSON, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW, ¶ 174 (CL-0171).

¹³⁹¹ Ver Memorial de los Demandantes, ¶¶ 237, 241.

¹³⁹² Informe Funes II, ¶ 163.

¹³⁹³ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 339-343; Ver Sección, V.C.2.a.

¹³⁹⁴ Ver Sección V.C.4.b; Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 283-289

del Juez de Instancia Penal y consistente con el Artículo 206 del Código Procesal Penal el cual permite el secuestro de objetos “cuya naturaleza o tamaño haga imposible mantenerlos bajo custodia”¹³⁹⁵ Luego de la petición de Exmingua, el Juzgado de Instancia Penal levantó el secuestro y devolvió el concentrado de oro bajo custodia de Exmingua debido a que no habían más investigaciones “pendientes en la propiedad y respecto a la maquinaria”.¹³⁹⁶

603. Finalmente, los Demandantes no han establecido que sufrieron un daño como resultado del secuestro. Desde el 3 de mayo de 2016 hasta el 24 de octubre de 2016, la licencia de exportación fue suspendida.¹³⁹⁷ Aún y cuando la suspensión fue revocada el 24 de octubre de 2016, Exmingua no pudo utilizar la licencia porque se venció el 23 de octubre de 2016 y Exmingua no la renovó.¹³⁹⁸ Por tanto, aún en ausencia del secuestro, Exmingua no pudo haber exportado el concentrado. Exmingua no habría podido tampoco vender el concentrado de forma local en virtud de la Resolución 1202.¹³⁹⁹

vi. *La decisión del MEM de congelar la cuenta bancaria de Exmingua fue legal y justificada*

604. Finalmente, los Demandantes incorporan un nuevo argumento. Alegan que “Guatemala también incumplió su obligación de trato justo y equitativo al incautar de manera irrazonable y desproporcionada las cuentas bancarias de Exmingua”.¹⁴⁰⁰ Además de carecer de mérito, el reclamo rebalsa de ironía. Siguiendo con la embestida de cada decisión desfavorable, los Demandantes también alegan que la decisión fue “vengativa y de mala fe”.¹⁴⁰¹ En realidad, los Demandantes pretenden la responsabilidad por las acciones legales de Guatemala contra la violación por parte de Exmingua del derecho guatemalteco.

605. A pesar de la suspensión de las operaciones en noviembre de 2015 por orden de la Corte Suprema, Exmingua continuó operaciones.¹⁴⁰² Los Demandantes intentan justificar este comportamiento en el hecho que “Exmingua no era parte del procedimiento” antes de que se emitiera el amparo provisional.¹⁴⁰³ Esto es irrelevante. Exmingua se incorporó al procedimiento el 1 de diciembre de 2015, por lo que tuvo conocimiento de dicha decisión desde esa fecha.¹⁴⁰⁴ El argumento de que el MEM actuó de forma inconsistente al

¹³⁹⁵ Ver Transcripción de Audiencia de 25 de marzo de 2021 ante el Juzgado Cuarto de Instancia Penal, p.6 (C-0677).

¹³⁹⁶ *Ibid.*, p. 7 (C-0677).

¹³⁹⁷ Resolución Nro. 146 de MEM de fecha 3 de mayo 2016 (C-0140-SPA).

¹³⁹⁸ Ver Memorial de los Demandantes, ¶231.

¹³⁹⁹ Ver Resolución Nro. 1202 de MEM (10 de marzo de 2016) (C-0139).

¹⁴⁰⁰ Réplica de los Demandantes, ¶ 504.

¹⁴⁰¹ Réplica de los Demandantes, ¶ 506.

¹⁴⁰² Resolución 1677 del MEM de fecha 14 de abril de 2016 (C-0442).

¹⁴⁰³ Réplica de los Demandantes, ¶ 505.

¹⁴⁰⁴ Memorial de Apersonamiento de Exmingua, Expediente No. 1592-2014 (1 de diciembre de 2015) (C-0469).

implementar algunas decisiones de la corte y obviando otras no tiene fundamento.¹⁴⁰⁵ Los Demandantes critican al MEM por no llevar a cabo las consultas inmediatamente luego del amparo provisional, sin embargo, el amparo provisional no ordenó eso. Únicamente hizo notar que la licencia de explotación Progreso VII debía ser suspendida.¹⁴⁰⁶

606. A Exmingua se le dio otra oportunidad de cumplir con esta decisión. El 10 de marzo de 2016, el MEM emitió la Resolución No. 1202, una vez más establecido que “el derecho exclusivo de Exmingua de extraer y explotar oro y plata, así como el poder otorgado bajo ese derecho de poder vender localmente, transferir o explotar tales productos” están suspendidos en línea con el *amparo provisional*.¹⁴⁰⁷ Luego de descubrir que Exmingua, a pesar de ello, continuó operaciones, el MEM emitió varias comunicaciones instruyendo a Exmingua que parara operaciones y advirtiéndolo de las acciones legales en caso no cumpliera.¹⁴⁰⁸ A este punto, tanto el organismo judicial como el ejecutivo, en virtud de los poderes que la ley de Guatemala les otorga, habían ordenado de forma clara a Exmingua que parara operaciones. Pero, sintiéndose invencible, Exmingua continuó operaciones. Luego de confirmar que Exmingua seguía operando a pesar de las órdenes, el MEM le impuso una multa en noviembre de 2016 que debía ser pagada en cinco días desde la fecha de notificación.¹⁴⁰⁹ Ignorando la orden del MEM una vez más, Exmingua no cumplió con la multa. Luego de más de cuatro años de esperar a que Exmingua cumpliera con la multa, el [REDACTED] [REDACTED].¹⁴¹⁰

607. Los Demandantes no niegan que Exmingua tenía conocimiento pero eligió no cumplir con ninguna de las resoluciones. Por el contrario, ellos argumentan que la falta de cumplimiento por parte de Exmingua debe ser excusada debido a que unos meses antes de la emisión de la Resolución N° 1022, el MEM observó en una acción iniciada ante la Corte Suprema que era “‘imposible’ cumplir con la sentencia”.¹⁴¹¹ Esto no es cierto. El MEM de forma clara le hizo ver a la Corte Suprema que suspendería los efectos de la licencia minera por el tiempo que el amparo provisional permaneciera vigente.¹⁴¹²

¹⁴⁰⁵ Réplica de los Demandantes, ¶ 505.

¹⁴⁰⁶ Ver Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Caso No. 1592-2014, Sentencia de amparo provisional del 11 de noviembre de 2015 (C-0004).

¹⁴⁰⁷ Resolución de MEM Nro. 1202 (10 de marzo de 2016) (C-0139).

¹⁴⁰⁸ Ver Resolución 1677 del MEM de fecha 14 de abril de 2016 (C-0442); Providencia Administrativa CM-SCDM-218-2016, de fecha 11 de abril de 2016 (R-0327).

¹⁴⁰⁹ MEM, Resolución No. 384 (16 de noviembre de 2016) (C-0904).

¹⁴¹⁰ Ver [REDACTED] (R-0300).

¹⁴¹¹ Memorial de los Demandantes, ¶ 97, donde se cita a Natiana Gándara, “CIG insta al MEM a no doblarse por la presión,” La Prensa Libre, 11 de marzo de 2016 (C-0007-SPA/ENG); Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Expediente 1592-2014, Escrito del MEM en relación con el cumplimiento del amparo provisional del 10 de marzo de 2016, pág. 2 (C-0008).

¹⁴¹² Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Expediente 1592-2014, Escrito del MEM en relación con el cumplimiento del amparo provisional del 10 de marzo de 2016, pág. 4 (C-0008).

608. Finalmente los Demandantes no proveen evidencia que soporte la alegación de que el secuestro es “desproporcionado, en venganza y realizado de mala fe”¹⁴¹³ Y tampoco podrían. Los hechos demuestran que es Exmingua quien debiera ser culpado por el secuestro, no Guatemala.

b. Los Demandantes no han demostrado la denegación de justicia

609. Los Demandantes alegan que los tribunales de Guatemala incurrieron en una denegación de justicia en violación de la obligación de Guatemala de ofrecer un trato justo y equitativo en virtud del Artículo 10.5.¹⁴¹⁴ En particular, los Demandantes identifican las siguientes medidas como configurativas de una denegación de justicia:

- i. Las decisiones de los tribunales de Guatemala de suspender la licencia de explotación Progreso VII¹⁴¹⁵
- ii. Las decisiones de los tribunales de Guatemala de admitir el amparo CALAS¹⁴¹⁶
- iii. La falta de notificación a Exmingua del amparo provisional por parte de la Corte Suprema y “la demora de cuatro años de la Corte de Constitucionalidad para emitir su decisión”¹⁴¹⁷
- iv. La suspensión de los tribunales guatemaltecos fue discriminatoria porque los tribunales no suspendieron otras operaciones a pesar de la falta de consulta.¹⁴¹⁸

610. Por las razones expresadas en el Memorial de Contestación y las elaboradas seguidamente, los reclamos deben ser desestimados.

i. La suspensión de la licencia de explotación Progreso VII por parte de los tribunales guatemaltecos no constituye una denegación de justicia

611. En esencia, el reclamo de los Demandantes por denegación de justicia descansa en la supuesta aplicación indebida del derecho interno de parte de los tribunales guatemaltecos. Los Demandantes alegan que la decisión de los tribunales guatemaltecos de suspender la licencia de explotación Progreso VII e imponer condiciones para su reactivación:

- i. Era arbitraria porque era “una violación del marco legal existente en Guatemala y las autorizaciones y declaraciones previas, así como una aplicación retroactiva de un nuevo requisito de consulta;”¹⁴¹⁹

¹⁴¹³ Réplica de los Demandantes, ¶ 506.

¹⁴¹⁴ Memorial de los Demandantes, ¶¶ 274-312; Réplica de los Demandantes, ¶¶ 529-547.

¹⁴¹⁵ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 531-539, 540.

¹⁴¹⁶ Memorial de los Demandantes, ¶¶ 281-291; Réplica de los Demandantes, ¶¶ 540-542.

¹⁴¹⁷ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 543-547.

¹⁴¹⁸ Réplica de los Demandantes, ¶ 539.

¹⁴¹⁹ Réplica de los Demandantes, ¶ 537.

- ii. Contravenía los principios constitucionales guatemaltecos de confianza legítima, seguridad jurídica, igualdad ante la ley y debido proceso legal, así como el derecho de propiedad y la libertad de comercio e industria;¹⁴²⁰
- iii. Incumplía el principio de irretroactividad y violaba el principio de seguridad jurídica y atentaba contra la garantía de predictibilidad del sistema jurídico bajo el derecho guatemalteco.¹⁴²¹

612. Finalmente, los Demandantes inician un reclamo adicional con respecto a Santa Margarita. Si bien no existen pronunciamientos judiciales con respecto a la exploración o la licencia de explotación de Santa Margarita, los Demandantes sostienen, sin embargo, que los tribunales “suspendieron arbitrariamente e ilegalmente de facto la licencia de exploración de Santa Margarita.”¹⁴²²

613. El reclamo por denegación de justicia de los Demandantes fracasa al ser evaluado de acuerdo con el estándar internacional del estándar de trato mínimo. Si bien los Demandantes insistentemente pintan las sentencias como arbitrarias, ni el Memorial de Demanda ni el Memorial de Réplica lo demuestran. Al contrario, los escritos de los Demandantes están repletos de quejas sobre la indebida aplicación del Derecho guatemalteco por las cortes de Guatemala.¹⁴²³ La petición que pretenden hacerle al Tribunal es evidente: que realicen una revisión *de novo* de la decisión bien fundada de las cortes guatemaltecas, tal y como si fuera una apelación. No siendo este el foro adecuado para ello, el Tribunal —en consonancia con la práctica prevaleciente— declinar la invitación de los Demandantes a revisar la validez de las decisiones de las cortes y rechazar su pretensión.¹⁴²⁴ En *Arif*, el tribunal hizo precisamente esto, afirmando que, en ausencia de una aplicación maliciosa del derecho moldavo, “[n]o existen razones convincentes que justifiquen un nuevo análisis legal por este Tribunal, relativo a la validez de éstos contratos, el cual ha sido consistente, repetida e irrevocablemente decidido por todo el sistema judicial moldalvo.”¹⁴²⁵

¹⁴²⁰ Réplica de los Demandantes, ¶ 532.

¹⁴²¹ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 532.

¹⁴²² Memorial de los Demandantes, ¶113.

¹⁴²³ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 532, 537, 540-543; Memorial de los Demandantes, ¶¶ 224, 228, 230-231, 237, 277-290

¹⁴²⁴ *Ver Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2, Laudo (1º de noviembre de 1999), ¶ 82 (RL-0144) (“[S]in embargo, la posibilidad de responsabilizar internacionalmente a un Estado por decisiones judiciales no da derecho al Demandante a solicitar la revisión internacional de las decisiones de los tribunales nacionales como si la jurisdicción internacional de que se trate tuviera jurisdicción de apelación plenaria. [...] Lo que hay que demostrar es que la propia decisión judicial constituye una violación del tratado. [...] Los Demandantes deben [también] demostrar ya sea una denegación de justicia o una pretensión de forma para lograr un fin internacionalmente ilícito.”); *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18, Decisión sobre jurisdicción and Liability, 14 January 2010, ¶ 283 (RL-0204).

¹⁴²⁵ *Arif c. Moldova*, Laudo, ¶ 416 (CL-0126).

614. Pero en caso que el Tribunal considere necesario evaluar el fondo del reclamo, Guatemala sostiene que el argumento según el cual las cortes guatemaltecas aplicaron retroactivamente una nueva ley o que aplicaron erróneamente una ley existente carece de fundamento. Tribunal igualmente debería desestimar el reclamo porque los Demandantes no han probado que los tribunales aplicaron retroactivamente una nueva ley o que las decisiones fueran contrarias al derecho guatemalteco. Las decisiones de los tribunales estaban bien fundamentadas y contaban con el respaldo del derecho guatemalteco. El derecho de consulta a las comunidades indígenas no fue una nueva ley creada por los tribunales guatemaltecos con la presentación del amparo CALAS. Por el contrario, el derecho indígena a la consulta ya estaba incorporado a la Constitución con la ratificación del Convenio 169 de la OIT y otros instrumentos internacionales, décadas antes que los Demandantes invirtieran en Guatemala. Fue subsecuentemente reconocido y cimentado la Corte de Constitucionalidad con antelación al amparo CALAS.

615. Ninguno de los principios de *estoppel*, certeza legal/confianza legítima, o proporcionalidad apoyan el reclamo por denegación de justicia. Comenzando por el hecho que los Demandantes no han establecido que el quebrantamiento de estos principios implicaría una violación del estándar de trato mínimo o constituiría una denegación de justicia.

616. Su reclamo con respecto a Santa Margarita es similarmente infundado. La decisión de cesar la exploración en Santa Margarita por parte de Exmingua no es atribuible a ningún acto tomado por Guatemala. Ninguna de las decisiones de las cortes con respecto a Progreso VII se extendieron a la licencia de exploración de Santa Margarita. Exmingua sabía esto, pero tomó una decisión estratégica de parar la exploración. Guatemala no puede ser responsable por una decisión tomada por voluntariamente por Exmingua y sin interferencia gubernamental.

Las decisiones de Guatemala de suspender la licencia de explotación no fueron retroactivas ni arbitrarias sino bien fundamentadas y justificadas en virtud del derecho guatemalteco

617. En su lucha por argumentar una denegación de justicia, los Demandantes alegan que la decisión de los tribunales guatemaltecos de suspender la licencia de explotación hasta las consultas con las comunidades indígenas fue violatoria del derecho guatemalteco y, por lo tanto, arbitraria.¹⁴²⁶ Los Demandantes insisten en que la licencia de explotación sólo puede suspenderse:

- (i) de conformidad con el artículo 51 de la Ley de Minería, sobre la base de los motivos específicos enumerados en ella y sujeto a un procedimiento administrativo en el que el titular de la licencia tenga la oportunidad de ser oído y de buscar nuevos recursos, o (ii) mediante declaración *de Lesividad* por

¹⁴²⁶ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 232, 537.

Decreto Ejecutivo emitido por el Presidente de Guatemala.¹⁴²⁷

618. Los Demandantes argumentan que, en lugar de suspender la licencia de explotación por haber omitido realizar las consultas de conformidad con el Convenio 169 de la OIT, las cortes guatemaltecas “aplicaron retroactivamente una nueva ley”¹⁴²⁸ o “reinterpretaron retroactivamente las leyes existentes.”¹⁴²⁹
619. Resulta confusa la manera en la cual los Demandantes tercamente insisten en que los tribunales aplicaron retroactivamente una nueva ley, pero no demuestran nada al respecto. De hecho, el experto de los Demandantes, el Profesor Fuentes, se abstiene de alinearse con la postura de los Demandantes.¹⁴³⁰ Y por buenas razones. Es difícil comprender cómo la aplicación del Convenio 169 de la OIT por parte de los tribunales –instrumento que entró en vigencia en 1997 y fue aplicado en numerosas oportunidades por los tribunales guatemaltecos- puede considerarse una nueva ley. Tampoco resulta claro de qué manera las decisiones de los tribunales se consideran una “reinterpretación retroactiva de leyes existentes”.¹⁴³¹
620. A pesar de cómo los Demandantes eligen enmarcar las decisiones judiciales, resulta evidente que las decisiones estaban bien fundamentadas y se basaban en doctrina legal preexistente. El 8 de junio de 2016, la Corte Suprema emitió un amparo definitivo, suspendiendo la licencia de explotación Progreso VII hasta la oportunidad en la que el MEM realizara la consulta exigida en el Convenio 169 de la OIT.¹⁴³² El 11 de junio de 2020, la Corte de Constitucionalidad confirmó el amparo definitivo, apoyando la interpretación del derecho guatemalteco de la Corte Suprema.¹⁴³³
621. Ambos tribunales explicaron detalladamente la motivación que fundamentó sus decisiones. En términos claros y con estructura organizada, describieron los antecedentes del amparo de CALAS,¹⁴³⁴ resumieron correctamente los argumentos de las partes,¹⁴³⁵ determinaron el derecho aplicable,¹⁴³⁶ y aplicaron el derecho

¹⁴²⁷ Memorial de los Demandantes, ¶ 298.

¹⁴²⁸ Memorial de los Demandantes, ¶¶ 297-298; Réplica de los Demandantes, ¶538.

¹⁴²⁹ Réplica de los Demandantes, ¶ 532.

¹⁴³⁰ *Ver* Fuentes II, ¶ 136, Fuentes I, ¶ 110. El Profesor Fuentes sólo observa que ‘el principio de seguridad jurídica se concreta mediante la observancia de otros principios, tales como, el del debido proceso, el de legalidad, el de irretroactividad y el de taxatividad, cuyos soportes lo constituyen la cosa juzgada, la prescripción y la caducidad, entre otros’.

¹⁴³¹ Réplica de los Demandantes, ¶ 532.

¹⁴³² Corte Suprema de Guatemala, Expediente 1592-2014, Decisión (28 de junio de 2016) (C-0144).

¹⁴³³ Corte Constitucional de Guatemala, Casos Consolidados N° 3207-2016 y 3344-2016, Decisión (11 de junio de 2020) (C-0145).

¹⁴³⁴ Corte Suprema de Guatemala, Expediente 1592-2014, Decisión (28 de junio de 2016), p 1-2 (C-0144); Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Casos Consolidados Nos. 3207-2016 y 3344-2016, Decisión (11 de junio de 2020), pág. 1-8 (C-0145).

¹⁴³⁵ Corte Suprema de Guatemala, Expediente 1592-2014, Decisión (28 de junio de 2016), p 2-4 (C-0144); Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Casos Consolidados N° 3207-2016 y 3344-2016, Decisión (11 de junio de 2020), pág. 8-14 (C-0145).

¹⁴³⁶ Corte Suprema de Guatemala, Expediente 1592-2014, Decisión (28 de junio de 2016), p 5-16 (C-0144); Corte de

adecuado a los hechos del caso.¹⁴³⁷ Dedicándole muchas páginas, cada tribunal desarrolló los fundamentos de sus decisiones que, como se observa más abajo, se basaron en el derecho vigente en Guatemala:

Primero, de acuerdo con el artículo 46 de la Constitución, ratificó que los convenios internacionales tienen jerarquía superior al derecho interno.¹⁴³⁸

Segundo, el Convenio de la OIT y otros instrumentos internacionales reconocen el derechos de a ser consultados sobre medidas que pudieran afectar sus intereses.¹⁴³⁹

Tercero, además de los instrumentos anteriores, los tribunales se basaron una serie de precedentes, como se establece en el Artículo 43 de la Ley de Amparo, y en las prácticas de los tribunales internacionales.¹⁴⁴⁰ Entre las decisiones citadas por la Corte de Constitucional, se encuentran decisiones tomadas en diciembre de 2009 y septiembre de 2018, donde se sostuvo que el Estado debe consultar a los pueblos indígenas con antelación a la adopción de medidas que puedan afectar sus intereses.¹⁴⁴¹ Los Tribunales Constitucionales también se basaron en la práctica de cortes internacionales y países vecinos quienes han decidido similarmente que “consultar a los pueblos indígenas en relación con las iniciativas de exploración y explotación mineras es de carácter obligatorio.”¹⁴⁴²

Constitucionalidad de Guatemala, Casos Consolidados N° 3207-2016 and 3344-2016, Decisión (11 de junio de 2020), pág. 14-22, 29-42(C-0145).

¹⁴³⁷ Corte Suprema de Guatemala, Expediente 1592-2014, Decisión (28 de junio de 2016), p 16-19 (C-0144); Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Casos Consolidados N° 3207-2016 y 3344-2016, Decisión (11 de junio de 2020), pág. 22-29, 42-45(C-0145).

¹⁴³⁸ Corte Suprema de Guatemala, Expediente 1592-2014, Decisión (28 de junio de 2016), pág. 8 (C-0144). *Ver también*, Constitución Política de Guatemala, Art. 46 (C-0414).

¹⁴³⁹ *Ver* Corte Suprema de Guatemala, Expediente 1592-2014, Decisión (28 de junio de 2016), (C-0144); Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Casos Consolidados N° 3207-2016 y 3344-2016, Decisión (11 de junio de 2020), pág.20 (C-0145).

¹⁴⁴⁰ Ley de Amparo, Artículo 43 (C-0146).

¹⁴⁴¹ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Casos Consolidados N° 3207-2016 y 3344-2016, Decisión (11 de junio de 2020), pág.20 (C-0145) (p.2 cita la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 21 de diciembre de 2009, expediente No. 3878-2007. También se consideró el caso núm. 1072-2011); Corte Suprema de Guatemala, Expediente 1592-2014, Decisión (28 de junio de 2016), pp. 5-16 (C-0144) (p. 12 cita al No. 3878-2007); (C-0144), citando el caso núm. 3878-2007, No. 2432-2011 y No. 2481-2011.

¹⁴⁴² Corte Suprema de Guatemala, Expediente 1592-2014, Decisión (28 de junio de 2016), p 5-16 (C-0144), pp. 10-11 citando a *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*, Sentencia (17 de junio de 2005), ¶¶ 131, 135-137; Caso del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, Sentencia (27 de junio de 2012), ¶¶ 232, Consideraciones de la Corte; *Ver también*, Corte Constitucional de Guatemala, Casos Consolidados N° 3207-2016 y 3344-2016, Decisión (11 de junio de 2020) (C-0145), citando el *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, Sentencia (27 de junio de 2012), ¶¶ 232, *Caso del Pueblo Saramaka c. Surinam*, Interpretación de la Sentencia sobre Observaciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas de fecha 12 de agosto de 2008. Serie C No 195, ¶ 37; Corte Constitucional de Guatemala, Casos Consolidados N° 3207-2016 y 3344-2016, Decisión (11 de junio de 2020) (C-0145), p 31-32, cita a la *Comisión Internacional de Derechos Humanos, Pueblos Indígenas, Comunidades Afrodescendientes y Recursos Naturales: Protección de los Derechos Humanos en el Contexto de Actividades de Extracción, Explotación y Desarrollo*, Op. Cit., Pág. 55; Resolución SU-383/83 de 13 de

622. Tras reconocer el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados, las cortes suspendieron la licencia de explotación de Progreso VII a la luz de la facultad que le otorga el artículo 27 de la Ley de Amparo para suspender medidas que puedan afectar los derechos humanos.¹⁴⁴³ Considerando que las decisiones están fundamentadas en instrumentos internacionales ratificados décadas antes de que los Demandantes invirtieran en Guatemala y la jurisprudencia existentes al momento del caso, la afirmación de los Demandantes de que los tribunales aplicaron retroactivamente una nueva ley fracasa.

623. La reclamación de los Demandantes por arbitrariedad es similarmente infundada. Estos argumentan que las decisiones son contrarias a la interpretación legal previa realizada por el Estado ante la CIDH según la cual “el otorgamiento de licencias de conformidad con la Ley de Minería y su Reglamento satisface” el requisito del Convenio de la OIT.¹⁴⁴⁴ Para ser calificada de arbitraria, la decisión en cuestión debe demostrar un “desprecio deliberado del debido proceso legal, un acto que impacta, o al menos sorprende, un sentido de propiedad jurídica.”¹⁴⁴⁵ Los tribunales no están impedidos de adoptar una interpretación diferente a la transmitida en instancias anteriores. Después de todo, el *estoppel* sólo aplica “a declaraciones de hecho,” no a declaraciones de derecho.¹⁴⁴⁶

Ninguno de los principios reunidos de seguridad jurídica, confianza legítima o teoría del estoppel podría salvar el débil reclamo de los Demandantes.

624. Los Demandantes posteriormente alegan varios principios inaplicables para establecer una denegación de justicia. Argumental que el Estado violó los principios de *estoppel* y certeza legal cuando los tribunales suspendieron la licencia después que el MEM aprobó la licencia de explotación de Exmingua para Progreso VII.¹⁴⁴⁷ De acuerdo con los Demandantes, una violación de estos principios podría resultar en una denegación de justicia porque son: i) principios generales del derecho,¹⁴⁴⁸ y ii) son parte del derecho guatemalteco.¹⁴⁴⁹ El argumento es errado por las siguientes razones.

625. Tal y como estableció Guatemala, el único derecho aplicable para interpretar el contenido del estándar de trato justo y equitativo bajo el Artículo 10.15 del DR-CAFTA es, tal y como la misma norma específica, el

mayo de 2003, expediente No. T-517583, sobre la acción de protección de derechos fundamentales iniciada por la Organización de Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana.

¹⁴⁴³ Ver Section ##. Ver también, Ley de Amparo, Artículo 28; Ver Corte Suprema de Guatemala, Caso No. 1592-2014, Decisión (28 de junio de 2016) (C-0144).

¹⁴⁴⁴ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 485-486.

¹⁴⁴⁵ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 339.

¹⁴⁴⁶ *Pope c. Canadá*, Laudo interino, ¶ 111 (CL-0129).

¹⁴⁴⁷ Memorial de los Demandantes, ¶¶ 224, 234-235.

¹⁴⁴⁸ Réplica, ¶ 533 (“Como principio general de derecho, el principio de certeza jurídica también debe guiar a este Tribunal para determinar la obligación de Guatemala de no denegar justicia en virtud del artículo 10.5 (1) del DR-CAFTA”; ¶ 481.

¹⁴⁴⁹ Fuentes II, ¶¶ 32, 36, 38. Ver también, Fuentes I, ¶ 37.

derecho consuetudinario internacional. Visto que los Demandantes no alegan, mucho menos demuestran, que los principios de *estoppel* y certeza legal formen parte del estándar de trato justo y equitativo del estándar de trato mínimo del derecho consuetudinario internacional, el Tribunal debería poner fin a su análisis aquí y rechazar el intento de los Demandantes de apoyarse en estos principios.

626. El segundo argumento de los demandantes igualmente carece de mérito. Incluso asumiendo *arguendo* que estos principios son parte del derecho guatemalteco y que las cortes de Guatemala los violaron, cosa que no ocurrió, ello no mueve la aguja en favor de los Demandantes, considerando el consenso según el cual una decisión errada, en sí misma, no constituye una denegación de justicia.¹⁴⁵⁰ En todo caso, los Demandantes no han demostrado una violación de estos principios.

627. Más allá de solicitarle al Tribunal que aplique el principio de *estoppel*, los Demandantes no intentan establecer los elementos necesarios.¹⁴⁵¹ En cambio, simplemente argumentan que las cortes de Guatemala no podían suspender la licencia porque el MEM “aprobó la licencia de explotación Progreso VII de Exmingua.”¹⁴⁵² La pretensión de los Demandantes es notable. Puesta sencillamente, los Demandantes están solicitando a este Tribunal que encuentre a Guatemala internacionalmente responsable porque sus cortes —el órgano encargado de interpretar y aplicar la ley del país— cumplió cumplieron con su mandato.

628. Un argumento similar fue rechazado en *Arif c. Moldavia*. En ese caso, el demandante argumentó que Moldavia no podía invocar la invalidez de un contrato de arrendamiento con base en una decisión de las cortes moldavas porque “fue precisamente la propia Moldova quien otorgó el derecho [de los demandantes].”¹⁴⁵³ El tribunal rechazó el reclamo, absteniéndose de encontrar a Moldavia internacionalmente responsable “por la correcta aplicación del derecho Moldavo por las cortes de Moldavia en demandas presentadas por un competidor privado.”¹⁴⁵⁴

629. El reclamo de los Demandantes en virtud de la confianza legítima/certeza legal no tiene mejor suerte. Los Demandantes alegan que una licencia de explotación sólo puede suspenderse por medio del artículo 51 de la Ley de Minería o solicitando una declaración de Lesividad a través de un Decreto dictado por el Presidente de

¹⁴⁵⁰ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 300-302.

¹⁴⁵¹ *Pope c. Canadá*, ¶ 111 (CL-0129) (Para beneficiarse del principio de *estoppel*, los Demandantes deben demostrar tres elementos: “(1) una declaración de hechos que sea clara e inequívoca; (2) esta declaración debe ser voluntaria, incondicional y autorizada; y (3) debe confiarse de buena fe en la declaración, ya sea en detrimento de la parte que confía en el estado o en beneficio de la parte que hace la declaración.”)

¹⁴⁵¹ Memorial de los Demandantes, ¶¶ 224, 234-235.

¹⁴⁵² Memorial de los Demandantes, ¶¶ 224, 234-235.

¹⁴⁵³ *Arif c. Moldova*, Laudo, ¶ 419. *Ver también, id.*, 275 (CL-0126).

¹⁴⁵⁴ *Arif c. Moldova*, Laudo, ¶ 419 (CL-0126).

Guatemala.¹⁴⁵⁵ Con la suspensión de la licencia de explotación por motivos distintos de los motivos limitados de suspensión, según los Demandantes, es una violación de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y de estoppel de parte de los tribunales de Guatemala.¹⁴⁵⁶ El argumento, no soporta escrutinio.

630. Ni el Memorial de Demanda ni el Memorial de Réplica, demuestran que estos principios formen parte del estándar de trato mínimo. A pesar que los Demandantes ofrecen una definición de estos principios bajo el derecho guatemalteco, no explican cual es el significado de estos principios bajo el derecho internacional. En todo caso, incluso según su propia definición de confianza legítima/certeza legal, no hay violación. De acuerdo con el Profesor Fuentes, el principio de confianza legítima, que es “inherente al principio de certeza legal,” sería violado si el Estado revoca un acto administrativo “mediante decisiones arbitrarias o injustificadas.”¹⁴⁵⁷ No hay tales decisiones en este caso.

631. Tal y como explicó Guatemala, las decisiones de las cortes se basaron en el Convenio 169 de la OIT y en sus facultades previstas en la Ley de Amparo para proteger de derechos humanos y constitucionales de una violación inminente.¹⁴⁵⁸ De haber realizado los Demandantes la más mínima diligencia debida, habrían apreciado claramente el derecho de consulta de los pueblos indígenas y el riesgo de soslayar este requisito previsto en varios instrumentos y confirmado por las cortes nacionales e internacionales.

El principio de proporcionalidad no es aplicable, y, en todo caso, los Demandantes no han demostrado una violación de este principio

632. Los Demandantes, conscientes de lo endeble de su reclamo, continúan construyendo otros principios. Argumentan que la suspensión violó el principio de proporcionalidad bajo el derecho internacional y guatemalteco.¹⁴⁵⁹ Esto es simplemente falso, tal y como será explicado por Guatemala de seguidas.

633. Antes de pasar al corazón del reclamo, dos puntos preliminares son de utilidad aquí. *Primero*, los Demandantes no han demostrado que una violación del principio de proporcionalidad constituye una denegación de justicia. Tampoco existe evidencia de que este principio forme parte del estándar de trato mínimo. Su aplicación bajo el derecho internacional, de acuerdo con el tribunal en *Cairn*, está limitada al principio de no retroactividad.¹⁴⁶⁰ En ese caso, el tribunal sostuvo que un Estado debe balancear los intereses públicos y privados antes de imponer regulaciones retroactivas.¹⁴⁶¹ Aquí no es requerido ese análisis —no

¹⁴⁵⁵ Memorial de los Demandantes, ¶ 298.

¹⁴⁵⁶ Réplica de los Demandantes, ¶ 300; Memorial de los Demandantes, ¶¶ 288-300.

¹⁴⁵⁷ Fuentes II, ¶ 43.

¹⁴⁵⁸ Ley de Amparo, Article 49(a) (**RL-0410**)

¹⁴⁵⁹ Réplica, ¶ 435; Fuentes I, ¶ 173, 179.

¹⁴⁶⁰ Réplica, ¶ 535.

¹⁴⁶¹ Réplica, ¶ 535, donde se cita a *Cairn c. India*, Laudo, ¶ 1794 (**CL-0335**).

hubo aplicación retroactiva de una nueva ley.

634. La legislación de Guatemala tampoco ayuda a los Demandantes. Una aplicación incorrecta de la ley, incluida una aplicación errónea del principio de proporcionalidad, no constituye una denegación de justicia. En todo caso, la decisión de la Corte de Constitucionalidad de continuar con la suspensión de Progreso VII Derivada no violó el principio de proporcionalidad. Antes de arribar a su decisión, la Corte de Constitucionalidad consideró: (i) los intereses legítimos de “los afectados o potencialmente afectados”; (ii) el deber del Estado de cumplir debidamente con sus obligaciones internacionales y “respetar y tutelar los derechos fundamentales de sus ciudadanos”; (iii) la “realidad económica, cultural, histórica y ecológica del Estado de Guatemala”; y (iv) “la potenciación de proyectos de inversión” y el deseo de que se “prevengan reparos injustificados a proyectos solventes de desarrollo de la nación.”¹⁴⁶²

635. En ejercicio de la discreción prevista en el Artículo 39 de la Ley de Amparo, la Corte de Constitucionalidad sostuvo que las operaciones de Progreso VII debían mantenerse suspendidas pues “ha puesto en peligro la vida y la seguridad de los habitantes de las municipalidades pertinentes.”¹⁴⁶³ En virtud de esta motivación que es claramente expresado en la decisión, resulta falso argumentar, como hacen los Demandantes, que la Corte de Constitucionalidad no “realizó un análisis de proporcionalidad para determinar si era necesario o adecuado suspender las operaciones de Exmingua para la realización de las consultas.”¹⁴⁶⁴

636. Finalmente, los Demandantes no han establecido que han sufrido una pérdida como resultado de la suspensión temporaria de la licencia de explotación Progreso VII. El reclamo de daños de los Demandantes descansa en la premisa incorrecta de que Exmingua “no tiene valor” porque, entre otras cosas, la licencia de explotación Progreso VII fue suspendida indefinidamente.¹⁴⁶⁵ Si bien los Demandantes citan decisiones judiciales para sustentar su reclamo, las decisiones claramente observan que la licencia de explotación se suspende sólo hasta que el MEM realice la consulta con las comunidades indígenas residentes en la zona.¹⁴⁶⁶ Adicionalmente, el MEM ha tomado medidas preliminares para implementar la decisión de la Corte Suprema de Justicia.¹⁴⁶⁷

ii. Los Demandantes no han establecido la existencia de una suspensión de facto de la licencia de exploración ni de la licencia de explotación de Santa Margarita

637. Los Demandantes luego solicitan al Tribunal que resuelva que Guatemala es responsable por la decisión

¹⁴⁶² Corte Constitucional de Guatemala, Casos Consolidados Nos.3207-2016 y 3344-2016, Sentencia (11 de junio de 2020), p.22 (C-0145).

¹⁴⁶³ Corte Constitucional de Guatemala, Casos Consolidados Nos.3207-2016 y 3344-2016, Sentencia (11 de junio de 2020), p. 38 (C-0145).

¹⁴⁶⁴ Réplica de los Demandantes, ¶ 536.

¹⁴⁶⁵ Réplica de los Demandantes, ¶ 630.

¹⁴⁶⁶ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 545.

¹⁴⁶⁷ Informe del MEM presentado al Tribunal Constitucional el 11 de junio de 2020 (C-0872).

comercial de Exmingua de detener la exploración en Santa Margarita. Alegan que la suspensión *de jure* de la licencia de explotación Progreso VII y la decisión de la Corte de Constitucionalidad de septiembre de 2018 de que “tanto las licencias preexistentes de exploración como las licencias de explotación están sujetas a las consultas del Convenio 169 de la OIT” tuvieron el efecto de facto de suspender la licencia de exploración de Santa Margarita.¹⁴⁶⁸ El reclamo carece de mérito.

638. Los Demandantes utilizan incorrectamente el término ‘*de facto*.’ El amparo de CALAS se limitó específicamente a la licencia de explotación Progreso VII. Por lo tanto, si Exmingua hubiera tenido intención de explorar Santa Margarita, podría haberlo hecho a pesar la suspensión de la licencia de explotación Progreso VII ordenada por los tribunales. En caso de duda, Exmingua pudo haber solicitado una aclaración a la corte. Pero no lo hizo. En cambio, Exmingua eligió suspender la exploración porque presumió que podría haber, en el futuro, “otra demanda de CALAS en busca de un amparo que suspenda la licencia de exploración de Santa Margarita.”¹⁴⁶⁹ Guatemala no puede ser responsable por la decisión estratégica de Exmingua de detener la exploración.

639. La argumentación de los Demandantes con base en la decisión de la Corte de Constitucionalidad de septiembre de 2018 en *Minera San Rafael* tampoco tiene asidero. Ni los Demandantes ni Exmingua eran parte en el caso *Minera San Rafael*. Por lo tanto, incluso si la Corte de Constitucionalidad en ese caso erró o violó los derechos de debido proceso de las partes, que no lo hizo, los Demandantes no tienen legitimación para plantear una violación del DR-CAFTA sobre la base de esa decisión. En todo caso, la Corte de Constitucionalidad no declaró que todas las licencias de exploración existentes para el momento en el cual se dictó la decisión debían ser suspendidas.¹⁴⁷⁰

iii. *Las decisiones de los tribunales de admitir el amparo de CALAS no configura una denegación de justicia*

Una aplicación indebida de una ley procesal, no constituye una denegación de justicia y , en todo caso, la decisión de las cortes fue consistente con la Ley de Amparo

640. Respecto de la decisión de los tribunales de aceptar el amparo los Demandantes argumentan que con la admisión de la solicitud de CALAS, los tribunales ignoraron: i) el “Artículo 20 de la Ley de Amparo” que establece que los amparos deben presentarse dentro de los 30 días de tomar conocimiento del acto por el que

¹⁴⁶⁸ Memorial de los Demandantes, ¶ 243; Réplica de los Demandantes, ¶ 279.

¹⁴⁶⁹ Memorial de los Demandantes, ¶ 244.

¹⁴⁷⁰ Sentencia del 3 de septiembre de 2018, emitida en el expediente No. 4785-2017 del Tribunal Constitucional (caso *Minera San Rafael*) (C-0459).

se plantea el reclamo,¹⁴⁷¹ ii) el Artículo 19 de la Ley de Amparo que obliga a los peticionantes a agotar primero las instancias administrativas antes de presentar un *amparo*,¹⁴⁷² iii) el Artículo de la Ley de Amparo que solo permite “a la Fiscalía y al Fiscal General de Derechos Humanos interponer acciones de amparo en nombre de un grupo,”¹⁴⁷³ y iv) el MEM “carecía de derecho para ser demandado en la acción de amparo llevada a cabo por CALAS.”¹⁴⁷⁴ Aparte de alegar que los tribunales violaron la Ley de Amparo, los Demandantes no han establecido que los derechos de debido proceso de Exmingua fueron seriamente violados por estas decisiones.

641. Como una aplicación indebida del derecho, ya sea derecho procesal o sustantivo, no constituye en sí misma una denegación de justicia, el Tribunal debe abstenerse de impugnar las decisiones del tribunal y desestimar el reclamo.¹⁴⁷⁵ Si el Tribunal, sin embargo, decide analizar el fondo de la cuestión, Guatemala mantiene que las decisiones del tribunal eran congruentes con el derecho guatemalteco, por las razones expresadas en el Memorial de Contestación y las discutidas de seguidas.

El plazo establecido en el Artículo 20 de la Ley de Amparo

642. Los Demandantes plantean que la Corte Suprema y la Corte de Constitucionalidad ignoraron el Artículo 20 de la Ley de Amparo al aceptar el amparo de CALAS presentado más de 30 días después de que el MEM emitiera una notificación pública de la solicitud de licencia de explotación de Exmingua el 22 de junio de 2011.¹⁴⁷⁶ El argumento carece de mérito.

643. El Artículo 20 de la Ley de Amparo establece que una parte que desee impugnar una medida que considera perjudicial podrá hacerlo dentro de los 30 días de haber tomado conocimiento de esa medida.¹⁴⁷⁷ Pero hay dos principales excepciones a esta regla. Primero, cuando el amparo se plantea contra la inacción de la autoridad impugnada.¹⁴⁷⁸ Segundo, cuando existe una “posibilidad manifiesta de que ocurran actos violatorios del sujeto activo”.¹⁴⁷⁹

644. Bajo el primer escenario, el plazo no se aplica porque no hay un período de corte desde el que el reloj debe empezar a contar. Por su misma naturaleza, una conducta omisiva causa un daño continuo hasta ser subsanada.

645. Sobre la base de este razonamiento, la Corte Suprema y la Corte de Constitucionalidad se han negado

¹⁴⁷¹ Memorial de los Demandantes, ¶ 281; Réplica de los Demandantes, ¶ 540.

¹⁴⁷² Memorial de los Demandantes, ¶ 287; Réplica de los Demandantes, ¶ 540.

¹⁴⁷³ Memorial de los Demandantes, ¶ 288; Réplica de los Demandantes, ¶ 540.

¹⁴⁷⁴ Memorial de los Demandantes, ¶ 290; Réplica de los Demandantes, ¶ 540.

¹⁴⁷⁵ Ver Sección V.C.4.b.iii.

¹⁴⁷⁶ Réplica de los Demandantes, ¶ 214; Memorial de los Demandantes, ¶ 281.

¹⁴⁷⁷ Ley de Amparo, Art. 20 (C-0416).

¹⁴⁷⁸ Informe Richter I, ¶ 84.

¹⁴⁷⁹ Ley de Amparo, Art. 20 (C-0416).

repetidamente a aplicar el plazo para las solicitudes presentadas contra a la falta de consulta a las comunidades indígenas.¹⁴⁸⁰ Por ejemplo, el 12 de enero de 2016, la Corte de Constitucionalidad se negó a desestimar el amparo iniciado contra el MEM por emitir una licencia de exploración a Nichormet Guatemala antes de consultar con las comunidades indígenas cercanas.¹⁴⁸¹ Como Exmingua, la Procuraduría General de la Nación sostuvo que el amparo debía desestimarse porque se presentó más de cuatro años después de la resolución que otorgó la licencia.¹⁴⁸²

646. La corte rechazó el argumento. Sostuvo que el Artículo 20 era inaplicable porque el amparo procede contra la “conducta omisiva por parte de la autoridad recriminada.” Al igual que el amparo de CALAS, los “motivos de agravio” de los postulantes eran que “esas actuaciones se haya producido –y sigan efectuándose- sin consultarles a las comunidades allí radicadas.”¹⁴⁸³

647. Si bien los Demandantes alegan que Oxec fue tratada favorablemente por el poder judicial guatemalteco,¹⁴⁸⁴ la decisión de la Corte de Constitucionalidad respecto de la aplicación del Artículo 20 del amparo presentado contra Oxec muestra una imagen diferente. En mayo de 2017, la Corte de Constitucionalidad sostuvo que el plazo límite no se aplica al amparo presentado por la falta de consulta de consulta del MEM a las comunidades del departamento de Alta Verapaz antes de otorgar la concesión a Oxec.¹⁴⁸⁵ En congruencia con la postura anterior, el tribunal se abstuvo de aplicar el plazo de prescripción, describiendo a la falta de consulta como “de naturaleza continuada, en tanto la autoridad obligada soslaye el mandato legal de consultar a la comunidad

¹⁴⁸⁰ Informe Richter I, donde se cita a la Corte de Constitucionalidad. Expediente 1798-2015, Sentencia del 26 de enero de 2017 pág.23 (“El plazo previsto en el artículo 20 de la Ley de Amparo... no es aplicable para este caso, pues se mantiene la inactividad de la autoridad cuestionada respecto del derecho de consulta que se alega vulnerado”). (MR-045); Corte de Constitucionalidad. Expediente 3120-2016, sentencia del 29 de junio de 2017, pág.3 (“No es de aplicación el plazo previsto en el artículo 20 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, pues se mantiene la inactividad de la autoridad en litigio respecto del derecho de consulta que se niega violado. La vulneración del derecho de consulta se considera de carácter permanente, ya que permanece vigente mientras la autoridad obligada deje de cumplir el mandato legal de consultar a las comunidades interesadas.”) (MR-039); Corte de Constitucionalidad. Expediente 411-2014, sentencia del 12 de enero de 2016, pág. 13, 22 (MR-035); Corte de Constitucionalidad. Expedientes Acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, sentencia del 26 de mayo de 2017, p 2-3 (MR-033); Corte de Constitucionalidad. Expediente 697-2019, sentencia del 18 de junio de 2020, pág. 2 (MR-036); Corte de Constitucionalidad. Expediente 4785-2017, sentencia del 3 de septiembre de 2018, pág.5 (MR-040).

¹⁴⁸¹ Informe Richter I, ¶ 84, citando al Tribunal Constitucional. Expediente 411-2014, sentencia (12 de enero de 2016), p.22 (MR-035).

¹⁴⁸² Informe Richter I, ¶ 84, citando al Tribunal Constitucional. Expediente 411-2014, sentencia (12 de enero de 2016), p.13 (MR-035).

¹⁴⁸³ Informe Richter I, ¶ 84, citando al Tribunal Constitucional. Expediente 411-2014, sentencia (12 de enero de 2016), p.22 (MR-035).

¹⁴⁸⁴ Memorial de los Demandantes, ¶ 307.

¹⁴⁸⁵ Informe Richter I, Corte Constitucional. Expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, sentencia (26 de mayo de 2017), p 2-3 (MR-033).

afectada.”¹⁴⁸⁶

648. El amparo de CALAS fue revisado y aceptado con el mismo razonamiento. En línea con los precedentes existentes, según se exige en el Artículo 43 de la Ley de Amparo, la Corte Suprema admitió el amparo de CALAS, y sostuvo que el Artículo 20 es inaplicable porque “la acción corresponde a la inactividad de la autoridad cuestionada” que “continúa respecto al derecho a la consulta supuestamente violados.”¹⁴⁸⁷ Luego, la Corte de Constitucionalidad confirma la decisión, reiterando que el Artículo 20 no se aplica porque “la violación al derecho de consulta enunciada... se estima de carácter permanente” o “de naturaleza continuada.”¹⁴⁸⁸ La segunda excepción también aplica al amparo de CALAS pues había una probabilidad real de afectación a los derechos de las comunidades indígenas por la falta de consulta.

Agotamiento de recursos legales

649. Luego, los Demandantes alegan que la admisión del amparo de CALAS violaba el “Artículo 19 de la Ley de Amparo, que exigía que CALAS agotara primero “todos los recursos judiciales y administrativos ordinarios disponibles para disponer adecuadamente del asunto mediante el debido proceso”¹⁴⁸⁹. El Profesor Fuentes sostiene que CALAS podría haber planteado los siguientes Recursos pero eligió no hacerlo: i) haber participado en el proceso de oposición al amparo del artículo 47 de la Ley de Minería antes que el MEM otorgara la licencia”,¹⁴⁹⁰ ii) haber interpuesto un “recurso de reposición para la reconsideración de la decisión del MEM de otorgar la licencia al amparo del artículo 9 de la Ley de lo Contencioso Administrativo”,¹⁴⁹¹ o iii) haber iniciado un proceso contencioso administrativo con arreglo al Artículo 19 de esa Ley.”¹⁴⁹² Por ello, el Profesor Fuentes argumenta, los tribunales deberían haber rechazado el reclamo.

650. El argumento carece de mérito. No se debate aquí que el amparo de CALAS se dirigía contra la falta de consulta a las comunidades indígenas de parte del MEM.¹⁴⁹³ Ninguna de las vías mencionadas aquí se aplica a una parte que pretende interponer un recurso contra la falta de consulta a las comunidades indígenas de la autoridad impugnada.¹⁴⁹⁴ Es revelador que ni los Demandantes ni el Profesor Fuentes argumentan lo contrario. Desde marzo de 2015, la Corte de Constitucionalidad ha afirmado repetidamente que no existe remedio

¹⁴⁸⁶ Informe Richter I, Corte Constitucional. Expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, sentencia (26 de mayo de 2017), p 2-3 (**MR-033**).

¹⁴⁸⁷ Corte Suprema de Guatemala, Expediente 1592-2014 (28 de junio de 2016) pág. 23 (**C-0144**).

¹⁴⁸⁸ Corte Constitucional de Guatemala, Caso No. 1592-2014, Sentencia confirmando el amparo definitivo (**C-0145**), p. 17. *Ver también ibid.*, p. 16.6.

¹⁴⁸⁹ Réplica de los Demandantes, ¶ 222.

¹⁴⁹⁰ Réplica de los Demandantes, ¶ 225, donde se cita a Fuentes I, ¶¶ 129-130, 133, Fuentes II, ¶¶ 126, 128-135.

¹⁴⁹¹ Réplica de los Demandantes, ¶ 225, donde se cita a Fuentes I, ¶ 133, Fuentes II, ¶¶ 130-131.

¹⁴⁹² Réplica de los Demandantes, ¶ 225, donde se cita a Fuentes I, ¶ 133; Fuentes II, ¶ 132.

¹⁴⁹³ Réplica de los Demandantes, ¶ 240.

¹⁴⁹⁴ Informe Richter II, ¶ 118-126.

administrativo o judicial que deba agotar una parte afectada por la falta de consulta antes de presentar un amparo.¹⁴⁹⁵ La decisión de admitir el amparo de CALAS fue consistente con la jurisprudencia inveterada.

Legitimación de CALAS

651. Los Demandantes alegan que al admitir la acción de amparo de CALAS, los tribunales incumplieron el Artículo 25 de la Ley de Amparo, “que solamente permite que el Ministerio Público y el Procurador de los Derechos Humanos presenten un amparo en representación de una colectividad.”¹⁴⁹⁶ También alegan que la decisión de los tribunales son contrarias la “jurisprudencia consagrada” y “directamente contradictorias del derecho.”¹⁴⁹⁷ Esto es sencillamente impreciso.

652. Contrario a las afirmaciones de los Demandantes, las decisiones de las cortes fueron consistentes con los precedentes en materia de legitimación activa al momento del fallo. De conformidad con el Artículo 43 de la Ley de Amparo, tres fallos consecutivos sobre la interpretación de cierta ley sienta un precedente que fija “debe ser respetado por los tribunales.”¹⁴⁹⁸ Tanto la Corte de Constitucionalidad como la Corte Suprema de Justicia están sujetas a esta regla.¹⁴⁹⁹ Como explicó la Corte de Constitucionalidad en su decisión, en cuatro casos distintos la Corte de Constitucionalidad estableció que sociedades civiles, como CALAS, pueden buscar remedios constitucionales en nombre de comunidades cuyos derechos hayan sido afectados.¹⁵⁰⁰

653. Al decidir en concordancia con la jurisprudencia vinculante, la Corte de Constitucionalidad cumplió con el Artículo 43 de la Ley de Amparo que exige cumplir con los precedentes legales.

Legitimación pasiva del MEM

654. Finalmente, los Demandantes acusan a los tribunales de ignorar la falta de legitimación pasiva del MEM. Insisten que, “al no haber una implementación normativa del derecho a las consultas previstas en el Convenio 169 de la OIT, el MEM no tenía autoridad legal para llevar adelante las consultas en cuestión y era del Congreso la responsabilidad por la falta de realización de las mismas por parte del MEM.”¹⁵⁰¹

655. Es difícil pasar por alto la ironía de este reclamo. Como Guatemala observó en su Memorial de Contestación,

¹⁴⁹⁵ Corte Constitucional de Guatemala, Caso No. 1592-2014, Sentencia confirmando amparo definitivo, p. 18 (C-0145).

¹⁴⁹⁶ Réplica de los Demandantes, ¶ 232.

¹⁴⁹⁷ Réplica de los Demandantes, ¶ 236.

¹⁴⁹⁸ Ley Amparo, Art. 43 (C-0416).

¹⁴⁹⁹ Corte Constitucional de Guatemala, Caso No. 1592-2014, Sentencia confirmando amparo definitivo, p.14-15 (C-0145), citando al expediente No. 1600-2015, expedientes consolidados Nos. 795-2016 and 1380-2015, and No. 4785-2017, No. 4069-2015; Corte Suprema de Guatemala, Caso No. 1592-2014 (28 de junio de 2016), pp. 14-15 (C-0144).

¹⁵⁰⁰ Corte Constitucional de Guatemala, Caso No. 1592-2014, Sentencia confirmando amparo definitivo, p. 14-15, (C-0145) citando al expediente No. 1600-2015, expedientes consolidados No. 795-2016 y 1380-2015, y No. 4785-2017, No. 4069-2015.

¹⁵⁰¹ Réplica de los Demandantes, ¶ 237.

los Demandantes no tienen legitimación para litigar en nombre del MEM.¹⁵⁰² Mientras los Demandantes dedican varios párrafos de su respuesta a discutir la supuesta falta de legitimación pasiva, no se detienen en el contraargumento de Guatemala.¹⁵⁰³

656. En todo caso, como indicó la Corte Suprema de Justicia y confirmó la Corte de Constitucionalidad, el MEM es el órgano competente para llevar a cabo la consulta.¹⁵⁰⁴ Los Demandantes confunden los roles del poder ejecutivo y legislativo bajo el derecho guatemalteco. Indican que en varias decisiones la Corte de Constitucionalidad estableció que “dictar la legislación para implementar el derecho de consulta bajo el Convenio 169 de la OIT era responsabilidad institucional del Congreso.”¹⁵⁰⁵ El argumento está fuera de lugar. Los Demandantes admiten, como deberían hacer, que el “acto reclamado” fue el otorgamiento de la licencia “sin haber realizado previamente una consulta con las comunidades indígenas posiblemente afectadas.”¹⁵⁰⁶ Realizar las consultas (cosa que es distinta al dictado e implementación de leyes) no es la función del Congreso y los Demandantes no han demostrado lo contrario.

iv. Los Demandantes no han establecido que la justicia guatemalteca, en su conjunto, no haya garantizado la justa administración de justicia

657. Tal como se explicó en el Memorial de Contestación y como se explica a continuación, solo única deficiencia atroz en la administración de justicia por parte del sistema judicial del Estado, no de una sola corte, da lugar a una denegación de justicia.¹⁵⁰⁷ Aunque los Demandantes rinden homenaje a esta condición, no han establecido que el poder judicial de Guatemala administró justicia en una forma seriamente inadecuada. Los Demandantes identifican lo siguiente como violación del debido proceso que constituye una denegación de justicia:

- i. Las decisiones de los tribunales suspendiendo la operación de Progreso VII mientras permitieron que otros proyectos continuaran operando.
- ii. La falta de notificación a Exmingua del amparo de CALAS por parte de la Corte Suprema de Justicia, violó el derecho a la defensa de Exmingua.¹⁵⁰⁸
- iii. “La demora de cuatro años de la Corte de Constitucionalidad para emitir su decisión” generó una “continua suspensión de las operaciones de Exmingua.”¹⁵⁰⁹

658. Por los motivos expuestos en el Memorial de Contestación y más abajo, el reclamo debe desestimarse.

¹⁵⁰² Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 427.

¹⁵⁰³ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 237-242.

¹⁵⁰⁴ Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Caso No. 1592-2014, Sentencia de amparo definitivo (C-0144), p.16

¹⁵⁰⁵ Réplica de los Demandantes, ¶ 241.

¹⁵⁰⁶ Corte Constitucional de Guatemala, Casos Consolidados Nos.3207-2016 y 3344-2016, Sentencia (11 de junio de 2020) p. 1 (C-0145).

¹⁵⁰⁷ *Jan Oostergetel y Theodora Laurentius c. República Eslovaca, CNUDMI, Laudo final (23 de abril de 2012)*, ¶ 225 (RL-0195) (“[La denegación de justicia se refiere al fracaso de un sistema que no es de un solo tribunal”)

¹⁵⁰⁸ Réplica de los Demandantes, ¶ 543-544.

¹⁵⁰⁹ Réplica de los Demandantes, ¶ 545, 547.

Los Demandantes no han establecido que los tribunales discriminaron a Exmingua

659. Los Demandantes continúan disfrazando un supuesto trato preferencial basado en la nacionalidad de una violación del trato justo y equitativo. Insisten en que la suspensión de la licencia de explotación Progreso VII Derivada, fue discriminatoria porque los tribunales no tomaron esa medida contra otros proyectos mineros, es decir, Oxec y Minera San Rafael.¹⁵¹⁰ El Tribunal debe rechazar el reclamo ya que este argumento es legal y fácticamente incorrecto. La pretensión carece de mérito.
660. Como explicó Guatemala en su Memorial de Contestación, no existen pruebas de discriminación basada en la nacionalidad.¹⁵¹¹ En cualquier caso, el trato justo y equitativo no prohíbe que un Estado trate nacionales y extranjeros distintamente o de tratar a extranjeros de otros Estados de forma distinta.¹⁵¹² A pesar de que esto podría calificar como una violación al NMF o a la obligación de trato nacional, el Artículo 10.5 (3) indica expresamente que una violación de estos tratos no constituyen una violación del trato justo y equitativo.¹⁵¹³
661. El trato justo y equitativo, en cambio, prohíbe la “discriminación evidente.”¹⁵¹⁴ Esto incluye “atacar específicamente a un inversionista extranjero por otros motivos manifiestamente ilícitos ... u otros tipos de conducta que equivalen a una ‘conspiración deliberada [...] para destruir o frustrar la inversión.’”¹⁵¹⁵
662. Aquí, no se alega que el tribunal singularizó a Exmingua y suspendió la licencia de explotación de Progreso VII para frustrar su proyecto. Tampoco se reclama que el tribunal no haya impedido la discriminación. Por el contrario, los Demandantes basan su reclamo en el resultado diferente en los amparos ejercidos contra Exmingua, Oxec y Minera San Rafael —mientras la licencia de explotación de Exmingua fue suspendida hasta la consulta, Oxec y Minera San Rafael continuaron operando mientras la consulta estaba pendiente.¹⁵¹⁶ El argumento es errado.
663. El hecho que hayan resultados diferentes no significa que haya discriminación. La pretensión también fracasa

¹⁵¹⁰ Réplica de los Demandantes, ¶539.

¹⁵¹¹ Memorial de Contestación de Guatemala, sección VI, F

¹⁵¹² Escrito de los EE.UU., ¶ 27; *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. c. Estados Unidos de América*, TLCAN / CNUDMI, Laudo (12 de enero de 2011) ¶¶ 208-209 (RL-0155); Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 303.

¹⁵¹³ DR-CAFTA, Art. 10.5 (3) (“Una determinación de que ha habido un incumplimiento de otra disposición de este Acuerdo, o de un acuerdo internacional separado, no establece que haya habido un incumplimiento de este Artículo.”)

¹⁵¹⁴ *Glamis Gold c. EE.UU.*, Laudo, ¶¶ 627, 780 (RL-0041); *Ver también, Cargill c. México*, (CL-0197), ¶ 2; *Eli Lilly c. Canadá*, Laudo Definitivo, ¶ 222 (RL-0040). Patrick Dumbery, *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105*, pág.130 (RL-0211); Escrito de los EE.UU., ¶ 19; Escrito de El Salvador, ¶ 13.

¹⁵¹⁵ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 304, citando a la Serie de la UNCTAD sobre cuestiones del Acuerdo Internacional de Inversión II, Trato justo y equitativo, 2012, p.82 (RL-0268); *Ver también*, Patrick Dumbery, *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105*, p.126 (RL-0211); *Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB (AF) / 98/3, Laudo (26 de junio de 2003), ¶¶ 34-35 (CL-0170).

¹⁵¹⁶ *Ver* Memorial de los Demandantes, ¶ ¶ 236, 112

a la luz de la motivación otorgada por la Corte de Constitucionalidad en cuanto a la continuación de la suspensión de la licencia de explotación de Progreso VII Derivada. Contrario a lo alegado por los Demandantes, la decisión de la Corte de Constitucionalidad de mantener la suspensión no se basó en la intención maliciosa contra Exmingua sino en la historia de disturbios en la zona.¹⁵¹⁷

La Corte Suprema no violó el derecho a la defensa de Exmingua

664. El planteo de los Demandantes con respecto a la falta de notificación tiene dos aspectos: i) la falta de notificación de la Corte Suprema a Exmingua por la acción de amparo de CALAS viola el Artículo 35 de la Ley de Amparo,¹⁵¹⁸ y ii) “Exmingua hubiera sido notificada oportunamente, habría visto que la solicitud de amparo de CALAS pedía expresamente a la Corte Suprema que ordenara la suspensión provisional (y definitiva) de la licencia de explotación de Exmingua, y habría tenido la oportunidad de responder a esta solicitud antes de que la Corte emitiera su amparo provisional el 11 de noviembre de 2015.”¹⁵¹⁹ Ninguno de los reclamos tiene mérito.

665. *Primero*, el apoyo de los Demandantes en el Artículo 35 de la Ley de Amparo esta fuera de lugar. El Artículo 35 describe el procedimiento para la primera audiencia luego de la emisión del amparo provisional.¹⁵²⁰ Observa que el tribunal, luego de escuchar a las partes interesadas, “deberá confirmar o revocar la suspensión provisional decretada en el auto inicial del procedimiento.”¹⁵²¹ Ese requisito no existe para que la corte dicte un amparo provisional. Debido a la naturaleza urgente de esta clase de solicitudes, el Artículo 25 de la Ley de Amparo permite a la corte decretar el amparo provisional en su primera resolución.¹⁵²² Incluso si se asume *arguendo* que la decisión violó la Ley de Amparo, dicha aplicación indebida del derecho no constituye una denegación de justicia.¹⁵²³

666. *Segundo*, los Demandantes no han probado que Exmingua resultó perjudicada por hacerse parte en el procedimiento 16 días después de la emisión del amparo provisional. Tampoco podría haberlo estado. Incluso si Exmingua se hubiera incorporado al procedimiento judicial antes del amparo provisional, habría hecho el mismo argumento de que el MEM hizo en respuesta a la acción de CALAS y que los Demandantes plantean

¹⁵¹⁷ Corte Constitucional de Guatemala, Casos Consolidados Nos.3207-2016 y 3344-2016, Sentencia (11 de junio de 2020) p. 38 (C-0145).

¹⁵¹⁸ Réplica de los Demandantes, ¶ 543; Memorial de los Demandantes, ¶ 277, donde cita a Fuentes I, ¶¶ 94, 184.

¹⁵¹⁹ Réplica de los Demandantes, ¶ 543, donde se cita a Fuentes I, ¶ 94.

¹⁵²⁰ Ley de Amparo, Artículo 35 (C-0416).

¹⁵²¹ *Ibid.* (énfasis añadido).

¹⁵²² Ley de Amparo, Artículo 27 (C-0416).

¹⁵²³ *Ver* Sección

aquí como una denegación de justicia.¹⁵²⁴

667. *Tercero*, Exmingua no ha agotado los recursos locales. Como se indicó en el Memorial de Contestación, Exmingua nunca alegó ni planteó recursos ante los tribunales nacionales por lo que los Demandantes describen aquí como una violación del derecho a la defensa de Exmingua.¹⁵²⁵ Los Demandantes no discuten esto. En cambio, alegan que la Corte de Constitucionalidad rechazó “el recurso de apelación presentado por Exmingua, [y] simplemente determinó que ‘se cumplen las condiciones que justifican el otorgamiento de la protección provisional solicitada’, sin abordar ninguna de las flagrantes violaciones del derecho al debido proceso de Exmingua en las que se basó su recurso de apelación.”¹⁵²⁶ El argumento no tiene sentido. Sin una reclamación de Exmingua por violación del debido proceso, la Corte de Constitucionalidad no puede haber resuelto sobre esa supuesta violación.

668. En conclusión, los Demandantes no han establecido una violación de la Ley de Amparo ni violación del derecho a la defensa de Exmingua. En cualquier caso, como Exmingua no había buscado rectificar la supuesta violación ante los tribunales internos, la falta de notificación no podría constituir una denegación de justicia. Finalmente, Exmingua no resultó perjudicada al incorporarse al procedimiento pocos días después del amparo provisional.¹⁵²⁷ Los hechos en el expediente prueban que Exmingua habría planteado el mismo argumento que el MEM planteó ante la Corte Suprema y la Corte de Constitucionalidad.

El tiempo que se tomó la Corte de Constitucionalidad para dictar la sentencia definitiva es justificado

669. Al darse cuenta de la pesada carga de plantear un caso de denegación de justicia sólo sobre la base de una demora en el dictado de una sentencia, los Demandantes alegan que la demora fue “motivada políticamente y basada en el sesgo de nacionalidad.”¹⁵²⁸ Pero aparte de esta afirmación concluyente realizada repetidamente, los Demandantes no han presentado pruebas que sustenten su reclamo. Como no han podido elaborar o presentar pruebas sobre esta alegación, el debate de Guatemala se limitará al tiempo que se tomó la Corte de Constitucionalidad en dictar una sentencia sobre la apelación del amparo definitivo de Exmingua.

¹⁵²⁴ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 408, donde se cita a la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 1592-2014, Recurso de Exmingua contra la decisión de otorgamiento de protección provisional (23 de febrero de 2016), pág. (C-0005); Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 1592-2014, Sentencia de amparo definitivo de 28 de junio de 2016, pág. (C-0144); Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Expediente No. 1592-2014, Apelación de Exmingua contra la Sentencia de amparo definitivo (30 de junio de 2016) pág. (C-0475); Réplica de los Demandantes, ¶ 544.

¹⁵²⁵ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 409.

¹⁵²⁶ Réplica de los Demandantes, ¶ 544.

¹⁵²⁷ Mientras los Demandantes alegan que Exmingua no fue notificada con el aviso del procedimiento de amparo hasta el 23 de febrero de 2016, admiten que Exmingua se unió a la acción como tercera parte interesada el 1 de diciembre de 2015, 16 días después de que se dictara el *amparo provisional*. Ver Memorial de los Demandantes, ¶ 88.

¹⁵²⁸ Memorial de los Demandantes, ¶ 293.

670. Es un hecho no controvertido para las Partes que un reclamo basado en una demora en la sentencia debe evaluarse teniendo en cuenta, entre otras cosas, lo siguiente: (i) la naturaleza del procedimiento y la necesidad de una resolución rápida (ya sea que el caso sea un asunto civil o penal), (ii) las circunstancias que contribuyeron a la demora y el estado de desarrollo del país; y (iii) el efecto del retraso.¹⁵²⁹ Revisada de acuerdo a los factores anteriores, los hechos demuestran que el tiempo que se tomó la Corte de Constitucionalidad era justificado.

La necesidad de celeridad

671. Los Demandantes no discuten que, a diferencia de los procedimientos penales, en los que los derechos fundamentales como el derecho a la vida y libertad están en riesgo, la necesidad de una sentencia rápida no es tan relevante en los casos que involucran “cuestiones puramente comerciales.”¹⁵³⁰ Aquí, el caso ante la Corte de Constitucionalidad no era penal, sino un caso administrativo que giraba en torno a la validez de una licencia de explotación otorgada contraria a distintos instrumentos internacionales ratificados por Guatemala.¹⁵³¹ Por lo tanto, la necesidad de celeridad menos imperiosa.

Las circunstancias que contribuyeron a la demora y la condición de desarrollo del Estado receptor

672. Los tribunales también aceptan que la demora en la sentencia podría justificarse por hechos que podrían razonablemente condicionar al tribunal en el dictado de una sentencia en tiempo oportuno. Esto incluye, mas no está limitado a, el volumen de casos durante el período de tiempo relevante y la capacidad del poder judicial para resolver la disputa de forma expedita, lo cual es usualmente afectado por el nivel de desarrollo del país.¹⁵³² Los Demandantes no disienten con estas consideraciones ni discuten que la Corte de Constitucionalidad manejaba un inmenso número de casos entre 2016 y 2020.¹⁵³³

673. El número de casos de la Corte de Constitucionalidad ha “crecido exponencialmente.”¹⁵³⁴ Desde 2016, el año en el que Exmingua presentó su apelación, hasta que la Corte de Constitucionalidad resolvió sobre el amparo, la Corte de Constitucionalidad recibió 20.000 solicitudes.¹⁵³⁵ La mayoría de ellos eran de “trascendencia nacional”. Esto incluye los casos relacionados con el caso La Línea, originados de hechos de corrupción que

¹⁵²⁹ Memorial de los Demandantes, ¶ 269; Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 292.

¹⁵³⁰ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 293, cita a *White Industries*, ¶10.4.14 (RL-0198); Zachary Douglas, *International Responsibility for Domestic Adjudication: Denial of Justice Deconstructed*, 63 INT'L & COMP. L.Q., pág. 870; *id.*, pág.880 (RL-0191) (“La demora en los procedimientos para establecer la responsabilidad penal de un acusado que ha estado en prisión preventiva desde la acusación no es lo mismo que la demora en los procedimientos para establecer la responsabilidad civil del acusado para pagar daños y perjuicios por incumplimiento de un contrato”).

¹⁵³¹ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Caso No. 1592-2014, Sentencia de amparo definitivo (Sentencia de 11 de junio de 2020, emitida en los Casos Acumulados No. 3207-2016 y 3344-2016 de la Corte Constitucional) (C-0145).

¹⁵³² Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 293-294.

¹⁵³³ *Ibid.* ¶ 413.

¹⁵³⁴ Informe de la Corte de Constitucionalidad (R-0074).

¹⁵³⁵ *Ibid.*

resultaron en el encarcelamiento del Presidente y el Vicepresidente de la Nación, así como otros funcionarios de la administración Pérez Molina, por hechos de corrupción.¹⁵³⁶

674. Otros factores que contribuyeron al retraso. Como se indicó en el Memorial de Contestación, hubo una reelección de magistrados en 2016. Aunque el caso fue inicialmente asignado a la Magistrada Dina Ochoa Escriba, esta se inhibió al poco tiempo.¹⁵³⁷ Tras la inhibitoria, el caso fue asignado al Magistrado Bonerge Mejía, quien estaba conociendo un gran número de casos y otras responsabilidades administrativas como Magistrado Presidente de la Corte.¹⁵³⁸

675. Los Demandantes no han establecido haber sufrido un daño como consecuencia del retardo. Dos puntos ameritan ser repetidos aquí. *Primero*, Exmingua no cuenta con un permiso de construcción.¹⁵³⁹ En consecuencia, incluso si la Corte de Constitucionalidad hubiese resuelto antes de junio de 2020, Exmingua no habría podido construir la planta de procesamiento sin que el proyecto resultare económicamente inviable.¹⁵⁴⁰ Segundo, aparte de alegar haber sufrido un “daño moral,” como consecuencia del retardo, los Demandantes no formulan otra reclamación por daños.¹⁵⁴¹ Los Demandantes también omiten identificar el daño moral y los daños que busca recuperar como resultado de este supuesto daño.¹⁵⁴²

En términos generales, el poder judicial guatemalteco administró justicia de forma justa y expedita

676. Como se explicó en el Memorial de Contestación y como se expuso aquí, solo deficiencias grosera en la administración de justicia por parte del sistema judicial nacional, no de una sola corte, da lugar a una denegación de justicia.¹⁵⁴³

677. Ello así, incluso cuando una corte nacional de un Estado se toma un largo periodo para dictar un fallo, los tribunales han concluido que no hay denegación de justicia visto que el sistema nacional de justicia, en su conjunto, trato al inversionista de forma justa y resolvió su caso de forma expedita.¹⁵⁴⁴ Tal fue el caso en *White Industries c. India*. En *White Industries* el tribunal desestimó el reclamo por denegación de justicia debido a que se demoró varios años el dictado de una sentencia.¹⁵⁴⁵ Aunque el tribunal concordó en que el retraso era

¹⁵³⁶ *Ibid.*

¹⁵³⁷ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 70-73.

¹⁵³⁸ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 70-73.

¹⁵³⁹ Sentencia del Juzgado Tercero de Primera Instancia Civil de Guatemala, dictada el 13 de julio de 2015, Expediente 01050-2014-00871, pág. 32 (R-0064). Ver Sección IV.B

¹⁵⁴⁰ Informe SLR II, ¶ 67.

¹⁵⁴¹ Réplica de los Demandantes, ¶ 547.

¹⁵⁴² Réplica de los Demandantes, ¶ 547.

¹⁵⁴³ *Jan Oostergetel y Theodora Laurentius c. República Eslovaca, CNUDMI*, Laudo (23 de abril de 2012), ¶ 225 (“La denegación de justicia se refiere al fracaso de un sistema que no es de un solo tribunal”) (RL-0195)

¹⁵⁴⁴ *White Industries*, Laudo, 10.4.17 (RL-0198).

¹⁵⁴⁵ *White Industries*, Laudo, ¶10.4.1 (RL-0198).

“ciertamente insatisfactorio en términos de la administración eficiente de justicia,” concluyó que el retraso, en ausencia de mala fe, no constituía “una deficiencia particularmente grave.”¹⁵⁴⁶

678. En numerosas ocasiones, las cortes guatemaltecas resolvieron la solicitud de Exmingua en forma expeditiva y respetaron su derecho a presentar su caso, así como a defenderse en caso presentados en su contra. Por ejemplo, la Corte de Constitucionalidad dictó sentencia sobre la apelación de Exmingua al amparo provisional de CALAS en menos de dos meses y decidió sobre la solicitud de aclaración de Exmingua del amparo provisional en tres días.¹⁵⁴⁷

679. Su petición con respecto al amparo presentado por la comunidad indígena Kakchiquel también se resolvió dentro de un plazo razonable. El 24 de noviembre de 2016, Exmingua apeló el amparo provisional otorgado a las comunidades Kakchiquel ante la Corte de Constitucionalidad.¹⁵⁴⁸ La Corte de Constitucionalidad emitió una decisión en apelación, dentro de los seis meses de la apelación de Exmingua.¹⁵⁴⁹ El 12 de septiembre de 2017, Exmingua le solicitó a la Corte Suprema que revocara el amparo provisional otorgado a las comunidades Kakchiquel.¹⁵⁵⁰ Luego de suspender inicialmente la solicitud el 31 de octubre de 2017, la Corte Suprema concedió el pedido y suspendió el amparo provisional el 12 de diciembre de 2017.¹⁵⁵¹

D. Los Demandantes no han probado que Guatemala incumplió con su obligación de brindar protección y seguridad plena

1) Los Demandantes tergiversan la obligación de brindar protección y seguridad plena bajo el Artículo 10.5 del DR-CAFTA

a. La obligación de plena protección y seguridad se limita a la protección policial

680. Los Demandantes consienten que el estándar de protección y seguridad plena no requiere una garantía absoluta contra la ocupación o perturbación de su inversión.¹⁵⁵² Al contrario, sólo exige a un Estado tomar medidas razonables para proteger una inversión de daños físicos.¹⁵⁵³ Tampoco se discute que la obligación de brindar protección y seguridad plena debe evaluarse a la luz del “nivel de desarrollo y estabilidad del

¹⁵⁴⁶ *White Industries*, Laudo, ¶10.4.23 (RL-0198).

¹⁵⁴⁷ Corte de Constitucionalidad, Caso No. 1592-2014, Solicitud de aclaración (May 6, 2016) (C-0538); Corte de Constitucionalidad, Case No. 1592-2014, Resolución sobre solicitud de aclaración (May 9, 2016) (C-0554)

¹⁵⁴⁸ Apelación contra el *amparo provisional* de fecha 24 de noviembre de 2016 (C-0478).

¹⁵⁴⁹ Decisión de la Corte de Constitucionalidad en la que confirma el amparo provisional de fecha 30 de mayo de 2017, en 6-7 [en 1-2 ENG] (C-0482).

¹⁵⁵⁰ Solicitud de revocación del amparo provisional de Exmingua de fecha 12 de septiembre de 2017, en 5-14 [en 1-6 ENG] (C-0483).

¹⁵⁵¹ Resolución de la Corte Suprema de fecha 31 de octubre de 2017 (C-0484); Resolución de la Corte Suprema de fecha 6 de diciembre de 2017 (C-0485).

¹⁵⁵² Réplica de los Demandantes, ¶ 507.

¹⁵⁵³ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 435-436; Réplica de los Demandantes, ¶ 507.

estado”.¹⁵⁵⁴

681. Sin embargo, los Demandantes disienten en el ámbito de la obligación de protección y seguridad plena. Insisten en que esta obligación va más allá del deber de los Estados Parte de brindar “protección policial” y comprende el deber de “garantizar [a un inversor] el disfrute de los derechos económicos, que incluyen, entre otros, su derecho a circular libremente, y a usar y desarrollar sus bienes.”¹⁵⁵⁵ Como el Memorial, la Réplica no ofrece doctrina que respalde esa mirada amplia de obligación de plena protección y seguridad que se limita al derecho internacional consuetudinario.¹⁵⁵⁶
682. Por el contrario, diversos tribunales y Estados, incluyendo a los Estados Unidos, afirman que la obligación de plena protección y seguridad no sirve de armadura contra todos los daños económicos.¹⁵⁵⁷ No protege a un inversor de las decisiones desfavorables del órgano ejecutivo o judicial del Estado.¹⁵⁵⁸ Tampoco puede utilizarse la cláusula de protección y seguridad plena para sortear la regla firme de que las decisiones judiciales no pueden generar responsabilidad internacional en ausencia de una denegación de justicia.¹⁵⁵⁹
683. Al apoyar esta visión, el tribunal en *Crystallex c. Venezuela* rechazó el intento de la demandante de extender el estándar a los órganos administrativos de Venezuela.¹⁵⁶⁰ En dicho caso, Crystallex argumentó que Venezuela incumplió su obligación de brindar protección y seguridad plena porque el Ministerio de Ambiente desestimó su recurso de reconsideración del pedido de permiso y “altos funcionarios venezolanos realizaron una serie de declaraciones discriminatorias en las que se amenazó con nacionalizar la inversión de Crystallex y/o transferirla a otras partes interesadas.”¹⁵⁶¹
684. El tribunal desestimó el reclamo, observando que la obligación de brindar plena protección y seguridad “se extiende sólo al deber del Estado receptor de otorgar protección y seguridad.”¹⁵⁶² Al hacerlo, el tribunal se

¹⁵⁵⁴ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 437-438.

¹⁵⁵⁵ Réplica de los Demandantes, ¶ 510.

¹⁵⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁵⁷ *Ver, por ejemplo*, Escrito de los EE. UU., ¶ 23; *Omega Engineering LLC y Oscar Rivera c. República de Panamá*, Caso CIADI No. ARB/16/42 (RL-0223). *Ver también*, Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 433, n. 731, 733, 735.

¹⁵⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁵⁹ *Ver, por ejemplo*, Escrito de los EE.UU, ¶23; Memorial de Contestación de Guatemala, ¶453 donde se cita a *Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N° ARB/04/13, Laudo (6 de noviembre de 2008), ¶192 (RL-0143) (“los estándares relevantes para desencadenar la responsabilidad del Estado por el primer conjunto de actos son los estándares de denegación de justicia...sostener lo contrario permitiría eludir las normas de denegación de justicia.”); *Ver también*, *Infinito Gold Ltd. c. Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/14/5, Laudo (3 de junio de 2021), ¶ 357 (RL-0397) (según el derecho internacional consuetudinario, “en ausencia de una denegación de justicia, las decisiones judiciales que interpretan el derecho interno no pueden violar el derecho internacional.”). Other states like Costa Rica and Canada also agree with this principle.

¹⁵⁶⁰ *Crystallex Int’l Corp. c. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/11/2, Laudo (4 de abril de 2016), ¶¶ 624-627, 632-635 (CL-0153).

¹⁵⁶¹ *Crystallex c. Venezuela*, Laudo, ¶ 626-627.

¹⁵⁶² *Ibid.* ¶ 632.

alineó con la mayoría de los tribunales de inversión que han sostenido similarmente que [...] la cláusula de ‘protección y seguridad plenas’ no está destinada a comprender cualquier tipo de menoscabo de la inversión de un inversionista, sino a proteger más específicamente la integridad física de una inversión de la interferencia mediante el uso de la fuerza.”¹⁵⁶³ Los Demandantes no han demostrado lo contrario.

685. Ninguno de los casos citados por los Demandantes extendió la obligación de protección y seguridad plena más allá de la protección física en virtud del derecho internacional consuetudinario.¹⁵⁶⁴ De hecho, aparte del tribunal en *Azurix c. Argentina*, numerosos tribunales han concluido que incluso la cláusula de protección y seguridad plena que aparece como un estándar autónomo no se extiende más allá de la protección física.¹⁵⁶⁵ Conforme a ello, el reclamo de plena protección y seguridad de los Demandantes con respecto a las acciones tomadas por el MEM, el MARN y la Corte de Constitucionalidad debe ser desestimado.

b. Las obstrucciones físicas, en sí mismas y por sí mismas, no constituyen una violación de la obligación de protección y seguridad plena

686. Para determinar una violación de la obligación de protección y seguridad plena, los Demandantes deben demostrar más que un impedimento para acceder al lugar del Proyecto. Como el tribunal observó en *Copper Mesa*, esas “dificultades” no “constituyen en sí violaciones del Tratado”, especialmente cuando “fueron causadas por terceras personas (cuya conducta no es atribuible a la Demandada)”.¹⁵⁶⁶ Para tener éxito en su reclamo, el inversionista debe demostrar que el Estado, a pesar de los pedidos de asistencia, se negó a brindar la protección física necesaria.

¹⁵⁶³ *Crystallex c. Venezuela*, Laudo, ¶ 633, donde se cita a *Saluka Investments B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, ¶ 484 (CL-0154).

¹⁵⁶⁴ *Comparar con Copper Mesa c. Ecuador*, ¶ 6.82-6.83 (donde se sostiene que la demandada incumplió con su obligación de brindar plena protección y seguridad al no tomar medidas para remover las anti-minas en el área de Jun que le había impedido a la demandante realizar las consultas necesarias) (CL-0138); *Ampal-American Israel Corp. y otros c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N° ARB/12/11, Decisión sobre Mérito y Pérdidas (21 de febrero de 2017) ¶ 288-290 (CL-0135) (donde se resolvió que la demandada había incumplido con su obligación porque las fuerzas de seguridad no “tomaron pasos concretos para proteger la inversión de los Demandantes” de que resultara dañada por saboteadores); *Cengiz Insaat Sanayi ve Ticaret A.S. c. Libia*, Caso CCI N° 21537/ZF/AYZ, Laudo (7 de noviembre de 2018) ¶¶ 403 (CL-0190) (“En la fórmula más básica, el propósito del estándar de trato justo y equitativo es proteger la integridad física de una inversión contra la interferencia por el uso de la fuerza.”); *MNSS B.V. y Recupero Credito Acciaio N.V. c. Montenegro*, Caso CIADI N° ARB(AF)/12/8, Laudo (4 de mayo de 2016) ¶ 352-356 (CL-0015-ENG) (donde se estableció que la demandada incumplió la cláusula “más constante y seguridad de protección” cuando la policía se negó a concederle protección a la demandante); *Bernhard von Pezold and others c. República de Zimbabwe*, Caso CIADI N° ARB/10/15, Laudo (28 de julio de 2015), ¶ 596 (CL-0260-ENG) (“El Tribunal también considera que este estándar corresponde a la seguridad física y a las amenazas de violencia y que es sustancialmente el mismo en ambos TBI”).

¹⁵⁶⁵ *Azurix Corp. c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo (14 de julio de 2006), ¶ 408 (CL-0149). *Comparar con, Ampal-American Israel Corp. y otros c. Egipto*, Caso CIADI No. ARB/12/11, Decisión sobre responsabilidad y pérdidas (21 de febrero de 2017), ¶¶ 288-290 (CL-0135); *Cengiz Insaat Sanayi ve Ticaret A.S. c. Libia*, Caso CCI No. 21537/ZF/AYZ, Laudo (7 de noviembre de 2018), ¶ 403 (CL-0190); *MNSS B.V. y Recupero Credito Acciaio N.V. v. Montenegro*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/8, Laudo (4 de mayo de 2016) (CL-0015).

¹⁵⁶⁶ *Copper Mesa Mining Corp. c. Ecuador*, CPA N° 2012-2, Laudo (editado) (15 de marzo de 2016) ¶ 6.76 (CL-0138).

687. Esto fue crítico para muchos de los casos citados por los Demandantes. En *Ampal c. Egipto*, la determinación del tribunal de la violación de la obligación de protección y seguridad plena fue que era atribuible a una falla del personal de seguridad de Egipto “en tomar pasos para detener a los saboteadores en el daño de la línea de vida de la inversión de los Demandantes”, a pesar de la solicitud de protección del inversor.¹⁵⁶⁷ Del mismo modo, en *Cngiz c. Libia*, la falta de respuesta del gobierno libio a numerosos pedidos de asistencia por seguridad y de impedir el ataque a la inversión de los demandantes generó un incumplimiento de la obligación de brindar protección y seguridad plena.¹⁵⁶⁸ Otros tribunales también le dieron debida consideración a la solicitud de asistencia del demandante y la falta de respuesta por parte del Estado a esos pedidos a efectos de determinar la violación de la obligación de protección y seguridad plena.¹⁵⁶⁹

688. Aquí, los Demandantes no han demostrado que Exmingua se haya visto impedida físicamente, a inicios de 2016, de acceder al sitio Progreso VII o de llevar a cabo los estudios sociales necesarios para completar el EIA para Santa Margarita. No existen tampoco pruebas de que la PNC se haya negado a prestarle esa asistencia.

c. Los Estados Unidos coinciden con la lectura que Guatemala hace de la obligación de protección y seguridad plena en virtud del Artículo 10.5 del DR-CAFTA

689. Al igual que Guatemala, los Estados Unidos coinciden en que la obligación de protección y seguridad plena en virtud del estándar mínimo de trato se limita a la protección policial. Además, coinciden en que el Artículo 10.5 “no les exige a los Estados impedir daños causados por terceros” ni obliga a los “Estados a garantizar” que las inversiones “no resulten perjudicadas bajo ninguna circunstancia”.¹⁵⁷⁰ Por el contrario, la obligación de protección y seguridad plena les exige a los Estados brindar “protección policial razonable contra actos de naturaleza penal que físicamente invaden la persona o los bienes de un extranjero”.¹⁵⁷¹

2) Los Demandantes no han demostrado una violación a la obligación de protección y seguridad plena

a. No existen pruebas de que Exmingua se viera impedida de acceder al sitio de Progreso VII o de que estuvo impedida de acceder a las comunidades aledañas a Santa Margarita debido al supuesto bloqueo de 2016

690. Los Demandantes sostienen que, debido al bloqueo en el sitio de Progreso VII a inicios de 2016 y la falta de remoción de la obstrucción por parte de la PNC, Exmingua (i) no pudo acceder a las instalaciones de su laboratorio en el sitio Progreso VII y (ii) “realizar los estudios sociales requeridos para el EIA a fin de respaldar

¹⁵⁶⁷ *Ampal-American Israel Corp. y otros c. Egipto*, Decisión sobre Responsabilidad y Pérdidas, ¶ 288 (CL-0135).

¹⁵⁶⁸ *Cengiz Insaat Sanayi ve Ticaret A.S.*, Laudo, ¶¶437-439 (CL-0190).

¹⁵⁶⁹ *Waguih Elie George Siag & Clorinda Vecchi c. Egipto* Caso CIADI No. ARB / 05/15, Laudo (1 de junio de 2009) ¶¶ 446-447 (CL-0167); *MNSS B.V. and Recupero Credito Acciaio N.V. c. Montenegro*, Laudo, ¶¶ 351-3555 (CL-0015).

¹⁵⁷⁰ Escrito de los EE. UU., ¶23.

¹⁵⁷¹ Escrito de los EE. UU., ¶23.

la solicitud de una licencia de explotación para Santa Margarita presentada por Exmingua”.¹⁵⁷² Pero, tal y como se indicó en el Memorial de Contestación y según se elabora seguidamente, no hay nada en el expediente que indique una obstrucción del acceso a Progreso VII a principios de 2016. Tampoco existe prueba alguna de que Exmingua estuviera físicamente impedida de realizar los estudios sociales de Santa Margarita.

Progreso VII

691. Dada la falta de pruebas, resulta sorprendente que los Demandantes hayan mantenido su reclamo de protección y seguridad plena. Los Demandantes alegan que Exmingua no pudo acceder al sitio de Progreso VI a principios de 2016. Pero el Sr. Kappes afirma lo opuesto. Mientras el Sr. Kappes alega que la puerta estaba bloqueada por manifestantes, observa que los empleados de Exmingua podían acceder al sitio a través de otro camino desde San José del Golfo.¹⁵⁷³ Luego admite que la misma ruta se utilizaba para entregar “combustible y maquinarias” en el sitio.¹⁵⁷⁴

692. Dado que los Demandantes no han probado que Exmingua estuviera impedida de acceder ninguna al de sitio Progreso VII, su reclamo de protección y seguridad plena en relación con Progreso VII debe desestimarse.

Santa Margarita

693. El reclamo de plena protección y seguridad de los Demandantes con respecto a Santa Margarita es igualmente infundado. En general, la pretensión se basa en una noción errada según la cual la obstrucción del sitio de Progreso VII podía impedir a Exmingua la realización de los estudios sociales requeridos para completar el EIA.¹⁵⁷⁵

694. Los Demandantes culpan a Guatemala por fallar en “levantar el bloqueo” de Progreso VII y de entregar una lista de documentos que supuestamente demuestran que el acceso a Progreso VII estaba obstruido.¹⁵⁷⁶ Luego argumentan que este bloqueo impidió a Exmingua realizar “los estudios sociales requeridos” para completar el EIA de Santa Margarita.¹⁵⁷⁷ El argumento de los Demandantes es errado. Los estudios sociales no se realizan en el sitio de Progreso VII sino en áreas donde residen las comunidades vecinas a Santa Margarita.¹⁵⁷⁸

¹⁵⁷² Réplica de los Demandantes, ¶ 508, 258-286; Memorial de los Demandantes, ¶ 117.

¹⁵⁷³ Kappes II, ¶ 75, Kappes I, ¶ 138.

¹⁵⁷⁴ *Ibid.*

¹⁵⁷⁵ Memorial de los Demandantes, ¶¶ 258-259; Réplica de los Demandantes, ¶ 515; Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 449.

¹⁵⁷⁶ *Ver* Réplica de los Demandantes, ¶ 366, n.1112, ¶ 515. *Ver tambien*, Gándara, *CIG urges the MEM to not bend over pressure*, La Prensa Libre, 11 Mar. 2016 (C-0007); Geovani Contreras, *Locals from La Puya continue with the protests*, La Prensa Libre, 13 Mar. 2016 (C-0009); Nelton Rivera, *The new camp at the peaceful resistance La Puya*, Prensa Comunitaria Km. 169, 19 de mayo de 2019 (C-0011).

¹⁵⁷⁷ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 258.

¹⁵⁷⁸ *Ver* sección II.C

Adicionalmente, era posible acceder a Santa Margarita a través de rutas que no atravesaban Progreso VII.¹⁵⁷⁹ Por lo tanto, si Exmingua hubiese intentado completar los estudios sociales para Santa Margarita, podría haberlo hecho a pesar de cualquier bloqueo en el sitio de Progreso VII.

695. Con respecto a Santa Margarita, la única prueba presentada a este Tribunal para probar la existencia de un bloqueo es un acta notarial que documentó “HECHOS PRESENCIADOS A EL TRAYECTO CARRETERO HACIA LA UBICACIÓN DE LOS DERECHOS DE EXPLORACIÓN MINERA DENOMINADOS “SANTA MARGARITA”.”¹⁵⁸⁰ Citando a este documento, los Demandantes alegan que Exmingua no pudo terminar el EIA debido a que “el acceso al área del proyecto ha sido bloqueada y las comunidades que se oponen al proyecto han hecho amenazas.”¹⁵⁸¹ Pero el Notario Público, Sr. Josué Martínez, no manifestó eso. Luego de su viaje de 2 horas y 51 minutos, el Sr. Martínez simplemente reporto observar “varias pancartas y mantas vinílicas segregadas que manifiestan en contra de la actividad minera”.¹⁵⁸²

696. No habiendo encontrado hechos que soporten su pretensión, los Demandantes pasan a fundarse en los altercados entre los trabajadores de Exmingua y los manifestantes, con antelación a la fecha crítica. Los Demandantes alegan que “los consultores de Exmingua tenían miedo y, por ende, no podían realizar las consultas” porque los manifestantes habían amenazado a los empleados de Exmingua en abril y mayo de 2012.¹⁵⁸³ El reclamo cae por varios motivos. *Primero*, el reclamo está prescrito porque el incidente ocurrió antes de la fecha crítica.¹⁵⁸⁴ *Segundo*, los Demandantes no han demostrado causalidad. No hay evidencia que indique que los incidentes del 2012 contribuyeras a la falla de Exmingua en desarrollar las consultas. De hecho, Exmingua no hizo referencia alguna a ello en su carta al MEM.¹⁵⁸⁵

b. No existen pruebas de que Guatemala se negara a brindar la protección policial necesaria
Progreso VII

697. Aunque los Demandantes alegan que la PNC “se negó a tomar medidas razonables para eliminar el bloqueo en el sitio del Proyecto.” Los hechos en el expediente prueban lo contrario.¹⁵⁸⁶ Desde inicios de 2012 hasta 2016, Guatemala ha brindado protección continua a Exmingua.¹⁵⁸⁷ Habiendo revisado múltiples evidencias al

¹⁵⁷⁹ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 449; *Ver* sección II.C.

¹⁵⁸⁰ Carta de Exmingua dirigida al MEM, adjuntando Certificación de Notario de fecha 22 de marzo de 2017 (C-0013).

¹⁵⁸¹ Réplica de los Demandantes, ¶ 288, citando la Carta de Exmingua al MEM, donde se adjunta Certificación Notarial (21 de marzo de 2017) (C-0013).

¹⁵⁸² Carta de Exmingua dirigida al MEM, adjuntando Certificación de Notario de fecha 22 de marzo de 2017 (C-0013).

¹⁵⁸³ Réplica de los Demandantes, ¶ 288, donde se cita (R-0117).

¹⁵⁸⁴ *Ver Sección IV.C*

¹⁵⁸⁵ Carta de Exmingua dirigida al MEM, adjuntando Certificación de Notario de fecha 22 de marzo de 2017 (C-0013).

¹⁵⁸⁶ Réplica de los Demandantes, ¶ 508. *Ver también*, Memorial de los Demandantes, ¶ 261

¹⁵⁸⁷ *Ver Sección II.H*; Memorial de Contestación de Guatemala, ¶

respecto, la Corte de Constitucionalidad rechazó el argumento esgrimido aquí por los Demandantes.¹⁵⁸⁸

698. En Abril de 2016, Exmingua presentó un amparo contra varias agencias del gobierno, incluyendo a la PNC, alegando que estas entidades violaron su obligación de proteger sus derechos constitucionales.¹⁵⁸⁹ Tras revisar los “informes circunstanciados” presentados por las autoridades reclamadas, la Corte de Constitucionalidad declaró que las autoridades relevantes habían tomado “todas las medidas necesarias para proteger el orden público en las instalaciones del proyecto minero Progreso VII Derivada”.¹⁵⁹⁰ Considerando que los Demandantes no han alegado o demostrado que la Corte de Constitucionalidad cometió una denegación de justicia, su decisión es final y vinculante aquí.

699. En caso que, a pesar de lo anterior, el Tribunal decida lo contrario y realizar su propio análisis, encontrará que Guatemala efectivamente brindó protección policial constante a Exmingua. [REDACTED]

[REDACTED].¹⁵⁹¹ De acuerdo con esta orden, la PNC desplegó un número considerable de efectivos comenzando en enero de 2016, la seguridad se constituyó en Aldea El Carrizal, Municipio de San Pedro Ayampuc para “seguridad para garantizar el orden público en el lugar conocido como La Puya” en las siguientes instancias:¹⁵⁹²

- **5 de enero de 2016:** se desplegaron 15 agentes de la PNC.¹⁵⁹³ El Juez de Paz, Sr. Antonio Reyes, sostuvo una discusión con los representantes de la resistencia La Puya y con el representante de Exmingua.¹⁵⁹⁴ El representante del grupo en resistencia informó que no tenían intención de bloquear el sitio o detener a los empleados de Exmingua.¹⁵⁹⁵
- **6 de enero de 2016:** estuvieron presentes 15 agentes de la PNC. Además, el Procurador de los Derechos Humanos, que también estaba presente en el sitio, resolvió un altercado menor entre personas que se resistían al Proyecto y los empleados de Exmingua que trataban de entrar al sitio de Progreso VII.¹⁵⁹⁶
- **7 de enero de 2016:** estuvieron presentes alrededor de 27 personas de seguridad de la PNC para mantener el orden en la zona.¹⁵⁹⁷ Un delegado de la Procuraduría de los Derechos Humanos, quien también estuvo presente “para dialogar con personas resistiendo contra la mina.”¹⁵⁹⁸
- **Mayo de 2016:** cinco integrantes del personal de seguridad estuvieron custodiando Progreso

¹⁵⁸⁸ Corte Constitucional de Guatemala, Caso No. 1904-2016, Sentencia denegando la solicitud de amparo de Exmingua contra el presidente, el Ministerio del Interior y el director general de la Policía Nacional Civil (2 de marzo de 2017), p. 6 (C-0147).

¹⁵⁸⁹ *Id.*, p. 1 (C-0147).

¹⁵⁹⁰ *Id.*, p. 6 (C-0147).

¹⁵⁹¹ [REDACTED]

¹⁵⁹² Oficio Nro. 164-2016 emitido por la PNC de fecha 10 de mayo de 2016, pág. 15 (R-0117).

¹⁵⁹³ *Ibid.*

¹⁵⁹⁴ Oficio Nro. 164-2016 emitido por la PNC de fecha 10 de mayo de 2016, pág. 16 (R-0117).

¹⁵⁹⁵ *Ibid.*

¹⁵⁹⁶ *Ibid.*

¹⁵⁹⁷ *Ibid.* pp. 16-17.

¹⁵⁹⁸ *Id.*, p 18.

VII.

- **23 al 26 de mayo de 2016:** integrantes de la PNC, aseguraron la entrada de Progreso VII para permitir el libre acceso de los trabajadores de Exmingua y distintas maquinarias de construcción al sitio.¹⁵⁹⁹

700. Considerando esta protección policial documentada provista por la PNC, la argumentación de los Demandantes en virtud de *Copper Mesa c. Ecuador* es errada. En *Copper Mesa*, el tribunal sostuvo que Ecuador violó su obligación de brindar protección y seguridad plena porque falló en tomar acciones contra opositores mineros que bloquearon la concesión minera de los demandantes.¹⁶⁰⁰ En lugar de tomar esas medidas, el tribunal indicó, el demandado hizo “la situación aún peor, haciendo legalmente imposible, bajo pena de sanciones penales, para la Demandante completar” su Estudio de Impacto Ambiental.¹⁶⁰¹

701. Aquí, por el contrario, Guatemala brindó constante protección policial a Exmingua. A diferencia de Ecuador en el caso anteriormente referido, Guatemala lejos de restringir, facilitó la conclusión del EIA de Exmingua, al extender continuamente el plazo para la presentación del EIA. A la luz de estos hechos, el argumento de que Guatemala no cumplió con su obligación de protección y seguridad plena debería desestimarse.

Santa Margarita

702. Los Demandantes alegan que “el Estado... ha desoído los pedidos de asistencia de Exmingua para dispersar a los manifestantes y desarticular el bloqueo de modo tal de permitir que la empresa y su consultor llevaran adelante los estudios sociales necesarios para completar el EIA de Santa Margarita.”¹⁶⁰² Sin embargo, los Demandantes no ofrecen pruebas que demuestren que Exmingua solicitó asistencia a la PNC y que está negó tal asistencia.

703. Por el contrario, los Demandantes culpan al MEM y al MARN por no asistir a Exmingua a llevar a cabo los estudios sociales.¹⁶⁰³ Alegan que Exmingua solicitó al MEM la suspensión indefinida del requisito de estudios sociales, pero luego falló en responder a esta solicitud.¹⁶⁰⁴ Esto es falso. Pocos días después de la solicitud de Exmingua, el MEM envió una comunicación a Exmingua, indicando que “no hay base legal en la Ley de Minería” que permita la suspensión indefinida del requisito.¹⁶⁰⁵

¹⁵⁹⁹ Ver Informe de la Policía Nacional Civil del 10 de mayo de 2016, pág. 7-12 (**R-0303**); ver también, J. Abott, *Manifestantes 'desagradables' no harán desaparecer la mina de oro guatemalteca, dice el CEO*, VICE NEWS (4 de agosto de 2015) (**R-0061**) (donde se observa que “en las primeras horas del lunes, se desplegaron unidades antidisturbios de la Policía Nacional de Guatemala para proteger los materiales de construcción.”)

¹⁶⁰⁰ *Copper Mesa* Laudo, ¶ 6.83 (**CL-0138**).

¹⁶⁰¹ *Copper Mesa*, Laudo, ¶ 6.84 (**CL-0138**).

¹⁶⁰² Réplica de los Demandantes, ¶ 12.

¹⁶⁰³ Réplica de los Demandantes, ¶ 520.

¹⁶⁰⁴ Réplica de los Demandantes, ¶ 520.

¹⁶⁰⁵ Oficio No. 5099 del MEM, adjuntando Resolución No. 1191 (22 de septiembre de 2017) (**C-0014**).

704. Las críticas de los Demandantes respecto al MARN son igualmente infundadas. El 7 de abril de 2017, Exmingua le solicitó al MARN que “[emitiera] recomendaciones y/o lineamientos para poder continuar y finalizar con el Estudio de Impacto Ambiental en lo relacionado a la actualización de la línea de base y a la sociabilización del proyecto.”¹⁶⁰⁶ Al no responder al pedido de Exmingua, los Demandantes alegan que Guatemala le obstaculizó a Exmingua completar el EIA y obtener su licencia de explotación para el área de licencia de Santa Margarita.¹⁶⁰⁷

705. El reclamo carece de mérito. Exmingua no le solicitó al MARN que brindara protección física, y aun cuando lo hizo, los Demandantes no ofrecen ninguna autoridad legal que obligue al MARN a brindar protección policial. Esa solicitud debería haberse efectuado a la PNC. Dado que los Demandantes no han establecido que Exmingua no pudo llevar a cabo los estudios por el bloqueo en el área o que solicitaron protección policial pero les negaron asistencia, el reclamo debe ser desestimado.

c. Ni las medidas del MEM, del MARN ni de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala podrían generar una violación de la obligación de protección y seguridad plena

706. Aunque los Demandantes insisten en su Réplica en que su reclamo “se basa claramente en la falta de protección policial por parte de Guatemala”,¹⁶⁰⁸ estos continúan argumentado que la acción o inacciones del MEM, MARN y la Corte de Constitucionalidad constituyen una violación de la obligación de protección y seguridad plena.¹⁶⁰⁹ Debido a que este estándar está limitado a la protección policial, el reclamo con respecto al proceso de toma de decisiones de otros órganos del gobierno debe ser rechazado.

707. Otros factores advierten contra la constatación de responsabilidad con base en la interpretación del derecho nacional por una corte doméstica. Como fuera advertido en el Memorial de Contestación, un acto del poder judicial no puede disparar la responsabilidad de estados a menos que se pruebe una denegación de justicia.¹⁶¹⁰ En este caso los Demandantes no alegan, mucho menos probado, que la Corte de Constitucionalidad cometió una denegación de justicia al rechazar el amparo de Exmingua. En ausencia de dicha demostración, el Tribunal, en línea con la práctica mayoritaria, debería abstenerse de cuestionar la decisión de la Corte de Constitucionalidad.

708. Incluso asumiendo *arguendo* que el estándar de protección y seguridad plena va más allá de la protección

¹⁶⁰⁶ Letter from Exmingua to the MARN dated 7 Apr. 2017 (C-0015)

¹⁶⁰⁷ Réplica de los Demandantes, ¶ 521.

¹⁶⁰⁸ Réplica de los Demandantes, ¶ 510.

¹⁶⁰⁹ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 368, 521; Memorial de los Demandantes, ¶263.

¹⁶¹⁰ *Helnan International Hotels A/S c. Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/19, Laudo (3 de julio de 2008), ¶ 106 (RL-0192); *Jan de Nul N.V.*, Laudo, ¶ 192 (RL-0143) (“los estándares relevantes para desencadenar la responsabilidad del Estado por el primer conjunto de actos son los estándares de denegación de justicia... sostener lo contrario permitiría eludir las normas de denegación de justicia.”).

policial, los Demandantes no han demostrado cómo la supuesta acción o inacción del MEM, MARN y de la Corte de Constitucionalidad constituyen una violación del estándar.

d. Los Demandantes no han establecido que sufrieron daños como resultado de la violación invocada

709. Los Demandantes no discuten que, para tener éxito con su reclamo de plena protección y seguridad, deben probar que: (i) sufrieron daños como resultado de la falta de ejercicio de la debida diligencia de parte del estado y que (ii) el daño podría haberse prevenido si el estado receptor hubiera ejercido la debida diligencia.¹⁶¹¹ Sin embargo, la Réplica no evidencia eso, por lo tanto, el tribunal debe desestimar por completo el reclamo protección y seguridad plena

Progreso VII

710. Debido a que la operación de Progreso VII ya se encontraba suspendida por la orden de la Corte Suprema de Justicia el 11 de noviembre de 2015, los Demandantes admiten, como deben hacerlo, que no han podido haber sufrido daño alguno como consecuencia de los supuestos bloqueos en el sitio a principios de 2016.¹⁶¹² Vista esta admisión, el Tribunal debe desestimar el reclamo porque los Demandantes no han establecido que Exmingua sufrió daños como resultado de la alegada protesta y bloqueo.

Santa Margarita

711. Los Demandantes afirman que “Exmingua tenía confianza legítima de obtener una licencia de explotación para Santa Margarita” de no ser por la violación de la protección y seguridad plena por parte de Guatemala.¹⁶¹³ Aparte de realizar estas afirmaciones conclusivas, los Demandantes no aportan evidencia que apoye su pretensión. No hay prueba de que Exmingua, como afirman los Demandantes, no haya podido completar el EIA porque estaba impedida de acceder a las comunidades aledañas a Santa Margarita.

712. La falta de causalidad es previsible. La falta de terminación del EIA de Exmingua se basó, por el contrario, a algunas decisiones estratégicas —completamente no relacionadas con las acciones u omisiones del MEM o del MARN. *Primero*, Exmingua deseaba priorizar la operación en Progreso VII.¹⁶¹⁴ *Segundo*, el consultor de

¹⁶¹¹ *Noble Ventures, Inc. c. Rumania*, Caso CIADI N° ARB/01/11, Laudo, 12 de octubre de 2005, ¶ 166 (RL-0229).

¹⁶¹² Memorial de Contestación de Guatemala, ¶455, citando a la Audiencia Tr, 216:14-217:14; *ver también* Decisión sobre excepción preliminar, ¶ 213.

¹⁶¹³ Réplica de los Demandantes, ¶ 629; n. 1845.

¹⁶¹⁴ Kappes I (El consultor de Exmingua, GSM completó los estudios ambientales para el EIA de Santa Margarita en 2011, pero los estudios sociales fueron sobresalientes, primero debido al bloqueo inicial de 2012-2014 y luego porque Exmingua se centró en poner en marcha su operación después del casi Retraso de dos años, antes de volver a la exploración adicional, para que se apruebe su EIA de Santa Margarita.”); Declaración Fuentes (Exmingua tenía la obligación de preparar un EIA para obtener una licencia de explotación minera para el área de Santa Margarita, que comenzó a preparar en paralelo con el EIA para Progreso VII Derivada. Sin embargo, a la fecha, el EIA no se pudo completar porque, como lo expresaron los Demandantes, se priorizó el desarrollo del área Progreso VII Derivada y, posteriormente, fue físicamente imposible acercarse

Exmingua “rechazó” realizar las consultas con base en altercado que ocurrieron en 2012 entre manifestantes y algunos empleados de Exmingua.¹⁶¹⁵ *Tercero*, Exmingua presumió que “no había esperanzas de obtener una licencia de explotación porque “la licencia de exploración de Santa Margarita de Exmingua fue suspendida *de facto*, tal como la licencia de explotación de Progreso VII.”¹⁶¹⁶ Fue con base en estas consideraciones que Exmingua decidió no completar el EIA.

713. Finalmente, los Demandantes no han establecido que, Exmingua habría podido superar el supuesto bloqueo y realizar los estudios sociales requeridos, de haber otorgado el MARN la solicitud de Exmingua y brindar algún lineamiento o recomendación, sean cuales fueran. Habida cuenta de los numerosos cabos sueltos en los alegatos de daños de los Demandantes, el Tribunal debería desestimar su pretensión por protección y seguridad plena.

E. Guatemala no violó el Artículo 10.7 del DR-CAFTA

714. En su Memorial de Contestación, Guatemala resumió los requisitos que establece el DR-CAFTA para que se configure una violación del Artículo 10.7¹⁶¹⁷ y ponderó los argumentos de los Demandantes respecto de esos requisitos. Guatemala señaló que, desde un principio, los Demandantes no identificaron la inversión que supuestamente fue objeto de expropiación.¹⁶¹⁸ Ahora, en su Réplica, los Demandantes alegan en que su caso siempre había sido por la pérdida de oportunidad de desarrollar el Proyecto El Tambor, y que su caso siempre había sido por la pérdida “directa”.¹⁶¹⁹ Esto, evidentemente y como lo demuestra el siguiente análisis, no es cierto. En cualquier caso, sea un reclamo por “pérdida indirecta” o por “pérdida directa”, Guatemala estableció que los Demandantes no probaron las condiciones necesarias para reclamar con éxito daños por expropiación indirecta.¹⁶²⁰ Guatemala también demostró que, en virtud del derecho consuetudinario internacional y del DR-CAFTA, las acciones regulatorias no discriminatorias no generan responsabilidad por expropiación.¹⁶²¹

a las comunidades vecinas debido a la obstrucción ejercida por ciertos grupos. lo que impidió la realización de los estudios sociales requeridos para el EIA”)

¹⁶¹⁵ Réplica de los Demandantes, ¶ 515.

¹⁶¹⁶ Memorial de los Demandantes, ¶ 170.

¹⁶¹⁷ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 472 (“En resumen, el cálculo de la decisión del Tribunal al evaluar la expropiación indirecta de los Demandantes implica, en primer lugar, identificar los derechos o participación en la inversión y si las acciones o series de acciones del gobierno interfieren con tales derechos o participación; *en segundo lugar*, determinar si las acciones o series de acciones alegadas son atribuibles a Guatemala; en tercer lugar, evaluar si la interferencia alcanza el nivel de expropiación por referencia a las normas del tratado, específicamente, sopesando el impacto económico y el carácter de las acciones del gobierno atacadas constituyen acciones reglamentarias no discriminatorias concebidas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público. En la discusión subsiguiente se llevará a cabo este análisis para establecer que Guatemala no violó el Artículo 10.7 del DR-CAFTA.”)

¹⁶¹⁸ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 465-466, 483.

¹⁶¹⁹ Réplica de los Demandantes, ¶ 456 (El “reclamo no es sobre pérdida refleja; es un reclamo directo.”)

¹⁶²⁰ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 154-184.

¹⁶²¹ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 184-191.

715. Del mismo modo, los Demandantes ahora caracterizan su reclamo de expropiación como un reclamo de “expropiación progresiva”, argumentando por primera vez, que este Tribunal no debería mirar las medidas del gobierno cuestionadas en forma individual sino en su conjunto.¹⁶²² Los Demandantes también insisten en su Réplica que la gravedad del perjuicio económico es el criterio decisivo para determinar si se produjo una expropiación indirecta.¹⁶²³

716. Como se puede ver, la pretensión de los Demandantes es un blanco en movimiento. Guatemala se opone a las enmiendas que los Demandantes hacen a su pretensión en el medio del procedimiento, en particular porque esos cambios injustificados afectan el derecho de Guatemala de presentar su propio caso. El hecho de que los Demandantes siguen cambiando sus teorías principales del caso únicamente resalta las debilidades de su caso de expropiación contra de Guatemala. Como el Tribunal observara, no importa de qué manera los Demandantes intenten re caracterizar su reclamo en virtud del Artículo 10.7 del DR-CAFTA, se equivocan en sus argumentos, tanto por cuestiones de hecho como de derecho.

1) Los Demandantes han alterado su reclamo de expropiación en contra de Guatemala, obstaculizando el derecho de Guatemala al debido proceso y haciendo el reclamo de los Demandantes prescindible

717. Está establecido que el derecho de un demandado al debido proceso se ve violentado cuando el demandante presenta su reclamo como un “blanco en movimiento.”¹⁶²⁴ En este caso, el derecho de Guatemala a presentar su caso se ve severamente obstaculizado por la constante ambigüedad de los Demandantes respecto a su identidad de su inversión y el carácter de sus pérdidas de su reclamo bajo el Artículo 10.16.1(a) del DR-CAFTA. Por su parte, los Demandantes lamentan los esfuerzos de Guatemala en distinguir entre estos dos tipos de pérdidas, criticándolo como “una repetición de sus argumentos respecto de pérdidas reflejo.”¹⁶²⁵ Los demandantes fallan en apreciar la necesidad de diferenciar ambos conceptos. Guatemala hizo la distinción entre pérdidas directas y reflejas en su Memorial de Contestación¹⁶²⁶ y continúa haciéndolo ahora porque tanto la identidad de la inversión y el carácter de la pérdida reclamada influye en el éxito de un reclamo de expropiación. Los Demandantes mismos han admitido que ellos deben caracterizar la naturaleza de su reclamo de forma apropiada en esta fase del procedimiento. Estos admiten que “la existencia de una pérdida es un asunto que corresponde al fondo de la disputa”.¹⁶²⁷

¹⁶²² Réplica de los Demandantes, ¶ 420-422.

¹⁶²³ Réplica de los Demandantes, ¶ 426.

¹⁶²⁴ Ver, por ej., *Mr. Franck Charles Arif c. Republic of Moldova*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo (8 de abril de 2013), ¶ 534 (CL-0126).

¹⁶²⁵ Réplica de los Demandantes, ¶. 388.

¹⁶²⁶ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 473-492.

¹⁶²⁷ Memorial de Contestación de los Demandantes sobre Objeciones Preliminares, ¶ 63, *cursiva añadida*. Ver también, Escrito de EE. UU., ¶ 54: “que es determinante es si el derecho infringido pertenece al accionista o al corporación.”

718. De hecho, el Tribunal estableció en su Decisión sobre Objeciones Preliminares, que los Demandantes tienen la carga de probar la existencia de un nexo causal para probar sus pérdidas, en virtud de un reclamo por el Artículo 10.16.1(a) del DR-CAFTA,¹⁶²⁸ sea este por pérdidas directas o por pérdidas reflejas. La prueba de causalidad exigida para cada reclamo es diferente.¹⁶²⁹ De acuerdo con el Tribunal, **pérdidas directas** implica “la privación de la propiedad de las acciones o la interferencia con los derechos de los accionistas.”¹⁶³⁰ **Pérdidas reflejas**, por otra parte, implica “la disminución del valor de las acciones [...] la pérdida de dividendos [...] y todos los demás pagos que el accionista pueda haber obtenido de la empresa si hubiera sido privado de sus fondos.”¹⁶³¹ En resumen, un reclamo de pérdida refleja implica un reclamo por “daños por pérdida de *valor* de su participación.”¹⁶³² Es más, el Tribunal impuso un requisito de doble barrera a los Demandantes para establecer la causalidad de las pérdidas reflejas. Según el Tribunal, un reclamo por pérdidas reflejas en virtud del Artículo 10.16.1(a) del DR-CAFTA requiere que un demandante demuestre: (1) “que una **empresa local** en la que tiene participación **ha incurrido en un daño**”; y “que la **demandante misma ha sufrido un perjuicio**.”¹⁶³³ En términos aún más simples, el Tribunal estableció que un demandante debe demostrar que “sufrió un perjuicio a través de una cadena de acontecimientos que comienza con la conducta del Estado hacia una empresa en la que tiene acciones.”¹⁶³⁴

719. La distinción del Tribunal es congruente con la jurisprudencia del derecho internacional en general. En el caso *Barcelona Traction*, la Corte Internacional de Justicia describió un reclamo de pérdidas directas de un accionista como aquel que consiste en una violación de los **derechos directos del accionista**, “incluido el derecho a asistir y votar en las asambleas, el derecho a participar en los activos residuales de la sociedad al momento de la liquidación.”¹⁶³⁵ La Corte confirmó la distinción en la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 2010 en el *Caso sobre Ahmadou Sadio Diallo*.¹⁶³⁶

¹⁶²⁸ Decisión sobre Objeciones Preliminares de la Demandada, ¶ 128.

¹⁶²⁹ Decisión sobre las Excepciones Preliminares de la Demandada, ¶ 159 (Como enfatizó el Tribunal, “está muy alerta a la causalidad y las implicaciones cuantitativas de las reclamaciones por pérdidas indirectas, incluidos los obstáculos adicionales de prueba que un demandante que presenta tal reclamación puede enfrentar en última instancia.”)

¹⁶³⁰ Decisión sobre Objeciones Preliminares de la Demandada, ¶ 128, *cursiva añadida*.

¹⁶³¹ Decisión sobre Objeciones Preliminares de la Demandada, n. 121 donde cita a Z. DOUGLAS, THE INTERNATIONAL LAW OF INVESTMENT CLAIMS, p. 402 (2009). (RL-0398)

¹⁶³² Decisión sobre Objeciones Preliminares de la Demandada, ¶ 128, *cursiva añadida*.

¹⁶³³ Decisión sobre Objeciones Preliminares, ¶ 129.

¹⁶³⁴ Decisión sobre Objeciones Preliminares, ¶ 130.

¹⁶³⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Bélgica c. España)* Segunda Etapa, Sentencia, Reporte C.I.J. (1970), ¶ 47 (RL-0006).

¹⁶³⁶ *Caso relacionado a Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea contra República Democrática del Congo)*, Sentencia, (“Diallo 2010”), ¶ 157 (RL-0015) (Según la Corte, “junto con sus otros activos, incluidas las deudas por cobrar de terceros, el capital es parte de la propiedad de la empresa, mientras que las partes sociales son propiedad de los asociéés [accionistas]. Las partes sociales representan el capital, pero son distintas de él, y confieren a sus titulares derechos sobre el funcionamiento de la empresa y también el derecho a recibir dividendos o dineros pagaderos en caso de liquidación de la empresa.”)

720. La misma conclusión ha sido aplicada en la práctica del derecho de inversión. En el caso *Enkev Beheer B.V. c. República de Polonia*, el tribunal analizó la legislación polaca para determinar la existencia y el alcance de los derechos de propiedad de un accionista. El tribunal de *Enkev* sostuvo que “[n]o acepta que la “inversión” del Demandante se extienda [a los bienes muebles e inmuebles (incluida la propiedad intelectual) de la empresa controlada, los contratos, los activos y el dinero (incluidas las utilidades)], ya sea en virtud del Artículo I del Tratado o de la legislación polaca”.¹⁶³⁷ En *Eureko c. Polonia*, citado por los Demandantes para avanzar su noción expansiva del derecho de propiedad,¹⁶³⁸ el tribunal encontró que el demandante tenía “derechos bajo una oferta pública inicial” pues el adendum del contrato de compraventa de acciones entre la República de Polonia y Eureko, efectivamente, confería ese derecho al accionista.¹⁶³⁹ *Eureko*, en otras palabras, no mantiene —como afirman los Demandantes— que “la pérdida de oportunidad” se encuentre incluida *per se* dentro de la noción del derecho de propiedad.

721. De igual modo,¹⁶⁴⁰ la práctica estatal afirma estos principios, desarrollados en el derecho internacional general y en la jurisprudencia del derecho internacional. De acuerdo con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, “los accionistas de sociedades pueden resultar perjudicados de dos formas muy diferentes. Primero, pueden sufrir un daño directo en sus derechos como accionistas, como el derecho a asistir y votar en las asambleas generales. Las acciones también pueden ser expropiadas. Segundo, los accionistas (y otros) pueden sufrir lo que se ha llamado “pérdidas reflejas” a través de un daño a la sociedad: es posible que caiga el valor de mercado de las acciones de la sociedad y/o los títulos de deuda.”¹⁶⁴¹

722. En síntesis, para que prospere un reclamo por pérdidas directas de accionistas, el demandante debe mostrar prueba del daño a los derechos de los accionistas como tales, no los derechos de la sociedad en la que tienen acciones. La misma regla se aplica incluso si los accionistas son titulares de todas las acciones de la sociedad. Además, el demandante debe probar que existe el derecho pretendido y que le corresponde como accionista en virtud de la ley. Por otra parte, los reclamos por pérdidas reflejas requieren prueba de: (1) un perjuicio a los derechos de la sociedad; y (2) una disminución en el valor de las acciones del accionista. Por tanto, a este punto, Guatemala hace la diferencia entre pérdidas directas y reflejas no como una “repetición” de sus

¹⁶³⁷ *Enkev Beheer B.V. c. Polonia*, Caso CPA No. 2013-01, Primer Laudo Parcial (29 de abril de 2014), ¶ 310 (RL-0249).

¹⁶³⁸ Réplica de los Demandantes, ¶ 401 (“En *Eureko c. Polonia*, por ejemplo, el tribunal determinó que la oportunidad perdida de adquirir acciones adicionales en una inversión de conformidad con un acuerdo equivalía a una expropiación.”)

¹⁶³⁹ *Eureko B.V. v. Polonia*, CNUDMI, Laudo Parcial (19 de agosto de 2005), ¶¶ 152-153 (CL-0125).

¹⁶⁴⁰ Gaukrodger, D. (2013), “*Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency*”, OECD Ensayos sobre inversión internacional, 2013/03, OECD Publishing, p. 3 (RL-0056) (“La OCDE llegó a esta conclusión a través de “una serie de preguntas para discusión [que] habían sido discutidas por los gobiernos que participaron en una mesa redonda de inversión organizada por la OCDE.”)

¹⁶⁴¹ Gaukrodger, D. (2013), “*Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency*”, Ensayos de la OCDE sobre inversión internacional, 2013/03, Publicaciones de la OCDE, pág. 7 (RL-0056).

argumentos para remover este reclamo de la jurisdicción del Tribunal, sino para demostrar que probar la causalidad por pérdidas directas y reflejas implica distintas cargas de prueba para establecer esa misma causalidad, y que la falta de los Demandantes en decidir el tema y la naturaleza de su reclamo perjudica el derecho de Guatemala de presentar su caso.

723. Respecto a la ***inversión bajo análisis***, Guatemala ya ha referido en su Memorial de Contestación¹⁶⁴² que, en los escritos anteriores de los Demandantes, estos habían identificado sus acciones en Exmingua como su inversión en el caso.¹⁶⁴³ Ahora, en su Réplica, los Demandantes argumentan que la oportunidad de desarrollar el proyecto el Tambor es “accesoria a sus acciones en Exmingua, la cual ostenta licencias válidamente otorgadas bajo la ley de Guatemala para la explotación y exploración de Progreso II y Santa Margarita, respectivamente.”¹⁶⁴⁴ Los Demandantes afirman, basándose en *Bilcon v. Canadá*, que la oportunidad de desarrollar el proyecto el Tambor pertenece a los *proprios* Demandantes y no a Exmingua.¹⁶⁴⁵

724. En cuanto al **carácter de las pérdidas** reclamadas, los Demandantes admitieron categóricamente, en su Dúplica sobre Objeciones Preliminares, que “**las reclamaciones de los Demandantes eran por pérdidas “reflejas”**.”¹⁶⁴⁶ También reconocieron que, para que un reclamo por pérdidas reflejas prospere, tenían que poder probar “una desvalorización de su inversión (Exmingua) y, por consiguiente, la disminución del valor de las acciones en Exmingua.”¹⁶⁴⁷ Sobre la base de las presentaciones de los Demandantes, el Tribunal observó en su Decisión sobre Objeciones Preliminares que “los Demandantes declaran que buscan daños por la **disminución del valor de sus acciones en Exmingua**.”¹⁶⁴⁸ Sin embargo, desde la temprana caracterización como pérdidas reflejas que hacen los Demandantes de su reclamo, ahora sostienen en su Réplica que su “**reclamo no es sobre pérdida refleja; en cambio, es un reclamo directo**.”¹⁶⁴⁹ Afirman que, como son titulares de la totalidad de acciones de Exmingua, “*únicamente* el accionista (y **no la inversión en sí**) sufre una pérdida cuando se expropia una inversión de su exclusiva titularidad.”¹⁶⁵⁰ Según los Demandantes, como su reclamo es un reclamo directo, “**no necesita** demostrar que hubo una disminución en el **valor de sus acciones en Exmingua**.”¹⁶⁵¹

¹⁶⁴² Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 466, 473.

¹⁶⁴³ Notificación de arbitraje de los Demandantes (9 de noviembre de 2018), ¶ 20 (“La inversión de los inversionistas en Exmingua, además, califica como una “inversión” bajo el DR-CAFTA, ya que es en forma de acciones.”)

¹⁶⁴⁴ Réplica de los Demandantes, ¶ 399.

¹⁶⁴⁵ Réplica, n. 1853; *ver también*, Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 60.

¹⁶⁴⁶ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 73, (*énfasis añadido*).

¹⁶⁴⁷ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 61. *Ver* Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 57.

¹⁶⁴⁸ Decisión sobre Objeciones Preliminares de la Demandada, ¶ 98.

¹⁶⁴⁹ Réplica de los Demandantes, ¶ 456, [*se añadió énfasis y cursiva*].

¹⁶⁵⁰ Réplica de los Demandantes, ¶ 456.

¹⁶⁵¹ Réplica de los Demandantes, ¶ 456.

725. Al aplicar estos estándares, el actual reclamo de expropiación de los Demandantes ya no es el mismo -e incluso es contradictorio- al reclamo original invocado en su Notificación de Arbitraje registrada ante el CIADI. Los elementos de causalidad para cada tipo de reclamo son evidentemente distintos de tal cuenta que un reclamo únicamente puede ser por pérdidas directas o por pérdidas reflejas, pero no por ambos. Estos reclamos se excluyen de forma mutua. En este caso, tal y como se demostró arriba, el reclamo de los Demandantes bajo el Artículo 10.16.1(a) del DR-CAFTA ha mutado a reclamos distintos y reclamos contradictorios en cada uno de los escritos que los Demandantes han presentado ante este Tribunal.¹⁶⁵²

726. Los Demandantes no pueden, como cuestión de debido proceso, modificar su reclamo a mitad de camino del procedimiento. Es más, en *Lotus Holding c. Turkmenistán*, el tribunal recientemente sostuvo que, si un demandante “ha intentado modificar su reclamo de un modo que no está permitido por el principio establecido en la Regla 40 del Reglamento del CIADI [sobre demandas subordinadas], y ha transformado el reclamo original en un nuevo reclamo sustancialmente diferente del establecido en la Solicitud de Arbitraje, **el Tribunal no puede resolver** en virtud de la Regla de Arbitraje Rule 41(5) del CIADI **concentrándose en el nuevo reclamo.**”¹⁶⁵³ La Regla 41(5) regula el procedimiento para resolver objeciones preliminares. Si, como el tribunal en *Lotus* resolvió, un reclamo no puede resultar alterado en la etapa inicial de objeciones preliminares, entonces con mayor razón este Tribunal no puede dictar un laudo sobre la base de un reclamo que ha sido modificado en la etapa de responsabilidad y daños. Por lo tanto, desde el principio y sin tener que ahondar en el fondo, el Tribunal ya debería desestimar el presente reclamo de expropiación, pues ha dejado de ser el mismo reclamo invocado en la Notificación de Arbitraje registrada ante el CIADI.

727. Sea como sea, y sin perjuicio del derecho de Guatemala de buscar la desestimación del reclamo por violación a su derecho de presentar su caso, Guatemala demostrará en las siguientes secciones que los Demandantes no

¹⁶⁵² La primera caracterización de los demandantes de su caso es un reclamo por pérdidas reflectantes por la pérdida del valor de sus acciones en Exmingua (*Ver* Notificación de arbitraje de los Demandantes (9 de noviembre de 2018), ¶ 20 (“La inversión de los Inversionistas en Exmingua, además, califica como una “inversión” bajo el DR-CAFTA, ya que es en forma de acciones”); Decisión sobre las Excepciones Preliminares de la Demandada, ¶ 98: (“Los Demandantes afirman que buscan una indemnización por la disminución del valor de sus acciones en Exmingua”); Dúplica a las Objeciones Preliminares, ¶ 7: (“Los reclamamos de los Demandantes fueron por pérdida “reflectante.”) Los Demandantes no mencionaron en absoluto ninguna supuesta oportunidad perdida para desarrollar el Proyecto El Tambor. La segunda variante es un reclamo por pérdidas reflectantes por su oportunidad perdida (no la de Exmingua) de desarrollar el proyecto minero de Tambor. (*Ver* Memorial de los Demandantes, ¶¶ 144, 364. *Ver también*, Memorial, Resumen de los daños de los Demandantes, ¶ 399: (“Sumando los daños de los Demandantes por lucro cesante de la Mina en Operación, así como el valor del Potencial de Exploración Conocido y la Oportunidad de Exploración, los daños de los Demandantes al 31 de marzo de 2020 oscilan entre US \$ 403 millones y US \$ 450 millones.”) La tercera y más reciente permutación es un reclamo por pérdidas directas por su oportunidad perdida (no la de Exmingua) de desarrollar el proyecto minero de Tambor adjunto a sus acciones. (*Ver* Réplica de los Demandantes, ¶ 399: (“La oportunidad perdida de los Demandantes de seguir desarrollando el Proyecto El Tambor es un derecho de propiedad que es inherente a su participación accionaria en Exmingua.”); Réplica de los Demandantes, ¶ 456: (El “reclamo no es por pérdida reflectante; es un reclamo directo.”)

¹⁶⁵³ *Lotus c. Turkmenistán*, Laudo (6 de abril de 2020, ¶ 193 (RL-0360), *énfasis y cursiva añadidas*).

han demostrado la existencia de expropiación, sin importar que lo hayan convertido en un blanco en movimiento. Guatemala desarrollará como primer punto los argumentos errados de los Demandantes respecto a interpretación de tratados.

2) El Tribunal puede basarse en la Ley de Expropiación de los EEUU y la práctica de su aplicación para interpretar el DR-CAFTA.

728. Los Demandantes lamentan que la Demanda se valga de las leyes de expropiación de los Estados Unidos en la interpretación del Artículo 10.7 del DR-CAFTA¹⁶⁵⁴. *En primer lugar*, no es cierto, como parecen insinuar los Demandantes, que Guatemala pretenda valerse *únicamente* de las leyes de los Estados Unidos para la interpretación del DR-CAFTA. Guatemala señaló que “el texto del DR-CAFTA, por supuesto, es el punto de partida”¹⁶⁵⁵. Como resaltó Guatemala y los Demandantes no negaron, “a diferencia de muchos otros acuerdos internacionales de inversión, el DR-CAFTA se esmeró en enumerar los factores en los que debe basarse una decisión de expropiación indirecta”.¹⁶⁵⁶ Guatemala señaló además que, *a diferencia de* muchos otros tratados que guardan relación con laudos citados por los Demandantes, el Anexo 10-C.4 a) del DR-CAFTA “*insta a este Tribunal a que considere*” otros factores.¹⁶⁵⁷ Guatemala hace referencia a la jurisprudencia de los Estados Unidos en la medida en que ha influenciado la celebración del DR-CAFTA solo a los efectos de reforzar su interpretación textual. En consecuencia, “además del texto del tratado”, el Tribunal debe aplicar los recursos de interpretación señalados en los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena y tener en consideración, además, toda norma de derecho internacional que corresponda aplicar en la relación de las partes¹⁶⁵⁸.

729. No existe confusión entre el artículo 31 y el artículo 32 del CVDT en la interpretación del tratado por parte de Guatemala, ya que, según su posición, ya sea desde el punto de vista del Artículo 31 o del Artículo 32 del CVDT, el Tribunal puede valerse de la jurisprudencia y los usos y costumbres de los Estados Unidos para informarse respecto al mutuo entendimiento de los Estados Firmantes en lo concerniente al contenido del Artículo 10.7 y el Anexo 10-C del DR-CAFTA. El Artículo 31 requiere que el Tribunal considere el contexto, el objeto y la causa fin del tratado. Si se deja de lado el texto del DR-CAFTA, su contexto, objeto y causa fin pueden inferirse de ciertos factores objetivos, tales como, “el tipo de acontecimiento, documento o instrumento

¹⁶⁵⁴ Réplica de los Demandantes, ¶ 390-395.

¹⁶⁵⁵ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 462.

¹⁶⁵⁶ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 470.

¹⁶⁵⁷ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 533. *Ver también*, ¶ 532 (“Sin embargo, el Anexo 10-C.4 del DR-CAFTA, a diferencia de muchos otros acuerdos internacionales de inversión, enumera, aunque no de manera exclusiva, ciertos factores que este Tribunal debe aplicar al evaluar la presencia de una expropiación indirecta. También hay que recordar, como se ha explicado anteriormente, que el Anexo 10-C fue negociado por el Gobierno de los Estados Unidos para que fuera coherente con sus principios y prácticas jurídicas, específicamente los plasmados en las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Penn State y Tahoe*, y es una réplica textual del Tratado Modelo de TBI de los Estados Unidos.”)

¹⁶⁵⁸ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 462.

y su naturaleza jurídica; la relación temporal de la circunstancia con la celebración del tratado; el conocimiento efectivo o el mero acceso a un acto o instrumento publicado; la materia del documento, instrumento o acontecimiento en relación con la disposición del tratado que ha de interpretarse; y si se utilizó o influyó en las negociaciones del tratado o de qué manera”.¹⁶⁵⁹

730. En este caso, los Demandantes no ponen en duda los factores objetivos, tal como alega Guatemala en su Memorial de Contestación. El primer factor objetivo es que el Anexo 10-C del DR-CAFTA es una copia exacta del Anexo B del Modelo de Tratado Bilateral de Inversión de los Estados Unidos de 2004 (TBI Modelo de los Estados Unidos de 2004)¹⁶⁶⁰. Guatemala argumenta además, y los Demandantes no alegan lo contrario, que el Congreso de los Estados Unidos no hubiese aprobado el DR-CAFTA si hubiera considerado que el Acuerdo violaba sus propias instrucciones, incluidas en la Ley de la Autoridad de Promoción Comercial Bipartita de 2002, en respuesta a la necesidad del gobierno de “[procurar] establecer normas para la expropiación y la compensación por expropiación, de conformidad con los principios jurídicos y la práctica de los Estados Unidos”.¹⁶⁶¹ Estos son factores objetivos que los Estados Firmantes conocían o a los cuales tenían acceso al momento en la etapa de negociación del DR-CAFTA y, tal como confirma la Oficina del Representante Comercial de Estados Unidos (USTR), tuvieron una influencia real en las negociaciones del Tratado¹⁶⁶².

731. Por otro lado, el Artículo 32 del CVDT permite al Tribunal examinar “las circunstancias de la celebración de un tratado”. Tal como indica el Profesor Ian Sinclair, el intérprete de un tratado debe tener “constantemente presente el contexto histórico en el que se ha negociado el tratado”.¹⁶⁶³ Nuevamente, los Demandantes no afirman que el contexto histórico de un tratado no pueda utilizarse como medio de interpretación complementario; en cambio, su única disputa con Guatemala es su endeble excusa de que no se ha probado la existencia de ninguno de los prerequisites del Artículo 32 del CVDT para que el Tribunal pueda acudir a dichos medios complementarios de interpretación¹⁶⁶⁴, lo que en efecto admite que el Tribunal puede valerse de la jurisprudencia y de los usos y costumbres de los Estados Unidos al momento de la celebración del DR-CAFTA, con base en el artículo 31 del CVDT. De cualquier modo, la divergencia en el punto de vista de cada

¹⁶⁵⁹ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 462. *cita a EC — Trozos de Pollo*, WT/DS269/AB/R WT/DS286/AB/R (12 de septiembre de 2005) ¶¶ 290–291.

¹⁶⁶⁰ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 470 *cita a* Anexo B Expropiación del TBI Modelo de los Estados Unidos de 2004 (RL-0011).

¹⁶⁶¹ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 464 *cita a* *Trade negotiating objectives*, 19 U.S.C § 3802 (RL-0232).

¹⁶⁶² Revisión Ambiental Final de la USTR, pág. 30 (R-0140) (“Las disposiciones sobre expropiación [en el DR-CAFTA] se han aclarado en un anexo para asegurar que sean consistentes con los principios legales y la práctica de los EE. UU”). *Ver también* J. Salacuse, *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital* (Oxford: OUP, 2013), p. 351 (RL-0400).

¹⁶⁶³ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 463 *cita a* Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* 2ª ed., (Manchester University Press, 1984), pág. 141 (RL-0401).

¹⁶⁶⁴ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 391-392.

una de las partes¹⁶⁶⁵, es la mayor prueba de la ambigüedad contemplada en el artículo 32 del CVDT, que autorizaría al Tribunal a recurrir a la jurisprudencia y de los usos y costumbres de los Estados Unidos, como método complementario de interpretación del DR-CAFTA.

732. *Segundo*, los Demandantes insisten en que el Tribunal no puede valerse de interpretaciones unilaterales por parte de un Estado Contratante para informar la interpretación del DR-CAFTA por parte del Tribunal. Guatemala no propone que este Tribunal interprete el DR-CAFTA de la manera en que Estados Unidos, como Estado firmante del DR-CAFTA, interpretó el Tratado. Esa afirmación sería una simplificación excesiva del posicionamiento de Guatemala. En su lugar, el argumento de Guatemala es que la jurisprudencia, los principios legales, y los usos y costumbres de los Estados Unidos son relevantes al momento de interpretar el DR-CAFTA, porque los Estados Firmantes conocían o debían conocer estos asuntos y, de hecho, han influenciado la celebración del Tratado. La Presentación de Parte No Contendiente de los Estados Unidos ante este Tribunal, no hace más que confirmar, tal como afirma Guatemala, que: (1) el primer paso a la hora de analizar toda expropiación debe ser la revisión de que efectivamente exista una inversión capaz de ser sujeta a una expropiación¹⁶⁶⁶; (2) el derecho internacional consuetudinario únicamente reconoce la pérdida o daño directo sufridos por los accionistas¹⁶⁶⁷ y la pérdida de oportunidad no configura una instancia de pérdida directa,¹⁶⁶⁸ (3) las sentencias de tribunales nacionales que actúan como árbitros neutrales e independientes de los derechos legales de los litigantes, no dan lugar a reclamos por expropiación, según el Artículo 10.7;¹⁶⁶⁹ y (4) el impacto económico adverso “en sí mismo, no establece que haya ocurrido expropiación indirecta”¹⁶⁷⁰, lo que rechaza el insistente pedido de los Demandantes de que se aplique la doctrina *sole effects* para evaluar un reclamo de expropiación del DR-CAFTA. El Salvador, por el contrario, afirma que “el demandante tiene la carga de refutar la fuerte presunción creada en el TLC de que las medidas reglamentarias no discriminatorias de un Estado

¹⁶⁶⁵ Réplica de los Demandantes, ¶ 395 (Los Demandantes alegan, entre otros puntos, que el DR-CAFTA no impone en ellos “una carga más pesada [...] para establecer la expropiación indirecta” en virtud del Tratado en relación con otros tratados que no enumeran expresamente los factores del Anexo 10-C4.”); Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 470 (Guatemala alega, en oposición, que “a diferencia de muchos otros acuerdos internacionales de inversión, el DR-CAFTA se esmeró en enumerar los factores en los que debe basarse una decisión de expropiación indirecta. [...] Basta con señalar por el momento que estos casos, consistentes con el peso de la autoridad en el arbitraje de inversión, imponen una carga más pesada a los Demandantes para establecer la expropiación indirecta bajo el DR-CAFTA en relación con otros tratados donde estos factores no están articulados.”)

¹⁶⁶⁶ Escrito de EE. UU., 19 de febrero de 2021, ¶ 41.

¹⁶⁶⁷ Escrito de EE. UU., 19 de febrero de 2021, ¶ 53.

¹⁶⁶⁸ Escrito de EE. UU., 19 de febrero de 2021, ¶ 55: (“Algunos ejemplos de reclamos que permitirían a un accionista inversor pedir daños o pérdidas directas se dan cuando el inversor alega que le fue negado su derecho a dividendos declarados, a los votos correspondientes a sus acciones a una porción de activos residuales de la empresa en caso de disolución. Otro ejemplo de pérdida o daño directo sufrido por los accionistas se configura cuando el Estado contendiente realiza una expropiación indebida de la participación accionaria de los accionistas, ya sea de manera indirecta a través de la expropiación de acciones, o de manera indirecta, mediante la expropiación de la totalidad de la empresa.”)

¹⁶⁶⁹ Escrito de EE. UU., 19 de febrero de 2021, ¶ 48.

¹⁶⁷⁰ Escrito de EE. UU., 19 de febrero de 2021, ¶ 43.

diseñadas para proteger el medio ambiente no constituyen una expropiación indirecta.”.¹⁶⁷¹ Vale la pena reiterar que, tal como se afirmó en otra parte de la Dúplica, que las presentaciones de partes no contendientes asisten al tribunal en su entendimiento de la intención detrás de los acuerdos y; en consecuencia, se les otorga “significación especial”.¹⁶⁷²

733. *Tercero*, si bien los Demandantes insisten en que “no existe motivo para interpretar el Tratado remitiéndose al derecho estadounidense”¹⁶⁷³, no logran ofrecer una alternativa clara. En cambio, los Demandantes se valen únicamente de doctrina académica y laudos de tribunales de inversión. Sin embargo, estos no configuran una herramienta para la interpretación de tratados en los términos del Artículo 31 o el 32 de la CVDT y; en consecuencia, no resulta más útil que la jurisprudencia y los principios legales de los Estados Unidos, en la medida en que estos forman parte del contexto histórico de la negociación del DR-CAFTA. Muy por el contrario, “las concatenaciones de proposiciones abstractas abundan en la escritura académica; sin embargo, rara vez otorgan *ratio decidendi*”.¹⁶⁷⁴ Con respecto a los laudos arbitrales, los gobiernos de El Salvador, los Estados Unidos y República Dominicana advierten respecto a los efectos adversos de utilizar laudos arbitrales como base de la interpretación de los tratados, y no sin motivo. Ya ha quedado claramente establecido que no existe *stare decisis* en el arbitraje internacional, de modo que este tribunal no tiene obligación de seguir ningún precedente.¹⁶⁷⁵

734. Para que quede claro, Guatemala no alega que los laudos arbitrales y la doctrina académica no pueda guiar la interpretación del DR-CAFTA de este Tribunal, si incluso Guatemala hace referencia a ellos también. Lo que Guatemala no acepta y no puede aceptar es la negativa general de los Demandantes a acordar algún peso al derecho de expropiación estadounidense incluso cuando echa luz sobre el objeto y propósito del DR-CAFTA, y forma parte del contexto y las circunstancias de la conclusión del Artículo 10.7 y el Anexo 10-C del DR-CAFTA. Asimismo, los laudos arbitrales anteriores sólo pueden ayudar, pero no pueden obligar a este Tribunal,¹⁶⁷⁶ especialmente cuando “las partes, los tratados subyacentes, los argumentos legales y las pruebas” son distintos del tratado y de los hechos bajo examen aquí.¹⁶⁷⁷ Este es el mismo motivo por el que Guatemala cuidadosamente analizó cada laudo que los Demandantes citaron en su Memorial y los distinguió de su reclamo

¹⁶⁷¹ Escrito de El Salvador, 19 de febrero de 2021, ¶ 25.

¹⁶⁷² Ver Andrea Menaker, *Treatment of Non-Disputing State Party Views in Investor-State Arbitrations*, pág. 1-2 (RL-0395).

¹⁶⁷³ Réplica de los Demandantes, ¶ 395.

¹⁶⁷⁴ *Westmoreland Coal Company c. Gobierno de Canadá*, Caso CIADI N° UNCT/20/3, Informe de Experto de Jan Paulsson, 26 de febrero de 2021, ¶ 65 (RL-0402), énfasis añadido.

¹⁶⁷⁵ *Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkmenistán*, Caso CIADI N°.ARB/10/1, Decisión respecto a una Anulación (14 de julio de 2015), ¶ 170 (RL-0403).

¹⁶⁷⁶ *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Gobierno de Malasia*, Caso CIADI N° ARB/05/10, Decisión sobre Jurisdicción (17 de mayo de 2007), ¶ 56 (RL-0404).

¹⁶⁷⁷ *TECO c. Guatemala*, Decisión sobre Anulación (5 de abril de 2016), ¶ 237 (CL-0100).

ante este Tribunal. Del mismo modo, se insta a este Tribunal a ver el *ratio decidendi* y no meramente lo decidido por el tribunal en laudos anteriores si llegara a basarse en ellos para sus decisiones.¹⁶⁷⁸

3) En ausencia de denegación de justicia, colusión, mala fe, o circunstancias de gravedad similar, las acciones de las cortes de Guatemala no pueden atribuirse al Estado de Guatemala o de cualquier forma no constituyen una violación del DR-CAFTA.

735. En su Memorial de Contestación, Guatemala argumentó que un Estado no puede ser considerado responsable por los actos de su poder judicial si no se constata una denegación de justicia. Guatemala se refirió al erudito Juez Tanaka de la Corte Internacional de Justicia, quien opinó que “un Estado, en razón de la independencia del poder judicial, en principio, es inmune a la responsabilidad en relación con las actividades de los órganos judiciales”.¹⁶⁷⁹ Los Demandantes, sin embargo, intentan menoscabar el peso de la visión del Juez Tanaka debido a que “sus observaciones fueron realizadas en su opinión separada” en *Barcelona Traction*. Guatemala también citó el caso *Loewen c. Estados Unidos*, en el que el tribunal del TLCAN fue categórico al afirmar que “una reclamación en la que se alega una apropiación en violación del Artículo 1110 *solo* puede prosperar si Loewen establece una denegación de justicia en virtud del Artículo 1105”.¹⁶⁸⁰

736. Además, Guatemala citó el laudo en el caso *Azinian c. México* que sostuvo que, para que las acciones del tribunal sean atribuibles al Estado, “[*s*]e *necesita más*; los demandantes deben acreditar una denegación de justicia o una pretensión de forma para conseguir un fin internacionalmente ilícito”.¹⁶⁸¹ En consonancia con *Azinian*, Guatemala hizo referencia a otros casos que, a pesar de sostener que la denegación de justicia no es necesaria, respaldan la opinión de que “se necesita más” para atribuir los actos de los tribunales al Estado.¹⁶⁸²

737. En respuesta, los Demandantes sostienen que no se requiere la denegación de justicia para atribuir los actos

¹⁶⁷⁸ *Westmoreland Coal Company c. Gobierno de Canadá*, Caso CIADI N° UNCT/20/3, Informe de Experto de Jan Paulsson (26 de febrero de 2021), ¶ 65, 67 (RL-0402) (*énfasis añadido*). Prof. Jan Paulsson ha advertido: “[...] Los árbitros sin conocimiento de las leyes sobre jurisdicción, que siguen la regla del *stare decisis* suelen a ser indisciplinados cuando hacen referencia a lo que conciben como “precedentes”, no han leído el locus classicus, *Precedent in English Law* (Cross & Harris), y **tienen poco instinto para distinguir entre lo decidido en un caso y las observaciones incidentales de quien dirime**. [...] Si bien los futuros árbitros pueden y deben considerar todo lo que se les plantea, es claro que el mayor peso cuando tratan de dar sentido cuando se refieren a “precedentes” **debe limitarse a las cuestiones de ratio** [...]”

¹⁶⁷⁹ *Barcelona Traction*, Opinión Separada del Juez Tanaka, pág. 153 (RL-0307).

¹⁶⁸⁰ *Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo (26 de junio de 2003), ¶ 141 (CL-0170) (*énfasis y subrayado añadidos*); Ver también, *MNSS BV and Recupero Credito Acciaio NV v. Montenegro*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/8, Laudo (4 de mayo de 2016), ¶ 370 (CL-0015) donde el tribunal dictaminó que una “decisión judicial no puede considerarse una expropiación directa a menos que se determine una denegación de justicia.”

¹⁶⁸¹ *Azinian c. México*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2, Laudo (1 de noviembre de 1999), ¶ 98 (CL-0144).

¹⁶⁸² Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 498-503, donde se cita *Swisslion c. Macedonia*, Caso CIADI No. ARB/09/16, Laudo (6 de julio de 2012), ¶ 314 (CL-0119) (“Dado que no hubo ilegalidad por parte de los tribunales, no se establece el primer elemento de la demanda de expropiación de la Demandante”); Sr. *Franck Charles Arif c. República de Moldavia*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo (8 de abril de 2013), ¶ 415 (CL-0126) (“El Tribunal no está convencido de que haya habido colusión entre los tribunales.”)

de los tribunales al Estado. Los Demandantes también se refieren al laudo en el caso *Karkey c. Pakistán* como una autoridad para basar su visión.¹⁶⁸³

738. *Primero*, las opiniones del Juez Tanaka se ofrecen no por los hechos y cuestiones peculiares de *Barcelona Traction*, sino por el peso de sus opiniones como publicista altamente calificado en derecho internacional. Los Demandantes olvidan que a los jueces de la Corte se les exige “que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus respectivos países, o que sean jurisconsultos de reconocida competencia en materia de derecho internacional”.¹⁶⁸⁴ Los propios Demandantes solicitan al Tribunal que siga las opiniones expuestas por un académico¹⁶⁸⁵ y dos profesionales del arbitraje.¹⁶⁸⁶ Los Demandantes no explican por qué este Tribunal debería dar importancia a sus opiniones para probar el derecho internacional consuetudinario pero no a la opinión separada de un antiguo magistrado de la Corte Internacional de Justicia.

739. Tribunales anteriores, de hecho, se han basado en opiniones separadas, incluidas las del Juez Tanaka, como prueba del derecho internacional consuetudinario.¹⁶⁸⁷ Los Estados Unidos, que es una Parte Contratante del DR-CAFTA y, como se discutió anteriormente, cuya ley de expropiación había influido en la conclusión del Tratado, también acude al Juez Tanaka.¹⁶⁸⁸ Se insta al Tribunal a que otorgue a las opiniones del Juez Tanaka el peso correspondiente a su estatura como publicista altamente calificado en derecho internacional.¹⁶⁸⁹

740. *En segundo lugar*, el caso *Karkey c. Pakistán* no apoya en absoluto la posición de los Demandantes. En *Karkey*, el tribunal señaló que “**Pakistán acepta** que los **actos de la Corte Suprema**, el MoWP y la NAB **son atribuibles al Estado**”.¹⁶⁹⁰ Por lo tanto, el debate del tribunal sobre la denegación de justicia *no* se centró en

¹⁶⁸³ Réplica de los Demandantes, ¶ 410, donde se cita *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/13/1, Laudo (22 de agosto de 2017) (CL-0217).

¹⁶⁸⁴ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Artículo 2. (RL-0405).

¹⁶⁸⁵ Ver Réplica, n. 1209.

¹⁶⁸⁶ Ver Réplica, n. 1209.

¹⁶⁸⁷ *Ambiente Ufficio S.p.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/08/9), Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad (8 de febrero de 2013), ¶ 599 (CL-0181), donde se citan las Opiniones Separadas del juez Tanaka y del juez Gros en *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Segunda Fase), Sentencia, Informes de la CIJ de 1970, (RL-0307) para concluir que “[una] excepción a la regla de los recursos locales, la denominada regla de inefectividad, goza ahora de reconocimiento universal en el ámbito del derecho en materia de protección diplomática”; *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. c. España*, Caso CIADI No. ARB/13/30, Decisión sobre Responsabilidad y sobre los Principios de Cuantificación de Daños (30 de noviembre de 2018), ¶ 431 (RL-0406), donde se cita la Opinión Disidente del juez Tanaka en *África Sudoccidental (Etiopía c. Sudáfrica)*, Segunda Fase, Informes de la C.I.J. de 1966 (18 de julio de 1966) (RL-0407), para el principio de no discriminación que exige a un Estado que trate de igual manera lo que es igual, aunque no exige a un Estado que trate de igual manera lo que es diferente.

¹⁶⁸⁸ Escrito de EE. UU. (19 de febrero de 2021), ¶ 20.

¹⁶⁸⁹ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Artículo 38(1)(d): “[L]as doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”. (RL-0405).

¹⁶⁹⁰ *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/13/1, Laudo (22 de agosto de 2017), ¶ 564 (CL-0217).

la atribución, sino en sí “[l]as deficiencias relativas a la sustancia de la Sentencia [...] pueden equivaler a una **violación** del derecho internacional”, incluso si “tales deficiencias [no] equivalen a una denegación de justicia”.¹⁶⁹¹ La atribución y la violación son dos elementos distintos, pero acumulativos, de un hecho internacionalmente ilícito.¹⁶⁹²

741. Sin embargo, y asumiendo que el Tribunal concuerda con la posición de los Demandantes, aún no es suficiente que las acciones del organismo judicial son “manifiestamente incorrectas”, para establecer una violación con base en las acciones de las cortes. Los Demandantes concuerdan, basándose en *Azinian*, que tienen la obligación de probar, si no una denegación de justicia, al menos “una pretensión de forma de conseguir un fin ilegal internacional.”¹⁶⁹³ Por la misma admisión de los Demandantes, “se requiere algo más” que las decisiones de la Corte Suprema y la Corte de Constitucionalidad han sido “manifiestamente incorrectas”¹⁶⁹⁴ para condenar al Estado por los actos de sus jueces. En la decisión reciente en el caso *Infinito Gold c. Costa Rica*, el tribunal sostuvo que “Costa Rica puede incurrir en responsabilidad internacional como resultado de las decisiones de sus tribunales incluso si no se hubiese configurado una denegación de justicia”.¹⁶⁹⁵ Sin embargo, en cuanto a la cuestión de la violación del estándar de expropiación del tratado, el tribunal sostuvo que una decisión judicial no puede calificarse de medida expropiatoria porque no se estableció la mala fe. Según el tribunal, “[s]i esta decisión [judicial] hubiera sido adoptada de *mala fe, con el propósito de privar a Industrias Infinito de una concesión cuya titularidad era válida, habría estado abierta para el Tribunal la posibilidad de evaluar si tuvo carácter expropiatorio*. Sin embargo, este no es el caso aquí: tal como se analizó en la Sección VI.C.2.c *supra*, la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 no puede caracterizarse como una denegación de justicia, ni fue fundamentalmente arbitraria o injusta”.¹⁶⁹⁶

742. En definitiva, *Infinito Gold* y los casos anteriormente citados por Guatemala demuestran que, en ausencia de denegación de justicia, colusión, mala fe o circunstancias graves similares, los actos de los tribunales, incluso si se consideran manifiestamente erróneos, no pueden atribuirse al Estado de Guatemala y no pueden constituir una violación del derecho internacional – es necesario “algo más”.

743. Además, Guatemala demostró que “los tribunales de Guatemala interpretaron y aplicaron las leyes de

¹⁶⁹¹ *Karkey c. Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/13/1, Laudo (22 de agosto de 2017), ¶ 564 (CL-0217).

¹⁶⁹² Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Artículo 2. (RL-0408).

¹⁶⁹³ Réplica de los Demandantes, ¶ 408.

¹⁶⁹⁴ Memorial de los Demandantes, ¶ 74 (“Como explica el profesor Fuentes, la Corte Suprema Como explica el profesor Fuentes, la decisión de la Corte Suprema de otorgar el amparo provisional fue manifiestamente errónea, tanto procesal como sustantivamente; la decisión de otorgar el amparo provisional fue manifiestamente errónea, tanto procesal como sustantivamente.”); *Id.* ¶ 137 (“La sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de junio de 2020 fue manifiestamente errónea en todos estos aspectos”).

¹⁶⁹⁵ *Infinito Gold Ltd. c. Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/14/5, ¶ 367 (RL-0397).

¹⁶⁹⁶ *Infinito Gold Ltd. c. Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/14/5, ¶ 718 (RL-0397).

Guatemala legítimamente, de buena fe y con base racional”.¹⁶⁹⁷ Por su parte, los Demandantes sostienen “que Guatemala ni siquiera ha intentado defender las decisiones de sus tribunales sobre el fondo de la cuestión”.¹⁶⁹⁸ En otras palabras, lo que los Demandantes pretenden que haga este Tribunal es aventurar la corrección de las decisiones de los tribunales guatemaltecos; una facultad de la que, con el debido respeto, no goza este Tribunal. Guatemala ha hecho saber a este Tribunal, como cuestión de derecho internacional consuetudinario, que los tribunales arbitrales no poseen competencia en apelación sobre los tribunales de Guatemala.¹⁶⁹⁹ La carga de los Demandantes es establecer que las decisiones de los tribunales son “sorprendentes, impactantes o revelan una manifiesta falta de razonamiento”.¹⁷⁰⁰ En este caso, lejos de ser irracionales o dictadas de mala fe, las decisiones de los tribunales guatemaltecos están todas fundadas en derecho¹⁷⁰¹ (de hecho, nada menos que en la Constitución guatemalteca),¹⁷⁰² apoyadas en los precedentes,¹⁷⁰³ exigidas por las obligaciones de los tribunales de cumplir con las obligaciones internacionales del Estado,¹⁷⁰⁴ y atendidas por las circunstancias propias de esas decisiones.¹⁷⁰⁵

744. *En tercer lugar*, la nueva caracterización de los Demandantes de su reclamo por expropiación indirecta como una “expropiación progresiva” determina aún más su reconocimiento de que “se necesita más” para responsabilizar al Estado por los actos de su poder judicial. No basta con que las decisiones sean simplemente “manifiestamente erróneas”, si es que lo son. Una alegación de expropiación progresiva implica que los Demandantes prueben una cadena de eventos entre los actos del poder judicial guatemalteco y los otros poderes del Estado. Esta cadena de eventos puede establecerse demostrando una “clara vinculación”,¹⁷⁰⁶ un “hilo vinculante que integra a cada uno de los actos u omisiones en una sola y misma conducta imputable a la

¹⁶⁹⁷ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 513-523.

¹⁶⁹⁸ Réplica de los Demandantes, ¶ 531.

¹⁶⁹⁹ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 514.

¹⁷⁰⁰ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 514, donde se cita *Glamis Gold c. EE. UU.*, Laudo, ¶¶ 616-617, 762, 779. (RL-0041).

¹⁷⁰¹ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 516: (“La República de Guatemala ratificó el Convenio 169 de la OIT el 5 de junio de 1996. También admiten que el Convenio 169 de la OIT confiere a los pueblos indígenas “el derecho a ser consultados: (i) “siempre que se consideren medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos directamente”, y (ii) antes de la exploración o explotación de los recursos minerales o del subsuelo””.)

¹⁷⁰² Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 588: (“Los Demandantes sabían, o al menos deberían haber sabido, que el Convenio N 169 de la OIT ha formado parte del marco jurídico de Guatemala desde su ratificación en 1996. El Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala hace que todos los tratados en los que Guatemala es parte, especialmente los relativos a los derechos humanos, sean directamente aplicables en el Estado sin necesidad de ulteriores medidas ejecutivas o legislativas; los tratados tienen incluso preeminencia sobre la legislación interna”.)

¹⁷⁰³ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 519, 520.

¹⁷⁰⁴ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 520-521.

¹⁷⁰⁵ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 635: (“En el caso Exmingua, el Tribunal tomó nota de los graves conflictos suscitados en la zona que “han puesto en peligro la vida y la seguridad de los habitantes de los municipios afectados” y, a su discreción, mantuvo la suspensión hasta que finalizaran las consultas.”)

¹⁷⁰⁶ *Rusoro Mining Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/5, Laudo (22 de agosto de 2016), ¶ 230 (RL-0204).

Demandada”, “su convergencia en el mismo resultado, es decir, de privar al inversor de su inversión”.¹⁷⁰⁷ Por ejemplo, en *Rumeli c. Kazajstán*, una expropiación no habría sido encontrada sin evidencia de que el proceso judicial hubiera nacido de una colusión indebida entre el Estado y el tercero beneficiado.

745. En esta coyuntura, Guatemala sostiene que la caracterización tardía de los Demandantes de su reclamación como una expropiación progresiva no está permitida por las Reglas de Arbitraje del CIADI. Los Demandantes citaron casos sobre expropiación progresiva en su Memorial.¹⁷⁰⁸ Sin embargo, es solo en su Réplica que los Demandantes alegaron que los actos del poder judicial de Guatemala deben ser evaluados no en forma aislada de los “actos y omisiones del ejecutivo (incluidos el Presidente de Guatemala, el MEM, el MARN y la Policía Nacional)”,¹⁷⁰⁹ sino todos estos actos u omisiones “in the aggregate”.¹⁷¹⁰ Esta evolución de los argumentos de los Demandantes es coherente con los intentos de los Demandantes de crear un blanco móvil a partir de su reclamo por expropiación, y no debe ser considerada por el Tribunal. En cualquier caso, como se verá a continuación, no hay pruebas suficientes de expropiación progresiva en esta controversia, sin importar la inversión en el caso o la naturaleza del reclamo, en esta disputa.

4) Sin importar cómo los Demandantes estructuren su reclamo de expropiación, estos no han probado que los supuestos actos constituyen una expropiación indirecta bajo el DR-CAFTA.

746. Llegados a este punto, ya hay razones de sobra para que el Tribunal desestime el reclamo por expropiación de los Demandantes. *Primero*, la reclamación actual de los Demandantes ya no es la misma reclamación que los Demandantes presentaron en su Notificación de Arbitraje registrada ante el CIADI. Los Demandantes iniciaron una disputa contra Guatemala por *pérdidas reflejas* por la supuesta *disminución del valor de sus acciones en Exmingua*, no una reclamación por *pérdidas directas* por su *supuesta oportunidad de desarrollar el proyecto minero Tambor, que es inherente a sus acciones*. El derecho internacional consuetudinario, la jurisprudencia en materia de inversiones y la práctica de los Estados confirman que estas dos reclamaciones se excluyen mutuamente. Además, los Demandantes, *por primera vez* en su Réplica, solicitan al Tribunal que valore los actos ejecutivos y judiciales impugnados como un acto compuesto, de forma conjunta y no aislada. El Tribunal no debe cerrar los ojos ante el flagrante desconocimiento de las normas procesales por parte de los Demandantes y el derecho al debido proceso de Guatemala.

747. *Segundo*, según el derecho internacional consuetudinario, los actos de la Corte Suprema y de la Corte de

¹⁷⁰⁷ *Técnicas Medioambientales Tecmed, SA c. Los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, Laudo (29 de mayo de 2003), ¶ 62 (CL-0122).

¹⁷⁰⁸ Memorial, nn. 362 y 380.

¹⁷⁰⁹ Réplica de los Demandantes, ¶ 406.

¹⁷¹⁰ Réplica de los Demandantes, ¶ 405.

Constitucionalidad no pueden atribuirse al Estado de Guatemala, aunque sean “manifiestamente erróneos”; “se necesita más”, como admiten incluso los propios Demandantes. A menos que se pruebe la denegación de justicia o, al menos, la colusión, la mala fe, la pretensión de forma para lograr un fin internacionalmente ilícito u otras circunstancias graves similares, el derecho internacional consuetudinario impide que se atribuya responsabilidad (ya sea atribución o violación) al Estado de Guatemala por las sentencias de sus tribunales, suponiendo que estas sentencias sean “manifiestamente erróneas”.

748. Todas estas son razones independientes para que el Tribunal desestime el reclamo por expropiación de los Demandantes sin necesidad de profundizar en su fondo. En cualquier caso, independientemente de la manera en que los Demandantes encuadren su reclamo como uno por pérdidas directas o por pérdidas reflejas, los Demandantes no pudieron establecer ninguno de los factores según el Anexo 10-C del DR-CAFTA para que su reclamo por expropiación prosperara. Tal y como ha argumentado Guatemala en su Memorial de Contestación, y que se desarrolla con mayor detalle a continuación, los actos por los que se agravian los Demandantes, ya sea de forma aislada o en conjunto, no constituyen una expropiación indirecta.

a. El reclamo por expropiación progresiva de los Demandantes fracasa si no se demuestra que existe una clara vinculación y una convergencia entre los supuestos actos de interferencia para privar a los Demandantes de su inversión.

749. Los Demandantes critican a Guatemala por supuestamente aislar todos y cada uno de los presuntos actos de interferencia para negar la expropiación. Específicamente, en cuanto a los actos del poder judicial, los Demandantes sostienen que “no es necesario que el Tribunal analice por separado la conducta del poder judicial independientemente de toda la cadena de eventos”.¹⁷¹¹ Abogando por un nuevo estándar no argumentado anteriormente en su Memorial, los Demandantes pretenden ahora que este Tribunal evalúe los supuestos actos de interferencia “in the aggregate”.¹⁷¹² Tratan de argumentar ahora que “la conducta de Guatemala hacia las inversiones de los Demandantes en Exmingua recuerda la “‘campana’ ilegítima” [...] [que] lleva a concluir de forma inexorable que se produjo una expropiación indirecta”.¹⁷¹³

750. *Primero*, Guatemala ya ha defendido anteriormente, en consonancia con el derecho internacional consuetudinario al momento de analizar alegaciones de actos compuestos como la expropiación progresiva, que debe haber “una serie de actos que conduzcan en la misma dirección [que] pued[e]n dar lugar a una violación al final del proceso de agregación”.¹⁷¹⁴ En este caso, aparte de la amplia afirmación de los

¹⁷¹¹ Réplica de los Demandantes, ¶ 406.

¹⁷¹² Réplica de los Demandantes, ¶ 405.

¹⁷¹³ Réplica de los Demandantes, ¶ 422.

¹⁷¹⁴ *Société Générale con respecto a DR Energy Holdings Limited y Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. c.*

Demandantes de una “campana ilegítima” contra Exmingua y su afirmación, aún sin fundamento, de que los tribunales guatemaltecos fueron “motivad[os] por... la interferencia política”,¹⁷¹⁵ los Demandantes no han alegado, y mucho menos probado, que los supuestos actos de interferencia denunciados estén motivados por una convergencia para privarlos de su inversión. Muy por el contrario, las propias alegaciones de los Demandantes niegan cualquier conclusión de tal clara vinculación o convergencia.

751. Según admiten los propios Demandantes, el MEM había defendido anteriormente la emisión de una licencia de explotación a su favor¹⁷¹⁶ y que el “MEM expresó en reiteradas ocasiones su desacuerdo con la sentencia de la Corte Suprema” que suspendía dicha licencia.¹⁷¹⁷ El hecho de que el MEM, una agencia ejecutiva separada del poder judicial, tomara inicialmente los garrotes en favor de los Demandantes desmiente cualquier tipo de clara vinculación y convergencia entre los actos de agencias del ejecutivo y el Organismo Judicial para privar a los Demandantes de su supuesta oportunidad de explotar la mina Progreso VII. La posterior suspensión de la licencia de explotación por parte del MEM a través de la Resolución Nro. 1202, mientras tanto, no fue más que el cumplimiento de la orden de la Corte Suprema de hacerlo.¹⁷¹⁸ Si el MEM no hubiera cumplido con dicha orden, habría actuado en total desafío a una orden legal vigente de la corte, exponiendo a las autoridades de turno a responsabilidad administrativa y penal.¹⁷¹⁹

752. En cuanto a la mina de Santa Margarita, los Demandantes admiten fácilmente que suspendieron las actividades de exploración no por una orden del gobierno para que lo hicieran, sino como un ejercicio de su propio juicio empresarial. Según ellos, “ningún inversionista desarrollaría actividades de exploración y el mercado no le asignaría valor alguno a una licencia de exploración sin que dicho inversionista confiara legítimamente que podría obtener una licencia de explotación si demostrara la existencia de un yacimiento económicamente viable”.¹⁷²⁰ En esta afirmación se admite que la suspensión de las actividades de exploración de Santa Margarita fue fruto de su propia decisión empresarial, y no como resultado directo de alguna acción

La República Dominicana, CNUDMI, Caso LCIA No. UN 7927, Laudo sobre Excepciones Preliminares a la Jurisdicción (19 de septiembre de 2008), ¶ 91 (RL-0409).

¹⁷¹⁵ Memorial de los Demandantes, ¶ 133.

¹⁷¹⁶ Réplica de los Demandantes, ¶ 269.

¹⁷¹⁷ Réplica de los Demandantes, ¶ 273.

¹⁷¹⁸ Ley de Amparo, Artículo 49(a): “Efectos del amparo. La declaración de procedencia del amparo tendrá los siguientes efectos: Dejar en suspenso, en cuanto al demandante, la ley, el reglamento, resolución o acto impugnados y, en su caso, el restablecimiento de la situación jurídica afectada o el cese de la medida” (C-0406); Ley de Amparo, art. 54: “Incumplimiento de la resolución. Si el obligado no hubiere dado exacto cumplimiento a lo resuelto, de oficio se ordenará su encausamiento certificándose lo conducente, sin perjuicio de dictarse todas aquellas medidas que conduzcan a la inmediata ejecución de la resolución de amparo.” (C-0406); Ver también, Constitución Política de la República de Guatemala, art. 203: “La justicia se imparte de acuerdo con la Constitución y las leyes de la República. La potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado corresponde a los tribunales de justicia. **Los demás órganos del Estado deben brindar a los tribunales la asistencia que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones.**” (C-0414). Ver también Informe de Richter II, ¶ 47.

¹⁷¹⁹ Ver Ley de Amparo, art. 78 (RL-0410) y el Código Penal, art. 420 (RL-0396) Ver también, *infra.*, Sección II.G.

¹⁷²⁰ Réplica de los Demandantes, ¶ 279.

gubernamental, negando el elemento de atribución bajo el Artículo 2 de los Artículos de Responsabilidad del Estado.

753. El hecho de que los Demandantes no puedan establecer ninguna conexión entre su propia suspensión de la licencia de exploración y los otros supuestos actos gubernamentales de interferencia¹⁷²¹ se ve reforzado por el hecho de que la licencia de exploración no ha sido invalidada. De hecho, el Artículo 25 de la Ley de Minería de Guatemala proroga automáticamente el período de validez de la licencia de exploración hasta que se otorgue la licencia de explotación. Esto significa que la licencia de exploración de Santa Margarita sigue y seguiría subsistiendo incluso si el requisito de realizar las consultas de conformidad con el Convenio 169 se hiciera aplicable al proceso del EIA como condición para la aprobación de una licencia de explotación para la mina Santa Margarita. Además, los Demandantes podrían haber iniciado el proceso de aprobación de su EIA desde el 2011,¹⁷²² al mismo tiempo en que GSM había finalizado la sección ambiental para Progreso III, y no había supuesto impedimento físico para realizarlo,¹⁷²³ aun así, no lo hicieron. Por lo tanto, el ejercicio de una decisión empresarial de los Demandantes, independientemente de su solidez, fue la causa única y próxima de la suspensión de las actividades de exploración de la mina Santa Margarita, y ni la decisión de *Minera San Rafael* ni la suspensión de la licencia de explotación de Progreso VII tuvieron vinculación alguna, y mucho menos de carácter claro, con dicha suspensión.

754. Por otro lado, la licencia de exportación fue suspendido,¹⁷²⁴ el concentrado de oro fue confiscado,¹⁷²⁵ y las cuentas bancarias fueron inmovilizadas¹⁷²⁶ a causa de las violaciones a la ley por parte de Exmingua - específicamente la continuación de sus operaciones de minería- en directa contravención de la decisión de la Corte Suprema, así como de la resolución del MEM implementando dicha decisión que suspendió la licencia de explotación. Lo que los Demandantes quieren hacer es que este Tribunal los exculpe de las consecuencias de sus actos criminales y violaciones administrativas. Respecto al concentrado de oro, también, es importante mencionar que estos fueron liberados bajo custodia legal por parte del Juzgado Cuarto de Instancia Penal, con base en el Artículo 206 del Código Procesal Penal, y los Demandantes no alegan que esa decisión sea errónea,

¹⁷²¹ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 527: “[E]l tema de la atribución del Estado ni siquiera entra en juego aquí considerando la ausencia de conducta estatal como lo requiere el Artículo 2 de los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Conducta Internacionalmente Ilícita y el Anexo 10-C.2 del DR-CAFTA. Sin ninguna suspensión ordenada por el gobierno de los trabajos de exploración de Exmingua, no existe ninguna razón para que Exmingua suspenda sus propias operaciones.”

¹⁷²² Kappes I, ¶ 49.

¹⁷²³ *Ver, infra.*, Sección II. C.

¹⁷²⁴ *Ver, infra.*, Sección II.F.

¹⁷²⁵ *Ver, infra.*, Sección II.F.

¹⁷²⁶ *Ver, infra.*, Sección II.A.3.

menos aún que esta ha implicado una denegación de justicia.¹⁷²⁷

755. *Segundo*, Guatemala no puede evitar tratar las alegaciones de interferencia de los Demandantes como actos únicos e independientes porque, como los propios Demandantes han argumentado, el estándar para la expropiación progresiva requiere “[d]esde luego, [que] **cada paso** debe tener un perjuicio”.¹⁷²⁸ Por lo tanto, si Guatemala demuestra que al menos uno de los supuestos actos de interferencia no tiene ningún perjuicio, entonces los Demandantes no lograrían establecer una cadena ininterrumpida de eventos para apoyar su nebulosa reclamación de una expropiación progresiva.

756. El mismo principio se aplica con más fuerza con respecto a los actos del poder judicial, específicamente la decisión de la Corte de Constitucionalidad de suspender la licencia de explotación de Progreso VII hasta que se cumplan las consultas de conformidad con el Convenio 169 de la OIT. Guatemala ha establecido que, de entrada, dicho acto no puede ser atribuido al Estado de Guatemala en ausencia de una muestra de denegación de justicia o que, en cualquier caso, no existe una violación del Artículo 10.7 del DR-CAFTA porque “los tribunales de Guatemala interpretaron y aplicaron las leyes de Guatemala legítimamente, de buena fe y con base racional”.¹⁷²⁹ En ese sentido, “[e]l último paso” del que se quejan los Demandantes no cumple el estándar de ser “la gota que rebalsa el vaso”,¹⁷³⁰ un estándar que los propios Demandantes han defendido. Sencillamente, los Demandantes se equivocan de forma estrepitosa al sostener que “no es necesario que el Tribunal analice por separado la conducta del poder judicial independientemente de toda la cadena de eventos”.¹⁷³¹

757. Como se ha demostrado, las insinuaciones de los Demandantes de una “campana ilegítima” contra Exmingua son más imaginarias que reales. Sin ninguna vinculación clara entre los supuestos actos de interferencia que pretenden converger hacia la privación de Exmingua, la acusación infundada de los Demandantes de una expropiación progresiva se cae por su propio peso.

b. Sin importar como los Demandantes caractericen sus derechos de propiedad o sus beneficios, los Demandantes no han probado que los supuestos actos de interferencia, ya sea aisladamente o de forma agregada, son expropiatorios.

758. El Anexo 10-C.2 del DR-CAFTA establece que “[u]n acto o una serie de actos de una Parte no pueden constituir una expropiación a menos que interfiera con un derecho de propiedad tangible o intangible de una

¹⁷²⁷ *Ver, infra.*, ¶¶ V.C.

¹⁷²⁸ Réplica de los Demandantes, ¶ 420, donde se cita *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo (6 de febrero de 2007), ¶ 263 (CL-0159).

¹⁷²⁹ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 513-523.

¹⁷³⁰ Réplica de los Demandantes, ¶ 420, donde se cita *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo (6 de febrero de 2007), ¶ 263 (CL-0159).

¹⁷³¹ Réplica de los Demandantes, ¶ 406.

inversión”. Por lo tanto, el Tratado exige *a priori* que los Demandantes demuestren dos requisitos acumulativos: (1) la existencia de un derecho de propiedad en la inversión en cuestión; y (2) que dicho derecho de propiedad les pertenece. La existencia de un derecho de propiedad es un evidente inicio de cualquier investigación de expropiación.¹⁷³²

759. Como ha sido discutido más arriba, los Demandantes, en su Réplica, afirman que buscan un reclamo por pérdidas directas en contra de Guatemala¹⁷³³ y han identificado sus acciones en Exmingua,¹⁷³⁴ específicamente su supuesta oportunidad (no la de Exmingua) de desarrollar el Proyecto El Tambor,¹⁷³⁵ como la inversión en cuestión. Especialmente ahora que los Demandantes están presentando un reclamo por pérdidas directas en lugar de un reclamo por pérdidas reflejas,¹⁷³⁶ este Tribunal -tal y como dijo que haría en su Decisión sobre Objeciones Preliminares- deberá analizar si ha habido una “privación de la *propiedad* o interferencia de los *derechos* de accionista.”¹⁷³⁷ Asumiendo que el reclamo de expropiación de los Demandantes es de hecho uno por pérdidas directas, el Tribunal deberá analizar el fondo del reclamo de expropiación de los Demandantes con sus acciones en Exmingua como la inversión en cuestión.

i. Asumiendo que el reclamo de expropiación de los Demandantes es uno por pérdidas directas, la oportunidad de desarrollar el Proyecto el Tambor no es ni un derecho del accionista, ni tampoco es una mera oportunidad suficiente para declarar una expropiación.

760. De hecho, en su Réplica, los Demandantes argumentan que “las oportunidades perdidas de los Demandantes de desarrollar en mayor medida el Proyecto El Tambor constituyen un derecho de propiedad vinculado con su paquete accionario de Exmingua, la cual es titular de licencias válidamente otorgadas con arreglo al ordenamiento jurídico guatemalteco para explotar y explorar Progreso VII y Santa Margarita, respectivamente”.¹⁷³⁸ De esta forma, los Demandantes no discuten que deben demostrar un derecho de propiedad en la inversión en cuestión. Sin embargo, lo que los Demandantes impugnan es lo que perciben como la “noción restrictiva de propiedad” de Guatemala.¹⁷³⁹ Estos citan los laudos del TLCAN en *Methanex*

¹⁷³² Por lo tanto, como ha enfatizado Guatemala en repetidas ocasiones, “es importante identificar correctamente la inversión en cuestión”. Ver el Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 465, que cita a UNCTAD, *Expropiación: Una secuela*, Serie de la UNCTAD sobre acuerdos internacionales de inversión II, pág. 104 (RL-0266).

¹⁷³³ Réplica de los Demandantes, ¶ 456, *énfasis y cursiva suministrada* (“[El r] eclamo no es una pérdida reflectiva; es un reclamo directo.”)

¹⁷³⁴ Réplica de los Demandantes, ¶ 636: (“[A]un si la reclamación por daños de los Demandantes no se centrara en la expropiación de sus acciones en Exmingua – como en efecto ocurre – [...]”.)

¹⁷³⁵ Réplica, n. 1853; Ver también, Memorial de Contestación sobre Excepciones Preliminares, ¶ 60.

¹⁷³⁶ Réplica de los Demandantes, ¶ 456: (“[El r] eclamo no es una pérdida reflectiva; es un reclamo directo.”)

¹⁷³⁷ Decisión sobre las Excepciones Preliminares de la Demandada, ¶ 127.

¹⁷³⁸ Réplica de los Demandantes, ¶ 399.

¹⁷³⁹ Réplica de los Demandantes, ¶ 399.

y *Pope & Talbot*, así como al Árbitro Prof. Douglas, para defender la opinión de que este Tribunal debería seguir un concepto más amplio de los derechos de propiedad.¹⁷⁴⁰ Los Demandantes también se remiten a los casos *Bilcon c. Canadá*, *Olympic Entertainment Group c. Ucrania*, *Mohamed Abdel Raouf Bahgat c. La República Árabe de Egipto* y *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, para sostener que, dado que los Demandantes son propietarios de Exmingua que, a su vez, es titular de las licencias del Proyecto El Tambor, la oportunidad de desarrollar el Proyecto El Tambor les pertenece.¹⁷⁴¹

761. *Primero*, la sugerencia de los Demandantes de adoptar una interpretación expansiva de los derechos de propiedad carece de fundamento. El DR-CAFTA no imparte instrucciones para que el Tribunal interprete el requisito de “derecho de propiedad” de manera expansiva. Más bien, el Anexo 10-C del DR-CAFTA establece que el Artículo 10.7.1. “intenta reflejar el derecho internacional consuetudinario concerniente a la obligación de los Estados con respecto a la expropiación”.

762. Según el derecho internacional consuetudinario, los derechos de propiedad de un accionista, como los Demandantes en este caso, no se extienden más allá de los derechos conferidos por el derecho interno a los accionistas de una sociedad. Según la Corte Internacional de Justicia, “[e]l derecho interno determina la situación jurídica no solo de dichas sociedades de responsabilidad limitada, sino también de las personas que poseen participaciones en ellas”.¹⁷⁴² Mediante la aplicación de esta norma, la Corte en el caso *Diallo*, por ejemplo, examinó las leyes de derecho interno congoleñas para evaluar la existencia y el alcance de los derechos que el Sr. Diallo, un inversor guineano, poseía como accionista de dos empresas congoleñas que habían sido objeto de las medidas gubernamentales de Guinea.¹⁷⁴³ Al examinar la legislación congoleña, la Corte concluyó que el Sr. Diallo, como accionista, tenía derecho a participar y votar en las juntas generales,¹⁷⁴⁴ pero no el derecho a nombrar un *gérant* (director), ya que este último derecho pertenecía a la empresa.¹⁷⁴⁵

¹⁷⁴⁰ Réplica de los Demandantes, ¶ 399 y n. 1188.

¹⁷⁴¹ Réplica de los Demandantes, ¶ 458, n. 1853, donde se cita *Bilcon c. Canadá*, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad (CL-0243); *Olympic Entertainment Group AS c. Ucrania*, Caso CPA No. 2019-18, Laudo (15 de abril de 2021) (CL-0327); *Mohamed Abdel Raouf Bahgat c. La República Árabe de Egipto*, Caso CPA No. 2012-07, Laudo Final (23 de diciembre de 2019) (CL-0343); *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial (13 de septiembre de 2001) (CL-0052).

¹⁷⁴² *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Bélgica c. España)*, Segunda Fase, Sentencia, Informes de la C.I.J. de 1970, (1970), ¶ 41 (CL-0368).

¹⁷⁴³ *Caso relacionado a Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)*, Sentencia, (“Diallo 2010”), ¶¶ 103-108 (RL-0015); Ver ¶ 104: (“Para determinar los derechos legales del Sr. Diallo como *associé* en Africom-Zaire y Africontainers-Zaire, y si estos derechos han sido vulnerados, la Corte deberá examinar en primer lugar la existencia y la estructura de dichas empresas según el derecho de la RDC.”) y ¶ 114: (“[L]a Corte tendrá que evaluar si, en virtud de la legislación de la RDC, los derechos reclamados son efectivamente derechos directos del *associé*, o si son más bien derechos u obligaciones de las empresas.”)

¹⁷⁴⁴ *Caso relativo a Ahmadou Sadio Diallo*, Sentencia, (“Diallo 2010”), ¶ 119 (RL-0015).

¹⁷⁴⁵ *Caso relativo a Ahmadou Sadio Diallo*, Sentencia, (“Diallo 2010”), ¶ 133 (RL-0015).

763. La práctica del arbitraje de inversiones revela el mismo enfoque. En el caso *Enkev Beheer B.V. c. República de Polonia*, el tribunal analizó la legislación polaca para determinar la existencia y el alcance de los derechos de propiedad de un accionista. El tribunal de *Enkev* sostuvo que “[n]o acepta que la “inversión” del Demandante se extienda [a los bienes muebles e inmuebles (incluida la propiedad intelectual) de la empresa controlada, los contratos, los activos y el dinero (incluidas las utilidades)], ya sea en virtud del Artículo I del Tratado o de la legislación polaca”.¹⁷⁴⁶

764. Por lo tanto, el Tribunal debe considerar la ley guatemalteca en la medida en que define los derechos de un accionista en una empresa. Los Artículos 91 al 131 del Código de Comercio de Guatemala¹⁷⁴⁷ regulan los derechos y obligaciones de un accionista. Específicamente, el Artículo 105 titulado “Derechos de los Accionistas” le otorga a los accionistas de Exmingua el derecho de (1) participar en las ganancias y en la distribución del capital de la compañía al momento de liquidarla; (2) derecho de preferencia con relación a nuevas acciones emitidas por la compañía; y (3) votar en asambleas de accionistas. La escritura de constitución de Exmingua no le otorga derechos mayores que los que la ley le otorga.¹⁷⁴⁸ Claramente, no hay nada en la ley guatemalteca o en la escritura constitutiva de Exmingua que le confiera a los Demandantes, como accionistas societarios de Exmingua, la oportunidad de desarrollar el proyecto el Tambor. Tal oportunidad, si existe, no puede derivarse ni es accesoria a sus acciones en Exmingua.

765. Es importante mencionar también que, Guatemala ha demostrado que Exmingua retiene el control de la administración de sus decisiones y del día a día de la operación.¹⁷⁴⁹ Con base en precedentes, los recamos de expropiación no han tenido éxito cuando los derechos básicos de los demandantes en el ejercicio de la propiedad de sus acciones, y cuando el control mismo sobre sus acciones permaneció intacto.¹⁷⁵⁰ Prueba de la privación de la propiedad de las acciones o interferencia con los derechos de los accionistas es un elemento indispensable bajo derecho internacional consuetudinario para cualquier reclamo de pérdidas directas,¹⁷⁵¹ lo cual los Demandantes no han alegado y mucho menos probado.

766. *Segundo*, el supuesto derecho de propiedad, si es que existe, debe pertenecer al demandante. Este asunto ya

¹⁷⁴⁶ *Enkev Beheer B.V. c. Polonia*, Caso CPA No. 2013-01, Primer Laudo Parcial (29 de abril de 2014), ¶ 310 (RL-0249).

¹⁷⁴⁷ Código de Comercio de Guatemala (Decreto No. 2-70) (C-0417).

¹⁷⁴⁸ Ver Estatutos Sociales de Exmingua (*Protocolo Registro No. 397062*), Artículo 7 y 8, p. 34 (R-0324).

¹⁷⁴⁹ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 476.

¹⁷⁵⁰ *Al-Warraq c. Indonesia*, Tribunal Ad Hoc, Laudo Final, IIC 718 (2014), (15 de diciembre de 2014), ¶ 524 (CL-0273).

¹⁷⁵¹ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Belgium c. Spain) Segunda Fase*, Sentencia, Reportes de la C.I.J. (1970), ¶ 47 (RL-0006); *Caso relativo a Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)*, Sentencia, (“Diallo 2010”), ¶ 157 (RL-0015); *Enkev Beheer B.V. c. Republic of Poland*, Caso CPA No. 2013-01, 1er. Laudo Parcial (29 de abril de 2014), ¶ 310 (RL-0249); *Eureka B.V. c. Republic of Poland*, CNUDMI, Laudo Parcial (19 de agosto de 2005), ¶¶ 152-153 (CL-0125); *Mamidoil. c. Albania*, Laudo, ¶ 570-579 (RL-0141); Gaukrodger, D. (2013), “Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency”, Ensayos de la OCDE sobre inversión internacional, 2013/03, Publicaciones de la OCDE, pág. 7 (RL-0056).

ha sido discutido anteriormente¹⁷⁵² en relación con la definición de un reclamo por pérdida directa, que los Demandantes afirman estar reclamando, a diferencia de un reclamo por pérdida refleja. Recapitulando, para que prospere un reclamo por pérdida directa de los accionistas, el demandante debe demostrar la lesión de los derechos de los accionistas como tales, no de los derechos de la empresa de la que son propietarios. Por su parte, los Demandantes citan casos que, a su juicio, refuerzan su opinión de que la oportunidad de desarrollar el Proyecto El Tambor es un derecho de propiedad que les pertenece y es susceptible de ser expropiado.

767. Si bien en el caso *Bilcon c. Canadá* se sostuvo que “[l]a oportunidad de invertir en una cantera y una terminal marítima [...] fue una oportunidad de los Inversores y no una oportunidad de Bilcon de Nueva Escocia”,¹⁷⁵³ el tribunal tuvo el cuidado de matizar que dicha conclusión se hizo en función de “[l]as circunstancias de [ese] caso”.¹⁷⁵⁴ El tribunal de *Bilcon* observó no solo que el Grupo Clayton, es decir, los demandantes, eran propietarios de Bilcon, sino que “[h]icieron prospecciones en canteras”, “todas las gestiones entre las autoridades de Canadá y de Nueva Escocia para considerar la ubicación de la inversión y establecer las aprobaciones necesarias para esta fueron llevadas a cabo por el Grupo Clayton o en su nombre”, y que “[e]n lo que respecta al Tribunal, el Grupo Clayton no estaba estructurado [como una entidad separada]” de Bilcon.¹⁷⁵⁵ En otras palabras, el tribunal en *Bilcon* levantó el velo de la ficción societaria en ese caso debido a los hechos que se debían a este. No estableció un principio general de que todas las oportunidades debidas a la empresa, si es que las hay, corresponden al inversor *upstream*. Por lo tanto, *Bilcon* no añade nada al caso de los Demandantes. Además, a diferencia de los demandantes en *Bilcon*, los accionistas que vendieron sus intereses a los Demandantes ya habían realizado una exploración inicial del área de Tambor en 2000 y 2001 y, entre noviembre de 2001 y finales de 2003, ya habían llevado a cabo extensas actividades de exploración en las áreas de Santa Margarita y Progreso VII.¹⁷⁵⁶ Cuando los Demandantes comenzaron su inversión en junio de 2008, las licencias de exploración para el área de Progreso VII y el área de Santa Margarita ya habían sido otorgadas a Exmingua.¹⁷⁵⁷ Además, cuando los Demandantes adquirieron por completo Exmingua en 2012, ya se había emitido una licencia de explotación a Exmingua en mayo de 2011.¹⁷⁵⁸ Exmingua es, a todos los efectos, una entidad independiente de los Demandantes,¹⁷⁵⁹ y no se ha presentado ninguna razón, porque no

¹⁷⁵² Ver también, *infra.*, Secciones III y IV.A

¹⁷⁵³ *Bilcon c. Canada*, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, ¶ 396 (CL-0243)

¹⁷⁵⁴ *Bilcon c. Canada*, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, ¶ 391 (CL-0243).

¹⁷⁵⁵ *Bilcon c. Canada*, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, ¶¶ 392-395 (CL-0243).

¹⁷⁵⁶ Memorial de los Demandantes, ¶ 20.

¹⁷⁵⁷ Memorial de los Demandantes, ¶ 25.

¹⁷⁵⁸ Memorial de los Demandantes, ¶ 37.

¹⁷⁵⁹ Ley comercial, art. 14: “La sociedad mercantil constituida de acuerdo a las disposiciones de este Código e inscrita en el Registro Mercantil, **tendrá personalidad jurídica propia y distinta de la de los socios individualmente considerados.**” (C-0417)

existe, para levantar el velo corporativo en este caso. *Bilcon*, por tanto, no añade nada al caso de los Demandantes.

768. Los Demandantes se basan también en el caso *CME c. República Checa*, en el que el tribunal consideró que el Estado era responsable de la expropiación si se demostraba que se había destruido “el valor comercial de la inversión” y consideró irrelevante que los derechos formales de propiedad de una licencia de televisión que constituían la base de la inversión nunca hubieran sido perturbados por las medidas del gobierno checo.¹⁷⁶⁰ Este Tribunal observa que ese laudo se opone directamente a otro caso que implicaba “precisamente los mismos hechos”.¹⁷⁶¹ En el caso *Ronald S. Lauder c. República Checa*, el tribunal rechazó el reclamo por expropiación porque el demandante “no había aportado pruebas suficientes de que alguna medida o acción adoptada por la República Checa hubiera tenido el efecto de transferir su propiedad o de privarlo de sus **derechos de uso de su propiedad** o incluso de interferir en sus **derechos de propiedad**”.¹⁷⁶² El estándar en el caso *Lauder* ha sido adoptado por la gran mayoría de los casos; de hecho, es la opinión predominante.

769. El tribunal del caso *Waste Management c. México* fue categórico al afirmar que “la pérdida de beneficios o expectativas **no** constituye criterio suficiente para establecer que hay una expropiación, aun cuando sea un criterio necesario”.¹⁷⁶³ El laudo del caso *El Paso c. Argentina* coincidió con ese principio en el caso *Waste Management*, y sostuvo que “la simple pérdida de valor de la inversión, incluso si es significativa, **no** constituye expropiación indirecta”.¹⁷⁶⁴ El tribunal de *El Paso* diseccionó los casos *Middle East Cement c. Egipto*, *Goetz y otros c. República de Burundi*, *Metalclad c. México*, *Tecmed c. México* y *Consortium R.F.C.C. c. Marruecos* y concluyó que “**la jurisprudencia imperante** concluye que para que se produzca expropiación debe privarse al inversor sustancialmente **no sólo de los beneficios**, sino también del uso de su inversión. **La simple reducción del valor de la inversión** que no fuera provocada por la interferencia con el control o el uso de la inversión **no constituye expropiación indirecta**”.¹⁷⁶⁵ En consonancia con el principio de que la mera

¹⁷⁶⁰ Réplica de los Demandantes, ¶ 431. *CME c. República Checa*, Laudo Parcial, ¶ 591 (CL-0052).

¹⁷⁶¹ Jan Paulsson y Zachary Douglas, *Indirect Expropriation in Investment Treaty Arbitrations*, (Norbert Horn Y Stefan Michael Kroll, Eds.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects*, Studies in Transnational Economic Law, Volumen 19, pág. 150 (Kluwer Law International 2004) (RL-0278).

¹⁷⁶² *Lauder c. La República Checa*, CNUDMI, Laudo (3 de septiembre de 2001), ¶ 202 (CL-0186).

¹⁷⁶³ *Waste Management, Inc. c. México II*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo (30 de abril de 2004), ¶ 159 (CL-0022).

¹⁷⁶⁴ *El Paso Energy Int'l Co. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo (31 de octubre de 2011), ¶ 249 (CL-0047).

¹⁷⁶⁵ *El Paso Energy Int'l Co. c. La República Argentina*, Laudo, ¶ 250-256 (CL-0047), *énfasis añadido, donde se cita Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/99/6, Laudo (12 de abril de 2002) (CL-0137), *Antoine Goetz & Consorts et S.A. Affinage des Metaux c. República de Burundi*, Caso CIADI No. ARB/01/2, Laudo (21 de junio de 2012) (CL-0136), *Metalclad Corporation c. Los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo (30 de agosto de 2000) (CL-0120), *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, Laudo (29 de mayo de 2003) (CL-0122), y *Consortium RFCC c. Royaume du Maroc*, Caso CIADI No. ARB/00/6, Laudo (22 de diciembre de 2003) (RL-0410).

pérdida de valor o de beneficios no es suficiente para probar la expropiación, el laudo de *El Paso* expresó que “la expropiación exige que haya desaparecido *al menos uno de los requisitos esenciales del derecho de propiedad*”.¹⁷⁶⁶ Notablemente, el tribunal de *El Paso* también se refirió a *Pope & Talbot*, que aquí citan los Demandantes,¹⁷⁶⁷ para enfatizar que se requiere “un nivel significativo de privación de *los derechos fundamentales de propiedad*” para establecer la expropiación.¹⁷⁶⁸

770. Además de *Bilcon* y *CME*, los Demandantes se refieren a *Olympic Entertainment Group c. Ucrania* y *Mohamed Abdel Raouf Bahgat c. La República Árabe de Egipto*.¹⁷⁶⁹ Sin embargo, *Olympic* y *Bahgat* aplicaron la opinión minoritaria en *CME*. Según el tribunal de *Olympic*, “lo que parece decisivo, al evaluar si existe una privación sustancial, es la pérdida del valor económico o la viabilidad económica de la inversión”.¹⁷⁷⁰ Por otro lado, *Bahgat* aplicó el estándar de que “[p]ara que exista una expropiación indirecta, se acepta en general que el acto o los actos de la autoridad pública de que se trate deben tener el efecto de privar sustancialmente al inversionista del valor económico de su inversión”.¹⁷⁷¹ Se insta a este Tribunal a no seguir el estándar de estos casos no solo porque una gran mayoría de laudos lo rechaza, sino también porque, como ha subrayado repetidamente Guatemala, el DR-CAFTA rechaza la doctrina de “*sole effects*” propugnada en los casos en que se basan los Demandantes. Una vez más, Guatemala debe subrayar que el Anexo 10-C.4 del DR-CAFTA, a diferencia de muchos otros acuerdos internacionales de inversión, enumera ciertos factores que este Tribunal debe aplicar para evaluar la presencia de expropiación indirecta. Un impacto económico adverso “por sí solo, no establece que se haya producido una expropiación indirecta”.¹⁷⁷²

771. Para asegurarnos, el laudo del caso *Mamidoil c. Albania* alabó el “cuidadoso análisis” de la jurisprudencia realizado por el tribunal de *El Paso* y sostuvo que, en la doctrina sobre inversiones, “se hizo hincapié no solo en el hecho de que la inversión perdiera valor y el inversor se viera privado de beneficios, sino también en que

¹⁷⁶⁶ *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Laudo, ¶ 245 (CL-0047), *énfasis y cursiva añadidos*.

¹⁷⁶⁷ Réplica de los Demandantes, ¶ 399 y n. 1188.

¹⁷⁶⁸ *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo (31 de octubre de 2011), ¶ 246 (CL-0047), *énfasis y cursiva añadidos, donde se cita Pope & Talbot Inc. c. Canadá*, TLCAN, CNUDMI, Laudo Provisional (26 de junio de 2000), ¶ 99 (CL-0129).

¹⁷⁶⁹ Réplica de los Demandantes, ¶ 458, nn. 1372, 1853, donde se cita *Bilcon c. Canada*, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad (CL-0243); *Olympic Entertainment Group AS c. Ucrania*, Caso CPA No. 2019-18, Laudo (15 de abril de 2021) (CL-0327); *Mohamed Abdel Raouf Bahgat c. La República Árabe de Egipto*, Caso CPA No. 2012-07, Laudo Final (23 de diciembre de 2019) (CL-0343); *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial (13 de septiembre de 2001) (CL-0052).

¹⁷⁷⁰ *Olympic Entertainment Group AS c. Ucrania*, Caso CPA No. 2019-18, Laudo (15 de abril de 2021), ¶ 104 (CL-0327), donde se cita *Burlington Resources Inc. c. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Responsabilidad (14 de diciembre de 2012), ¶¶ 396-398 (CL-0156).

¹⁷⁷¹ *Mohamed Abdel Raouf Bahgat c. La República Árabe de Egipto*, Caso CPA No. 2012-07, Laudo Final (23 de diciembre de 2019), ¶ 221 (CL-0343).

¹⁷⁷² Escrito de EE. UU., 19 de febrero de 2021, ¶ 43.

estos efectos fueran consecuencia de la pérdida de uno o varios atributos de la propiedad”.¹⁷⁷³ El tribunal del caso *Mamidoil* también hizo su propio análisis de la jurisprudencia, concretamente de los casos *Santa Elena c. Costa Rica* y *AES c. Hungría*, y concluyó que “el propietario [debe haber] perdi[do] realmente **todos los atributos de la propiedad**” para tener éxito en su reclamo por expropiación.¹⁷⁷⁴ En particular, hay varios puntos de contacto entre *Mamidoil* y el presente caso que lo hacen pertinente para resolver el reclamo por expropiación de los Demandantes. Mamidoil Jetoil, el inversor en *Mamidoil*, ostentaba la propiedad total de una sociedad en el Estado receptor y solicitaba una compensación que representara sus “[p]érdidas directas” y el “[I]ucro cesante”,¹⁷⁷⁵ tal y como alegan los Demandantes en el presente caso.¹⁷⁷⁶ Además, al igual que los Demandantes del presente caso, que se agravian de la supuesta expropiación de su supuesta oportunidad de desarrollar el Proyecto El Tambor,¹⁷⁷⁷ el inversor en *Mamidoil* se agraviaba de la oportunidad perdida de operar un parque de tanques.¹⁷⁷⁸ Asimismo, de forma similar a la afirmación de los Demandantes de que “sería legal y económicamente imprudente continuar la exploración de conformidad con la licencia correspondiente sin ninguna esperanza de obtener una licencia de explotación”,¹⁷⁷⁹ el inversor en *Mamidoil* argumentó que “sin la posibilidad de descargar buques tanque en el puerto, la operación del parque de tanques no era para nada redituable”.¹⁷⁸⁰ Por último, al igual que en el argumento de los Demandantes de que la oportunidad de desarrollar el Proyecto El Tambor se deriva de las licencias mineras concedidas a Exmingua,¹⁷⁸¹ Mamidoil Jetoil ancló su reclamo por expropiación en las licencias comerciales concedidas a su subsidiaria de propiedad absoluta.

772. Al resolver el reclamo por expropiación de Mamidoil Jetoil, el tribunal de *Mamidoil* señaló en términos nada menos que categóricos que “*/n/o es tarea del Tribunal evaluar las oportunidades comerciales, sino determinar si las drásticas pérdidas de beneficios obedecen a la pérdida de uno o todos los elementos que*

¹⁷⁷³ *Mamidoil. c. Albania*, Laudo, ¶ 568 (RL-0141).

¹⁷⁷⁴ *Mamidoil. c. Albania*, Laudo, ¶¶ 566-567 (RL-0141).

¹⁷⁷⁵ *Mamidoil. c. Albania*, Laudo, ¶ 69 (RL-0141), *énfasis en el original*.

¹⁷⁷⁶ Memorial de los Demandantes, Resumen de los Daños y Perjuicios de los Demandantes, ¶ 399: (“Sumando los daños causados por las ganancias perdidas de los Demandantes por la Mina en Operación, así como el valor Potencial de Exploración Conocido y la Oportunidad de Exploración, los daños de los Demandantes, al 31 de marzo de 2020, se encuentran entre US\$ 403 millones y US\$ 450 millones”).

¹⁷⁷⁷ Réplica de los Demandantes, ¶ 399: (“Las oportunidades perdidas de los Demandantes de desarrollar en mayor medida el Proyecto El Tambor constituyen un derecho de propiedad vinculado con su paquete accionario de Exmingua”).

¹⁷⁷⁸ *Mamidoil. c. Albania*, Laudo, ¶ 559 (RL-0141).

¹⁷⁷⁹ Réplica de los Demandantes, ¶ 499.

¹⁷⁸⁰ *Mamidoil. c. Albania*, Laudo, ¶ 559 (RL-0141).

¹⁷⁸¹ Réplica de los Demandantes, ¶ 458, n. 1853, donde se cita *William Ralph Clayton y otros c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo sobre Daños y Perjuicios (10 de enero de 2019) (CL-0243); *Olympic Entertainment Group AS c. Ucrania*, Caso CPA No. 2019-18, Laudo (15 de abril de 2021) (CL-0327); *Mohamed Abdel Raouf Bahgat c. La República Árabe de Egipto*, Caso CPA No. 2012-07, Laudo Final (23 de diciembre de 2019) (CL-0343); *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial (13 de septiembre de 2001) (CL-0052).

constituyen la esencia de la propiedad”.¹⁷⁸² Al tribunal no le pareció importante que Mamidoil Jetoil fuera de propiedad absoluta de Mamidoil S.A. y que Mamidoil S.A. tuviera una licencia comercial. El tribunal de *Mamidoil* también explicó el fundamento de la necesidad de probar la pérdida de todos los atributos de la propiedad.¹⁷⁸³

773. En resumen, las oportunidades comerciales no son derechos de propiedad en sí mismas. Además, la privación del valor económico, por sí sola, no constituye una expropiación indirecta. Más bien, los Demandantes tienen la carga de demostrar que han perdido todos los atributos de la propiedad de sus acciones en Exmingua; de lo contrario, su reclamo por expropiación se desmorona. Dicho lo anterior, aún y cuando el Tribunal se inclinara en decidir en favor del reclamo por pérdidas directas de los Demandantes en lugar de su reclamo original por pérdidas reflejo, los Demandantes aun así habrían fallado en satisfacer el elemento material principal de una expropiación bajo el Anexo 10-C-2 del DR-CAFTA de que “un derecho de propiedad tangible o intangible o propiedad de interés en una inversión.” Esto es, aún si el Tribunal permitiera a los Demandantes reformular su reclamo de un reclamo por pérdidas reflejo a uno por pérdidas directas, los Demandantes no han podido probar (1) la oportunidad para desarrollar el proyecto minero es un derecho de propiedad bajo derecho internacional y derecho guatemalteco, y (2) que tal derecho, si existe, pertenece a ellos bajo derecho guatemalteco como accionistas solicitando pérdidas directas en contra de Guatemala. Exmingua es una compañía registrada en Guatemala, es una entidad distinta de los Demandantes, quienes son accionistas de la misma y no hay razones convincentes que hayan sido presentadas para perforar el velo corporativo en este caso. Por tanto, los derechos de Exmingua, si fuere el caso, pertenecen a Exmingua sola y no a los Demandantes como accionistas.

ii. *Asumiendo que el reclamo de expropiación de los Demandantes es un reclamo por pérdidas reflejas tal y como lo presentaron originalmente, los Demandantes no han sufrido disminución en el valor de sus acciones en Exmingua*

774. Aun si los Demandantes volvieran a presentar un reclamo por pérdida refleja tal como lo habían hecho ante este Tribunal en un principio, dicho reclamo también sería desestimado. Un reclamo por pérdida refleja

¹⁷⁸² *Mamidoil. c. Albania*, ¶ 579 (RL-0141), *énfasis en el original*.

¹⁷⁸³ *Mamidoil. c. Albania*, Laudo, ¶¶ 561, 570 (RL-0141): “561. Para que pueda ser considerado expropiatorio, incluso indirectamente, las consecuencias para la propiedad deben estar fundamentadas de acuerdo con las especificidades del reclamo por expropiación. La simple alegación de que las (la falta de) medidas de política “hicieron imposible obtener ganancias que pudieran distribuirse a la Demandante” **no es suficiente para elevar la descripción de la conducta a la esfera de una pérdida de la inversión.** [...] 570. La definición de expropiación se ha desarrollado con el tiempo y ha ido más allá de la concentración formalista en el título. Abarca la esencia de la propiedad y protege la propiedad incluso si no se toma el título. Sin embargo, una mayor extensión al ámbito de los daños, la pérdida de valor y la rentabilidad, sin tener en cuenta la sustancia y los atributos de la propiedad, privaría al reclamo de su naturaleza distinta y lo fusionaría con otros reclamos. Por lo tanto, **una mera pérdida de valor o una pérdida de beneficios que esté relacionada y sea causada por la disolución de al menos un atributo de la propiedad, no constituye una expropiación indirecta. El enfoque contrario no solo contradiría el significado literal del término “expropiación”, sino que también sería incompatible con la clara intención de los Estados parte cuando suscribieron el TBI y el TCE y establecieron normas de protección independientes.**”

impone, tal como lo ordenó el Tribunal, un requisito de doble cañón en el que los Demandantes deben probar (1) que Exmingua ha sufrido un menoscabo; y que (2) los propios Demandantes también han sufrido un menoscabo.¹⁷⁸⁴

775. Con respecto al primer elemento, los Demandantes deben probar que se ha interferido en los derechos societarios de Exmingua.¹⁷⁸⁵ Incluso en su Réplica, los Demandantes no identifican nada que pertenezca a Exmingua como el objeto de expropiación. Por el contrario, los Demandantes aseveran que la oportunidad de desarrollar el Proyecto El Tambor pertenecía a *ellos mismos* y no a Exmingua.¹⁷⁸⁶ En cuanto al segundo elemento, los Demandantes han argumentado que “*no necesita[n] demostrar que hubo una disminución en el valor de sus acciones en [Exmingua]*”.¹⁷⁸⁷ Esto por supuesto, es incorrecto y contraviene el requerimiento doble del Tribunal.

776. En cuanto al segundo elemento, lo que hacen los Demandantes es argumentar en subsidio que “Exmingua no pagó dividendos, sino que reinvertió los recursos generados en la operación minera”.¹⁷⁸⁸ Sin embargo, no obra en el expediente ni una mínima prueba que demuestre que Exmingua habría podido declarar o habría declarado dividendos durante el período de suspensión de la licencia de explotación del Progreso VII *a no ser por* los supuestos actos de interferencia. Al contrario, los Demandantes “han estimado sus pérdidas como la disminución del valor de mercado de sus acciones en Exmingua” las que según ellos “en cualquier caso, serían equivalentes a los dividendos que habría distribuido a los Demandantes en el escenario hipotético y si Exmingua hubiera sido liquidada”.¹⁷⁸⁹ Esta equivalencia falsa es en esencia errónea.

777. Si en todo caso Exmingua hubiera obtenido una ganancia durante el periodo de suspensión, los dividendos habrían sido declarados a favor de los accionistas **solo** si Exmingua hubiera de hecho obtenido utilidades netas.¹⁷⁹⁰ Mientras tanto, al momento de liquidación, las utilidades se pagan de último en el orden de pago.¹⁷⁹¹

¹⁷⁸⁴ Decisión sobre Objeciones Preliminares, ¶ 129.

¹⁷⁸⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Bélgica c. España) Segunda Fase*, Fallo del C.I.J. Informes 1970, (1970), ¶ 47 (CL-0368); *Caso relativo a Ahmadou Sadio Diallo* (República de Guinea c. la República Democrática del Congo), Sentencia, (“Diallo 2010”), ¶ 157 (RL-0015); *Enkev Beheer B.V. c. República de Polonia*, Caso CPA No. 2013-01, Primer Laudo Parcial (29 de abril de 2014), ¶ 310 (RL-0249); *Eureko B.V. c. República de Polonia*, CNUDMI, Laudo Parcial (19 de agosto de 2005) ¶¶ 152-153 (CL-0125); *Mamidoil. c. Albania*, Laudo, ¶¶ 570-579 (RL-0141); Gaukrodger, D. (2013), “Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency”, Ensayos de la OCDE sobre inversión internacional, 2013/03, OECD Publishing, pág. 7 (RL-0056).

¹⁷⁸⁶ Réplica de los Demandantes, n. 1853; *Ver también*, Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 60.

¹⁷⁸⁷ Réplica de los Demandantes, ¶ 456.

¹⁷⁸⁸ Réplica de los Demandantes, ¶ 637.

¹⁷⁸⁹ Réplica de los Demandantes, ¶ 637.

¹⁷⁹⁰ Ley comercial, art. 35: “*Queda prohibida la distribución de utilidades que no se hayan realmente obtenido conforme el balance general del ejercicio.*” (C-0417)

¹⁷⁹¹ Ley comercial, art. 248: “*En los pagos, los liquidadores observarán en todo caso el orden siguiente: 1º. Gastos de liquidación. 2º. Deudas de la sociedad. 3º. Aportes de los socios. 4º. Utilidades.*” (C-0417)

Aquí, “el Proyecto el Tambor no había establecido una historia de operaciones rentables por más de 8 años en los cuales los Demandantes han estado involucrados (y fue incapaz de pagar las regalías que debía a Radius de su producción de oro) y Versant no ha establecido que hubiera sido rentable desde mayo de 2016 al presente, o en el futuro, en ausencia de las Violaciones Alegadas”¹⁷⁹² Aún si Exmingua hubiera percibido ganancias, el Sr. Kappes mismo admite que los Demandantes habían decidido re invertir *todas* las ganancias de Exmingua en la Operación de la Mina por un nuevo programa de exploración de cualquier forma.¹⁷⁹³ De hecho, cualquier utilidad de la Operación Minera hubiera sido insuficiente para llevar a cabo su plan de reinversión -los Demandantes tendrían aún que invertir al menos unos USD 18.6 millones adicionales.¹⁷⁹⁴ Visto de cualquier perspectiva, los Demandantes no habrían recibido dividendos *a pesar* de las violaciones alegadas.

778. A fin de cuentas, el reclamo por pérdidas reflejo de los Demandantes, si sobrevive, fracasa por dos razones independientes. En primer lugar, los Demandantes no han identificado —y se niegan a identificar— cualquier daño causado a los derechos societarios de Exmingua; en segundo lugar, los Demandantes, como punto de derecho, no están de acuerdo con tener que demostrar una pérdida en *su* valor accionario en Exmingua. Como punto de hecho, los Demandantes no han demostrado que Exmingua habría podido declarar ni habría declarado dividendos durante el periodo de suspensión de la licencia de explotación de Progreso VII *de no ser por* los supuestos actos de expropiación. Por el contrario, Exmingua no era rentable y, aún y si lo hubiera sido, las utilidades no hubieran sido declaradas como dividendos sino hubieran sido reinvertidas en su Operación Minera y, aún así, los Demandantes hubieran necesitado gastar más de sus propios bolsillos.

779. En este punto, el Tribunal tiene también otro motivo suficiente para desestimar el reclamo por expropiación de los Demandantes. Los argumentos de éstos no cuadran ni con el reclamo por pérdida directa ni indirecta.¹⁷⁹⁵ Sin embargo, incluso si el Tribunal desestimara el marco adecuado de reclamos por pérdidas directas y reflejas en su conjunto, y estuviera de acuerdo con el argumento nebuloso de los Demandantes de que la oportunidad para desarrollar el Proyecto El Tambor es un derecho de propiedad inherente a sus acciones en Exmingua,

¹⁷⁹² Informe Rosen/Milburn, ¶ 51(b). *Ver también*, Rosen/Milburn, ¶ 87, donde describen el Proyecto El Tambor como “small, risky and unprofitable mining project that only had 253,000 ounces of Resources.”

¹⁷⁹³ Kappes I, ¶ 126; Versant II, ¶ 89.

¹⁷⁹⁴ Informe Rosen/Milburn, ¶ 182: “Dado que Versant asume que los Demandantes habrían necesitado iniciar un importante programa de exploración desde mayo de 2016 hasta marzo de 2020 (o 2021) que las estimaciones de SRK habrían costado USD 44,9 millones, entonces el programa de exploración habría requerido no solo todos los proyectos de Versant proyectados después. - flujos de caja de impuestos de la Mina en Operación durante este período, pero los Demandantes habrían necesitado invertir al menos USD 18,6 millones adicionales para completar el nuevo programa de exploración importante asumido de Versant y SRK para descubrir entre 5 millones y 7 millones de onzas potenciales de oro adicionales y crear de USD 337 a USD 417 millones en valor durante el período de pérdida anterior) (Mayo de 2016 a marzo de 2021.”

¹⁷⁹⁵ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 469: “Si este Tribunal evaluara el impacto económico y el carácter de la acción gubernamental atacada y la existencia de cualquier supuesta expectativa razonable respaldada por inversiones sin antes haber satisfecho los elementos constitutivos del Anexo 10-C.2 del tratado, el Anexo 10.C -2 se reduciría a una mera superfluidad del Anexo 10-C.4 (a) del DR-CAFTA.”

llegaría a la misma conclusión. Los Demandantes no han logrado acreditar que los supuestos actos de interferencia, si es que existiera alguna interferencia en la oportunidad de los Demandantes de desarrollar el proyecto minero Tambor, sean expropiatorios.

iii. Los actos de intervención gubernamental alegados no satisfacen el estándar de privación sustancial necesario para una violación del Artículo 10.17 del DR-CAFTA.

780. El Anexo 10-C.4(a)(i) del DR-CAFTA no puede ser más categórico: “El impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, **por sí solo, no** establece que una expropiación indirecta haya ocurrido”. Este texto explícito del DR-CAFTA socava la insistencia de los Demandantes respecto del criterio de privación sustancial que se basa en la doctrina de *efectos únicos*. Asimismo, este texto niega la gravedad del impacto económico como criterio decisivo para atribuir responsabilidad a Guatemala por expropiación indirecta en virtud del Tratado.

781. Por el contrario, tal como se manifiesta en el derecho internacional consuetudinario y la ley de expropiaciones de Estados Unidos en la medida en que ha influenciado la conclusión del DR-CAFTA, los Demandantes tiene que demostrar, *en primer lugar*, privación sustancial en tanto y cuanto “en efecto [han] perdido **todos los atributos de propiedad**”.¹⁷⁹⁶ *En segundo lugar*, también es requerido que “la toma deberá ser permanente, irrevocable y no efímera o temporal”.¹⁷⁹⁷ *En tercer lugar*, el Tribunal debe examinar el alcance en que la acción gubernamental interfiere en las expectativas inequívocas y razonables amparadas en la inversión.¹⁷⁹⁸ En este análisis, el inversor debe demostrar que realizó una diligencia debida previa a la realización de la inversión y que sus expectativas se basan en una determinada seguridad o declaración por parte del Estado.¹⁷⁹⁹ *Por último*, el Tribunal debe examinar, por un lado, la naturaleza de la acción del gobierno, es decir, el

¹⁷⁹⁶ *Mamidoil c. Albania*, Laudo, ¶ 566-567 (RL-0141). Ver también, *Waste Management, Inc. c. México II*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo (30 de abril de 2004), ¶ 159 (CL-0022); *El Paso Energy Int’l Co. c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo (31 de octubre de 2011) ¶ 250-256 (CL-0047), *énfasis añadido*, donde se cita a *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/99/6, Laudo (12 de abril de 2002) (CL-0137), *Antoine Goetz & Consorts et S.A. Affinage des Metaux c. República de Burundi*, Caso CIADI No. ARB/01/2, Laudo (21 de junio de 2012) (CL-0136), *Metalclad Corporation c. Los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo (30 de agosto de 2000) (CL-0120), *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, Laudo (29 de mayo de 2003) (CL-0122), y *Consortium RFCC c. Royaume du Maroc*, Caso CIADI No. ARB/00/6, Laudo (22 de diciembre de 2003) (RL-0410); ver también, Escrito de EE. UU., 19 de febrero de 2021 ¶ 43.

¹⁷⁹⁷ *Fireman’s Fund Insurance Company c. Los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/02/1, Laudo (17 de julio de 2006), ¶ 176(D) (RL-0231); *Tecmed*, Laudo (29 de mayo 2003), ¶ 166 (CL-0122); *Plama*, Laudo, ¶ 193 (RL- 0140).

¹⁷⁹⁸ DR-CAFTA, Anexo 10-C (4).

¹⁷⁹⁹ *Marvin Roy Feldman*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo (16 de diciembre de 2002), ¶¶ 132 and 134 (CL-0093).

propósito detrás de los supuestos actos de interferencia,¹⁸⁰⁰ si alguien más que no hayan sido los Demandantes se beneficiaron de la expropiación alegada,¹⁸⁰¹ y, si la acción fue diseñada y aplicada en aras de proteger los objetivos legítimos de bienestar público.¹⁸⁰² En este caso, los Demandantes no probaron la concurrencia de estos factores que si o si da lugar al rechazo del reclamo por expropiación.

Los Demandantes conservan la oportunidad de desarrollar el proyecto minero el Tambor, si es que dicha oportunidad les pertenece, y toda supuesta interferencia es meramente temporal

782. Guatemala asegura que los derechos de los Demandantes atañen solo a sus derechos como accionistas y la oportunidad de desarrollar el proyecto minero Tambor no representa un derecho en el sentido en el que se entiende el término en el derecho internacional consuetudinario, mucho menos un derecho que pertenezca a los Demandantes. En todo caso, incluso al asumir que la oportunidad de desarrollar el proyecto minero Tambor es en sí mismo un derecho de propiedad inherente a las acciones de los Demandantes en Exmingua, dicha oportunidad aún existe y no han privados de ella, mucho menos de forma irrevocable, por Guatemala. La pretensión de los Demandantes de que “no hay indicio de que Exmingua recobrará el uso de sus licencias o podrá disfrutar de los beneficios de su concentrado de oro al exportarlo”¹⁸⁰³ es una mentira patente.

783. *Primero*, en cuanto a la licencia de explotación del Progreso VII, cabe destacar una vez más que la decisión de la Corte de Constitucionalidad de suspenderla se encuentra meramente sujeta a una condición. Tal como ya ha argumentado Guatemala, “la decisión del Tribunal contempla explícitamente la “reanudación de las obras” para la zona del Progreso VII una vez satisfechas las condiciones establecidas en la orden, lo que demuestra, además, que la orden es sólo una suspensión temporaria de la licencia de explotación”.¹⁸⁰⁴ Desde el momento en que la decisión se convierte en final -que es cuando el MEM recibe el mandamiento de ejecución de la Corte Suprema de Justicia¹⁸⁰⁵ el MEM únicamente tiene 12 meses para llevar a cabo la decisión de la Corte de Constitucionalidad.¹⁸⁰⁶ Una lectura honesta y objetiva de la decisión de la Corte contradice todo intento por parte de los Demandantes de ofuscar la naturaleza temporal y revocable de la suspensión de la licencia de explotación del Progreso VII. Adicionalmente, el Vice Ministerio de Desarrollo Sostenible ya ha tomado

¹⁸⁰⁰ *S.D. Myers, Inc. c. Canadá*, CNUDMI, Laudo parcial (13 de noviembre de 2000), ¶ 285 (CL-0104) (“[E]l tribunal “debe considerar los intereses reales involucrados y el propósito y efecto de la medida gubernamental.”)

¹⁸⁰¹ *S.D. Myers, Inc. c. Canadá*, CNUDMI, Laudo parcial, (13 de noviembre de 2000) ¶ 287 (CL-0104) (El tribunal negó la expropiación, entre otros, porque “CANADÁ no se dio cuenta de ningún beneficio de la medida.”)

¹⁸⁰² Anexo 10-C.4(b) (“Excepto en raras circunstancias, las acciones regulatorias no discriminatorias de una Parte que estén diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público, como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen expropiaciones indirectas.”)

¹⁸⁰³ Réplica de los Demandantes, ¶ 435.

¹⁸⁰⁴ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 545.

¹⁸⁰⁵ Segunda Declaración del viceministro Oscar Pérez, ¶¶ 15, 28-29.

¹⁸⁰⁶ Corte de Constitucionalidad, Caso No. 1592-2014, Sentencia de amparo definitivo (Sentencia de 11 de junio de 2020, emitida en los Casos Acumulados No. 3207-2016 y 3344-2016 de la Corte Constitucional) (C-0145), pp. 42-45.

pasos preliminares para implementar la decisión de la Corte Suprema de Justicia,¹⁸⁰⁷ lo cual remueve cualquier duda respecto a la naturaleza temporal y revocable de la orden de la corte.

784. Los Demandantes y su experto mantienen también que esto “retrasaría la reanudación de las actividades de minería de forma indefinida”¹⁸⁰⁸ que la Corte de Constitucionalidad condicione la reanudación de los trabajos de Progreso VII luego de la consulta si el proyecto “es considerado que no amenaza la existencia de la población indígena que habita dentro del área de influencia.”¹⁸⁰⁹ Guatemala ya ha alegado que los Demandantes han fracasado en explicar como el requerimiento de la Corte es imposible de satisfacerse y que esto implica un retraso “indefinido”.¹⁸¹⁰ Aún así, los Demandantes no realizan ningún esfuerzo en su Réplica para demostrar como la condición es imposible de ser cumplida, por lo que, su argumento desafía el sentido común. La verdadera razón de las consultas bajo el Convenio 169 de la OIT es precisamente para salvaguardar la existencia de los pueblos indígenas.¹⁸¹¹ No puede negarse que la industria minera tiene “el potencial de causar daño ecológico, poner en peligro los intereses económicos, la sobrevivencia y la integridad cultural de las comunidades indígenas y sus miembros, adicionalmente a afectar el ejercicio de sus derechos de propiedad sobre sus tierras y recursos naturales.”¹⁸¹² De hecho, también, la Corte Constitucional “hizo notar que diversos conflictos serios han emergido a lo largo de la región en la cual el proyecto de explotación Progreso VII Derivada está siendo llevado a cabo.”¹⁸¹³ Debido a todo esto, la condición de la Corte busca únicamente llevar a cabo el objetivo para el cual la Convención existe y es proporcional a las circunstancias que le asisten a Progreso VII. Si este Tribunal apoya el argumento de los Demandantes, entonces todas las consultas serían imposibles de cumplir. Aún así, tal y como la experiencia de Minera de San Rafael ha demostrado, el gobierno de Guatemala cumple con la orden de los cortes de realizar consultas tan pronto como la orden se convierte en ejecutoria.¹⁸¹⁴ Además, contrariamente a la exageración de los Demandantes de que “*there is no end in sight*”

¹⁸⁰⁷ MEM Report submitted to the Constitutional Court on 11 June 2020 (C-0872).

¹⁸⁰⁸ Réplica de los Demandantes, ¶ 266; Informe Fuentes II, ¶ 162; *Ver también*, Informe Fuentes I, ¶ 177; Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 141, 311.

¹⁸⁰⁹ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Caso No. 1592-2014, Sentencia de amparo definitivo (Sentencia de 11 de junio de 2020, emitida en los Casos Consolidados No. 3207-2016 y 3344-2016 de la Corte Constitucional) (C-0145), p. 43.

¹⁸¹⁰ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 547-548.

¹⁸¹¹ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 572-583. *Ver* Convenio 169 de la OIT, Preámbulo: El Convenio reconoce “las aspiraciones de los pueblos [indígenas] de ejercer control sobre sus propias instituciones, modos de vida y desarrollo económico y de mantener y desarrollar sus identidades, idiomas y religiones, en el marco de los Estados en que ellos viven.” María Victoria Cabrera Ormaza, *El requisito de la consulta con los pueblos indígenas en la OIT: entre normativas de flexibilidad y rigidez institucional*, Leiden: Brill Nijhoff, p. 33 (RL-0297) (El derecho de consulta en virtud del Convenio 169 de la OIT “contribuye a la protección de la integridad cultural de los pueblos indígenas al garantizar que estas comunidades participen en la evaluación de medidas con el potencial de impactar su relación cultural con su tierra y recursos naturales.”)

¹⁸¹² *Ver* Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Caso No. 1592-2014, Sentencia de amparo definitivo, Resolución de 11 de junio de 2020, emitida en los Casos Consolidados No. 3207-2016 y 3344-2016, pág. 41 (C-0145 ENG).

¹⁸¹³ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Caso No. 1592-2014, Sentencia de amparo definitivo, Resolución de 11 de junio de 2020, emitida en los Casos Consolidados No. 3207-2016 y 3344-2016, p. 38 (C-0145 ENG).

¹⁸¹⁴ Segunda Declaración del viceministro Oscar Pérez, ¶ 16.

para las consultas, el progreso de Minera San Rafael muestra lo contrario.¹⁸¹⁵

785. Además, bajo el Artículo 28 de la Ley de Minería, una licencia de explotación tarda por lo menos un período original de 25 años el cual es extensible “sin mayor procedimiento” por otro período de hasta 25 años. Cualquier retraso, el cual está justificado en cualquier caso de conformidad con la orden de la Corte Suprema de Justicia de 2016, a la fecha únicamente implica una décima parte del período entero de validez de la licencia de explotación. El impacto económico del retraso, si es que existe, falla en abordar los estándares exactos de privación sustancial “que privan al inversionista del valor económico, uso, o disfrute de la inversión”.¹⁸¹⁶ Más aún, los Demandantes no han respondido en lo absoluto al argumento de Guatemala respecto a que, aún aplicando el estándar más estricto en *LG&E c. Argentina*, no existe evidencia de que “el desarrollo exitoso de la inversión dependa de la realización de ciertas actividades en momentos específicos que no impliquen variaciones”.¹⁸¹⁷

786. En lugar de resaltar el cumplimiento estricto del MEM en cumplimiento de las órdenes de las cortes, los Demandantes declaran que “los actos posteriores de la Demandada relativos al concentrado incautado y las cuentas bancarias congeladas únicamente reafirman la naturaleza ilícita de su conducta”.¹⁸¹⁸ Sin embargo, lo que los Demandantes se olvidaron de mencionar era que el gobierno de Guatemala incautó el concentrado, congeló las cuentas bancarias de Exmingua y suspendió su licencia de exportación debido a la violación por parte de ésta de la ley (en particular al continuar con la explotación del proyecto el Progreso VII a pesar del amparo provisional de la Corte Suprema y la Resolución del MEM mediante la que se implementa la suspensión de la Corte) y su incapacidad de pagar la multa administrativa.¹⁸¹⁹ Si Exmingua al menos hubiera cumplido con la ley como se suponía que debía haber hecho, su concentrado de oro no habría sido incautado, sus cuentas bancarias no habrían sido congeladas y su licencia de exportación no se hubiera suspendido en primer lugar.

787. De todas formas, respecto al concentrado de oro los Demandantes ya han desistido de su reclamo lo cual hace que el asunto ya no tenga materia. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED].¹⁸²⁰ Respecto al certificado de exportación, el mismo fue suspendido luego de la

¹⁸¹⁵ Segunda Declaración del viceministro Oscar Pérez, ¶¶ 17-18.

¹⁸¹⁶ *Telenor c. Hungary*, Caso CIADI No. ARB/04/15, Laudo (13 de septiembre de 2006), ¶ 65 (CL-0130).

¹⁸¹⁷ *LG&E Energy Corp. c. República Argentina*, Decisión sobre Responsabilidad (3 de octubre de 2006), ¶ 193 (RL-0240).

¹⁸¹⁸ Réplica de los Demandantes, ¶ 434.

¹⁸¹⁹ *Ver, infra.*, Secciones II.F y G

¹⁸²⁰ *Ver Aguilar*, ¶¶ 28-31.

interpretación de buena fe del MEM al ejecutar el amparo de la Corte Suprema,¹⁸²¹ y en cualquier caso, fue restaurado de forma rápida luego de una solicitud de Exmingua, lo que pone en evidencia que, en realidad las acciones de Guatemala no tienen sino un carácter temporal.

788. *Segundo*, en cuanto a la mina Santa Margarita, una vez más, fue la decisión comercial propia de los Demandantes de detener los trabajos de exploración y su desistimiento en perseguir su solicitud de explotación de licencia. Dicha decisión no es atribuible al Estado de Guatemala en absoluto. Es en este contexto en el que Guatemala ha utilizado como caballito de batalla el hecho de que los Demandantes no han intentado obligar al MEM a realizar las consultas para el proceso de aprobación del EIA respecto de la solicitud de licencia de explotación de Santa Margarita.¹⁸²² En caso de que los Demandantes creyeran de buena fe que las decisiones de la *Minera San Rafael* y del *CALAS* fueran aplicables también para el proceso de aprobación del EIA para obtener la licencia de explotación de Santa Margarita, los Demandantes no incurrieron en ningún daño debido a que Exmingua es requerida de conformidad con el Artículo 20 de la Ley de Minería de Guatemala enviar un EIA y tenerlo aprobado como una precondition de una licencia de explotación de cualquier modo. A esta fecha, Exmingua no ha perseguido de forma seria ninguna aprobación del EIA y el requerimiento de cumplir con las consultas del Convenito 169 de la OIT, si fuere el caso, únicamente hubieren afectado la solicitud de un EIA futuro. Empero, los Demandantes tomaron la decisión comercial de suspender las exploraciones y abandonar el intento por conseguir la licencia de explotación para la mina de Santa Margarita. Una vez más, los Demandantes no tenían impedimento de empezar su proceso de aprobación del EIA para Santa Margarita en el 2011¹⁸²³ y ellos hubieran podido acceder la firma de forma física,¹⁸²⁴ pero ellos eligieron no hacerlo. Todos estos hechos apoyan la conclusión de que los Demandantes nunca fueron serios respecto a la exploración de la mina de Santa Margarita y en convertir la licencia de exploración a una licencia de explotación. En resumen, los trabajos de exploración y futura explotación de la mina de Santa Margarita nunca se hubieran materializado *a pesar* de los supuestas violaciones.

789. No obstante, incluso si las decisiones de *Minera San Rafael* y de *CALAS* fueran en verdad la causa próxima de la suspensión tal como los Demandantes lo hacen ver, no se generarían pérdidas para los Demandantes. La licencia de exploración de Exmingua no ha sido invalidada y, conformidad con el Artículo 25 de la Ley de Minería de Guatemala, hasta que una licencia de explotación en favor de Exmingua no sea aprobada aún y cuando las consultas del Convenio 169 de la OIT sean llevadas a cabo para la aprobación del EIA de Santa Margarita. Lo que se convierte en obvio es que los Demandantes simplemente se niegan a cumplir con el

¹⁸²¹ *Ver, infra.*, Sección II.G

¹⁸²² Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 259.

¹⁸²³ Declaración Kappes I, ¶ 49.

¹⁸²⁴ *Ver, infra.*, Sección II.C

Convenito 169 de la OIT aún y cuando es un requisito legal que ha sido parte de la ley de Guatemala desde 1997 y reconocido por la Corte de Constitucionalidad en *Rio Hondo II* (abril de 2008) y *Cementos Progreso* (diciembre 2009),¹⁸²⁵ lo cual precede la primera inversión de Exmingua en enero de 2009 y su procedimiento de aprobación del EIA para Santa Margarita que pudo haber iniciado a inicios de 2011. Ellos también se niegan a reconocer¹⁸²⁶ y respetar las autoridades independientes de las cortes y deber de conformidad con la Ley del Organismo Judicial de 1989¹⁸²⁷ y la ley de Amparo de 1986¹⁸²⁸ de implementar tratados en materia de derechos humanos aún en contra de la ley local, y suspender actos gubernamentales cuando las circunstancias lo hacen aconsejable.¹⁸²⁹

790. En base a las premisas que anteceden, la insinuación de los Demandantes de que “*there is no end in sight*” para la suspensión de la licencia de explotación para el Progreso VII por parte de la Corte y para la suspensión autoimpuesta de la licencia de explotación para Santa María no es más que una exageración. El relato de los Demandantes no es otra cosa que un intento poco convincente de causar simpatía por sus propias fechorías y malas decisiones de negocios. Sin perjuicio de que la oportunidad de extraer el Proyecto El Tambor haya sido suspendida, el hecho de que dicha oportunidad aún existe es inequívoco. Todo indica que Exmingua podrá, a la postre, emplear la licencia de explotación de Progreso VII y que subsiste la oportunidad de asegurar una licencia de explotación para la mina de Santa María. En palabras del tribunal del caso *SD Myers*, la suspensión no tiene como consecuencia más que una oportunidad demorada, pero eso, en sí mismo, no alcanza el nivel de expropiación en violación del artículo 10.7 del DR-CAFTA.¹⁸³⁰

ii. Los Demandantes no tienen expectativas distintivas y razonables con respecto a la inversión

791. Como se explicó con anterioridad,¹⁸³¹ para que exista una expectativa, el inversor debe demostrar la concurrencia de dos elementos: (1) haber actuado con debida diligencia antes de realizar la inversión; y (2) haber recibido garantías, manifestaciones o compromisos específicos sobre los cuales recaen esas expectativas. Guatemala también ha señalado que, más allá de su dependencia del informe técnico de CAM, los

¹⁸²⁵ Ver, *infra.*, Sección V.B

¹⁸²⁶ Memorial de los Demandantes, ¶ 181 (Según los Demandantes, las licencias mineras solo pueden anularse mediante una declaración de lesividad del presidente.); Réplica de los Demandantes, ¶¶ 476-477; Fuentes I, ¶¶ 23-35.

¹⁸²⁷ Ley del Poder Judicial, art. 9 (C-0415) (“[L]os tribunales siempre observarán el principio de jerarquía normativa y la supremacía de la Constitución Política de la República sobre cualquier ley o tratado, con excepción de los tratados o convenciones en materia de derechos humanos, que precedencia sobre el derecho interno.”)

¹⁸²⁸ Ley de Amparo, art. 3 (C-0416) (“...en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala prevalecen sobre el derecho interno”).

¹⁸²⁹ Ver Ley de Amparo, art. 27 (C-0416).

¹⁸³⁰ *S.D. Myers, Inc. c. Canadá*, CNUDMI, Laudo Parcial (13 de noviembre 2000) ¶ 287 (CL-0104).

¹⁸³¹ Ver, *infra.*, Sección V.B.

Demandantes admiten **no** haber actuado con debida diligencia en el aspecto jurídico, social ni ambiental en ningún momento antes de firmar una carta de intención con Radius en 2008, comprar Minerales KC en 2009 ni, finalmente, comprar el 100% de las acciones de Exmingua en 2012. Si los Demandantes hubieran actuado con debida diligencia, habrían sabido, como debería haber sido, que el Estado debía cumplir con el requisito de consulta establecido en el Convenio 169 de la OIT como condición necesaria para la aprobación de aquellas actividades que pudieran afectar a los pueblos indígenas y que era un requisito que subsistía aún y cuando un proyecto **“ha sido implementado, siempre y cuando no haya sido totalmente consumado.”**¹⁸³² Al no haber cumplido con dicho requisito independiente de actuar con debida diligencia, el reclamo de los Demandantes con respecto a cualquier expectativa razonable en relación con la inversión carece de sustento desde el comienzo.

792. Los Demandantes argumentan también que, ellos gozan del “derecho a la seguridad jurídica” “de regulaciones predecibles en su solicitud, así como el goce de esos beneficios”¹⁸³³ y que poseen “confianza legítima en que convertiría[n] su licencia de exploración existente en una licencia de explotación para Santa Margarita”.¹⁸³⁴ Está bien establecido que ningún reclamo a certeza legal o confianza legítima puede resultar simplemente de la emisión de un acto administrativo; por tanto los precedentes legales requieren que otro acto, en la forma de una garantía, compromiso o representación, por medio del cual una expectativa pueda ser basada.¹⁸³⁵ En este caso, como ya fue argumentado,¹⁸³⁶ no existe en el expediente nada que el Estado de Guatemala se haya comprometido en reconocer la continua validez de la licencia emitida sin el requisito de las consultas del Convenio 169. En cualquier caso, los Demandantes buscan beneficiarse de los supuestos agujeros en su conocimiento en la implementación del Convenio 160 en Guatemala y no pueden ahora quejarse de que la licencia de explotación de Progreso VII fue suspendida precisamente por la ausencia de las consultas del Convenio 169 de la OIT.

793. De hecho también, Richter es categórico en manifestar que en el derecho guatemalteco no existen los conceptos de confianza legítima y certeza legal.¹⁸³⁷ Mientras los Demandantes se refieren al Artículo 2 de la

¹⁸³² Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 21 de diciembre de 2009, Caso No. 3878-2007., p. 20 (**R-0080**) (*Cementos Progreso*).

¹⁸³³ Fuentes II, ¶ 38.

¹⁸³⁴ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 400, 444.

¹⁸³⁵ *Marvin Roy Feldman Karpa c. México*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo (16 de diciembre de 2002), ¶¶ 132 and 134 (**CL-0093**) (donde el tribunal sostuvo que "una persona razonable" habría buscado una "resolución administrativa formal" de los funcionarios correspondientes o, al menos, habría obtenido asesoramiento legal experto en impuestos, para eliminar las ambigüedades en sus beneficios reclamados.)

¹⁸³⁶ *Ver, infra.*, Sección V.B.

¹⁸³⁷ Informe Richter II, ¶¶ 51, 76.

Constitución como la única fuente de su supuesto derecho a una certeza legal y confianza legal,¹⁸³⁸ la misma Constitución establece que los actos administrativos son, como pasó en este caso, sujetos de revisión por parte del organismo judicial.¹⁸³⁹ Lo que de otra manera, la Constitución debió haber forjado los actos administrativos como una forma de revisión judicial. En cambio, el Congreso vio importante armar al organismo judicial con el poder de suspender actos administrativos bajo la Ley de Amparo.¹⁸⁴⁰ Es desafortunado que los Demandantes quieran escoger las provisiones de la ley guatemalteca para fundamentar sus supuestos reclamos de confianza legítima y certeza legal.

794. La Ley de Minería de Guatemala también es clara en indicar que las licencias de explotación no se otorgan a manera de certeza a los titulares de las licencias de exploración. El propio EIA está sujeto a “evaluación y aprobación” según el Artículo 20 de la Ley de Minería de Guatemala. La solicitud de un derecho minero también puede ser objeto de oposición, de conformidad con los Artículos 46 a 48 de la misma ley. La ley también delimita claramente el alcance de los derechos que la licencia de exploración confiere al titular; pero dicho derecho —ni si quiera uno potencial— no otorga la facultad de convertir dicha licencia en una licencia de explotación. Por otro lado, si bien el Artículo 30 de la ley utiliza el término “derecho” en relación con la ampliación de la licencia para que comprenda los nuevos minerales descubiertos durante la explotación, la ley no menciona ningún “derecho”, en el sentido jurídico, a obtener una licencia de explotación.

795. Con esto en mente, los Demandantes deberían haber presentado pruebas, es decir, garantías, manifestaciones o compromisos específicos que respaldaran su convicción de que la licencia de exploración que les había sido otorgada se convertiría en una licencia de explotación. De nuevo, aunque el Tribunal escudriñara todo el expediente, no encontraría ningún compromiso específico por parte del Estado con respecto a otorgar a Exmingua una licencia de explotación.

796. Además, como se explicó anteriormente, no ha existido ningún obstáculo en el trámite de la solicitud de una licencia de explotación para Santa Margarita por parte de Exmingua. Fueron los Demandantes quienes tomaron la decisión comercial de desistir de continuar – de hecho, nunca persiguieron de forma seria - la solicitud de Exmingua. De hecho, el desistimiento de los Demandantes no hace más que probar que sabían que las licencias

¹⁸³⁸ Fuentes II, ¶ 38.

¹⁸³⁹ Constitución Política de la República de Guatemala, art. 204: “En todas sus decisiones o sentencias, los tribunales de justicia observarán obligatoriamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado.” (C-0414); *Ver también*, art. 268: “La Corte de Constitucionalidad es un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional; [Actúa] como tribunal colegiado con independencia de los demás órganos del Estado y ejerce [las] funciones específicas que le asignan la Constitución y el derecho de la materia. (C-0414).

¹⁸⁴⁰ Ley de Amparo, art. 49(a) (C-0416) (“Efectos del amparo. La declaración de procedencia del amparo tendrá los siguientes efectos: Dejar en suspenso, en cuanto al demandante, la ley, el reglamento, resolución o acto impugnados y, en su caso, el restablecimiento de la situación jurídica afectada o el cese de la medida.”); *Ver también* Richter II, ¶ 47.

de explotación no se consideran un derecho de los titulares de las licencias de exploración y que, por ende, no podrían haber confiado legítimamente en que se les otorgaría una. En todo caso, lo que tenían era una mera expectativa de que podrían convertir su licencia de exploración en una licencia de explotación. Sin embargo, el DR-CAFTA no protege meras expectativas o derechos potenciales sino únicamente a expectativas razonables basadas en la inversión que, de conformidad con la ley, surgen de una relación cuasi contractual entre el Estado y el inversionista.¹⁸⁴¹

Los supuestos actos de interferencia fueron el resultado de medidas regulatorias no discriminatorias concebidas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público

797. En su Memorial de Contestación, Guatemala demostró que "[e]stá ahora establecido en el derecho internacional que los Estados no están obligados a pagar compensación a un inversor extranjero cuando, en el ejercicio normal de sus facultades reglamentarias, adoptan de manera no discriminatoria reglamentos de buena fe que tienen por objeto bienestar general".¹⁸⁴² Más recientemente, el tribunal del caso *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental del Uruguay* asumió "la postura del derecho internacional general" que sostiene que "las medidas [que] se tomen en caso de utilidad pública establecida por ley, a condición que no sean discriminatorias", no otorgan al inversor el derecho al pago de una indemnización.¹⁸⁴³ La práctica de los Estados, como se refleja en el Proyecto de Convenio de la OCDE sobre la Protección de la Propiedad Extranjera de 1967, también respalda la postura de que "las medidas tomadas en pro de las necesidades políticas, sociales y económicas de un Estado" no constituyen una expropiación compensable.¹⁸⁴⁴

798. A partir del texto del Anexo 10-C.4(b) del DR-CAFTA, Guatemala argumentó que se requiere la prueba de dos elementos acumulativos: (1) que la regulación esté concebida y aplicada para proteger objetivos legítimos de bienestar público, y (2) que la regulación no sea discriminatoria.¹⁸⁴⁵ Luego, Guatemala demostró que la suspensión de la licencia de explotación para Progreso VII tenía como objetivo la implementación del Convenio 169 de la OIT, un instrumento internacional cuyo objetivo de bienestar público subyacente es "la protección de la integridad cultural de los pueblos indígenas al asegurar que estas comunidades participen en la evaluación de medidas con el potencial de impactar su relación cultural con su tierra y recursos

¹⁸⁴¹ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 601-602, citando a *Glamis Gold c. EE. UU.*, Laudo, ¶ 766 (RL-0041).

¹⁸⁴² *Saluka Investments B.V. c. República Checa*, CNUDMI (17 de marzo de 2006), ¶ 255 (CL-0154).

¹⁸⁴³ *Philip Morris c. Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Laudo (8 de julio de 2016), ¶ 301, 182 (RL-0124).

¹⁸⁴⁴ *Saluka Investments B.V. c. República Checa*, CNUDMI (17 de marzo de 2006), ¶ 259 (CL-0154).

¹⁸⁴⁵ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 575.

naturales”.¹⁸⁴⁶ Guatemala también estableció que, en el caso *CALAS*, la Corte tomó nota de los graves conflictos suscitados en la zona que “han puesto en peligro la vida y la seguridad de los habitantes de los municipios afectados” y, “a su discreción, mantuvo la suspensión hasta que finalizaran las consultas”.¹⁸⁴⁷

799. En su Réplica, los Demandantes sostienen que la teoría del poder de policía no constituye una excepción a la responsabilidad por expropiación.¹⁸⁴⁸ Argumentan, con base una vez más en escritos académicos, que el Anexo 10-C.4(b) del Tratado no “busca establecer *una excepción general a favor de medidas regulatorias*”.¹⁸⁴⁹ Luego, intentan diluir la afirmación categórica del caso *Saluka* y aducen que los límites de la teoría del poder de policía “no son claros”¹⁸⁵⁰ y que el tribunal del caso *Philip Morris* solo invocó la teoría de poderes de policía como un “motivo adicional que respalda la misma conclusión”.¹⁸⁵¹ Por último, los Demandantes no discuten el hecho de que el requisito de consulta del Convenio 169 de la OIT se basa y busca promover objetivos legítimos de bienestar público. Lo único que objetan es que “ninguna de las medidas impugnadas era de aplicación general: todas fueron medidas discriminatorias adoptadas sin un debido proceso”.¹⁸⁵² Estos argumentos carecen de fundamento.

800. *En primer lugar*, Guatemala nunca manifestó que el Anexo 10-C.4(b) del DR-CAFTA constituyera una excepción a la responsabilidad. Según el derecho internacional, las excepciones son justificaciones que, bajo ciertas condiciones, excluyen la responsabilidad del estado cuando, de otra manera, se hubiera visto comprometida por la violación de una obligación internacional.¹⁸⁵³ Las excepciones “excluyen la ilicitud de un comportamiento *que, de otro modo, no sería de conformidad* con las obligaciones internacionales del Estado de que se trate”.¹⁸⁵⁴ Aquí, el argumento de Guatemala es que los supuestos actos de interferencia no son ilícitos ni constituyen una violación del Tratado, siempre que el Tribunal considere que se trata de medidas regulatorias no discriminatorias concebidas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público. Los Demandantes no percibieron esta distinción sutil pero muy importante.

¹⁸⁴⁶ María Victoria Cabrera Ormaza, pág. 38, donde se cita Sweptson, A., *A New Step in the International Law on Indigenous and Tribal Peoples*, pág. 63 (RL-0297).

¹⁸⁴⁷ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 635. Ver Decisión de la Corte de Constitucionalidad en el Caso No. 1592-2014 del 11 de junio de 2020, pág. 38 (C-0145-ENG) (“La ponderación de esa situación inclina a este Tribunal a ordenar que el proyecto correspondiente a la licencia de explotación minera relacionada debe permanecer en la situación suspenso que ordenó el Tribunal de Amparo de primer grado al otorgar la protección provisional en resolución de once de noviembre de dos mil quince”).

¹⁸⁴⁸ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 451, 453.

¹⁸⁴⁹ Réplica de los Demandantes, ¶ 451.

¹⁸⁵⁰ Réplica de los Demandantes, ¶ 452.

¹⁸⁵¹ Réplica de los Demandantes, ¶ 453.

¹⁸⁵² Réplica de los Demandantes, ¶ 454.

¹⁸⁵³ JAMES CRAWFORD, *BROWNLIE'S PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW* 563 (8.^a ed. 2012) (RL-0324)

¹⁸⁵⁴ Artículos sobre Responsabilidad del Estado, Capítulo V, comentario 1 (RL-0291).

801. En cuanto a la prueba, “la carga de demostrar la responsabilidad incumbe en principio al Estado demandante. Sin embargo, cuando el comportamiento contrario a una obligación internacional es atribuible a un Estado y ese Estado trata de eludir su responsabilidad invocando una circunstancia [que excluye la ilicitud], la situación cambia e incumbe a ese Estado la carga de justificar o excusar su comportamiento”.¹⁸⁵⁵ Dado que Guatemala no sostiene que el Anexo 10-C.4(b) del DR-CAFTA constituye una excepción que excluye la ilicitud, sino que, como observa Estados Unidos y los Demandantes concuerdan, se trata de una “orientación adicional a la hora de determinar si ha ocurrido una expropiación indirecta”,¹⁸⁵⁶ la carga de probar la ilicitud de los actos del Estado por los que se reclama corresponde a los Demandantes.

802. En otras palabras, los Demandantes admiten de manera implícita que el Tribunal debería estudiar el carácter de las medidas estatales de conformidad con el DR-CAFTA y, en ese sentido, analizar si estas (1) están concebidas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público, y (2) son no discriminatorias, tal y como sostuvo Guatemala todo este tiempo. El Anexo 10-C.4(b) del DR-CAFTA constituye, junto con el Anexo 10-C.4(a)(i), un rechazo a la doctrina del solo efecto que los Demandantes buscan que el Tribunal aplique en la consideración de los fundamentos de su reclamo por expropiación indirecta. El tribunal del caso *Eco Oro Minerals Corp. c. Colombia* opinó en su reciente decisión que “[s]olo puede llevarse a cabo una evaluación con respecto a si ha existido interferencia “con las medidas distintivas y razonables relacionadas con la inversión” y “el carácter de la medida o las medidas” [...] para analizar si esas medidas “están concebidas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público”. Esto se vincula de manera más obvia con el criterio del “carácter”, pero también se aplica al criterio de las “expectativas”, dado que se debe hacer comprender a los inversores que los Estados conservan la facultad de regular en virtud del interés público”.¹⁸⁵⁷

803. *En segundo lugar*, las críticas de los Demandantes con respecto a los casos *Saluka* y *Philip Morris* ni siquiera afectan a los principios que se establecen en ellos. La realidad es que, en ambos casos, los tribunales fueron categóricos al afirmar que las medidas no discriminatorias adoptadas para cumplir con objetivos legítimos de bienestar público no dan lugar a la responsabilidad. Para disipar cualquier duda, el tribunal del TLCAN comentó en el caso *Chemtura c. Canadá* que “[las] medidas adoptadas en tales circunstancias constituyen un ejercicio legítimo del poder de policía del Estado y, por ende, no constituyen una expropiación”.¹⁸⁵⁸ En ese

¹⁸⁵⁵ Artículos sobre Responsabilidad del Estado, Capítulo V, comentario 8 (RL-0291).

¹⁸⁵⁶ Escrito de EE. UU., 19 de febrero de 2021, ¶ 46.

¹⁸⁵⁷ *Eco Oro Minerals Corp. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/41, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad e Instrucciones sobre Cuantía (9 de septiembre de 2021), ¶ 629 (RL-0365).

¹⁸⁵⁸ *Chemtura Corporation c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI (antes *Crompton Corporation c. Gobierno de Canadá*), Laudo (2 de agosto de 2010), ¶ 266 (CL-0087).

caso, el reclamo por expropiación fue rechazado porque “[i]ndependientemente de la existencia de una privación contractual, el Tribunal considera, en todo caso, que las medidas impugnadas por la Demandante constituyeron un ejercicio legítimo del poder de policía de la Demandada”.¹⁸⁵⁹

804. *En tercer lugar*, en este caso, los supuestos actos de interferencia no son discriminatorios ni fueron medidas adoptadas sin un debido proceso, como reclaman los Demandantes. La Corte de Constitucionalidad dictaminó la suspensión de la licencia de explotación para Progreso VII, para la cual no se había cumplido con el requisito de consulta del Convenio 169 de la OIT, debido a los graves conflictos suscitados en la zona que “han puesto en peligro la vida y la seguridad de los habitantes de los municipios afectados”. La Corte, “a su discreción, mantuvo la suspensión hasta que finalizaran las consultas”.¹⁸⁶⁰ Sin duda, este Tribunal estará de acuerdo en que no tiene la autoridad ni la competencia para dudar de las conclusiones fácticas de la Corte. Una vez más, Guatemala implora al Tribunal que se abstenga de asumir las facultades de un tribunal de apelación.¹⁸⁶¹ Además, como se explicó con anterioridad en el Memorial de Contestación¹⁸⁶² y en esta Dúplica,¹⁸⁶³ el caso de Exmingua es distinto de los casos *Oxec*, *CGN*, y *Minera San Rafael*. Por otro lado, la Corte de Constitucionalidad actuó respetando el derecho de Exmingua al debido proceso en todas las etapas del proceso.¹⁸⁶⁴

805. Con respecto a la suspensión del certificado de exportación, la incautación del concentrado de oro y el congelamiento de las cuentas bancarias, una vez más, estos hechos no habrían ocurrido sin las violaciones criminales y administrativas de Exmingua.¹⁸⁶⁵ Por ende, no puede argumentarse que haya habido discriminación en estos supuestos actos de interferencia. Las responsabilidades penales y administrativas son personales, y los Demandantes no han demostrado de otra forma que las violaciones criminales y administrativas fueron cometidas por otras compañías mineras. Asimismo, el derecho de Exmingua al debido

¹⁸⁵⁹ *Ibid.*

¹⁸⁶⁰ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 635. *Ver* Decisión de la Corte de Constitucionalidad en el Caso Nro. 1592-2014 del 11 de junio de 2020, pág. 38 (C-0145-ENG) (“La ponderación de esa situación inclina a este Tribunal a ordenar que el proyecto correspondiente a la licencia de explotación minera relacionada debe permanecer en la situación suspenso que ordenó el Tribunal de Amparo de primer grado al otorgar la protección provisional en resolución de once de noviembre de dos mil quince.”)

¹⁸⁶¹ *Loewen Group y Otra c. Estados Unidos de América*, Opinión de Christopher Greenwood Q.C, 26 de marzo de 2001, ¶ pág. 64 (RL-0194) (“**El tribunal internacional no es un tribunal de apelación con respecto al tribunal nacional (como Loewen acepta) ni tiene la función de revisar las conclusiones del tribunal nacional.** A falta de pruebas claras con respecto a la mala fe por parte del tribunal correspondiente, [...] el demandante deberá demostrar que fue víctima de discriminación con motivo de su nacionalidad o que la administración de justicia fue escandalosamente irregular. La existencia de defectos del procedimiento o de una sentencia susceptible de crítica con respecto a las conclusiones de derecho o de hecho no es suficiente.”)

¹⁸⁶² Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 202-218.

¹⁸⁶³ *Ver, infra.*, Sección V.F

¹⁸⁶⁴ *Ver, infra.*, Secciones V.C.3.

¹⁸⁶⁵ *Ver, infra.*, Secciones II.F y G.

proceso se respetó en todos estos procedimientos.¹⁸⁶⁶

806. A su vez, no puede reclamarse por ninguna medida estatal en relación con la suspensión de las actividades de exploración y la solicitud de licencia de explotación en la mina de Santa Margarita. Como Guatemala manifestó en repetidas ocasiones, los Demandantes suspendieron las operaciones mineras de Exmingua y desistieron de su solicitud de una licencia de explotación en la mina de Santa Margarita de forma voluntaria y que ellos realmente nunca tenían pensado realizar el proyecto minero Santa Margarita de cualquier forma. En cualquier caso, en *Minera San Rafael* también se debía cumplir con el requisito de consulta del Convenio 169 de la OIT. Por ende, en todo caso, todo requisito de consulta según el ese convenio para la aprobación del EIA está imbuido de un objetivo de bienestar público, cuya existencia los Demandantes no niegan.

807. En resumen, los Demandantes no pudieron establecer los factores requeridos de conformidad con el Anexo 10-C del DR-CAFTA para probar que las medidas estatales impugnadas constituyen una expropiación indirecta. Independientemente de los derechos de propiedad o intereses que los Demandantes identifiquen como fundamento de su reclamo por expropiación y de la naturaleza de su reclamo, sea por pérdidas directas o reflejas, los Demandantes no han probado que los supuestos actos de interferencia, en forma individual o en su conjunto, hayan sido de naturaleza expropiatoria. Por lo tanto, el Tribunal debe dictaminar que Guatemala no incumplió el Artículo 10.7 del DR-CAFTA y rechazar el reclamo por expropiación sin fundamentos de los Demandantes, independientemente de su encuadramiento.¹⁸⁶⁷

F. Ninguno de los tratos alegados satisface los estándares de trato nacional ni trato de NMF.

808. En caso de que alguno de los reclamos por trato nacional o (supuesto) trato de NMF sobreviva a las objeciones en materia de competencia, dichos reclamos carecen de fundamento por los siguientes motivos: (1) las medidas judiciales no pueden ser el fundamento de ninguno de los dos estándares; (2) aún no hay pruebas de que haya existido discriminación basada en la nacionalidad con respecto a ninguno de los cuatro tratos; (3) Guatemala adoptó todas las medidas en pos de implementar políticas racionales y no discriminatorias; (4) ninguno de los comparadores se encuentra en circunstancias similares; y (5) Guatemala no trató a Exmingua ni a los

¹⁸⁶⁶ *Ver, infra.*, Sección V.C.3.

¹⁸⁶⁷ Jan Paulsson y Zachary Douglas, *Indirect Expropriation in Investment Treaty Arbitrations*, NORBERT HORN AND STEFAN MICHAEL KROLL (EDS.), *ARBITRATING FOREIGN INVESTMENT DISPUTES: PROCEDURAL AND SUBSTANTIVE LEGAL ASPECTS, STUDIES IN TRANSNATIONAL ECONOMIC LAW, VOLUME 19*, pp. 145-158, 148 (Kluwer Law International 2004) (RL-0278) (La cuestión de la compensación bajo el Artículo 10.7.1 del DR-CAFTA ni siquiera entra en juego considerando que no se llevó a cabo ninguna expropiación en este caso. Como ha argumentado Guatemala, no todas las expropiaciones, si es que hubo expropiaciones, equivalen a una expropiación. El árbitro Douglas opina de manera similar que: "Los laudos de tratados de inversión a veces parecen confundir dos pasos analíticos distintos para una conclusión de expropiación al combinar las preguntas sobre si ha habido una expropiación atribuible al Estado anfitrión y si el Estado anfitrión tiene la obligación de compensar esa toma.")

Demandantes de manera menos favorable.

1) Las medidas judiciales no pueden ser el fundamento de los reclamos por trato nacional ni trato de NMF

809. Estados Unidos coincide con Guatemala en que los tribunales de un Estado no son susceptibles de reclamos por trato nacional ni trato de NMF.¹⁸⁶⁸ Según EE. UU., “las medidas judiciales podrían dar lugar a reclamos por denegación de justicia de conformidad con el Artículo 10.5.1. Sin embargo, en ausencia de una denegación de justicia que involucre un trato discriminatorio por parte de los tribunales o de acceso a los recursos judiciales, las medidas judiciales no pueden infringir los Artículos 10.3 ni 10.4 del DR-CAFTA”.¹⁸⁶⁹

810. Los motivos que sustentan esta posición son lógicos. Si se extendiera el trato nacional o el trato de NMF a los tribunales, la tarea de identificar casos comparables con “circunstancias similares” sería difícil, ya que los hechos, la asistencia letrada, la estrategia del caso y los testigos variarán indudablemente.¹⁸⁷⁰ Las partes no tienen derecho a igualdad de trato. Los tribunales evalúan las circunstancias de cada caso de manera individual.

811. Los Demandantes no controvierten lo expuesto. Simplemente, sostienen que los actos del poder judicial son atribuibles al Estado y pueden dar lugar a la responsabilidad del Estado.¹⁸⁷¹ Esto puede ser cierto en un contexto de denegación de justicia, donde las medidas controvertidas afectan a una de las partes.¹⁸⁷² Sin embargo, cuando se comparan dos casos completamente independientes (como sucede aquí), las diferencias entre ellos no son *ilícitas per se*, ya que los tribunales fallan en cada caso de manera individual, evaluando los distintos hechos y circunstancias que se presentan en ellos. En términos simples, un trato distinto por parte de un tribunal no es ilícito, siempre que no haya denegación de justicia.¹⁸⁷³ Por lo tanto, todos los reclamos que involucren a la Corte de Constitucionalidad deben desestimarse.

2) Los Demandantes no han presentado pruebas de que haya existido discriminación basada en la nacionalidad

812. Estados Unidos manifiesta que los Artículos 10.3 y 10.4 “prohíben la discriminación basada en la nacionalidad” entre inversiones o inversores nacionales y extranjeros.¹⁸⁷⁴ Como respaldo, cita dos laudos del TLCAN (de los casos *Loewen c. Estados Unidos* y *Mercer c. Canadá*) que llegan a esa misma conclusión.¹⁸⁷⁵

¹⁸⁶⁸ Memorial de Contestación ¶¶ 618-620.

¹⁸⁶⁹ Escrito de EE. UU., ¶ 34.

¹⁸⁷⁰ Escrito de EE. UU., ¶ 35; Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 619.

¹⁸⁷¹ Réplica de los Demandantes, ¶ 558

¹⁸⁷² *Ver Seccion*, V.C.4; JAN PAULSSON, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW, pp. 199-200 (CL-0171); *Cargill c. México*, ¶ 2. (CL-0197).

¹⁸⁷³ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 620.

¹⁸⁷⁴ Escrito de EE. UU., ¶ 30.

¹⁸⁷⁵ Escrito de EE. UU., ¶ 30 n. 62; *Loewen c. Estados Unidos*, Laudo, ¶ 139 (CL-170) (donde se determina que “el Artículo

EE. UU. adoptó esta misma postura en otros casos,¹⁸⁷⁶ al igual que México¹⁸⁷⁷ e innumerables tribunales.¹⁸⁷⁸

813. El laudo del caso *Loewen* citado por Estados Unidos resulta particularmente didáctico. En ese caso, el tribunal determinó que el Artículo 1102 del TLCAN (trato nacional) hace referencia “únicamente a indicios demostrables y significativos de parcialidad o prejuicio basados en la nacionalidad”.¹⁸⁷⁹ Los Demandantes no refutan esta afirmación ni la posición adoptada por Estados Unidos. Tampoco demuestran ningún indicio de parcialidad.

814. Los Demandantes alegan que no es necesario demostrar la existencia de una “*intención* discriminatoria” para fundar sus reclamos.¹⁸⁸⁰ Puede que sea cierto, pero, aun así, deben demostrar la discriminación. Como se explicó en el Memorial de Contestación, los Artículos 10.3 y 10.4 deben interpretarse a la luz de su objeto y fin; y el fin de estos estándares es evitar la discriminación basada en la nacionalidad.¹⁸⁸¹ Si las pruebas ni siquiera sugieren que haya habido discriminación basada en la nacionalidad (por la intención o por el efecto), los reclamos deben ser desestimados.

815. Los casos citados por los Demandantes respaldan esta posición. Si bien el tribunal del caso *Marvin Feldman* advirtió contra la necesidad de probar la discriminación “explícita”, nada dijo sobre la intención.¹⁸⁸² De hecho, el tribunal encontró finalmente un “nexo entre la discriminación y la condición de inversionista extranjero del Demandante” sin hacer mención de la intención.¹⁸⁸³ El tribunal del caso *Electrabel* determinó que los “efectos

1102 [trato nacional] se refiere *únicamente* a la discriminación basada en la nacionalidad”) (énfasis añadido); *Mercer c. Canadá*, Laudo ¶ 7.7 (RL-0247) (“acepta” las posiciones de Estados Unidos y México con respecto a que el trato nacional y las obligaciones relativas a la nación más favorecida tienen el objetivo de prevenir la discriminación basada en la nacionalidad).

¹⁸⁷⁶ *Ballantine c. República Dominicana*, Caso CPA No. 2016-17, Escrito de Estados Unidos (6 de julio de 2008), ¶ 12 (RL-0245) (“Por lo tanto, esta obligación prohíbe la discriminación basada en la nacionalidad entre inversores nacionales y extranjeros (o entre inversiones provenientes de inversores extranjeros y nacionales) que se encuentran en ‘circunstancias similares’.”); *Mercer c. Canadá*, Escrito de Estados Unidos, ¶ 10 (CL-0173) (“[Los artículos 1102 y 1103 del TLCAN] tienen el objetivo de evitar la discriminación basada en la nacionalidad. No están dirigidos a prohibir todo trato diferencial entre inversores o inversiones. Más bien, están diseñados para garantizar que la nacionalidad no sea motivo de trato diferencial, de conformidad con las disposiciones del TLCAN.”)

¹⁸⁷⁷ *Mercer c. Canadá*, Escrito de México de Conformidad con el Artículo 1128 del TLCAN (8 de mayo de 2015), ¶ 11 (RL-0246) (“la obligación de trato nacional tiene el objetivo de evitar la discriminación hacia los inversores de la otra parte (y sus inversiones) basada en la nacionalidad”[.])

¹⁸⁷⁸ *Feldman c. México*, Laudo, ¶ 181 (CL-0093) (“Es obvio que el concepto de trato nacional consagrado en el TLCAN y en convenios similares tiene la intención de impedir la discriminación basada en la nacionalidad o ‘por motivos de nacionalidad’.”); *Cargill c. México*, Laudo, ¶ 220 (CL-0197) (“Por otra parte, el Tribunal también concluye que la discriminación se basó en la nacionalidad, tanto por la intención como por el efecto.”); *GAMI c. México*, Laudo Final, ¶ 115 (CL-0036) (“No es concebible que una corporación mexicana tenga el derecho a la protección contra la discriminación otorgada por el derecho internacional por el solo hecho de que un extranjero compre una porción de la misma.”)

¹⁸⁷⁹ *Loewen c. Estados Unidos*, Laudo, ¶ 139 (CL-170).

¹⁸⁸⁰ Réplica de los Demandantes, ¶ 553 (énfasis añadido).

¹⁸⁸¹ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 622.

¹⁸⁸² *Feldman c. México*, Laudo ¶ 183 (CL-0093).

¹⁸⁸³ *Id.*, ¶ 182.

discriminatorios” bastarían para demostrar el trato nacional.¹⁸⁸⁴ Asimismo, el tribunal de *LG&E* sostuvo que “una medida es considerada discriminatoria si tiene por objeto discriminar, o si tiene un *efecto discriminatorio*”.¹⁸⁸⁵ Para dejarlo en claro, la posición de Guatemala es que la intención es pertinente, aunque no sea un elemento decisivo.¹⁸⁸⁶ Sin embargo, en caso de no haber intención, de todas formas, los Demandantes deben demostrar que existe un nexo entre la discriminación y su condición de inversores extranjeros.

816. Los Demandantes no han demostrado ese nexo. No hay absolutamente nada que indique que los tribunales o el MEM hayan actuado motivados por la condición de extranjeros de los Demandantes. Tampoco hay elementos que sugieran que los efectos del trato hayan sido discriminatorios. La mezcolanza de reclamos y comparadores presentados por los Demandantes lo confirma. En dos de los tratos (el segundo y el tercero), el comparador nacional (Oxec) recibió el mismo trato que los comparadores extranjeros de Suiza y Canadá (PSA y Soloway).¹⁸⁸⁷ En otras palabras, los inversores nacionales y extranjeros recibieron un trato equitativo. Incluso si Exmingua hubiese recibido un trato diferencial (el cual no recibió), no habría estado basado en su nacionalidad.

817. Los nuevos reclamos por NMF en relación con Oxec muestran también una *falta* de discriminación basada en la nacionalidad. Estos reclamos tan solo incorporan a un nuevo propietario extranjero de Oxec, sin ofrecer ninguna prueba adicional de que haya existido discriminación debido a ese propietario extranjero. Dicho de otro modo, no existen diferencias en cuanto a los hechos entre estos reclamos. Si los hechos son los mismos en ambos reclamos y se utilizan comparadores de distintas nacionalidades; entonces, no puede sostenerse que la nacionalidad haya jugado un papel importante en cuanto al accionar de Guatemala.

3) Todos los tratos alegados se basaron en políticas racionales y no discriminatorias

818. Además de que no existió discriminación basada en la nacionalidad, los cuatro tratos se basaron en políticas racionales y no discriminatorias.¹⁸⁸⁸ Todos estuvieron directamente relacionados con el intento de Guatemala de proteger y hacer cumplir los derechos de los pueblos indígenas y de mantener el compromiso del país de

¹⁸⁸⁴ *Electrabel c. Hungría*, Decisión sobre Jurisdicción, Derecho Aplicable y Responsabilidad, ¶ 7.152 (RL-0253).

¹⁸⁸⁵ *LG&E Energy Corp. c. Argentina*, Decisión sobre Responsabilidad, ¶ 146 (RL-0240) (énfasis añadido).

¹⁸⁸⁶ *S.D. Myers c. Canadá*, Laudo Parcial, ¶ 254 (CL-104); *ver también*, Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 660 (“Si bien la intención puede no ser determinante, sigue siendo pertinente”[.])

¹⁸⁸⁷ Este argumento debe interpretarse sin perjuicio de la posición de la Demandada con respecto a que las cuatro inversiones son inversiones nacionales a los fines del Anexo II y el Artículo 10.13 del Tratado. *Ver supra* IV.D.

¹⁸⁸⁸ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 663 (Como se explicó en el Memorial de Contestación de Guatemala, el Estado puede defender sus acciones frente a los reclamos por trato nacional o de NMF vinculándolas con políticas estatales que (i) no distinguen, ni a primera vista ni de hecho, entre empresas de propiedad extranjera y empresas nacionales, y (ii) no socaven indebidamente los objetivos de liberalización de las inversiones del CAFTA); Escrito de EE. UU., ¶ 33 (Estados Unidos concuerda y argumenta que “el hecho de que se otorgue trato en circunstancias similares según los Artículos 10.3 y 10.4 depende de la totalidad de las circunstancias, incluso de la determinación en cuanto a si el trato pertinente hace una distinción entre los inversores o las inversiones en base a intereses legítimos de bienestar público.”).

conformidad con el derecho internacional.¹⁸⁸⁹ Estas políticas no distinguen entre las empresas extranjeras y nacionales, ni a primera vista ni de hecho. Tampoco van en detrimento de los objetivos del Tratado en cuanto a la liberalización de las inversiones. Los Demandantes no controvierten lo expuesto.

819. La única respuesta de los Demandantes es que ninguna de las “acciones” de Guatemala incluyó la ponderación de los intereses de Exmingua contra el interés del Estado en llevar a cabo las consultas o un análisis de proporcionalidad para evaluar si la suspensión era adecuada y necesaria.¹⁸⁹⁰ Según los Demandantes, el Estado abusó claramente de su discrecionalidad mediante “una *conducta* arbitraria y discriminatoria” que resultó en un perjuicio para Exmingua.¹⁸⁹¹

820. Aparentemente, los Demandantes confunden las acciones con las políticas. Si bien las acciones de Guatemala no fueron arbitrarias ni discriminatorias, como se explicó anteriormente,¹⁸⁹² el centro de este análisis son las políticas detrás de esas acciones.¹⁸⁹³ La *política* es la que debe ser no discriminatoria, no la acción.¹⁸⁹⁴

821. En el caso *GAMI*, el tribunal determinó que el Estado cerró ciertas fábricas de azúcar (acción) para garantizar que la industria azucarera fuera solvente (política). En este caso, la Corte suspendió las operaciones (acción) para proteger los derechos de los pueblos indígenas (política) y cumplir con las obligaciones internacionales de Guatemala (política). También impuso condiciones con respecto a la licencia de explotación de Exmingua (acción) en pos de los mismos objetivos. Por otro lado, el MEM llevó a cabo consultas (acción) para proteger a las comunidades indígenas (política) y para cumplir con las instrucciones de la Corte (política). Estas políticas no distinguen entre empresas extranjeras y nacionales, ni a primera vista ni de hecho. Tampoco van en detrimento de los objetivos del Tratado en cuanto a la liberalización de las inversiones.

¹⁸⁸⁹ Memorial de Contestación. ¶ 664. Con respecto al primer trato sobre la suspensión, la Corte ordenó la suspensión para dar prioridad a los derechos de los pueblos indígenas. En cuanto al segundo trato, las supuestas condiciones impuestas a las consultas de Exmingua tenían por objeto, en palabras de los propios Demandantes, garantizar que “las operaciones no amenazaran la existencia de la población indígena en las cercanías del proyecto minero”. Con respecto a los dos últimos tratos, los plazos de la Corte y del MEM se emplearon para asegurar que los derechos de los pueblos indígenas estuvieran plenamente protegidos, ya sea por una decisión judicial bien elaborada, que estableciera las instrucciones a seguir por el MEM, o por el seguimiento de tales instrucciones por parte del MEM.

¹⁸⁹⁰ Réplica de los Demandantes, ¶ 578 (énfasis añadido).

¹⁸⁹¹ Réplica de los Demandantes, ¶ 578 (énfasis añadido).

¹⁸⁹² *Supra*

¹⁸⁹³ *Pope & Talbot c. Canadá*, Laudo sobre el Fondo de la Fase 2, ¶ 78 (CL-0116); *GAMI c. México*, Laudo, ¶ 114 (CL-036) (“La medida estaba plausiblemente relacionada con un objetivo legítimo de la política (asegurar que la industria azucarera esté en manos de empresas solventes) y no fue aplicado de una manera discriminatoria o como una barrera disfrazada de igualdad de oportunidades.”).

¹⁸⁹⁴ El tribunal del caso *GAMI* dejó esto en claro al establecer que la “medida” debe estar relacionada con un “objetivo legítimo de la política.” *GAMI c. México*, Laudo ¶ 114 (CL-036).

4) Ninguno de los comparadores se encuentra en circunstancias similares en relación con Exmingua

822. La cuestión de las “circunstancias similares” se basa en si las empresas eran “competidores directos”¹⁸⁹⁵ o no. Los tribunales tienen en cuenta una lista no taxativa de factores, por ejemplo, si los comparadores (i) se encuentran en el mismo sector económico o empresarial, (ii) tienen inversiones o son empresas que compiten con el inversor o sus inversiones en términos de bienes o servicios, o (iii) están sujetos a un régimen jurídico o requisitos normativos comparables.¹⁸⁹⁶ Los Demandantes coinciden en que los sectores empresariales y los regímenes jurídicos son relevantes.¹⁸⁹⁷
823. Oxec y Exmingua no se encuentran en “circunstancias similares” porque llevan a cabo sus actividades en sectores económicos diferentes y están sujetas a marcos normativos diferentes.¹⁸⁹⁸ En otras palabras, no son competidores directos. Los Demandantes sostienen que estas distinciones son “irrelevantes”, ya que no tienen relación con los cuatro tratos alegados.¹⁸⁹⁹ Sin embargo, están equivocados.
824. La Corte otorgó tratos distintos a Exmingua y Oxec debido a que los objetivos de las políticas detrás de cada proyecto eran distintos. Exmingua es una empresa minera que genera ganancias para el Estado a partir de la venta de minerales.¹⁹⁰⁰ Por otro lado, Oxec es una presa hidroeléctrica destinada a llevar energía renovable a las zonas más alejadas de Guatemala.¹⁹⁰¹ La Corte da cuenta de esta distinción al hacer un balance entre la necesidad de que se “atiendan adecuadamente los intereses legítimos de los afectados o potencialmente afectados”, es decir, los pueblos indígenas, y la necesidad de que se “prevengan reparos injustificados a proyectos solventes de desarrollo para la Nación”.¹⁹⁰²
825. Las diferencias en cuanto al tamaño entre Exmingua, MSR y CGN también son relevantes. El tribunal del caso *Renée Rose c. Perú* determinó que el pequeño banco de la demandante, que tenía el 2% de los depósitos del país, no se encontraba en “circunstancias similares” con respecto a otro banco mucho más grande que

¹⁸⁹⁵ *RDC c. Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/07/23, Dúplica sobre el Fondo de la Demandada (21 de octubre de 2011), ¶ 291 (CL-0069) (“Los tribunales del TLCAN ‘se han centrado fundamentalmente en la relación competitiva entre los inversionistas en el mercado’”) Donde se cita, *Archer Daniels Midland Company y otra c. México*, Caso CIADI No. ARB (AF)/04/5, Laudo (21 de noviembre de 2007), ¶ 199 (CL-0195).

¹⁸⁹⁶ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 624; *Apotex c. Estados Unidos*, Laudo, ¶ 8.15 (RL-0215); Escrito de EE. UU., ¶ 33. Estados Unidos coincide en que el análisis involucra “no solo al sector económico o empresarial, sino también al marco normativo y los objetivos de las políticas.”

¹⁸⁹⁷ Réplica de los Demandantes, ¶ 564.

¹⁸⁹⁸ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 625.

¹⁸⁹⁹ Réplica de los Demandantes, ¶ 564.

¹⁹⁰⁰ Memorial de Contestación ¶¶ 625-626.

¹⁹⁰¹ Memorial de Contestación ¶¶ 625-626.

¹⁹⁰² Decisión de la Corte de Constitucionalidad en el Caso No. 1592-2014 del 11 de junio de 2020, pág. 22 (C-0145-ENG). “Lo que se requiere es que, por una parte,” expresa la Corte, “se identifiquen y, como consecuencia, se observen y atiendan adecuadamente los intereses legítimos de los afectados o potencialmente afectados; y que, por la otra, se prevengan reparos injustificados a proyectos solventes de desarrollo para la Nación.”

representaba el 51% de los depósitos del país.¹⁹⁰³ El banco de la demandante tampoco se encontraba en “circunstancias similares” con respecto a otro banco que, a diferencia de éste, tenía “una red muy grande de depositantes individuales”.¹⁹⁰⁴ En este caso, Progreso VII procesaba 150 toneladas de materia prima por día, mientras que la Mina Escobal (MSR) procesaba 4500 toneladas por día y la mina de níquel Fénix (CGN), 4010 toneladas por día.¹⁹⁰⁵ Además, Progreso VII empleaba a 94 personas de las comunidades locales, mientras que Escobal tenía 7600 empleados.¹⁹⁰⁶ Había una diferencia abismal entre la porción del mercado correspondiente a cada mina y el impacto de cada una en la comunidad local.

5) Exmingua no recibió un trato desfavorable

826. Guatemala explicó su posición en el Memorial de Contestación. Con respecto a la suspensión, la Corte aplicó el mismo estándar para Exmingua y Oxec, solo que las conclusiones obtenidas fueron diferentes.¹⁹⁰⁷ La Corte también aplicó las mismas condiciones para el restablecimiento de las licencias de Oxec, Minera San Rafael, CGN y Exmingua.¹⁹⁰⁸ El tiempo empleado para cada decisión no fue injustificado ni intencional.¹⁹⁰⁹ Por último, el MEM siguió el mismo procedimiento para las consultas de Exmingua y las de Oxec.¹⁹¹⁰

827. Con respecto a las suspensiones, los Demandantes discrepan del nivel de discrecionalidad que los jueces ejercen al decidir sobre estas cuestiones.¹⁹¹¹ Sin embargo, la legalidad de esa discrecionalidad no puede impugnarse en este caso. Lo fundamental es que la Corte aplicó el mismo estándar discrecional en todos los casos:¹⁹¹² el “equilibrio y la armonización entre [...] el uso racional de sus recursos naturales; [y] la promoción de proyectos de inversión orientados al desarrollo sostenible, en un clima de seguridad jurídica y paz social”, entre otros factores.¹⁹¹³ Los Demandantes sostienen que este equilibrio no está presente en las decisiones,¹⁹¹⁴ sin embargo, están equivocados. El texto de la decisión del caso Exmingua se cita anteriormente y en el

¹⁹⁰³ *Renee Rose c. Perú*, Laudo ¶ 398 (RL-0251).

¹⁹⁰⁴ *Renee Rose c. Perú*, Laudo ¶ 225 (RL-0251).

¹⁹⁰⁵ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 643.

¹⁹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁹⁰⁷ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 631.

¹⁹⁰⁸ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 646.

¹⁹⁰⁹ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 413.

¹⁹¹⁰ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 637.

¹⁹¹¹ Réplica de los Demandantes, ¶ 572; *ver también*, Ley de Amparo, Art. 27 (“La suspensión provisional del acto reclamando procede tanto de oficio como a instancia de parte. En cualquier caso, el tribunal, en la primera resolución que dicte, aunque no hubiere sido pedido, resolverá sobre la suspensión provisional del acto, resolución o procedimiento reclamados, cuando a su juicio las circunstancias lo hagan aconsejable.”) (C-0416). **Nótese que el Artículo 27 aparece en el anexo original de los Demandantes, pero, curiosamente, se eliminó en la versión que se volvió a presentar (adjunta a la Réplica).**

¹⁹¹² *Ver Bilcon c. Canadá*, Laudo, ¶ 697 (CL-0242) (“Lo fundamental en este caso es que, para el proyecto Whites Point, no se aplicó el estándar evaluativo esencial de la CEAA de la forma esperada y establecida por la ley, a los fines de la evaluación ambiental.”).

¹⁹¹³ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 634.

¹⁹¹⁴ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 539, 572.

Memorial de Contestación.¹⁹¹⁵ Los Demandantes no discrepan de ese texto. En la decisión del caso Oxec, la Corte hace un balance entre el deseo de los Estados de explotar sus recursos naturales como “utilidad y necesidad públicas” y los derechos de las comunidades indígenas.¹⁹¹⁶ Se aplica el mismo criterio en ambas decisiones.

828. Con respecto a la condición “adicional”, Guatemala demostró en su Memorial de Contestación que todas las decisiones fueron similares, pero los Demandantes se niegan a reconocer estas similitudes.¹⁹¹⁷ Sin embargo, estas decisiones hablan por sí solas.¹⁹¹⁸ Como explicó Guatemala, proteger la supervivencia de las comunidades indígenas (la supuesta nueva condición) ha sido siempre un resultado necesario de las consultas.¹⁹¹⁹ No se agregó nada nuevo para el caso de Exmingua.

829. En cuanto a los plazos de cada decisión, los Demandantes no discuten el hecho de que la Corte es libre de administrar la justicia en el orden que considere oportuno.¹⁹²⁰ Tampoco discuten el hecho de que sus propias acciones dilataron el proceso.¹⁹²¹ Incluso confirman que esos amparos que afectaron los derechos de los pueblos indígenas fueron controversiales.¹⁹²² En ese contexto, las demoras no fueron injustificados ni intencionales.¹⁹²³

830. Además, no hay ni un ápice de discriminación basada en la nacionalidad en cuanto a los plazos. Primero, se decidió el caso de Oxec, seguido del de Minera San Rafael. El caso de Exmingua se decidió en tercer lugar y, por último, el de CGN. No hay correlación entre la nacionalidad de estas empresas (o de sus inversores) y el plazo empleado para cada decisión. No hay discriminación.

831. En cuanto al MEM, los Demandantes discrepan de la decisión del MARN de presentar un recurso de aclaración ante la Corte,¹⁹²⁴ pero el MARN estaba en todo su derecho de presentar dicho recurso. Según el Viceministro, el MEM esperó a que hubiera una decisión *firme* en todos los casos, incluidos los de Exmingua, San Rafael y CGN.¹⁹²⁵ Por ende, el MEM otorgó el mismo trato a Exmingua y Oxec.

¹⁹¹⁵ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 634.

¹⁹¹⁶ Decisión del caso *Oxec*, pág. 60 (C-0441-R).

¹⁹¹⁷ Réplica de los Demandantes, ¶ 580.

¹⁹¹⁸ Memorial de Contestación ¶¶ 646-649.

¹⁹¹⁹ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 650.

¹⁹²⁰ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 652.

¹⁹²¹ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 655.

¹⁹²² Réplica de los Demandantes, ¶ 305 (donde se hace referencia a la “ideologización y politización de los procesos” y a los “fallos contradictorios”).

¹⁹²³ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 413.

¹⁹²⁴ Réplica de los Demandantes, ¶ 294.

¹⁹²⁵ Declaración Viceministro Oscar Perez, ¶15.

VI. CUESTIONES DE MINERÍA

A. La falta de Licencia Social de los Demandantes puso en peligro la viabilidad del Proyecto

832. El EIA es un documento crucial para establecer una relación positiva con las personas que viven en las cercanías de un proyecto. Mientras que una licencia de explotación puede contener términos técnicos difíciles de entender, el EIA cuenta con la participación de los miembros de la comunidad, en general con su identificación y cita textual. El EIA esboza los planes para los habitantes de la zona, planes que tendrán un impacto directo en la vida de las familias en los años venideros. Los habitantes de la zona se fijan en el EIA para ver si el concesionario les ha prestado atención, y entienden el texto del EIA como las promesas que les hace el concesionario. Es mucho más que una solicitud de permiso superflua. Constituye una conversación y un compromiso. Como el Tribunal verá más adelante, los Demandantes no se tomaron en serio ni el proceso ni sus promesas.

1) Los Demandantes no cumplieron su promesa de llevar a cabo el proyecto conforme a los más altos estándares de gestión social

833. Los Demandantes hicieron múltiples declaraciones en el EIA en el sentido de que el Proyecto se llevaría a cabo con los más altos estándares de gestión social,¹⁹²⁶ pero desde un comienzo los Demandantes incumplieron dicha promesa. Tal como señala el experto de Guatemala, las normas de desempeño social existentes, reflejadas en los principios del ICMM, los estándares de desempeño (PS) de la CFI y los Principios de Ecuador,¹⁹²⁷ que los Demandantes no niegan que se aplicaran a la industria minera en 2008, tenían como objetivo (i) evitar el daño; (ii) garantizar el respeto de los derechos humanos y otros derechos de los miembros de la comunidad afectada; (iii) proporcionar beneficios equitativos a todas las comunidades afectadas; y (iv) garantizar la justicia procesal.¹⁹²⁸ Ninguno de tales procesos y logros se evidencia en el desempeño social de los Demandantes, lo que sólo puede llevar a la conclusión de que el Proyecto no se atuvo a las mejores prácticas internacionales.

834. Resulta increíble que, a pesar de las declaraciones hechas en el EIA, los Demandantes afirmen ahora que dichas normas "son inaplicables al presente litigio, ya que son normas voluntarias".¹⁹²⁹ Es sorprendente que así lo admitan. Tal declaración no sólo justifica la falta de confianza en los Demandantes por parte de la comunidad, sino que también socava el modelo de daños y perjuicios de los Demandantes, pues de manera implícita admiten que dependen de la financiación externa que exigiría el cumplimiento de las normas

¹⁹²⁶ Ver EIA, pp. 45, 437 (C-0082-ING).

¹⁹²⁷ Réplica de los Demandantes, ¶ 108 (reconoce los Principios de la CFI y los Principios de Ecuador), ¶ 166 (reconoce el ICMM); Informe Mendoza, ¶ 37 y siguientes (afirma que el proceso de consulta se ajustó a las mejores prácticas internacionales reflejadas en la CFI).

¹⁹²⁸ Informe CIG, ¶ 53.

¹⁹²⁹ Réplica de los Demandantes, ¶ 108.

internacionales.¹⁹³⁰ Y en lugar de cumplimiento, los Demandantes ofrecen mucho menos: la alegación¹⁹³¹ de que su proceso de consulta social estaba "en línea con las directrices de la CFI". "Los Demandantes no hacen mucho para demostrar qué significa estar "en línea con" pero no cumplir con, en especial cuando omiten la mención de sus programas de alcance social. Como se demuestra a continuación, los Demandantes incumplieron totalmente las mejores prácticas internacionales tanto en el proceso de EIA como en las acciones de gestión social adoptadas posteriormente, exacerbando las tensiones locales y socavando toda valoración.

a. *Los Demandantes no hicieron un gran esfuerzo para evitar y minimizar los daños a las comunidades aledañas*

i. *Los Demandantes no realizaron una evaluación adecuada del impacto social*

835. El fracaso de los Demandantes en los aspectos sociales del Proyecto comenzó con el proceso de EIA. Se supone que el EIA debe identificar a las comunidades afectadas y sus inquietudes, así como predecir y mitigar cualquier efecto perjudicial.¹⁹³² Los Demandantes ignoraron en gran medida el proceso, no sólo según las normas internacionales,¹⁹³³ sino también en función de las directrices establecidas en los Términos de Referencia ("TdR") del MARN.¹⁹³⁴ Como verá el Tribunal, los Demandantes utilizaron el proceso de EIA como una simple lista de control para obtener su permiso de explotación, más que como un intercambio de ideas significativo. No hubo una intención real de entender y generar confianza con las comunidades aledañas, como se verá en los ejemplos siguientes.¹⁹³⁵

836. *En primer lugar*, los Demandantes admitieron no haber estudiado adecuadamente el entorno social en el que operarían. Esto no es sólo lo que sostiene Guatemala, sino que los propios consultores de los Demandantes reconocen dicha omisión.¹⁹³⁶ Los estudios sociales de referencia en el EIA carecen totalmente, entre otras cosas, de toda mención de las potenciales fuentes de conflicto local, de los conflictos suscitados en otros proyectos mineros,¹⁹³⁷ de las implicancias del Convenio 169 de la OIT, o de cualquier análisis de los impactos

¹⁹³⁰ Informe Rosen/Milburn, ¶ 51 g.

¹⁹³¹ Ver Informe SLR II, ¶ 168 (No hay indicios de que la Sra. Mendoza tenga experiencia alguna en la aplicación de los principios de la CFI en relación con proyectos mineros. Su experiencia parece centrarse en las relaciones públicas y la imagen societaria).

¹⁹³² Informe CIG, ¶ 62.

¹⁹³³ Informe SLR, Anexo 2; Informe CIG ¶ 84.

¹⁹³⁴ Términos de Referencia del MARN que Regulan el Proceso de Participación Pública (C-0740).

¹⁹³⁵ Ver, por ejemplo, el Informe CEDER 2013, p. 20 (C-0716) (El propio consultor de los Demandantes señala en 2013 "la falta de previsión para desarrollar en paralelo con los estudios de exploración un estudio profundo del contexto político y social de la región").

¹⁹³⁶ Informe CEDER 2013, p. 20 (C-0716). Ver Plan Estratégico de SMCA, p. 2-4 (C-0701) (en el que se describen los orígenes de los conflictos con los proyectos mineros en Guatemala, una cuestión que ni siquiera se menciona en el EIA.)

¹⁹³⁷ En agosto de 2011, una vez finalizado el proceso de consulta, el Plan Estratégico de SMCA revela la flagrante omisión en el EIA de cualquier cuestión conflictiva, ya que SMCA incluyó información básica sobre el "origen de la oposición a la minería" y los "rasgos ancestrales contra la minería." Ver Plan Estratégico de SMCA (agosto de 2011), p. 2 y ss. (C-0701); ver también, Informe de SMCA y presentación de power point (9 de diciembre de 2011), p. 5 (C-0702) (que menciona una serie de problemas en el proyecto minero El Sastre con las comunidades vecinas).

sobre los pueblos indígenas, limitándose a señalar que la zona tenía un 67% de indígenas.¹⁹³⁸ Tal omisión infringe también los Términos de Referencia del MARN que enfatizan la "importancia de que la empresa identifique las fuentes de potencial conflicto".¹⁹³⁹ Los parámetros sociales de referencia son en gran medida una réplica de los datos demográficos.¹⁹⁴⁰

837. *En segundo lugar*, el EIA definió el área de influencia ("AdI") de manera demasiado limitada. A pesar de que hay alrededor de 53 comunidades en las cercanías, los Demandantes sólo indicaron haber consultado a 5 de dichas comunidades (3 pueblos y 2 centros urbanos).¹⁹⁴¹ Sin justificación alguna, el EIA excluyó otras aldeas que se encuentran en la misma vecindad geográfica en el AdI.¹⁹⁴² Como señaló el experto de Guatemala, los Demandantes no tuvieron en cuenta otros impactos más allá de los socioeconómicos, incluidos los impactos en las fuentes de agua, los caminos y otras cuestiones relacionadas con los recursos, y las comunidades excluidas que habrían sido afectadas.¹⁹⁴³ Los esfuerzos posteriores de los Demandantes por ampliar la "cobertura a otras aldeas vecinas" confirman el error del EIA en la definición del AdI.¹⁹⁴⁴

838. *En tercer lugar*, los Demandantes no interactuaron con las partes interesadas pertinentes. Los Demandantes reconocen que tenían la obligación de consultar a las comunidades afectadas,¹⁹⁴⁵ pero argumentan que la consulta a través de los representantes del COCODE era un medio eficaz para involucrar a la comunidad en

¹⁹³⁸ Informe SLR II, ¶¶ 159-160; Informe CIG, ¶¶ 64 (señalando también que no se mencionan "los acuerdos de tenencia de la tierra, el historial del impacto de proyectos anteriores, la dependencia de la población de los recursos naturales para su subsistencia, la cohesión social o el nivel de confianza y participación en las instituciones, y los cambios en el marco normativo que afectan al contexto sociopolítico del proyecto").

¹⁹³⁹ Términos de Referencia para el Proceso de Participación Pública, p. 2 (C-0740).

¹⁹⁴⁰ EIA, pp. 251 y ss. (C-0082).

¹⁹⁴¹ Informe CIG, ¶ 70; Informe SLR II, ¶ 160a and p. 41. *Ver* EIA, Figura 3, p. 58 (C-0082).

¹⁹⁴² Informe SLR II, ¶ 33; *Ver también*, Plan Estratégico de SMCA (agosto de 2011) p. 14 (que reconoce que las comunidades "se consideran independientes de las demás" y, por tanto, "habrá representantes en cada pueblo y en cada comunidad" en un plan para informar a las comunidades *después de la* concesión de los permisos).

¹⁹⁴³ Informe CIG, ¶ 68 (el EIA menciona el uso de los caminos que atraviesan El Carrizal, los sistemas de drenaje compartidos de aguas superficiales que atraviesan El Carrizal y La Barranca, y el uso de esas aguas para su ganado) EIA, pp. 54, 180 (C-0082).

¹⁹⁴⁴ Informe Mendoza, ¶ 65. Réplica de los Demandantes, ¶ 180 (cita iniciativas de programas educativos en las aldeas de San Antonio el Ángel y el Carrizal, además de las zonas dentro del área de influencia directa); Resumen de Actividades de Desarrollo Social de Exmingua 2015, p. 2 (R-0524) (que muestra 22 comunidades que reciben techos de zinc; 30 comunidades que reciben un curso de capacitación; reuniones con 30 comunidades de COCODE; *ver también*, Informe CEDER 2013, p. 8 donde el Geólogo de Exmingua señala que "no se ha trabajado nada en el área social en el [sic] Carrizal"). Incluso la mayoría de los testigos de la comunidad de los Demandantes que discuten los impactos del proyecto provienen de fuera del AdI. *Ver* Declaración de Telma García, ¶¶ 1, 3 (reside en la aldea de Prados de San Pedro La Lagunilla, aproximadamente a 7 millas de la mina); Carraza, ¶ 1 (residente de Lo De Reyes, que está a 7 km de la mina).

¹⁹⁴⁵ Réplica de los Demandantes, ¶ 89 *et seq.* ("el derecho guatemalteco también exige que el EIA presente estudios sociales que evalúen el impacto del proyecto en las comunidades locales. Como también lo explicaron los Demandantes, desde enero hasta febrero de 2010, Exmingua -en colaboración con GSM- llevó adelante consultas a las comunidades situadas en las proximidades del Proyecto. Durante dichas consultas, Exmingua les brindó a los participantes detalles sobre la mina que se estaba planificando y respondió a sus preguntas"); Informe Mendoza Yaquian, ¶ 24 ("La Resolución Gubernamental 431-2007 establece que el proponente de un proyecto debe involucrar y consultar a la población en el área de influencia del proyecto durante el proceso de evaluación, y debe incluir información relativa a tal participación pública en el EIA").

general,¹⁹⁴⁶ y que la consulta llevada a cabo se hizo de acuerdo con los "requisitos" establecidos en los Términos de Referencia del MARN.¹⁹⁴⁷ Esto es sencillamente falso.

839. Para ajustarse a las mejores prácticas internacionales, Exmingua debería haber interactuado directamente con miembros de la comunidad afectada, y no sólo con sus representantes formales.¹⁹⁴⁸ Es una cuestión de sentido común. Como recién llegada a la zona, Exmingua tenía que adquirir un conocimiento profundo de la comunidad, y no limitarse a una mera discusión superflua con alguien que dice ser un líder. Exmingua no parecía tener la intención de llevar a cabo esta tarea básica. Si hubiera hecho los estudios de base apropiados durante el proceso de EIA, los Demandantes habrían podido identificar a las partes interesadas pertinentes, que habrían incluido no sólo a los líderes de la comunidad, sino a otros grupos interesados, incluyendo grupos indígenas, usuarios de la tierra, ONG locales, etc.¹⁹⁴⁹ Al no llevar a cabo este proceso conforme a la práctica internacional, el proceso de consultas excluyó a las partes interesadas pertinentes.¹⁹⁵⁰ De tal manera, el EIA ignoró los principios internacionales esenciales de "reconocimiento y preservación de la diversidad", así como el principio de subsidiariedad, lo que significa que Exmingua no tomó sus decisiones ni obtuvo la participación "de la forma más cercana posible al ciudadano".¹⁹⁵¹

840. En cualquier caso, durante el proceso de consulta del EIA, los Demandantes nunca se reunieron con todos los COCODE dentro del AdI, y mucho menos con la comunidad en general, como ya se ha explicado.¹⁹⁵² Incluso los líderes de los COCODE presentes en esa ocasión no se consideraban legítimos porque habían sido nombrados por el alcalde municipal.¹⁹⁵³ El consultor de desarrollo social de Exmingua destacó lo falaz de este enfoque, dada la falta de legitimidad de representación de los COCODE en ese momento.¹⁹⁵⁴ Tampoco hay

¹⁹⁴⁶ Informe Mendoza, ¶ 40. En la medida que los Demandantes alegan que se reunieron con los COMUDE de los Municipios, esto también es falso. Según el artículo 11 de la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, un COMUDE está formado por el alcalde municipal, los síndicos y los concejales que determine el municipio, los representantes de los distintos COCODE, los representantes de las entidades públicas locales y los representantes de las organizaciones locales que sean invitados. En las reuniones presumiblemente celebradas con los COMUDES, no hubo presencia de ningún representante del COCODE en ninguna de las reuniones municipales. *Ver* Modificaciones del EIA, Anexo 7, pp. 1188-1193; 1195-1196 (C-0089-ESP).

¹⁹⁴⁷ Réplica de los Demandantes, ¶ 92 *et. seq.* Si bien indican que son requisitos, los Demandantes se refieren luego a ellos como "Directrices de Consulta."

¹⁹⁴⁸ Informe CIG, ¶ 46 (cita el Manual de Participación de las Partes Interesadas de la CFI).

¹⁹⁴⁹ Informe CIG, ¶ 70.

¹⁹⁵⁰ Informe CIG, ¶ 69-70. Los Demandantes sólo señalan un supuesto "Plan Estratégico" para Cambiar la Opinión Pública sobre el Proyecto que se elaboró *después de que* el proceso de consulta hubiera terminado, y sólo un mes antes de que se concediera el permiso de explotación; *Ver* Réplica de los Demandantes, ¶ 151. De todos modos, este plan no cumple con las normas internacionales; Informe CGI, ¶ 88.

¹⁹⁵¹ Informe CGI, ¶ 85.

¹⁹⁵² Réplica de los Demandantes, ¶ 106.

¹⁹⁵³ Sandoval, ¶ 5; SMCA, p. 5 (C-0702) (socava la afirmación de Mendoza de que fueron elegidos democráticamente. *Ver* Informe Mendoza, ¶ 41.

¹⁹⁵⁴ Informe de SMCA y presentación de power point (9 de diciembre de 2011), p. 5 (C-0702) (donde se señala que los

indicios de la presencia de algún representante indígena en ninguna de tales reuniones de "consulta", a pesar de que la población de la zona es 2/3 indígena.¹⁹⁵⁵

841. La afirmación de los Demandantes de que mantuvieron "discusiones exhaustivas" con la comunidad en el transcurso de una o dos reuniones es inverosímil.¹⁹⁵⁶ En cualquier caso, celebrar una sesión de grupo de discusión a continuación de una presentación técnica del Proyecto no cumplía con las normas internacionales aplicables al llevar a cabo una investigación social confiable para determinar las percepciones acerca del proyecto.¹⁹⁵⁷ Los intentos de los Demandantes de presentar ahora la imagen de un proceso de consulta diferente son infructuosos. Las consultas no fueron "diseñadas e implementadas precisamente para dar a conocer las actividades del proyecto, sus potenciales impactos, y los planes de gestión ambiental a implementar". Esto es falso. La información que se transmitió en el curso de dichas presentaciones fue engañosa o contradictoria en ocasiones.¹⁹⁵⁸ En la reunión, Exmingua describió los impactos ambientales sin haber hecho los estudios, restando importancia a las graves consecuencias¹⁹⁵⁹ y se remitió a "la declaración jurada ante el MARN de cumplir con las medidas solicitadas"¹⁹⁶⁰, lo que el MARN comprobó posteriormente que Exmingua no hizo.¹⁹⁶¹ Los propios geólogos de Exmingua que habían estado presentes durante las consultas declararon posteriormente que había "gran contaminación",¹⁹⁶² justificando aún más la falta de confianza entre los Demandantes y la población.

842. Incapaces de presentar un caso convincente conforme a los estándares internacionales, los Demandantes alegan que la consulta fue adecuada porque cumplió con los Términos de Referencia del MARN.¹⁹⁶³ Pero no fue así.¹⁹⁶⁴ *En primer lugar*, no todas las reuniones informativas fueron dirigidas por una persona "especializada en métodos participativos", ya que a muchas de las reuniones sólo asistió el gerente general de

COCODE son "designados por la alcaldía municipal" y "por lo general no representan el interés[sic] de la población"); Sandoval, ¶ 5.

¹⁹⁵⁵ Modificaciones al EIA, Anexo 7, pp. 11989-1226 (C-0089-ESP); Informe Segunda Fase del GSM (C-0742).

¹⁹⁵⁶ Réplica de los Demandantes, ¶ 105.

¹⁹⁵⁷ Informe CIG, ¶ 78.

¹⁹⁵⁸ Informe CIG, ¶¶ 80-82; *ver también, supra* Sección II.A(sección de hechos). *Ver también*, Informe Segunda Fase de GSM, p. 6 (C-0742) (en el que se afirma que "se tomarán medidas de mitigación... la gente utilizará equipos de seguridad adecuados").

¹⁹⁵⁹ *Ver, por ejemplo*, EIA p. 294 (C-0082) (dijo que son conscientes de las inquietudes generadas por la actividad minera, para lo cual el diseño del proyecto considera medidas de seguridad ambiental e industrial tendientes a eliminar los impactos negativos).

¹⁹⁶⁰ Informe de la segunda fase del GSM, p. 12 (C-0742).

¹⁹⁶¹ Inspección del MARN del 23 al 27 de febrero de 2015 (R-0105).

¹⁹⁶² *Ver, por ejemplo*, el Informe Segunda Fase de GSM, p. 14 (C-0742) (en el que se afirma que no habría "nada negativo" por el vertido de agua, ni "emisiones de gases" durante la presentación con el pueblo de Los Achiotes); *Ver* Modificaciones al EIA, Anexo 7, p. 1202 (C-0089-ESP) (asistieron Alex Vaides y Héctor Vaidez (geólogos de Exmingua)). *Ver también*, Informe CEDER 2013, p. 12 (C-0716-ING).

¹⁹⁶³ Réplica de los Demandantes, ¶ 92; *ver también*, Informe Mendoza ¶ 31 y ss.

¹⁹⁶⁴ Informe SLR II, ¶ 41.

Exmingua o sus geólogos.¹⁹⁶⁵ *En segundo lugar*, en el proceso de participación ciudadana,¹⁹⁶⁶ Exmingua no cumplió con las tres etapas del mismo.¹⁹⁶⁷ No existe ningún indicio en el proceso de participación de que Exmingua haya respondido y atendido las inquietudes de la comunidad. Por el contrario, Exmingua no ofreció respuesta alguna a una serie de inquietudes, como "el papel del COCODE en el proyecto, el alcance de la contaminación sonora y cómo se identificarían los proyectos sociales".¹⁹⁶⁸ Se trataba de cuestiones fundamentales sobre las que Exmingua guardó silencio.

843. Exmingua también ignoró aspectos planteados por los miembros del COCODE, como la comunicación a la población en general para evitar los "problemas con Montana [...] por falta de información y relación *directa* con la población".¹⁹⁶⁹ Sin esta conversación, no hay indicio alguno de que Exmingua haya cumplido con la tercera etapa, que exigía el monitoreo y seguimiento de los acuerdos alcanzados durante el proceso de consulta.¹⁹⁷⁰ Más allá de las nuevas reuniones con los mismos grupos en 2011, no hay indicación alguna sobre lo que se discutió en dichas reuniones, si se dio seguimiento a las cuestiones planteadas en 2010, o si se llegó a algún acuerdo con los participantes.¹⁹⁷¹ Al no escuchar, responder ni demostrar que se podía confiar en que Exmingua cumpliría su palabra, los Demandantes omitieron la consulta, y optaron en su lugar por charlas selectivas.

844. Teniendo en cuenta lo engañoso de la información proporcionada y la ausencia de conversaciones reales con las comunidades afectadas, no existen fundamentos para concluir que el Plan Estratégico de GSM se llevó a cabo de manera que "permita conocer las actitudes, inquietudes y percepciones [reales] de las comunidades" en relación con el Proyecto.¹⁹⁷² Los Demandantes han admitido que esto es así. Años más tarde, la consultora de los Demandantes, SMCA, elaboró su Plan Estratégico, cuyo objetivo era "Hacer Presencia" y establecer los "primeros contactos con la población".¹⁹⁷³ No habría habido necesidad de establecer los "primeros contactos" si los Demandantes hubieran escuchado y actuado de buena fe desde el principio.

¹⁹⁶⁵ EIA Ampliaciones, Anexo 7 (C-0089-ESP).

¹⁹⁶⁶ Términos de Referencia para el Proceso de Participación Pública p. 4 (C-0740-ING).

¹⁹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁹⁶⁸ Informe CIG, ¶ 77.

¹⁹⁶⁹ Informe Segunda Fase de GSM, p. 9 (C-0742) (A pesar de las advertencias de los participantes para evitar el problema que enfrentaba el proyecto minero de Montana por no tener una relación *directa* con las comunidades, los Demandantes nunca convocaron la participación de la comunidad en general en el proceso).

¹⁹⁷⁰ Informe SRL II, ¶ 41; Informe CGI ¶ 84.

¹⁹⁷¹ Modificaciones al EIA, Anexo 7, pp. 1216-1220 (C-0089-ESP) (que sólo refleja las hojas de asistencia a las reuniones de 2011); *ver también*, Informe Segunda Fase de GSM, p. 1 (C-0742) (que sólo proporciona resúmenes de las reuniones de 2010); Réplica de los Demandantes, ¶ 101 (Contrariamente a lo que afirman los Demandantes, no hay registros de "preguntas, sugerencias, dudas y opiniones de los participantes registrados para las reuniones que supuestamente tuvieron lugar en 2011).

¹⁹⁷² Réplica de los Demandantes, ¶ 100; Plan estratégico de GSM, p. 1 (C-0832).

¹⁹⁷³ Plan estratégico de SMCA (agosto de 2011), p. 13 (C-0701).

ii. Los Demandantes exacerbaron el conflicto existente

845. En su Réplica, los Demandantes intentan desviar la atención de sus controvertidas acciones hacia los supuestos beneficios y el apoyo que proporcionaron a las comunidades aledañas.¹⁹⁷⁴ La Réplica se desvía de lo esencial. Los Demandantes no tienen la obligación de comprar a unas cuantas personas mediante aportes mínimos. La práctica internacional exige minimizar el daño,¹⁹⁷⁵ y los Demandantes no han mostrado intención alguna de cumplir con esta norma básica.

846. Como parte de sus "primeros contactos", los Demandantes optaron por la fuerza militar y la división. Sigue siendo indiscutible que, a pesar del largo conflicto armado interno de Guatemala, inexplicablemente, los Demandantes contrataron a exmilitares para dirigir sus acciones de alcance social.¹⁹⁷⁶ El papel de SMCA fue visto en gran medida como una fuente de tensión y un error, no sólo desde la comunidad, sino desde la perspectiva del propietario, los empleados y los contratistas de Exmingua.¹⁹⁷⁷

847. En consonancia con el verdadero propósito de los Demandantes para con la comunidad, SMCA distribuyó volantes que acusaban falsamente a la oposición de "mentirosos"¹⁹⁷⁸, haciendo ver luego que la empresa tenía la intención de utilizar la fuerza para acabar con la oposición,¹⁹⁷⁹ realizándose varios intentos con la ayuda de la policía civil nacional y otras fuerzas especiales.¹⁹⁸⁰ En algunos de tales intentos resultaron heridos miembros de la comunidad, incluidas mujeres.¹⁹⁸¹

848. Además, los Demandantes demostraron que no eran dignos de confianza, ya que incumplieron casi el 50% de las obligaciones establecidas en el EIA. Una cifra asombrosa, acorde, en el mejor de los casos, a un enfoque amateur de la minería. Los Demandantes sabían que las comunidades estaban preocupadas por la disponibilidad de agua, la contaminación y otros peligros para la salud,¹⁹⁸² y aun así, poco hicieron para garantizar el cumplimiento de su propio EIA. [REDACTED]

[REDACTED] No hubo ningún intento de analizar y tratar las aguas residuales o los lodos generados por el proceso

¹⁹⁷⁴ Réplica de los Demandantes, p. 58 *et seq.*

¹⁹⁷⁵ Informe CIG, ¶ 53.

¹⁹⁷⁶ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 181.

¹⁹⁷⁷ Informe CEDER 2013, pp. 8, 13,14 (C-0716-ING) (los geólogos de Exmingua señalan que SMCA engañó a la gente; Exmingua señala que fue un error contratar personal militar; la entrevista de SMCA "no fue buena, permitiendo que el conflicto creciera").

¹⁹⁷⁸ Volantes distribuidos por Exmingua en la comunidad, p. 5(R-0216).

¹⁹⁷⁹ *Supra*, ¶¶ II.A

¹⁹⁸⁰ *Supra*, ¶¶ II.A.

¹⁹⁸¹ Oliva, ¶20; Sandoval, ¶ 11.

¹⁹⁸² Informe CIG, ¶ 93.

¹⁹⁸³ [REDACTED]

de extracción, cuestión ya planteada en inspecciones anteriores.¹⁹⁸⁴ Todo ello a pesar de las declaraciones previas a las comunidades en el sentido de que el proyecto protegería el medio ambiente y no contaminaría.¹⁹⁸⁵

b. Los Demandantes no tuvieron en cuenta los derechos de los Pueblos Indígenas

849. El EIA y los escritos de los Demandantes en este proceso eluden continuamente la cuestión de los pueblos indígenas de la zona. Si bien los Demandantes alegan, a través de un miembro de la comunidad, que de los 42 representantes del COCODE en la zona, 15 eran indígenas,¹⁹⁸⁶ nunca identifican si alguno de tales miembros indígenas participó en el proceso de consulta.¹⁹⁸⁷ El proceso de consulta carece de toda mención a la representación indígena o a que se haya realizado alguna consulta en un idioma distinto al español.¹⁹⁸⁸ De hecho, la notificación pública efectuada durante el proceso de EIA se hizo sólo en español.¹⁹⁸⁹ El único esfuerzo que parece haberse hecho para comunicarse en el idioma Kakchiquel fue en octubre de 2013 en una serie de anuncios radiofónicos "educativos" *propuestos* para promover el apoyo al proyecto minero tres años *después* de realizado el proceso de consulta.¹⁹⁹⁰ Los Demandantes no hicieron ningún intento de involucrarse realmente con la población indígena.

850. Más allá de mencionar la existencia de una población indígena de casi el 67% en el municipio en el que estaba ubicado el Proyecto, no se identifica la implicancia de programación o evaluación social alguna.¹⁹⁹¹ El EIA ignora la existencia del Convenio 169 de la OIT, y no se discute la necesidad de salvar ningún vacío normativo, ni siquiera de considerar el conocimiento o los intereses de las comunidades indígenas.¹⁹⁹² Como afirma el experto de Guatemala, el EIA excluía "toda evaluación del impacto sobre los derechos de los pueblos indígenas", "toda comprensión del uso tradicional de la tierra y sus derechos" y "toda evaluación de los potenciales riesgos de conflicto social o legal".¹⁹⁹³ Como era de esperar, los Demandantes no identificaron ni una sola comunidad indígena durante el proceso de "consulta".

851. No obstante, el perito de los Demandantes intenta sostener que la supuesta consulta realizada a través de los COCODE cumple con el Convenio 169 de la OIT en el marco de la legislación guatemalteca mediante la

¹⁹⁸⁴ Inspección del MARN del 23 al 27 de febrero de 2015, pág. 50(C-0105-ESP).

¹⁹⁸⁵ Volantes distribuidos por Exmingua en la comunidad, págs. 1, 2, 10 (R-0216).

¹⁹⁸⁶ Telma García, ¶ 9.

¹⁹⁸⁷ Réplica de los Demandantes, ¶ 110.

¹⁹⁸⁸ *Ver* Modificaciones al EIA, Anexo 15, pp. 1179-1226 (C-0089-ESP) (dado que no incluyeron a representantes indígenas en el proceso de consulta, el hecho de que el COCODE pueda tener un traductor es un punto irrelevante a los efectos de la corrección del proceso de consulta de los Demandantes); *Ver* Réplica de los Demandantes, ¶ 110.

¹⁹⁸⁹ *Ver* Modificaciones al EIA, Anexo 15, pp. 1226 (C-0089-ESP).

¹⁹⁹⁰ Informe semanal del CEDER N° 01/2013 correspondiente al periodo del 1 al 11 de octubre de 2013, p. 1 (C-0853).

¹⁹⁹¹ *Ver* EIA, p. 270 (C-0082).

¹⁹⁹² Informe CGI, ¶ 67; Informe SLR II, Sección 2.4, ¶ 33e.

¹⁹⁹³ Informe CIG, ¶ 95.

aplicación del artículo 26 de la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural.¹⁹⁹⁴ Esta postura no tiene ningún fundamento. En primer lugar, los Demandantes tergiversan la ley.¹⁹⁹⁵ El artículo 26 establece claramente que las consultas del Convenio 169 de la OIT no pueden realizarse a través de ningún miembro de los COCODE. La ley exige que las consultas se realicen a través de los representantes de las comunidades indígenas en los COCODE, que estén debidamente acreditados conforme al artículo 10.¹⁹⁹⁶ Se trata de una conversación con las personas afectadas, no de una presentación a individuos que podrían ser representantes de las personas afectadas. En el caso de Exmingua, no hay ninguna evidencia de que algún representante indígena de los COCODE haya participado en el proceso de consulta del EIA.

852. En *segundo lugar*, es evidente que los Demandantes y su perito realizaron sólo un análisis superficial de la ley. El artículo 23 de la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural establece que el órgano de representación de las comunidades indígenas es el Consejo Consultivo de los Pueblos Indígenas¹⁹⁹⁷, que debe ser consultado *siempre* que haya al menos una comunidad indígena afectada.¹⁹⁹⁸ Además, los únicos consejos de desarrollo que incluyen una representación directa de las comunidades indígenas son el Consejo Departamental de Desarrollo,¹⁹⁹⁹ los Consejos Regionales de Desarrollo²⁰⁰⁰ y el Consejo Nacional de Desarrollo.²⁰⁰¹ Ninguno de ellos participó en el supuesto proceso de consultas llevado a cabo por Exmingua.

853. *Por último*, las sentencias que citan los Demandantes apoyan la postura de Guatemala. La sentencia de la Corte de Constitucionalidad No. 1072-2011, reafirma el papel de los Consejos Consultivos de Pueblos Indígenas²⁰⁰² y que los sistemas de Consejos de Desarrollo no deben "entenderse como el único mecanismo de consulta válido para el tema en cuestión, sino como una base primordial para identificar y acercarse a las

¹⁹⁹⁴ Informe Mendoza, ¶ 39; Réplica de los Demandantes ¶ 109.

¹⁹⁹⁵ El artículo 26 no dice que sea el *único mecanismo adecuado* para llevar a cabo el proceso de consulta.

¹⁹⁹⁶ Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, Artículo 10 (C-0515) ("Para la acreditación de los representantes de los pueblos indígenas ante el Sistema de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, bastará con que los designados presenten los documentos u otros medios acostumbrados por dichos pueblos, a la coordinación del respectivo Consejo, con base en los artículos 5, 7 y 9 de la Ley.").

¹⁹⁹⁷ Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, Artículo 23 (C-0515) ("Se constituyen Consejos Asesores Indígenas en los niveles comunitarios, para brindar asesoría al órgano de coordinación del Consejo Comunitario de Desarrollo y al Consejo Municipal de Desarrollo, en donde exista al menos una comunidad indígena. Los Consejos Asesores Indígenas se integrarán con las propias autoridades reconocidas por las comunidades indígenas de acuerdo a sus propios principios, valores, normas y procedimientos. El gobierno municipal dará el apoyo que estime necesario a los Consejos Asesores Indígenas de acuerdo a las solicitudes presentadas por las comunidades.").

¹⁹⁹⁸ Reglamento de la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, Artículo 44(c) (R-0310) ("Además de las señaladas en la Ley, el Consejo Municipal de Desarrollo tendrá las atribuciones siguientes: e) Cuando exista al menos una comunidad indígena en el municipio debe consultar siempre la opinión del consejo asesor indígena que corresponda.").

¹⁹⁹⁹ Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, Artículo 9 (e) (C-0515).

²⁰⁰⁰ *Id.*, Artículo 7 (f) (C-0515).

²⁰⁰¹ *Id.*, Artículo 5 (g) (C-0515).

²⁰⁰² Corte de Constitucionalidad, Sentencia dictada en el caso 1072-2011, p. 11. (C-0659)

diferentes comunidades y pueblos indígenas que deben participar activamente...."²⁰⁰³ Por lo tanto, no existe ningún fundamento para que los Demandantes hayan creído, en su momento, que su proceso de consulta cumplía con el Convenio 169 de la OIT.²⁰⁰⁴

c. La inversión social de los Demandantes fue mínima e interesada

854. Los Demandantes alegan haber proporcionado un "generoso apoyo a la comunidad" a través de reuniones informativas, asistencia médica, actividades educativas y otras obras puntuales de infraestructura y apoyo social.²⁰⁰⁵ A pesar de los intentos de los Demandantes de presentarlos como importantes beneficios conferidos a la comunidad, la mayor parte de la inversión social se destinó a gastos generales y a acciones de relaciones públicas a través de un "Programa de Información" destinado a influir en la opinión pública a favor del proyecto minero²⁰⁰⁶ y todos los beneficios supuestamente conferidos parecen haber sido a cambio de mostrarse a favor del proyecto.²⁰⁰⁷ Resulta casi insultante considerar las "reuniones informativas" y las "actividades educativas" como un apoyo a la comunidad. Ninguna de tales acciones contribuye a mejorar la vida de nadie: no sirven para comprar alimentos, ni proteger el agua, ni aumentar los salarios. Esto es especialmente cierto teniendo en cuenta la ignorancia de los Demandantes, que no hicieron evaluaciones y no tenían idea de los impactos que causaría el proyecto. Si era ésta la idea que tenían los Demandantes de un "generoso apoyo", no es de extrañar que los miembros de la comunidad estuvieran dispuestos a arriesgar la vida para impedir que los Demandantes siguieran adelante.

855. Si bien los Demandantes alegan haber gastado 380.000 dólares en programas de asistencia a la comunidad en 2012,²⁰⁰⁸ los presupuestos indican que un monto sustancial se destinó a gastos generales y reuniones informativas, y sólo una pequeña fracción se destinó efectivamente a beneficios directos para la comunidad.²⁰⁰⁹ De hecho, la comunidad sintió que Exmingua había hecho promesas falsas y consideró que muchos de los beneficios tenían fines clientelistas.²⁰¹⁰ La comunidad sabía quiénes eran los Demandantes y sus conclusiones

²⁰⁰³ *Id.*

²⁰⁰⁴ Réplica de los Demandantes, ¶ 111.

²⁰⁰⁵ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 153-164.

²⁰⁰⁶ Plan de Desarrollo de Programas Sociales de SMCA de 2012 p. 1 (C-0707) (donde se señala que las actividades llevadas a cabo por SMCA en 2012 han "logrado penetrar en el pensamiento de los habitantes de las comunidades de interés directo del Proyecto Minero Progreso VII Derivado [sic], habiendo logrado sus objetivos propuestos").

²⁰⁰⁷ Sandoval ¶ 20; Oliva, ¶ 15.

²⁰⁰⁸ Réplica de los Demandantes ¶ 159 (cita el Anexo C-0521).

²⁰⁰⁹ Presupuesto propuesto para agosto y septiembre de SMCA (R-0307) (que no refleja apoyo alguno para los programas de salud y que casi 13.000 USD de los 20.000 del presupuesto mensual se destinan a gastos generales); Presupuesto para actividades sociales en octubre (R-0308) (que refleja que todo el presupuesto se destinó a salarios, refrigerios y otras actividades informativas); Presupuesto diario para reuniones sociales informales ("hot-dog parties") en noviembre de 2012 (R-0309) (que refleja alrededor de 2.400 dólares diarios sobre un total de algo más de 14.000 dólares gastados).

²⁰¹⁰ Informe CEDER 2013, pags. 20-21 (C-0716).

estaban bien fundadas.

856. Incluso los beneficios supuestamente otorgados fueron rechazados por la comunidad o tuvieron un carácter esporádico.²⁰¹¹ En 2012, hubo que "retirar" un apoyo para una clínica dental debido a la oposición de los pobladores.²⁰¹² En cuanto a 2013, no hay indicios de que se hayan llevado a cabo programas o beneficios sociales.²⁰¹³ Fue recién hacia fines de julio de 2014 que Exmingua pareció retomar algunos proyectos de alcance social.²⁰¹⁴ En 2014 y 2015, los beneficios consistieron en gran medida en la entrega de láminas de metal para techos a las familias de las comunidades ubicadas en su mayoría fuera del área de influencia,²⁰¹⁵ la entrega de algunos medicamentos y asistencia médica,²⁰¹⁶ la entrega de canastas navideñas y la realización de rifas,²⁰¹⁷ que más bien parecen ser situaciones puntuales, más que un enfoque sistemático para otorgar los beneficios de manera equitativa a todas las comunidades afectadas.²⁰¹⁸ No hay evidencia de una distribución equitativa de los beneficios, sino que más bien parecían fluir hacia quienes estaban dispuestos a brindar su apoyo al Proyecto.²⁰¹⁹ En 2016, Exmingua al parecer suspendió todos los programas sociales.²⁰²⁰

857. Si bien el Proyecto sostiene haber dado cientos de puestos de trabajo a las comunidades locales,²⁰²¹ la mayoría de dichos empleos eran para trabajos manuales mal pagos y no para puestos calificados.²⁰²² Los trabajadores de la comunidad tenían pocos motivos para esperar otra cosa. La participación social se centró principalmente en la formación no relacionada con la minería, lo que pone en duda el alcance de la capacitación local impartida.²⁰²³ Puede que Exmingua haya contratado a algunos trabajadores locales, pero una vez contratados, poco le importó a Exmingua su bienestar físico, a juzgar por la gran cantidad de infracciones en cuestiones de salud y seguridad observadas en la inspección de febrero de 2015.²⁰²⁴ Por otra parte, Exmingua ni siquiera se inscribió como empleador en el Ministerio de Trabajo, como exige la ley,²⁰²⁵ otro ejemplo de la permanente

²⁰¹¹ Ver, por ejemplo, SMCA Desarrollo de Programas Sociales, p. 3 (C-0707) (en la que se menciona que en julio se suspendió temporalmente la atención médica en una clínica de salud familiar). El programa educativo no siguió en los años 2014 a 2015. Ver anexos C-0524 y C-0527.

²⁰¹² Plan de Desarrollo de Programas Sociales de SMCA de 2012, p. 2 (C-0707).

²⁰¹³ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 155-159 (donde se habla de las actividades en 2012)

²⁰¹⁴ Informe Consolidado de Exmingua - Responsabilidad Social (julio-diciembre 2014) (C-0527).

²⁰¹⁵ Los beneficios de 2015 fueron en gran parte a los pueblos fuera del AdI en San Pedro Ayampuc. Ver el Resumen de Trabajo de Campo 2015 de Exmingua (C-0524).

²⁰¹⁶ La asistencia médica total en 2015 ascendió a algo más de USD 5.000. Ver C-0524 en la página 3.

²⁰¹⁷ Resumen del Trabajo de Campo de Exmingua 2015, pp. 7-10 (C-0524).

²⁰¹⁸ Informe de Producción de Exmingua (2013), p. 53 (R-0103-SPA).

²⁰¹⁹ Oliva ¶ 15; Sandoval ¶ 20.

²⁰²⁰ No hay ningún documento que refleje las actividades de extensión social de 2016.

²⁰²¹ Réplica de los Demandantes ¶ 130.

²⁰²² García, ¶ 19; Camey ¶ 14.

²⁰²³ SMCA Desarrollo de Programas Sociales, pág. 6 (C-0707); Sandoval, ¶ 20.

²⁰²⁴ Informe de Inspección del MARN, 23-27 de febrero de 2015, pp. 23-26 (R-0105-REVISED).

²⁰²⁵ Carta del Ministerio de Trabajo (R-0235).

inobservancia de las leyes de Guatemala por parte de Exmingua. Podría perdonarse a la comunidad local por pensar que no se los consideraba más que como peones mal pagos al servicio del negocio de los Demandantes.

d. Los Demandantes no actuaron de manera procesalmente justa

858. Como lo explica el perito de Guatemala, "[l]as personas valoran el trato que reciben en un proceso de toma de decisiones que afecta a sus tierras, sus medios de vida y su bienestar" y que "es más probable que las comunidades apoyen la continuidad de un proyecto cuando perciben que hay equidad y respeto en el desarrollo y la ejecución de un proyecto". No fue éste el caso.

859. Como ya se explicó antes, los Demandantes omitieron desde el principio llevar a cabo las consultas de forma tal de promover la inclusión.²⁰²⁶ El hecho de no incluir a la comunidad en general en el proceso de consulta dio lugar a que una gran mayoría de la población no supiera que el proyecto minero estaba a punto de comenzar a operar en las inmediaciones hasta *después* de concedidos los permisos.²⁰²⁷ No podían sentirse de otra forma, más que excluidos.²⁰²⁸

860. Ante la falta de información por parte de la empresa, la comunidad fue en busca de respuestas, y como los Demandantes los excluyeron, manifestaron su descontento mediante una oposición abierta al proyecto.²⁰²⁹ Dada su preocupación, la comunidad contrató a expertos para que revisaran el EIA, pero Exmingua empeoró la situación. En lugar de dar una respuesta formal, sencillamente no hizo nada, empeorando así la situación.

861. Como destacó Guatemala en su Memorial de Contestación de Demanda, también hubo falta de transparencia y de algún mecanismo de reclamos para gestionar las inquietudes de la comunidad.²⁰³⁰ En su Réplica, los Demandantes guardaron un llamativo silencio sobre estos puntos. La existencia de un mecanismo de reclamos habría dado cabida a las inquietudes de la comunidad, lo que podría haber evitado una escalada a la protesta, como señaló el perito de Guatemala.²⁰³¹

862. Si bien los Demandantes señalan haber contratado al CEDER para colaborar en la gestión del conflicto, los documentos no indican que el CEDER haya hecho más que entrevistarse y celebrar reuniones con diversas partes, tal como se describe en su informe de situación.²⁰³² Más bien, parece que CEDER fue realmente contratado para llevar a cabo una campaña de relaciones públicas educativas para promover el Proyecto.²⁰³³

²⁰²⁶ Informe CGI, ¶ 75; Informe SLR II, ¶ 33.

²⁰²⁷ Informe de SMCA de agosto de 2011 (C-0701).

²⁰²⁸ Sandoval ¶ 4; Oliva ¶¶ 8-9.

²⁰²⁹ Informe CGI, ¶ 109; Sandoval ¶ 4; Oliva, ¶ 10; Camey ¶ 7.

²⁰³⁰ Memorial de Contestación de Guatemala, págs. 226-235.

²⁰³¹ Informe CGI, ¶ 110.

²⁰³² *Ver, por ejemplo*, el Informe CEDER 2013 (C-0716).

²⁰³³ Informe CGI, ¶ 111.

Al parecer, Exmingua seguía intentando influir en la opinión pública a través de propaganda dos años *después* de haber obtenido los permisos.²⁰³⁴

863. La falta de consulta adecuada por parte de los Demandantes, sumado a las acciones de uso de fuerza contra la oposición, las infracciones medioambientales y el desprecio por el estado de derecho (incluidas las resoluciones judiciales), revelaron un total desinterés por las inquietudes de la comunidad. Esto se contrapone a cualquier noción de justicia procesal conforme a la práctica internacional.²⁰³⁵ Ante esto, resulta inentendible que Exmingua sostenga que, a través del proceso de consulta y su posterior compromiso social, estableció una "relación de confianza con las autoridades, los líderes locales y las comunidades aledañas."

2) Los Demandantes no obtuvieron ni mantuvieron la licencia social

864. Mientras todas las empresas mineras responsables entienden de inmediato la licencia social, no es este el caso de los Demandantes, que optan por argumentar que Guatemala no definió qué significa el término licencia social, qué obligaciones legales, de haberlas, se derivan del mismo, ni cuál fue el incumplimiento de Exmingua al respecto.²⁰³⁶ No obstante tales objeciones, los Demandantes aceptan luego el término y afirman haber mantenido y adquirido la licencia social para el Proyecto, pero desestiman la licencia social como una obligación legal, alegando que es un elemento de la estrategia de Responsabilidad Social Empresaria de una empresa minera.²⁰³⁷ Esta enrevesada respuesta no prueba en absoluto la licencia social de los Demandantes, y en cada una de las cuestiones planteadas, los Demandantes incurren en incumplimiento.

865. Los Demandantes parecen afirmar que han obtenido y mantenido la licencia social porque "se involucraron activamente con las comunidades aledañas para obtener su apoyo continuo a las operaciones [de Exmingua]"²⁰³⁸ Para respaldar dicha afirmación, los Demandantes contrataron a la Sra. Margarita Mendoza Yaquián ("Mendoza") como perito²⁰³⁹ y presentaron tres declaraciones de testigos de la comunidad, dos de los cuales son ex empleados de Exmingua.²⁰⁴⁰ Ni el informe pericial ni las declaraciones de los testigos respaldan la existencia de una licencia social para la operación minera Progreso VII de los Demandantes. La propia documentación contemporánea de los Demandantes también contradice su postura.

²⁰³⁴ Ver, por ejemplo, Informe Consolidado de Exmingua Jul-Dic 2014, p. 3 (C-0527) (El objetivo a partir de agosto de 2014 fue "establecer alianzas estratégicas con instituciones y líderes comunitarios en un esfuerzo por llegar a la comunidad y eliminar las barreras creadas por la falta de conocimiento con respecto a la minería responsable").

²⁰³⁵ Informe CGI, ¶¶ 116-117.

²⁰³⁶ Réplica de los Demandantes ¶ 166.

²⁰³⁷ Réplica de los Demandantes ¶ 167.

²⁰³⁸ Réplica de los Demandantes ¶ 168.

²⁰³⁹ En base a la experiencia de la Sra. Mendoza, al parecer nunca ha mensurado la licencia social de un proyecto minero.

²⁰⁴⁰ Ver las Declaraciones Testimoniales de la Sra. García, el Sr. Carraza y el Sr. Gálvez.

a. *El proceso de consultas fue insuficiente para demostrar la existencia de la licencia social*

866. Los Demandantes no fueron capaces, desde un principio, de obtener la licencia social. Afirman haber consultado a las comunidades locales y que nadie manifestó objeciones.²⁰⁴¹ También afirman que el proceso de consulta reveló que las comunidades habían expresado que "el proyecto [era] bienvenido" y "acordaron dar [su] apoyo".²⁰⁴² Dichas conclusiones no tienen ningún sustento sólido.

867. Como Guatemala ya ha expuesto anteriormente y en su Memorial de Contestación de Demanda, el proceso de consulta careció de transparencia e inclusión, y mucho menos cumplió con las mejores prácticas o siquiera con los Términos de Referencia del MARN. Cualquier conclusión sobre la aceptación de la comunidad tras el proceso de consulta de los Demandantes es, en el mejor de los casos, engañosa. No sólo el alcance geográfico de la consulta fue extremadamente limitado, sino que incluso en las comunidades en las que llevaron a cabo el proceso de consulta no se incluyó a todas las partes interesadas.²⁰⁴³ La falta de transparencia e información durante el proceso de consulta se hizo evidente incluso para los propios consultores de los Demandantes, que fueron contratados posteriormente para llevar a cabo una agresiva campaña a favor de la minería.²⁰⁴⁴

868. No sólo no se informó acerca del proyecto a la comunidad de los alrededores a través del proceso de consulta,²⁰⁴⁵ sino que incluso los asistentes a las diversas presentaciones y reuniones recibieron información contradictoria o engañosa sobre el proyecto.²⁰⁴⁶ Lo cual no es de extrañar, ya que su EIA no podía predecir ni mitigar con precisión ningún impacto porque le faltaban datos fundamentales. En consecuencia, las conclusiones de estas reuniones en el sentido de que el Proyecto fue recibido con aprobación antes de la emisión de la licencia son engañosas, especialmente cuando dichas personas no eran verdaderos representantes de sus comunidades y la información proporcionada se centró en restar importancia a cualquier efecto negativo en lugar de abordar tales impactos.²⁰⁴⁷ No existe fundamento alguno para concluir que la licencia social se obtuvo como resultado del proceso de consulta que llevaron a cabo los Demandantes.²⁰⁴⁸

²⁰⁴¹ Notificación de Arbitraje, ¶ 5; Informe Mendoza ¶ 42.

²⁰⁴² Réplica de los Demandantes, ¶ 105.

²⁰⁴³ En los municipios de San José del Golfo y San Pedro Ayampuc, Exmingua sólo se reunió con líderes municipales e institucionales. En las tres aldeas colindantes, se hizo poco esfuerzo por incluir a las partes interesadas más allá de los autoproclamados líderes comunitarios. Ninguno de los testigos de los Demandantes que vivían en las comunidades aledañas participó en ninguno de los procesos de consulta ni se enteró del proyecto a través de las consultas realizadas. *Ver, en general*, las tres declaraciones de testigos de la comunidad presentadas por los Demandantes.

²⁰⁴⁴ Plan estratégico de SMCA (agosto de 2011) (C-0701); Informe de SMCA y Presentación de PowerPoint (C-0702).

²⁰⁴⁵ Informe de SMCA y Presentación de PowerPoint, p. 8-9(C-0702).

²⁰⁴⁶ *Supra*, ¶¶ 44-45 (sección de hechos)

²⁰⁴⁷ *Ver, por ejemplo*, Sandoval, ¶ 5.

²⁰⁴⁸ Informe SLR II, ¶ 160g.

b. Las alegaciones de los Demandantes sobre el apoyo comunitario son dudosas

869. Una vez finalizado el proceso de consulta del EIA, los Demandantes afirman que elaboraron un plan integral de participación de las partes interesadas.²⁰⁴⁹ Citan un documento preparado por SMCA, los contratistas militares, titulado "plan estratégico para lograr el equilibrio de la opinión pública en el área de influencia directa". Este documento tiene como objeto "equilibrar la opinión de la gente en la zona... para facilitar la toma de control de las actividades de la empresa Exmingua". No hay ninguna indicación en dicho documento de que Exmingua tuviera la intención de involucrar a las partes interesadas con el fin de abordar sus inquietudes, sino más bien, como lo describe el documento, era un intento de crear una "red de información" para influir en la opinión pública sobre el proyecto mediante el pago a "agentes de información".²⁰⁵⁰ En pocas palabras, Exmingua pretendía pagarle a la gente por los cumplidos.

870. Partiendo de la premisa errónea de que la licencia social para operar consiste únicamente en conseguir la "aceptación de la mayoría de la comunidad",²⁰⁵¹ los Demandantes se remiten a pruebas anecdóticas de sus testigos y contratistas para afirmar que han conseguido la aceptación de la comunidad.²⁰⁵² Los propios documentos de los Demandantes refutan esta afirmación y no hay ningún fundamento científicamente sólido que avale la misma.

871. Durante la ejecución de dicho Plan de Información, SMCA afirma haber realizado una serie de encuestas para mensurar el apoyo al proyecto. Ninguna de las encuestas parece haber observado las mejores prácticas internacionales en términos de metodología, incluida la de contar con una muestra estadísticamente representativa de las comunidades afectadas.²⁰⁵³ En una encuesta de 2011, SMCA informó que el 35% de los encuestados estaba a favor, y la encuesta representaba la opinión de las unidades familiares, en lugar de los individuos.²⁰⁵⁴ Tres años más tarde, en 2014, la credibilidad del proyecto registró apenas un 6%, si bien en el mismo informe, y sin ningún fundamento, se indica luego que el nivel de aprobación se encuentra ahora en torno al 67%.²⁰⁵⁵ Tal vez, SMCA recurrió a "agentes de información" pagos como encuestados.

872. SMCA también hizo hincapié en sus diversos informes en la cantidad de firmas recabadas en dichas "reuniones informativas", pero nunca se habló de la metodología utilizada para obtenerlas.²⁰⁵⁶ Más allá de lo afirmado por SMCA en cuanto a la significativa cantidad de firmas obtenidas, no hay ningún documento citado

²⁰⁴⁹ Réplica de los Demandantes, ¶ 150.

²⁰⁵⁰ Plan Estratégico de SMCA, agosto de 2011, pp. 21- 23(C-0701).

²⁰⁵¹ Informe CGI, ¶ 34.

²⁰⁵² Réplica de los Demandantes ¶¶ 168 y ss.

²⁰⁵³ Informe CGI, ¶¶ 55-56.

²⁰⁵⁴ Informe CGI, ¶ 55.

²⁰⁵⁵ Informe CGI, ¶ 58.

²⁰⁵⁶ Informe CGI, ¶¶ 56, 59.

en el expediente en el que aparezcan miles de firmas. Los Demandantes y su perito sólo se basan en una carta supuestamente enviada al Presidente con la firma de 17 miembros de 5 comunidades.²⁰⁵⁷ Como señala el perito de Guatemala, la forma en que parecen haberse recabado dichas firmas no hace más que arrojar dudas en cuanto a si representan las opiniones legítimas de la comunidad.²⁰⁵⁸

873. Los Demandantes citan la cantidad de asistentes a las reuniones informativas y el testimonio sin fundamento de su propio empleado remunerado de que la "mayoría de los miembros de la comunidad" apoyaban el proyecto".²⁰⁵⁹ También citan la cantidad de personas que participaron en las visitas a la mina o la cantidad de comidas distribuidas en las reuniones para reflejar los esfuerzos que hizo Exmingua por involucrarse con las comunidades "para obtener la aceptación de su Proyecto por parte de la mayoría de la comunidad".²⁰⁶⁰ A pesar de estos esfuerzos, no hay evidencia creíble de que tal aceptación haya existido. El hecho de que se recibieran beneficios tampoco es una base para mensurar la aceptación, ya que un contratista local fue señalado como uno de los más fuertes opositores al proyecto.²⁰⁶¹

874. Los Demandantes se centran en desacreditar a La Puya como una supuesta minoría externa, con una oposición violenta y con motivaciones ideológicas.²⁰⁶² Sin embargo, esta excesiva simplificación de la oposición es engañosa y un típico tropo utilizado con el fin de desacreditar a los manifestantes. *En primer lugar*, los documentos de los Demandantes reconocen que La Puya está integrada por gente local, a pesar de que intentan restarle importancia calificándola como personas ajenas y ONG.²⁰⁶³ Los Demandantes no han exhibido prueba alguna de que sean "personas ajenas" quienes integran La Puya. Esto es de esperar, dado que los Demandantes se negaron sistemáticamente a consultar con los miembros de la comunidad. Los miembros de La Puya se juegan la vida por sus creencias, y es totalmente ilógico suponer que "personas ajenas" se expongan a correr ese riesgo. *En segundo lugar*, el propio acercamiento de los Demandantes al congresista Mejía, tomado al pie de la letra, contradice su argumento de que cualquier esfuerzo por resolver el conflicto habría sido inútil debido a la ideología política del grupo.²⁰⁶⁴

875. Si bien los Demandantes intentan minimizar el foco de la oposición como si proviniera sólo de La Puya, hay

²⁰⁵⁷ Informe Mendoza, ¶ 56.

²⁰⁵⁸ Informe CIG, ¶ 57.

²⁰⁵⁹ Réplica de los Demandantes ¶ 169; Gálvez ¶ 12.

²⁰⁶⁰ Réplica de los Demandantes ¶ 170.

²⁰⁶¹ Informe CEDER 2013, p. 8 (C-0716) (En San José uno de los líderes opositores más fuertes es Ovidio Palencia, sin embargo, sirve al proyecto (camiones)).

²⁰⁶² El perito de Guatemala no está de acuerdo. Informe CGI, ¶ 91.

²⁰⁶³ *Ver, por ejemplo*, el Informe CEDER de 2013, p. 10 (C-0716) (en el que se identifica a los líderes como de todos los pueblos de los alrededores, incluidos los tres pueblos del AdI).

²⁰⁶⁴ Réplica de los Demandantes ¶ 172-173; *ver también*, Informe y Power Point de SMCA, p. 5 (C-0702) (9 de diciembre de 2011) (señalando que se identificaron 164 activistas o líderes, y que después de tres meses de trabajo sólo quedan 12 líderes).

pruebas de que los sentimientos negativos se reflejaron en toda la comunidad. Los continuos esfuerzos de los propios Demandantes por influir en la opinión pública a lo largo de cuatro años no pueden respaldar su afirmación de que la mayoría de la comunidad estaba a favor.²⁰⁶⁵ Del mismo modo, la afirmación de la Sra. Mendoza de que no había habido ningún conflicto entre la mina y la comunidad vecina antes de 2012 sencillamente no es cierta.²⁰⁶⁶ El propio consultor de los Demandantes identificó fuentes de oposición al proyecto a mediados de 2011, mucho antes de que existiera La Puya.²⁰⁶⁷ Además, los Demandantes pierden de vista otras fuentes de oposición en las comunidades aledañas.²⁰⁶⁸ Aparte del amparo de CALAS presentado en 2014, la comunidad Kakchiquel presentó otro amparo contra Exmingua en 2016 por la falta de consultas conforme al Convenio 169 de la OIT, lo que socava aún más el argumento de que el Proyecto gozaba de la aceptación de la mayoría de la comunidad.²⁰⁶⁹

876. Sobre la base de los hechos que anteceden, los peritos de Guatemala coinciden en que el Proyecto carecía de licencia social.²⁰⁷⁰

B. Los Demandantes hicieron caso omiso en gran medida de los efectos ambientales del Proyecto

1) El EIA de los Demandantes no se adhirió a los estándares internacionales reconocidos

877. Los demandantes intentan basar la calidad del EIA con base al número de páginas y la aprobación final por parte de MARN.²⁰⁷¹ Si bien afirman que no tenían obligación de adherirse a las normas internacionales, hicieron numerosas declaraciones erróneas a MARN y a las comunidades circundantes a lo largo del EIA de que el proyecto se estaba desarrollando utilizando los más altos estándares internacionales.²⁰⁷² Como mínimo, esto es deshonesto y no debe ser recompensado. Pero hay otros problemas. Esta declaración también socava el modelo de daños y perjuicios de los Demandantes, pues de manera implícita admiten que dependen de la financiación externa que exigiría el cumplimiento de las normas internacionales.²⁰⁷³ Los Demandantes también instan a este Tribunal a que tome la incómoda conclusión de que un proyecto contaminante, que no cumple con las normas internacionales básicas tiene un valor de cientos de millones de dólares. No hay necesidad de que el Tribunal tome este paso.

²⁰⁶⁵ Exmingua Informe Consolidado – Responsabilidad Social p. 3 (C-0527).

²⁰⁶⁶ Informe Mendoza, ¶¶ 42-43.

²⁰⁶⁷ Plan Estratégico de SMCA, pp. 19 (C-0701) (observando la oposición de la comunidad en La Choleña); Informe y presentación de PowerPoint de SMCA, p. 13 (C-0702) (una vez que los funcionarios de SMCA se instalaron en San José del Golfo en 2011 "recibieron amenazas de que iban a quemar las instalaciones y llenaron las paredes de pintadas).

²⁰⁶⁸ Carta de D. Kappes a B. Williamson (Embajada de los Estados Unidos) del 14 de mayo de 2012 (C-0102). (señalando los sentimientos negativos de los habitantes del centro urbano de San Pedro Ayampuc).

²⁰⁶⁹ Expediente de amparo de la comunidad indígena 1246-2016 (C-0476).

²⁰⁷⁰ Informe CGI ¶ 117 (no hay un fundamento sólido para determinar que el Proyecto tiene licencia social).

²⁰⁷¹ Replica de los Demandantes, ¶ 68.

²⁰⁷² Ver EIA, págs. 22, 45, 59, 437 (C-0082).

²⁰⁷³ Informe Rosen/Milburn, ¶ 51.g.

878. En lugar de pregonar su cumplimiento, los Demandantes responden a las críticas argumentando que el EIA cumplía con el “espíritu” de las Normas de Desempeño y los Principios de Ecuador de la CFI, basándose no en la opinión de un experto calificado, sino más bien en la propia evaluación del EIA por parte de sus abogados.²⁰⁷⁴ En valor nominal, esta es una respuesta poco abrumadora, y lo que es más importante, los expertos reales, los retenidos por Guatemala que tienen experiencia en la aplicación de las normas pertinentes, han categóricamente rechazado la respuesta vacía de los Demandantes. El resultado final es que el EIA omitió componentes clave como los efectos predictivos y las medidas de mitigación que hacen imposible apreciar los verdaderos impactos ambientales o saber si cualquier conclusión o plan de manejo alcanzado en el EIA habría mitigado adecuadamente esos impactos.
879. Los Demandantes refieren al título de los capítulos del EIA para afirmar que se trataron todos los temas requeridos.²⁰⁷⁵ Sin embargo, esto no toma en cuenta la preocupación. La existencia de un título de un capítulo no aborda la suficiencia del contenido del EIA. De los 113 componentes clave requeridos por el EIA, sólo cuatro cumplían con las normas internacionales.²⁰⁷⁶ Con respecto a los componentes ambientales, SLR destacó 11 áreas clave como deficientes²⁰⁷⁷.
880. Los Demandantes utilizan casi tres páginas menospreciando a los expertos contratados por las comunidades antes de llegar al fondo de las críticas.²⁰⁷⁸ Esto es conveniente, ya que ninguno de estos individuos está disponible para un conainterrogatorio, y cualquier insinuación de sesgo por estos expertos es desmentida por la propia evaluación de los expertos independientes de Guatemala.²⁰⁷⁹ En cualquier caso, los Demandantes nunca han abordado anteriormente el fondo de esos informes, tendencia que continúa casi una década después. No es sorprendente que los Demandantes sigan ignorando la esencia de esas críticas, prefiriendo centrarse en los títulos de las secciones del EIA y en el número de páginas dedicadas al tema.²⁰⁸⁰
881. Los Demandantes insisten en que GSM había realizado amplios estudios de línea base de los entornos físicos y biológicos, incluido un análisis detallado de los impactos, pero el contenido de esos estudios (o por lo tanto la falta) muestra lo contrario. En el Capítulo 5 y 6, que citan los Demandantes, los estudios sobre los ambientes físicos y biológicos son incompletos o completamente deficientes, como se muestra a continuación,²⁰⁸¹ y

²⁰⁷⁴ Replica de los Demandantes ¶¶ 77 *et seq.*

²⁰⁷⁵ Replica de los Demandantes ¶ 73.

²⁰⁷⁶ Informe SLR II, Anexo 2 (Tabla señalando los incumplimientos de las normas internacionales en el EIA).

²⁰⁷⁷ Informe SLR II, ¶ 32 (a) Marco reglamentario; b) Inversión; c) Medio físico; d) Medio ambiente biológico; (e) Evaluación de alternativas; (f) Evaluación del impacto; (g) Planes de manejo ambiental; (h) Accidentes y malfunciones; (i) Plan de comunicaciones en curso; (j) Efectos del medio ambiente en el proyecto; e (k) Efectos acumulativos.

²⁰⁷⁸ Replica de los Demandantes ¶¶ 74-79.

²⁰⁷⁹ Informe SLR I, ¶ 29 e Informe SLR II, ¶ 35.

²⁰⁸⁰ Replica de los Demandantes ¶¶ 80 *et. Seq.*

²⁰⁸¹ Informe SLR II, ¶ 156d-e; *Ver también*, Anexo 2.

ninguno de los componentes individuales de esos capítulos sigue las normas internacionales.²⁰⁸²

882. En cuanto al entorno físico, los datos de referencia incluyeron sólo un muestreo, ignorando las variabilidades estacionales,²⁰⁸³ los estudios de calidad del aire están sustancialmente incompletos,²⁰⁸⁴ y no se incluyen efectos de predicción ni medidas de mitigación. En otras palabras, el EIA no tenía idea de cuáles serían los efectos de la calidad del aire o cómo los solucionaría.

883. Pese a que los Demandantes destacaron que la sección de hidrología tenía 44 páginas, las críticas de Guatemala a los estudios hidrológicos de la Sección 5.5 siguen siendo válidas. La falta de un estudio fiable de línea de base hidrológica por parte de GSM significa que cualquier dato recolectado no es confiable para determinar el efecto del uso de agua de la mina en las fuentes de agua cercanas.²⁰⁸⁵ A pesar de que se habrían establecido ocho lugares de vigilancia, no se discute por qué o cómo se seleccionaron esos lugares de vigilancia.²⁰⁸⁶ El Tribunal se dará cuenta fácilmente de que la selección de los lugares equivocados significa que los datos nunca serán buenos. De igual manera, los estudios en el medio ambiente biológico sufren del mismo tipo de defectos, incluyendo la falta de muestreo adecuado y sin efectos de predicción ni planes de mitigación o monitoreo. Sin los efectos predictivos, cualquier plan de mitigación o monitoreo no estaría basado en datos reales, y por lo tanto cualquier monitoreo sería inútil, ya que no habría nada con lo que comparar los resultados.²⁰⁸⁷

884. A pesar de la explicación excesivamente complicada de los Demandantes sobre la metodología utilizada,²⁰⁸⁸ el EIA no demuestra que Exmingua consideró adecuadamente los impactos acumulativos. Si los efectos predictivos y la mitigación se omiten como se ha dicho anteriormente, es difícil seguir que los impactos acumulativos no fueran más que una conjetura.²⁰⁸⁹ Además, como señala SLR, los efectos acumulativos no se abordaron porque el riesgo también debe tener en cuenta los impactos indirectos tales como “efectos de repercusiones en cadena involuntarios o efectos acumulativos que se materializan a través de la interacción con otros desarrollos del proyecto”, incluidos los impactos dentro del área más amplia de influencia e impactos del proyecto que se activan con el tiempo.²⁰⁹⁰ Esta omisión se refiere especialmente a la consideración de que los Demandantes están reclamando daños y perjuicios por sus supuestas expansiones previstas.

²⁰⁸² Informe SLR II, Anexo 2.

²⁰⁸³ Ver EIA, pág. 577 (C-0082) Reconociendo dos estaciones separadas en Guatemala (lluviosas y secas).

²⁰⁸⁴ Informe SLR II, 156 d, Anexo 2.

²⁰⁸⁵ Informe SLR II, ¶ Annex 2.

²⁰⁸⁶ Informe SLR II, Anexo 2.

²⁰⁸⁷ Informe SLR II, Sección 8.1, ¶ 156(d)(iv).

²⁰⁸⁸ Replica de los Demandantes ¶¶ 84 y ss.

²⁰⁸⁹ Informe SLR II, ¶ 156(l).

²⁰⁹⁰ *Ibid.* La CFI PS 1 requiere la consideración de los impactos de cualquier desarrollo planificado.

885. Los Demandantes argumentan que Guatemala ignora el análisis de las alternativas discutidas en el Capítulo 8, pero el hecho de que el EIA consideró ciertas cuestiones no significa que haya analizado el impacto real sobre la gente y el medio ambiente. Esa sección del EIA es deficiente, ya que “sólo hay una explicación de alto nivel de los métodos de minería elegidos” y “no se consideran planes y diseños de minas”, lo que hace imposible evaluar los efectos o impactos.²⁰⁹¹ No se discute el tratamiento de aguas residuales, el tratamiento de efluentes de procesos, la instalación de gestión de relaves (TMF), el suministro de agua, la descarga de agua, las realineaciones del curso de agua, el posicionamiento de la infraestructura del sitio, suministro total, gestión de residuos sólidos/tratamiento de aguas residuales domésticas, suministro y enrutamiento de energía y cierre de minas.²⁰⁹²

886. La crítica de Guatemala de que el EIA carece de planes de manejo para mitigar los riesgos del Proyecto sigue en pie. Los Demandantes alegan que tenían un “plan de gestión integral” en el capítulo 10, y se centran nuevamente en su longitud de 65 páginas en lugar de su contenido.²⁰⁹³ Señalar la existencia de planes no dice nada sobre su adecuación para mitigar los riesgos del Proyecto. Si el EIA se basa en planes de mitigación y monitoreo que no se basan en datos reales, es imposible concluir que los planes de manejo incluidos podrían haber abordado y mitigando adecuadamente cualquier riesgo.²⁰⁹⁴

887. Estas deficiencias, entre otras identificadas, socavan cualquier afirmación de los Demandantes de que su EIA estaba en consonancia con las normas internacionales. Asimismo, como resultado de estas deficiencias, las comunidades estaban justificadas en sus preocupaciones. Esta no era una mina que estaba a millas de distancia de las comunidades, estaba en su patio trasero. Si el EIA no conocía realmente los impactos, entonces no podría servir como una manera de dar garantías de que esos impactos serían mitigados. Si existiera un riesgo para la disponibilidad o contaminación del agua, Exmingua no podía proporcionar información a las comunidades sobre cómo se mitigaría ese riesgo o los impactos a lo largo del tiempo porque no hizo el trabajo necesario para entender verdaderamente los impactos ambientales del Proyecto. La falta de medidas adecuadas de mitigación también se hizo evidente una vez que comenzaron las operaciones y se constató que Exmingua había incumplido una parte sustancial de sus obligaciones ambientales.²⁰⁹⁵

2) Los Demandantes violaron sus obligaciones ambientales

888. Como Guatemala ya ha expuesto en los hechos del caso, los Demandantes violaron un número desmesurado de obligaciones ambientales durante las operaciones de Progreso VII a pesar de las representaciones en el EIA

²⁰⁹¹ Informe SLR II, Sección 8.1 ¶ 156(f).

²⁰⁹² *Ibid.*

²⁰⁹³ Replica de los Demandantes ¶ 87.

²⁰⁹⁴ Informe SLR II, ¶ 156(h).

²⁰⁹⁵ MARN Informe técnico de 23 a 27 de febrero de 2015 (R-0105).

que el Proyecto se llevaría a cabo de acuerdo con las leyes de Guatemala. Durante la fase operacional de la mina, los Demandantes claramente violaron la ley. Una vez suspendido el Proyecto, los Demandantes se negaron a cumplir con las medidas de mitigación obligatorias. Increíblemente, los Demandantes quieren que este Tribunal ignore estos incumplimientos con la ley.

889. En respuesta a los resultados de la inspección del 2015 de febrero, los Demandantes no niegan que estas violaciones existieran, sino que insisten en que estas fueron “conclusiones comunes para una inspección inicial después del inicio de las operaciones mineras y que formaban parte de un proceso de colaboración entre Exmingua, MARN y MEM.”²⁰⁹⁶ Los Demandantes alegan además que “respondieron con prontitud” y “abordaron diligentemente las cuestiones pendientes” y que “casi todas” las cuestiones señaladas por el MARN y el MEM en sus inspecciones anteriores habían sido abordadas.²⁰⁹⁷ En otras palabras, no abordaron todas las cuestiones.

890. En apoyo de ello, los Demandantes señalan en primer lugar una lista de verificación que prepararon para abordar todas las cuestiones planteadas en la inspección de febrero. Esta lista de verificación indica que los Demandantes violaron 13 de los 34 compromisos del EIA, no estaban cumpliendo con 51 de los 104 aspectos de su plan de manejo ambiental, y no cumplían en 13 de las 21 medidas de mitigación.²⁰⁹⁸ En total, los Demandantes reconocen que están incumpliendo con un 48% de sus obligaciones.²⁰⁹⁹ Resulta revelador que los Demandantes sólo presentaran el proyecto de lista de comprobación que aparentemente se había preparado para “altos directivos”, sin indicación alguna de la situación de cada una de las cuestiones identificadas, porque parece que el documento nunca se ha completado.²¹⁰⁰

891. Los Demandantes señalan entonces a las inspecciones de noviembre de 2015 para afirmar que habían cumplido en gran medida con sus obligaciones porque MARN sólo señaló seis medidas de acción y el MEM sólo cuatro.²¹⁰¹ Según los Demandantes, el MEM había observado, entre otras cosas, que “se evidenció el manejo de los sedimentos...”, que los desechos sólidos se eliminaban adecuadamente, se había implementado un comedor y se habían implementado carteles de seguridad.²¹⁰²

892. Inspecciones posteriores en 2016 y el proceso administrativo iniciado contra Exmingua el 24 de febrero de 2016, desmienten la afirmación de los Demandantes que se tomaron “en serio” sus obligaciones

²⁰⁹⁶ Replica de los Demandantes, ¶¶ 136, 350.

²⁰⁹⁷ Replica de los Demandantes, ¶¶ 138, 146.

²⁰⁹⁸ Lista de resultados de las inspecciones MARN y MEM de Exmingua del 12 de octubre de 2015 (C-0699-ENG).

²⁰⁹⁹ *Ibid.*

²¹⁰⁰ Lista de resultados de las inspecciones MARN y MEM de Exmingua del 12 de octubre de 2015 (C-0699-ENG).

²¹⁰¹ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 143-144.

²¹⁰² Réplica de los Demandantes, ¶ 144.

ambientales.²¹⁰³ Debido a que Exmingua fracasó en sus intentos de remediación, MARN inició un procedimiento sobre la base de las infracciones encontradas en las inspecciones de febrero y noviembre de 2015. Siguen existiendo otros problemas. En las inspecciones realizadas en 2016 y 2017 se observaron violaciones de ítems que presuntamente fueron fijados por Exmingua en noviembre de 2015.²¹⁰⁴ En otras palabras, Exmingua no mantuvo el cumplimiento de esas obligaciones ambientales, ni terminó de abordar las cuestiones identificadas en noviembre de 2015.

893. También es extraño y preocupante que los Demandantes intenten no fundamentar su falta de cumplimiento. Como señala SLR, estos no son hallazgos comunes para las operaciones mineras recientemente iniciadas, sino que se trata de cuestiones que deberían haberse abordado antes de iniciar las operaciones.²¹⁰⁵ Y como es típico, los Demandantes no ofrecen ningún apoyo de la industria para cosas que supuestamente son “comunes”. Los Demandantes no tienen el conocimiento o la experiencia para testificar de lo que es “común”, y los Demandantes decidieron no presentar un experto calificado sobre este punto.

894. En los años siguientes, las violaciones continuaron. El MEM y el MARN observaron, entre otras cuestiones ambientales, que los desechos sólidos seguían acumulándose, creando un riesgo de salud y seguridad,²¹⁰⁶ que los pozos de sedimentos estaban en estado de colapso,²¹⁰⁷ almacenamiento inadecuado de productos químicos,²¹⁰⁸ falta de señalización de elementos de seguridad,²¹⁰⁹ acopios descubiertos,²¹¹⁰ y la inexistencia de sistemas apropiados de drenaje,²¹¹¹ todo lo cual compromete la seguridad y la salud de los trabajadores y de las comunidades circundantes.²¹¹²

895. Hasta el día de hoy, MARN señala que Exmingua está en abierta violación de las medidas de mitigación requeridas mientras el Proyecto sigue suspendido.²¹¹³ Nada ha cambiado a pesar de las numerosas conclusiones del MARN, demostrando aún más el claro desafío de los Demandantes a la ley guatemalteca y a las mejores prácticas mineras. Es probable que se encuentren violaciones adicionales de la ley. Los

²¹⁰³ Réplica de los Demandantes, ¶ 137.

²¹⁰⁴ Informe MEM, 30 de junio de 2016 (**R-0280**).

²¹⁰⁵ Informe SLR II, ¶175.

²¹⁰⁶ Informe de Inspección del MEM (30 de octubre de 2017), pag. 28 (**R-0281**).

²¹⁰⁷ Informe de Inspección del MEM (30 de junio de 2016), pag. 4 (**R-0280**).

²¹⁰⁸ Informe de Inspección del MEM (30 de octubre de 2017), pág. 10 (**R-0281**); *Ver* Inspección MARN 1 de septiembre de 2021 (**R-0285**).

²¹⁰⁹ Informe de Inspección del MEM (30 de octubre de 2017), pág. 26 (**R-0281**).

²¹¹⁰ Informe de Inspección del MEM (30 de octubre de 2017), pag. 10 (**R-0281**).

²¹¹¹ Informe de Inspección del MEM (30 de junio de 2016), pag. 4 (**R-0280**) (indicando falta de mantenimiento de las cunetas); *Ver* Inspección MARN 1 de septiembre de 2021 (**R-0285**).

²¹¹² Informe de Inspección del MEM (30 de octubre de 2017), págs. 24-25 (**R-0281**) (falta de mantenimiento a los ductos puede causar “ruptura y por ende contaminación a los mantos freáticos”).

²¹¹³ *Ver* Inspección MARN 1 de septiembre de 2021 (**R-0285**).

procedimientos administrativos derivados de las infracciones de 2015 siguen en curso. En otras palabras, no hay ningún documento que apoye que Exmingua está en cumplimiento con sus obligaciones ambientales.

896. El incumplimiento por parte de Exmingua de sus obligaciones ambientales y medidas de mitigación no sólo violó la ley, sino que también rompió cualquier promesa que hicieron a las comunidades, exacerbando aún más el conflicto. Estas promesas no sólo estaban en el EIA, donde los Demandantes prometieron falsamente usar los más altos estándares de manejo ambiental, sino que también fueron incluidas a través de volantes distribuidos a las comunidades circundantes. A través de estos volantes, Exmingua dijo que el Proyecto “protegería el medio ambiente”²¹¹⁴ y que “no contaminaría el medio ambiente”.²¹¹⁵ Esto era descaradamente incierto.

C. Cuestiones técnicas con Progreso VII y Santa Margarita (Plan LOM, Tasa de Recuperación, etc.)

897. Los Demandantes, de manera increíble, buscan obtener millones de dólares en forma de indemnización sin ofrecer ningún caso donde un tribunal haya valorado un proyecto minero utilizando un Plan de Vida de la Mina (“Plan LOM”) como el que fue creado por los Demandantes. Sin duda, hay casos en los que las valuaciones se basaron en informes de exploración, estudios de factibilidad y planes preoperativos.²¹¹⁶ Pero de acuerdo con lo sabido por Guatemala (y de acuerdo con las fuentes de los Demandantes), ningún tribunal ha otorgado una indemnización a partir de un plan creado luego del hecho. Esto debería brindar al Tribunal la oportunidad de tomar una pausa antes de aceptar tan fabricada y ampliamente infundada valuación.

898. El Plan LOM, los argumentos esgrimidos en la Réplica y los documentos presentados revelan la verdad acerca de los Demandantes y su capacidad de desarrollar este proyecto. Estaban sobrepasados. Nunca habían operado una mina o aceptado un proyecto desde el comienzo hasta sus frutos, y esto se evidencia. Los Demandantes no participaron de la planificación básica, jamás mejoraron el procesamiento de la planta y no tienen más que solo conceptos en cuenta para el futuro. Este es el sello distintivo de una planificación comercial insuficiente y, como el Tribunal entenderá, no es la base para una valuación seria.

1) El Plan LOM no cumplió con la carga de prueba de los Demandantes

899. En el Memorial de Contestación, Guatemala sostuvo que el Plan LOM no está respaldado por los planes o estudios preoperativos.²¹¹⁷ En respuesta, los Demandantes consideran que los planes o estudios preoperativos

²¹¹⁴ Folletos distribuidos a las comunidades circundantes p.1 (R-0216)

²¹¹⁵ Folletos distribuidos a las comunidades circundantes p.10 (R-0216)

²¹¹⁶ *Ver Tethyan Copper Co. Ltd. c. Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/12/1, Laudo (12 de julio de 2019) (CL-0316); *Quiborax S.A. y otros c. Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Laudo (16 de septiembre de 2015) (CL-0226).

²¹¹⁷ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 772.

no son exigibles ya que no era necesario que Kappes los realizara.²¹¹⁸ Esta lamentable excusa no es suficiente. Los Demandantes deben siempre acreditar su reclamo de daños con pruebas. El estándar probatorio es de “absoluta certeza”, como los Demandantes reconocen,²¹¹⁹ y debe resultar de pruebas contemporáneas, no de especulaciones preparadas para este caso. El hecho de que el Sr. Kappes, en esencia, desestimó todas las formas de mejores prácticas y optó por un enfoque especulador, seguido de proyecciones hechas para el litigio, no disminuyen la carga de la prueba de los Demandantes.²¹²⁰

900. Más importante aún, el Plan LOM no brinda suficiente certeza respecto de la pérdida de los Demandantes ya que no es un plan verificable en el cual un inversor pueda apoyarse de manera razonable para determinar el valor de un proyecto. El plan no es más que un borrador hipotético elaborado por una fuente desconocida y las predicciones del Sr. Kappes acerca del futuro.²¹²¹ Dichas predicciones a su conveniencia no son lo suficientemente confiables para los propósitos de un arbitraje, en especial cuando el Plan contradice la escasa información minera presentada por los Demandantes.

901. Esa información tampoco resulta confiable. Solo existe una hoja de cálculo de Excel la cual registra la cantidad diaria de mineral procesado. La hoja de cálculo fue creada para propósitos de este arbitraje.²¹²² Y, de manera notable, se contradice con otras pruebas presentadas por los Demandantes.²¹²³ En su Réplica, los Demandantes han presentado un conjunto de anexos llamado “Informes de la Operación de Exmingua (C-0720)” para respaldar esta única hoja de cálculo. Sin embargo, los 365 documentos dentro de ese conjunto de anexos, muchos de los cuales están escritos a mano, ni siquiera coinciden con la hoja de cálculo de Excel. No existe relación entre ellos. Incluso si existiera, SRK se ha respaldado en una hoja de cálculo de Excel (C-0125) para su Plan LOM, no en los informes de la operación subyacentes (C-0720). La hoja de cálculo no respalda los datos brindados por SRK.

²¹¹⁸ Réplica de los Demandantes, ¶ 665.

²¹¹⁹ Memorial de los Demandantes, ¶ 340 (“[U]na vez que el hecho de la rentabilidad futura está establecido y no es esencialmente de naturaleza especulativa, la cantidad de tales beneficios no necesita ser probada con el mismo grado de certeza. En otras palabras, la demandante debe demostrar que se le ha privado de ganancias que en realidad se habrían obtenido. Esto requiere demostrar que existe suficiente certeza de que había participado o habría participado en una actividad de creadora de ganancias, si no hubiere ocurrido el hecho ilícito de la Demandada, y que esa actividad habría sido realmente rentable” (donde se cita *Crystallex*, Laudo, ¶ 875) (CL-153)).

²¹²⁰ Informe SLR II, ¶ 47 (“La industria ha reconocido el valor de controlar estos riesgos y ha creado metodologías, procesos y supuestos técnicos en general aceptados y bien definidos para asegurar que las inversiones informadas se realicen. Los actores del mercado se respaldan en estos estándares cuando adquieren y venden proyectos”).

²¹²¹ Memorial de Contestación, ¶¶ 774-75.

²¹²² Las propias pruebas de los Demandantes revelan que el Sr. Kappes solicitó la hoja de cálculo para usarla en una “presentación sobre Tambor *para CAFTA*”. Correo electrónico de D. Kappes a R. Adams de fecha 31 de mayo de 2016 (C-721) (énfasis añadido).

²¹²³ Ver SLR I, ¶ 184 (comparación del Resumen de Información diaria de la Planta para los períodos octubre 2014 – mayo 2016 (Anexo C-0125-ENG) y correo electrónico de J. Hernández (Exmingua) a A. Vaides (Exmingua) de fecha 13 de mayo de 2016 (Anexo C-0157-ENG)).

902. SRK incluso admite, como debe, que la información minera no es confiable. Describe el momento de la información minera como un “período de incremento”, cuando las tasas de producción y rentabilidad “no son representativas de lo que se lograría en un estado estable, cuando los operadores hayan adquirido la experiencia necesaria para optimizar el rendimiento”.²¹²⁴ El punto que SRK intenta probar es que los números podrían aumentar en el futuro. Pero al querer probarlo, SRK confirma que la información minera “no representa” cómo la mina operaría.²¹²⁵ Por lo tanto, la información no es un indicador confiable de cómo la futura mina operaría.

2) Los Demandantes no han establecido los componentes individuales del Plan LOM.

903. Respecto de los componentes individuales, Guatemala sostuvo que (i) la mitad del plan LOM se basa en el depósito de Laguna Norte, el cual Exmingua no estaba autorizado a extraer;²¹²⁶ (ii) el tamaño del recurso asumido se basa en una estimación desactualizada, 85 % de la cual es demasiado desconocida para usar a efectos valuatorios;²¹²⁷ (iii) la velocidad asumida a la que la mina procesaría el material (de manera constante durante 10,5 años) rara vez se logró en la práctica, sin mencionar que está por encima del límite al que Exmingua acordó operar;²¹²⁸ (iv) la tasa de recuperación asumida es 40 % superior a la tasa alcanzada en la realidad;²¹²⁹ (v) los costos operativos y de capital asumidos son superficiales y carecen de fundamento.²¹³⁰

904. A la luz de estas conclusiones, el experto en minería de Guatemala, SLR, ofreció un plan LOM más adecuado como alternativa al plan sin fundamentos de los Demandantes.²¹³¹ SLR no respaldó este plan debido a la poca información disponible en los registros para construir un plan LOM fundamentado para usar a efectos valuatorios.²¹³² SLR simplemente ajustó el modelo de SRK sin respaldarlo. El plan LOM actualizado:

- Redujo el tamaño del recurso en un 50 %, de 900.000 toneladas de materia prima a 494.000 toneladas.²¹³³ (El depósito de Laguna Norte continuó siendo parte del plan actualizado como una precaución.²¹³⁴ Si se quitara el depósito de Laguna Norte, lo cual debería hacerse, entonces el tamaño del recurso debería ser reducido en un 47 % adicional).
- Redujo la vida de las minas de 10,5 años a ocho años.

²¹²⁴ Informe SRK II, ¶ 47.

²¹²⁵ Informe SRK II, ¶ 47.

²¹²⁶ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 778.

²¹²⁷ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 783.

²¹²⁸ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 790.

²¹²⁹ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 794.

²¹³⁰ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 797.

²¹³¹ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 801.

²¹³² Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 801.

²¹³³ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 801.

²¹³⁴ Informe SLR I, ¶¶ 180, 200.

- Redujo la tasa de recuperación de un 82 % al 40 % para reflejar de manera precisa las recuperaciones alcanzadas durante la operación de las minas.
- Redujo la tasa de procesamiento de 87.500 tpa a 70.000 tpa por la misma razón.
- Redujo el monto de oro recuperado de 186.000 oz a 65.000 oz, como resultado de las reducciones descritas con anterioridad.
- Redujo los ingresos netos de Exmingua de USD 236,1 millones a USD 70 millones.
- Añadió una contingencia del 40 % sobre los costos para dar cuenta de la forma rudimentaria en la que SRK los calculó.²¹³⁵

En el caso de que los Demandantes tengan derecho a cualquier valor (el cual no tienen), cada uno de estos ajustes fueron muy razonables. La Réplica no afecta de manera sustancial la fuerza de los argumentos de Guatemala.

c. El depósito Laguna Norte debe ser excluido del Plan LOM en su totalidad.

905. Los Demandantes confirman en la Réplica que no contaban con una licencia de explotación en Laguna Norte²¹³⁶ ni en ningún otro lugar del área de Santa Margarita, SRK tampoco rebate este punto. Al contrario, los Demandantes aducen, sin otro fundamento que la declaración testimonial del Sr. Kappes, que el depósito estaba comprendido en la “concepción inicial de la mina”.²¹³⁷ Lo que uno piense no basta para conformar un plan. Los Demandantes no han presentado ninguna documentación que demuestre que Exmingua se preparaba para explotar este depósito. Los documentos de planificación que presentaron demuestran, de hecho, lo contrario.²¹³⁸ Sería lógico pensar que, si Exmingua hubiera albergado serios planes de desarrollar Laguna Norte, los hubiera puesto por escrito. Pues aquí no hay nada.

906. Tampoco hay información minera correspondiente a Laguna Norte porque el depósito nunca llegó a estar en funcionamiento, lo que significa que no hay ningún elemento que sustente las suposiciones de los Demandantes en torno a los resultados de ese depósito. A los fines de la valuación de los Demandantes, la información minera resulta clave.²¹³⁹ Pero si dicha información es inexistente, como sucede con Laguna Norte, entonces SRK no puede determinar con certeza cómo se habría desarrollado el depósito. No es más que un producto de

²¹³⁵ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 801.

²¹³⁶ Réplica de los Demandantes, ¶ 670.

²¹³⁷ Réplica de los Demandantes, ¶ 670 (donde se cita a Kappes I).

²¹³⁸ Presentación, *Proyecto El Tambor Guatemala* (7 de octubre de 2010) (donde no se hace ninguna mención de Laguna Norte) (**R-0320**); Presentación, *Proyecto El Tambor Guatemala* (24 de mayo de 2015, 2010) (donde sucede lo mismo) (**R-0321**).

²¹³⁹ Informe SRK II, ¶ 23.

la imaginación. Por ende, el 47% del valor (presunto) de la Mina Operativa debe ser eliminado.²¹⁴⁰

d. El 85% del recurso era demasiado desconocido a fines valuatorios

907. En este caso, los Demandantes y SRK aseveran que haber optado por una de las estimaciones de Gold Field por sobre las otras tres²¹⁴¹ refleja mejor aquello “*efectivamente* extraíd[o] durante las operaciones”.²¹⁴² Una vez más, empero, Laguna Norte —la mitad del recurso total— nunca estuvo en funcionamiento, lo que hacía imposible que los Demandantes y SRK conocieran lo que era “*efectivamente* extraíd[o]” en dicho depósito.

908. Sobre la cuestión de la clasificación de recursos (recursos inferidos versus reservas minerales),²¹⁴³ los Demandantes sostienen que la información minera tacha de irrelevantes a esas clasificaciones.²¹⁴⁴ Según los Demandantes, las clasificaciones de confianza son “más relevantes para posibles inversores externos”, mientras que aquí, los antecedentes operativos de la mina evitaron la necesidad de una clasificación de ese tipo.²¹⁴⁵ Esta defensa no aplica al depósito Laguna Norte dado que, una vez más, no hay información minera de Laguna Norte. En gran medida, Laguna Norte se encontraba a varios kilómetros de los otros dos depósitos. La información no es transferible.²¹⁴⁶

909. Más aun, “los posibles inversores externos” son precisamente los tipos de actores del mercado que debe considerar el Tribunal. Si la comunidad minera se rehusara a tocar esta mina sin la clasificación adecuada, entonces este Tribunal no debe considerar seriamente el argumento que esgrimen los Demandantes. Este caso no es un simulacro. Debe haber un valor de mercado basado en lo que exige el mercado. Aquí, el hecho de que no haya habido inversores externos es mucho más relevante que las suposiciones y expectativas de los Demandantes.

910. En todo caso, la información minera no afectaría la forma en la que se clasifica una mina. Con independencia de que una mina se encuentre en funcionamiento o no, de no haber reservas minerales, como en el caso que nos ocupa, entonces la propiedad se considera propiedad de exploración que importa un determinado riesgo para los inversores. El hecho de que Exmingua haya asumido el riesgo de desarrollar la mina en base a

²¹⁴⁰ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 781.

²¹⁴¹ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 783 (según se explica en el Memorial de Contestación, el Informe de Gold Fields que sirvió de sustento a SRK ofrecía cuatro posibles estimaciones de recursos. SRK se limitó a elegir una de ellas).

²¹⁴² Réplica de los Demandantes, ¶ 669; Informe SRK II, ¶ 34.

²¹⁴³ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 787 (a modo de recordatorio, el Informe CAM categorizaba el 85% de los recursos como “recursos inferidos”, por lo que se tornaron demasiado desconocidos a fines valuatorios).

²¹⁴⁴ Réplica de los Demandantes, ¶ 669.

²¹⁴⁵ *Ibid.*

²¹⁴⁶ Informe SLR II, ¶ 49, n. 45 (Procediendo a los antecedentes operativos de la mina, éstos no afectan la forma en la que se clasifica una mina. Con independencia de que una mina se encuentre en funcionamiento o no, de no haber reservas minerales, como en el caso que nos ocupa, entonces la propiedad se considera propiedad de exploración que importa un determinado riesgo para los inversores. El hecho de que Exmingua haya asumido el riesgo de desarrollar la mina en base a información de carácter limitado no implica que hayan reducido el riesgo del proyecto).

información de carácter limitado no implica que hayan reducido el riesgo del proyecto.

911. Más bien, se trata de una de las clases de minería más riesgosas. Cuando las empresas mineras adquieren una propiedad, consideran millones de dólares en costos hundidos y un compromiso hacia una región que se tornará redituable solo si la producción es estable y sostenible en el tiempo empleado en reembolsar a los prestamistas y en pagar alguna remediación futura. Un comprador de Tambor no sabría si los Demandantes han explotado primero el material de altísimo grado, si hubo deficiencias estructurales en los años posteriores de la explotación minera susceptibles de tornar al proyecto no redituable, o si los cambios geológicos fueron tales como para disparar los costos de procesamiento. Las empresas mineras se amparan en estudios que determinan el valor de sus propiedades porque el campo está lleno de variables complejas y la decisión de los Demandantes de renunciar incluso a los estudios más básicos eleva el riesgo de que no se encuentren problemas serios sino hasta haber efectuado la inversión.

912. Los Demandantes aseveran, asimismo, que las clasificaciones no tienen relevancia porque no eran necesarias.²¹⁴⁷ Pero incluso si no eran necesarias para la actividad minera, las clasificaciones de recursos siguen siendo de muchísima importancia a los fines de este arbitraje. Las clasificaciones de recursos han resultado de ayuda para proporcionar un rango de certeza sobre el que se amparan los profesionales de la minería cuando ponen su nombre al lado de un proyecto minero. Las clasificaciones de los recursos establecen cuántos conocimientos geológicos existen en torno a los depósitos y, cuando no hay dicha clasificación, los profesionales del mercado no pueden más que suponer que las cifras no son confiables, como en el Plan de LoM que inventaron los Demandantes.

913. A la luz de estas clasificaciones de recursos, SLR redujo el tamaño de su recurso en un 50%.²¹⁴⁸ Es un ajuste razonable. En *Quiborax c. Bolivia*, el perito de la demandante valuó una propiedad minera sobre la base de diversas clasificaciones de confianza. Cierta cantidad de depósitos dentro de la propiedad fueron considerados recursos inferidos, y el tribunal, en consecuencia, redujo el tamaño del recurso en un 90% a fines valuatorios.²¹⁴⁹ SLR efectúa una reducción más conservadora del 50%, aunque el 85% del recurso completo es demasiado desconocido a fines valuatorios.

e. Exmingua nunca alcanzó una capacidad de procesamiento de 250 tpd.

914. SRK acepta que rara vez se alcanzó su presunta capacidad de procesamiento de 250 tpd.²¹⁵⁰ Según un cuadro

²¹⁴⁷ Réplica de los Demandantes, ¶ 669; Informe SRK II, ¶ 35.

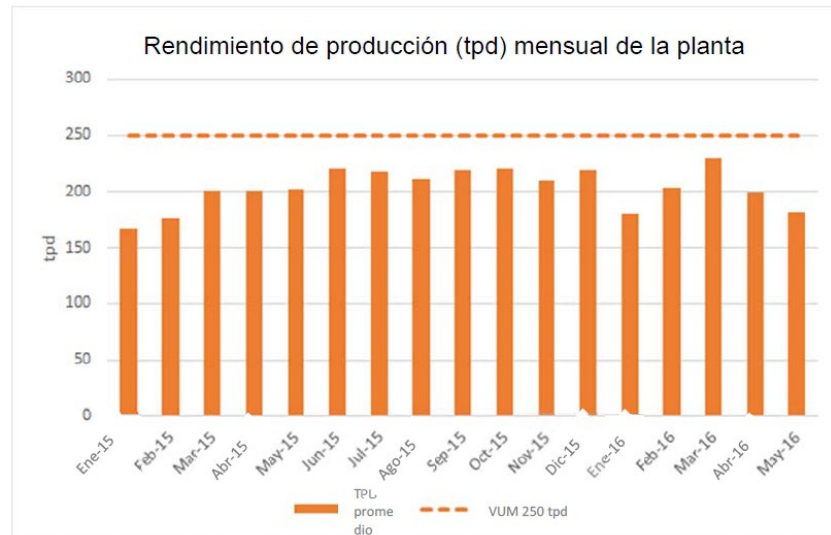
²¹⁴⁸ Informe SLR I ¶ 178; Informe SLR II, ¶ 59 (Este ajuste se efectúa sin perjuicio de la concepción de SLR de que el enfoque basado en ingresos no es procedente en este caso); Informe SLR II, ¶ 135, n. 143.

²¹⁴⁹ *Quiborax c. Bolivia*, Laudo ¶ 416 (CL-0226).

²¹⁵⁰ Informe SRK II, ¶ 47 (“Si bien esto no se había logrado de manera consistente hasta el momento en que las operaciones cesaron en mayo de 2016...”).

que presentó SRK, nunca se alcanzó un promedio de 250 tpd.²¹⁵¹ Así, resulta a todas luces improcedente que los Demandantes presenten un plan LOM con esta tasa.

Figura 3-1 : Rendimiento de producción (tpd) mensual de la planta⁶⁷



915. En torno a este particular, *Quiborax* vuelve a resultar didáctico. Los Demandantes de *Quiborax* alegaban que la producción se hubiera incrementado con el progreso de la mina, como lo aducen los Demandantes en este caso.²¹⁵² Empero, el tribunal rechazó ese argumento con la conclusión de que la mina jamás alcanzó su objetivo de producción luego de dos años de operaciones y, por tanto, “sería especulativo concluir que la producción de la Demandante podría sostener un crecimiento del 5%”.²¹⁵³

916. SRK se defiende ubicando a la información minera en el denominado “periodo de incremento”, durante el cual la información es menos confiable.²¹⁵⁴ El punto que SRK intenta demostrar, como se explicó más arriba, es que la razón de procesamiento podría ser mayor en años futuros. Sin embargo, una vez más, este argumento no hace más que demostrar la poca confiabilidad de la información minera en su conjunto, puesto que este periodo de “incremento” “no [es] representativ[o]” de operaciones futuras. Mas aun, cualquier periodo de

²¹⁵¹ Informe SRK II, fig. 3-1.

²¹⁵² *Quiborax c. Bolivia*, Laudo ¶ 418 (CL-0226) (“Navegant revisa estas estimaciones contractuales ‘marginalmente hacia el alza’ de modo que se tome en consideración el crecimiento en el mercado agrícola para el borato entre los años 2001 y 2004 (el cual pronostica en un 5% en el periodo comprendido entre los años 2009 y 2014 y 1% a partir del año 2015), y porque cree que “Quiborax [...] podría haber apalancado sus conocimientos mineros y logísticos para garantizar un suministro más confiable y escalable de ulexita por parte de las Concesiones Bolivianas”).

²¹⁵³ *Id.*, ¶ 422 (CL-0226); ver también Informe SLR II, ¶ 75 (“Los resultados erráticos y la falta de estabilización de la operación son, a nuestro criterio, otro indicio de defectos en la gestión, tal como se comenta en el Informe Argo [C-0602]”).

²¹⁵⁴ Informe SRK II, ¶ 47.

incremento hubiera finalizado para el mes de marzo de 2016.²¹⁵⁵

917. Por último, los Demandantes y SRK afirman que Exmingua estaba autorizada a procesar a 250 tpd a pesar de lo que dice el EIA. Según los Demandantes, nunca se tuvo la intención de que el EIA estableciera un “límite” para la capacidad de procesamiento. Ello es falso. El EIA mismo establece una razón de procesamiento “máxima” de 200 tpd, muy por debajo de las 250 tpd.²¹⁵⁶ Aun así, el EIA establece una razón “nominal” o normal de 150 tpd.²¹⁵⁷ Exmingua presentó esta cifra de 150 tpd a Guatemala cuando procuró obtener el derecho a la explotación minera. Esta razón conformaba la base de todas las proyecciones de Exmingua (de Gupinol Sur y Poza del Coyote).²¹⁵⁸ Los Demandantes deben apegarse a esa cifra.

918. La propia información de los Demandantes confirma la cifra de 150 tpd. SLR ha calculado originalmente una razón promedio de 208 tpd (basada en la hoja de cálculo de Excel de Exmingua (C-0125)),²¹⁵⁹ pero la ha recalculado desde ese entonces a 159 tpd en razón del mantenimiento, tiempo de parada y utilización.²¹⁶⁰ No hay indicio de que estos periodos de mantenimiento y parada no hubieran continuado. Como se explica más adelante, Exmingua intentó mejorar las operaciones de la planta, pero no lo logró.²¹⁶¹ Y sin los estudios correctos, Exmingua no podía planificar su producción futura ni predecir las cantidades ni los tipos de roca que iría a procesar.

919. En un principio, SLR se basó en una estimación conservadora de 200 tpd (70.000 tpa),²¹⁶² que es la razón más alta que estableció Exmingua en su Diseño de Planta²¹⁶³ y en el EIA.²¹⁶⁴ Posteriormente, SLR presentó ambas razones a fines valuatorios.²¹⁶⁵ Empero, a la luz de los reconocimientos que hicieron los Demandantes sobre mantenimiento, tiempo de parada y utilización, esta alternativa no resulta para nada procedente. La cifra más adecuada es la de 150 tpd, la cual concuerda con la información de Exmingua y las promesas que efectúa en el EIA.

²¹⁵⁵ Informe SLR II, ¶ 85 (“Se habría esperado que el periodo de incremento hubiera finalizado y que los balances metalúrgicos de la planta hubieran estado desarrollados y comprendidos en su totalidad para la fecha en la que Argo visitara el sitio.”).

²¹⁵⁶ EIA, pág. 92 (C-0082-ENG); *ver también*, Informe SLR II, ¶ 76, n. 65 (“La razón de alimentación nominal es la razón de rendimiento esperada durante operaciones normales. La razón de diseño es la razón teórica máxima conforme a la cual los ingenieros de proceso han diseñado la planta de modo que sea capaz de operar”).

²¹⁵⁷ EIA, pág. 92 (C-0082-ENG).

²¹⁵⁸ *Ver* Correo Electrónico de Daniel Kappes de fecha 8 de mayo de 2008 (con todas las proyecciones basadas en una tasa de 150 tpd) (R-0325).

²¹⁵⁹ Informe SLR I, ¶ 60(b).

²¹⁶⁰ Informe SLR II, ¶ 77.

²¹⁶¹ *Ver* Argus Consulting, Informe del viaje de El Tambor (C-0602).

²¹⁶² Informe SLR I, ¶ 60(b).

²¹⁶³ Criterio de Diseño de fecha 31 de agosto de 2010, Sección 1.7 (C-0126).

²¹⁶⁴ EIA, pág. 92 (C-0082-ENG).

²¹⁶⁵ Informe SLR II, ¶ 77.

f. *Los Demandantes no pueden justificar una tasa de recuperación del 82%*

920. Con respecto a la tasa de recuperación, los Demandantes y SRK defienden su supuesto 82% sin más asidero que lo que el Sr. Kappes creía que iría a suceder. SRK cree que los Demandantes introdujeron mejoras en la planta para alcanzar tasas de recupero mayores.²¹⁶⁶ Sin embargo, los informes en los que se basan SRK y los Demandantes para demostrar dichas mejoras en forma inequívoca dicen lo contrario: “aunque una cantidad significativa de capacidad se ha añadido con los circuitos de la columna del limpiador y del limpiador, *las recuperaciones del Au perceptiblemente no se han aumentado al parecer*, si se ha obtenido algún aumento”.²¹⁶⁷ Dicho de otro modo, las supuestas mejoras no incrementaron la tasa de recuperación,²¹⁶⁸ y no es motivo para creer que la recuperación se habría incrementado en el futuro.²¹⁶⁹

921. Los Demandantes rechazan la tasa de recupero ajustada de SLR del 40%, que se basa en información recabada por Exmingua en el año 2016.²¹⁷⁰ SRK califica a los datos de 2016 como “incompletos”, “incongruente[s]” y no exhaustivos,²¹⁷¹ a pesar de que Exmingua los consideró perfectamente aptos para sus propios fines.²¹⁷²

922. Como contingencia, el modelo reformulado de SLR proyectó recuperos a dos tasas más altas: 50% y 60%.²¹⁷³ Los Demandantes rechazan la tasa del 50% porque no se alinea con la propia información de *Exmingua*. Empero, como explicó SLR, la tasa del 50% es precisamente el promedio entre el 40% calculado a partir de una de las pruebas de Exmingua y el 60% calculado a partir de otra de las propias pruebas de Exmingua.²¹⁷⁴ De hecho, la tasa del 50% refleja la misma cantidad de oro que se encuentra en las bolsas concentradas para embarque.²¹⁷⁵

923. En resumen, los Demandantes no han logrado dar asidero a su tasa del 82% debido al fracaso de las mejores necesarias que proclamara el Sr. Kappes.²¹⁷⁶ Por lo tanto, el Tribunal debe aceptar la razón del 40% que propone SLR porque proviene de las propias pruebas de los Demandantes y son más cercanas en el tiempo a

²¹⁶⁶ Informe SRK II, ¶¶ 58-60.

²¹⁶⁷ Argus Consulting, Informe del viaje de *El Tambor*, pág. 9 (C-0602).

²¹⁶⁸ Informe SLR II, ¶ 91.

²¹⁶⁹ *Ver Quiborax*, ¶¶ 418, 422; Informe SLR II, ¶ 85 (“Lo que resulta sorprendente del Informe Argo es que la visita del Sr. Hancock al sitio fue realizada durante el mes de marzo de 2016 (alrededor de 18 meses después de la puesta en marcha de la planta). Se habría esperado que el periodo de incremento hubiera finalizado y que los balances metalúrgicos de la planta hubieran estado desarrollados y comprendidos en su totalidad para la fecha en la que Argo visitara el sitio”).

²¹⁷⁰ Informe SLR I, ¶ 75; Correo electrónico de J. Hernandez (Exmingua) a A. Vaides (Exmingua) de fecha 13 de mayo de 2016 (C-0157).

²¹⁷¹ Informe SRK II, ¶ 55.

²¹⁷² Informe SLR II, ¶ 70 (“SRK casi nada dice sobre el porqué los recuperos metalúrgicos en 2015 de la producción de oro en bolsas (40,8%) son sumamente menores que los recuperos metalúrgicos de la planta promedio (60,0%) informados en el mismo periodo”).

²¹⁷³ Informe SLR I, ¶ 185.

²¹⁷⁴ Informe SLR I, ¶¶ 74-75.

²¹⁷⁵ Informe SLR II, ¶ 90.

²¹⁷⁶ Informe SLR II, ¶ 78 (“En todo caso, el recupero del 82% que emplea SRK es a todas luces insostenible”).

la actividad minera. Los Demandantes no pueden refutar las pruebas, y de hecho, no las refutan. En subsidio, el Tribunal debe aceptar la tasa del 50% porque se trata de una compilación de ambos conjuntos de datos presentados por los Demandantes.

g. No hay pruebas que sustenten los costos que presume el Sr. Kappes

924. En lo que atañe a la cuestión de costos de capital, una vez más, los Demandantes y SRK invocan el hecho de que no se precisaban estimaciones de costos “formales ni detalladas” para erar en funcionamiento.²¹⁷⁷ Como ya se explicara, no hay motivo para alivianar la carga de la prueba a efectos de este arbitraje ni debe el Tribunal premiar a los Demandantes por tomar una decisión tan imprudente como iniciar la actividad minera sin una estimación de costos. SRK reconoce en su Segundo Informe que las estimaciones de costos no se basan en ninguna valoración detallada efectuada en ese entonces.²¹⁷⁸ Habida cuenta de la falta de documentación respaldatoria, era más que razonable que SLR añadiese una contingencia del 40% para los costos al reformular su LOM.

925. Con respecto a los costos operativos, SLR no puede dictaminar sobre la razonabilidad de la estimación de los Demandantes puesto que no existen diseños de mina, especificaciones de equipos o listados de equipo para revisar.²¹⁷⁹ La relación de desbroce —la relación entre el residuo y el mineral— constituye el ejemplo perfecto. No hay un diseño de detalle para determinar la relación de desbroce, que resulta crítico para determinar la cantidad de equipo y mano de obra necesarios, las pendientes de las paredes del tajo y los costos operativos asociados, “en esencia, todo lo que tenga que ver con la operación segura y económica de una mina a cielo abierto”.²¹⁸⁰

926. En el LOM reformulado, SLR aplicó una relación de desbroce de 7,5:1, a partir de la relación de 5:1 que supone SRK.²¹⁸¹ SRK ahora rebate esta relación mayor con la afirmación que “la secuencia de extracción no se estableció para profundizar [los tajos] gradualmente con el correr del tiempo (e incurren así en una relación de desbroce en constante aumento, como suponía [SLR]), sino más bien para lograr una relación de desbroce promedio global de aproximadamente 5:1” en todos los tajos abiertos.²¹⁸² Si ese era el plan, entonces se habría comunicado dentro de Exmingua en forma de diseño o plan minero.²¹⁸³ Pero no hay plan alguno; solo lo que

²¹⁷⁷ Réplica de los Demandantes, ¶ 675; Informe SRK II, ¶ 64.

²¹⁷⁸ Informe SLR II, ¶¶ 95-98 (donde se analizan las contingencias recomendadas en el AusIMM Cost Estimation Handbook).

²¹⁷⁹ Informe SLR II, ¶ 55.

²¹⁸⁰ Informe SLR II, ¶ 63.

²¹⁸¹ Informe SLR I, ¶ 60.

²¹⁸² Informe SRK II, ¶ 40.

²¹⁸³ Informe SLR II, ¶ 66 (donde se observa que es imposible que SRK valore la razonabilidad de la relación de desbroce de 5:1 sin un plan minero).

el Sr. Kappes dice que hubiera sucedido.²¹⁸⁴ Se necesita más.

E. Objetivos de Exploración y Oportunidades de Exploración Perdida

1) Objetivos de Exploración

927. Los Demandantes no abordan una de las críticas primarias que formula Guatemala respecto de los Objetivos de Exploración (y los Objetivos de Oportunidad Perdida que se describen a continuación): no hay prueba alguna de que los Demandantes hayan tenido la intención de desarrollar estos depósitos.²¹⁸⁵ Sin duda, los Demandantes no proporcionan dichas pruebas. Ninguna de sus presentaciones analiza los planes de Exmingua de desarrollar los depósitos. Solo se mencionan en la sección de daños como parte del análisis hipotético. Al igual que lo planteado en la sección anterior respecto de Laguna Norte, si los Demandantes hubieran tenido un plan serio con respecto a estos depósitos en el futuro, ese plan habría constado por escrito. Pues aquí no hay nada. Guatemala solicitó a los Demandantes que produjeran copias de sus planes para desarrollar los Objetivos de Exploración y los Objetivos de Oportunidad Perdida,²¹⁸⁶ pero éstos no pudieron producir ni uno.

928. Ello es importante por el estándar de daños. En su propia presentación, los Demandantes afirman que deben demostrar “que existe suficiente certeza de que [Exmingua] había participado o habría participado en una actividad de creadora de ganancias, si no hubiere ocurrido el hecho ilícito de la Demandada”.²¹⁸⁷ Es evidente que dicho estándar no se satisface con respecto a los Objetivos de Exploración habida cuenta de la falta total de pruebas. En la Réplica, los Demandantes incluso reconocen que carecían de “certezas sobre el éxito” en torno a estos objetivos.²¹⁸⁸ Según los Demandantes, “estos objetivos *podrían* haberse definido con mayor certeza” —no *habrían* sido definidos—. ²¹⁸⁹ Así, no hay certeza suficiente de que Exmingua habría desarrollado estos depósitos, y menos certeza aun de que habrían desarrollado los Objetivos de Oportunidad Perdida que se analizan más abajo.

929. Con respecto a los Objetivos mismos, los Demandantes aceptan que son “de naturaleza conceptual” y no constituyen Recursos Minerales ni Reservas Minerales, que son las dos únicas categorías aptas para efectuar

²¹⁸⁴ Informe SRK II, ¶ 40.

²¹⁸⁵ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 806.

²¹⁸⁶ Cronograma Redfern de Guatemala, Solicitud No. 22.

²¹⁸⁷ Memorial de los Demandantes, ¶ 340 (“[U]na vez que el hecho de la rentabilidad futura está establecido y no es esencialmente de naturaleza especulativa, la cantidad de tales beneficios no necesita ser probada con el mismo grado de certeza. En otras palabras, la demandante debe demostrar que se le ha privado de ganancias que en realidad se habrían obtenido. Esto requiere demostrar que existe suficiente certeza de que había participado o habría participado en una actividad de creadora de ganancias, si no hubiere ocurrido el hecho ilícito de la Demandada, y que esa actividad habría sido realmente rentable”) (donde se cita *Crystallex (CL-0153)*, ¶ 875).

²¹⁸⁸ Réplica de los Demandantes, ¶ 681.

²¹⁸⁹ Réplica de los Demandantes, ¶ 692.

una evaluación basada en ingresos.²¹⁹⁰ Afirman que los Objetivos de Exploración no fueron valuados a partir de un enfoque basado en ingresos,²¹⁹¹ pero no es cierto. Uno de los insumos principales en la valuación final de Versant es el Valor Objetivo, que se deriva de un análisis de DCF (basado en ingresos).²¹⁹² Como ha insistido SLR, y lo establecen las pautas de valuación con claridad: “No se considera aceptable emplear, en el Enfoque basado en ingresos, ‘recursos posibles’, ‘recursos hipotéticos’ o cualquier otra categoría que no se ajuste a las definiciones de Recursos Minerales y Reservas Minerales”.²¹⁹³

930. Los Demandantes incluso concuerdan en que las normas de valuación rectoras desalientan el uso del enfoque basado en ingresos para proyectos de exploración.²¹⁹⁴ Con todo, hacen a un lado estos puntos y aducen que estas categorías “no fueron diseñados para valorar la pérdida de oportunidades”.²¹⁹⁵ Sea como fuere,²¹⁹⁶ las categorías de clasificación sí están diseñadas para dar información precisa y confiable sobre el riesgo que pueden emplear terceros inversores al tomar sus decisiones de inversión. Los Demandantes no ofrecen otro motivo por el cual esas normas deban hacerse a un lado a los fines de este arbitraje. La necesidad de contar con información confiable se hace presente en ambos contextos.

931. Los Demandantes sostienen que los Objetivos de Exploración incluyen “tonelajes y leyes conceptuales... para entonces ser utilizados en combinación con los aspectos geológicos para arribar a una valoración”.²¹⁹⁷ Sin embargo, ese enfoque “conceptual” fue rechazado en *South American Silver c. Bolivia*, donde el proyecto minero apenas había avanzado hacia una etapa de “estudio conceptual o *Preliminary Economic Assessment*” (“PEA”), como el proyecto que nos ocupa.²¹⁹⁸ Si bien el proyecto tenía potencial, “no existía certidumbre alguna de que tal potencial se pudiese realizar” dada la etapa incipiente en la que se encontraba el proyecto en ese momento.²¹⁹⁹

²¹⁹⁰ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 808; Réplica de los Demandantes, ¶ 682-83; SRK II, ¶ 77 (donde SRK admite aplicar un cálculo de DCF a su análisis de los Objetivos de Exploración); Informe SRK I, ¶ 85 (“Los modelos del DCF producidos utilizando los datos anteriores arrojaron VNP a una tasa de descuento del 10%142 del orden de 55 millones de dólares para cada objetivo de Hard Rock (un total de 165 millones de dólares para los tres objetivos de Hard Rock), Y USD 425 millones para el objetivo de la saprolita.”).

²¹⁹¹ Informe SRK II, ¶ 77.

²¹⁹² Informe SLR II, ¶ 108.

²¹⁹³ Informe SLR II, ¶ 105; CIMVal 2003, G4.9 en pág. 25 (C-0197-ENG).

²¹⁹⁴ Réplica de los Demandantes, ¶ 682; Informe SRK II, ¶ 75.

²¹⁹⁵ Réplica de los Demandantes, ¶ 682.

²¹⁹⁶ La Demandada no objeta que las clasificaciones de recursos no están diseñadas para evaluar la pérdida de oportunidades en un contexto de resolución de diferencias.

²¹⁹⁷ Réplica de los Demandantes, ¶ 683.

²¹⁹⁸ *South American Silver Limited (Bermuda) c. Bolivia*, Caso CPA No. 2013-15, Laudo (22 de noviembre de 2018), ¶¶ 809, 811 (RL-0053).

²¹⁹⁹ *South American Silver c. Bolivia*, Laudo, ¶¶ 815, 857 (RL-0053) (“En síntesis, el método de valoración presentado por FTI está sujeto a incertidumbres de tal magnitud que no permiten tener un grado siquiera aproximado de convicción de lo

932. El caso *Bear Creek c. Perú* también resulta persuasivo. Allí, el tribunal rechazó la valuación basada en ingresos (DCF) —que conforma la base valuatoria de SRK— porque el proyecto minero se encontraba en una fase muy temprana. El inversor todavía no había obtenido autorización para explotar el área, al igual que Exmingua con respecto al área de la concesión de Santa Margarita.²²⁰⁰ Como en el presente caso, no había pruebas que avalaran que el proyecto sería redituable. Y no había nada que demostrara que el inversor podría haber generado utilidades en circunstancias similares.²²⁰¹ Exmingua no ha presentado pruebas de utilidades pasadas relacionadas con la minería.

933. En lo que atañe a la capacidad de Exmingua de desarrollar estos depósitos, los Demandantes se limitan a alegar que ésta podría haber incrementado su capacidad de procesamiento si así lo hubiese querido.²²⁰² Sus propias pruebas afirman otra cosa. Como se explica más arriba, los Demandantes nunca alcanzaron su capacidad objetivo de 250 tpd de manera sistemática, e incluso esta cifra es una razón demasiado baja para manejar la materia prima adicional de los Objetivos de Exploración. La propia documentación de los Demandantes fija una razón máxima de 200 tpd.²²⁰³ La planta debería haber tenido que exceder la razón máxima para desarrollar los depósitos adicionales, pero no obran pruebas de que hubiese podido hacerlo. No cabe duda de que los datos no avalan tal conclusión.

934. Por último, con respecto a Radius y Gold Field, los Demandantes creen que su decisión de conservar el derecho a percibir regalías futuras indica que el proyecto tenía valor.²²⁰⁴ Pues no. Si Radius y Gold Field creían que el proyecto valía cientos de millones de dólares, habrían explotado los proyectos o los habrían vendido por esa cantidad en lugar de entregarlos por un buen descuento. Y el pago de regalías futuras no es más que la esperanza de obtener algo a partir de la inversión. Radius y Gold Fields podrían haber empleado los métodos

que podría ser el valor del Proyecto. Se trata de una valuación sujeta a un alto grado de contingencias, a la elaboración de hipótesis y a criterios de apreciación por la falta de bases objetivas. Ello obedece, en opinión del Tribunal, a la evidente dificultad de valorar con algún grado de aproximación y objetividad un proyecto que, como se señaló en los párrafos 808 a 823 anteriores, está en un estado incipiente, sin ninguna actividad minera, con un volumen importante de exploración aún pendiente, sin estudio de pre-factibilidad y sujeto a serias incertidumbres que cubren tanto los aspectos técnicos, incluida la incertidumbre de usar el Proceso Metalúrgico no probado, como la extensión real de los recursos, y su comerciabilidad atendiendo a la falta de algún grado de certeza sobre los costos para llegar a una explotación comercialmente viable. Es, en fin, un proyecto cuyo estado casi embrionario no permite hacer una valoración que brinde un grado suficiente de certeza respecto de su valor real”).

²²⁰⁰ *Bear Creek c. Perú*, Laudo, ¶ 600 (CL-0139).

²²⁰¹ *Id.*, at ¶ 601 (CL-0139) (“En el presente caso, la Demandante alega que, para superar la falta de un historial de rentabilidad, la demandante debe aportar pruebas convincentes de su capacidad para producir utilidades en las circunstancias específicas que le toque encarar. Dichas pruebas podrían incluir experiencia (propia o de expertos competentes) o registros societarios que establezcan, en base a las probabilidades, que se habrían obtenido utilidades de la Concesión de que se trate teniendo en cuenta los particulares riesgos involucrados”).

²²⁰² Réplica de los Demandantes, ¶ 685.

²²⁰³ EIA, pág. 92 (C-0082-ENG).

²²⁰⁴ Réplica de los Demandantes, ¶ 686.

de valuación novedosos de SRK para valuar los depósitos desconocidos. En cambio, dedujeron sus pérdidas, demostrando que jamás planearon recuperar costos hundidos, mucho menos conseguir una ventaja en el futuro. Sin duda se les debe otorgar peso a esas decisiones.

2) Objetivos de Oportunidad Perdida

935. Los Objetivos de Oportunidad Perdida adolecen de los mismos defectos que los Objetivos de Exploración, es decir, la falta de un plan y/o la capacidad de desarrollar estos depósitos. No es, como afirman los Demandantes, que Guatemala no haya asignado valor alguno a estos depósitos.²²⁰⁵ El valor solo se puede derivar de las pruebas certeras de los Demandantes de que Exmingua sabía lo que estaba haciendo, contaba con un plan detallado que avanzara con una clasificación de recursos debidamente investigados y se hubiera comprometido con estos depósitos.
936. El empleo de que hacen los Demandantes del Método Probabilístico Geológico también es problemático tanto para estos objetivos como para los Objetivos de Exploración. No es un enfoque diseñado para la valoración de las propiedades de exploración.²²⁰⁶ Se trata, más bien, de un enfoque basado en ingresos que no resulta adecuado para valorar recursos inferidos.²²⁰⁷ Ni siquiera cuenta con el reconocimiento de las diversas pautas de valuación internacionales.²²⁰⁸ Si este enfoque no es el adecuado para valorar propiedades como Tambor, y si no está reconocido en las normas de la industria, entonces no debiera ser empleado a los fines de este arbitraje.
937. SRK defiende este enfoque señalando el propio uso que hace internamente de éste y un trabajo sobre la metodología de valuación probabilística en general. Con todo, ningún documento avala, y mucho menos aplica, el Método Probabilístico Geológico que emplea SRK en el caso de marras. Como ya lo explicara el perito de Guatemala, el enfoque de SRK es una variación impropia de un enfoque distinto que emplean otros geólogos.²²⁰⁹ No se reconoce, ni mucho menos se menciona, en ninguna pauta de valuación internacional y no hay ejemplos de que alguna vez se haya empleado esta metodología.
938. La última observación de los Demandantes es que “sería inaceptable para un vendedor dispuesto a aceptar,

²²⁰⁵ Réplica de los Demandantes, ¶ 689.

²²⁰⁶ Informe SLR I, ¶ 229; *ibid.* ¶ 231 (“Estos ‘factores de escala’ relacionados geológicamente parecen estar más relacionados con la ocurrencia de la mineralización en la etapa de exploración, sin tener en cuenta el tamaño y la ley, o la probabilidad de descubrimiento o la viabilidad económica potencial”); Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 813 (“el enfoque aquí es similar al utilizado por gobiernos y agencias internacionales para ‘evaluar la llamada dotación mineral no descubierta de un país’”).

²²⁰⁷ Informe SLR II, ¶¶ 105, 107.

²²⁰⁸ Informe SLR II, ¶ 107.

²²⁰⁹ Informe SLR I, ¶ 232 (“Ni SRK ni Versant han aplicado correctamente el método de las probabilidades geológicas (o riesgo geológico) como se describe en Lord y otros y Morley”).

con certeza” que no habría valor a través de siete objetivos de exploración que han sido probados y se encuentran cerca de una mina operativa. Ese argumento pone de cabeza la carga de la prueba. Guatemala no está obligada a probar la negativa: que ningún vendedor dispuesto no le otorgaría valor a dichos Objetivos. Más bien, los Demandantes deben probar que un comprador dispuesto asignaría valor a los objetivos. Los Demandantes se quedan muy cortos con esta carga que pesa sobre ellos.

939. Para ponerlo en perspectiva, por último, SRK ha estimado que el Proyecto El Tambor tiene una dotación de oro potencial de entre 4,8 y 8,3 millones de onzas de oro, lo que lo ubica en el percentil 96 de propiedades de oro del mundo.²²¹⁰ Desde el año 2003, se han descubierto apenas 0,2 millones de onzas en el Proyecto El Tambor, y aun así SRK cree que esta cifra se incrementará en ni más ni menos que un 4.150%.²²¹¹ La realidad es que son tan pocas las propiedades de exploración que llegan a ser redituables que no suena realista evocarle un valor a un depósito imaginario.²²¹² Una vez más, los Demandantes no tenían plan para desarrollar los Objetivos de Oportunidad Perdida (o los Objetivos de Exploración). Sus valuaciones son meros cálculos subjetivos basados en adivinanzas internas y teorías que nunca han sido revisadas por pares.

VII. DAÑOS²²¹³

A. Los Demandantes siguen aplicando un estándar compensatorio incorrecto

940. Previamente en su Memorial de Contestación, Guatemala demostró que el Artículo 10.7 del DR-CAFTA describe el estándar compensatorio aplicable en caso de expropiación directa e indirecta, dentro del alcance del DR-CAFTA.²²¹⁴ La Réplica de los Demandantes no causa ningún impacto sobre esa demostración. Los Demandantes sencillamente insisten en realizar una interpretación del DR-CAFTA estratégicamente inexacta, que desconoce completamente su texto y sus anexos interpretativos.²²¹⁵ En las propias palabras de este Tribunal, el tribunal que interprete los términos del DR-CAFTA también debiera tener en cuenta, entre otras cuestiones, “todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones”,²²¹⁶ así como as “toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual

²²¹⁰ Informe SLR II, ¶ 121.

²²¹¹ Informe SLR II, ¶ 122.

²²¹² Informe SLR II, ¶ 125.

²²¹³ Sin perjuicio del análisis que se lleva a cabo en esta sección y conforme se establece en Memorial de Contestación y en este memorial, Guatemala sostiene que no ha existido ninguna violación al Tratado y, por lo tanto, los Demandantes no tienen derecho a pedir reparación. Adicionalmente, Guatemala ya ha explicado en detalle en la sección V.E.1 *supra*, la forma en la que los Demandantes han alterado su reclamo de expropiación en contra de Guatemala de un reclamo de pérdidas reflejo a un reclamo de pérdidas directas y viceversa. Por tanto, y en abundante cautela, Guatemala está considerando los reclamos de daños de los Demandantes sin estos ser simplemente desechados por falta de conexión causal respecto de los argumentos finales presentados por los Demandantes, quienes no han probado que ninguna de las medidas alegadas los haya afectado de forma directa en sus derechos.

²²¹⁴ Memorial de Contestación de Guatemala, § VIII.A.

²²¹⁵ Réplica de los Demandantes, ¶¶ 610-614.

²²¹⁶ Decisión sobre Objeciones Preliminares de la Demandada, ¶ 123.

conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado”.²²¹⁷ La posición de Guatemala está respaldada en el propio Tratado, la intención de las Partes del DR-CAFTA y la práctica de diversos tribunales, conforme se explica en los siguientes párrafos.

941. *Primero*, el propio texto respalda la posición de Guatemala. El Artículo 10.7 del DR-CAFTA no realiza ninguna diferenciación entre expropiación lícita e ilícita. En su Réplica, los Demandantes aducen que la Demandada pretende confundir la obligación del tratado resultante de compensar por una expropiación legal con la obligación de pagar daños y perjuicios por una expropiación ilegal y que este razonamiento “se deriva de una interpretación errónea del Tratado y, más fundamentalmente, del derecho internacional.”²²¹⁸ Sin embargo, lo cierto es lo contrario. Los Demandantes simplemente pretenden anular el principio que sostiene que los tratados de inversión constituyen *lex specialis* con respecto a las cuestiones que cubre, y en consecuencia, las normas que se establecen en esos tratados invalidan la aplicación de normas que entren en conflicto con el derecho consuetudinario internacional.²²¹⁹ Pueden existir otras disposiciones que, de forma explícita o implícita se basen en el derecho general internacional.²²²⁰ Sin embargo, el estándar compensatorio del DR-CAFTA ante algún tipo de expropiación no es una de ellas.

942. El Prof. Gantz concuerda con la posición de Guatemala. En virtud del Artículo 10.7 del DR-CAFTA, “existen lineamientos detallados para la determinación del monto de la compensación y el cálculo de los intereses respecto de las expropiaciones comprendidas en el marco del Artículo 10.7.”²²²¹ En un artículo sobre la resolución de controversias en virtud del DR-CAFTA, el Profesor Gantz llega a la conclusión de que si bien algunos tribunales que han determinado que ha existido una expropiación ilícita en un caso específico podrían adoptar la posición errónea de sostener que la medida de la compensación especificada en la disposición sobre expropiación relevante resulta inaplicable, sin embargo, “[b]ajo el DR-CAFTA, se dispone un estándar compensatorio muy explícito en el Artículo 10, que especifica el valor justo de mercado en el momento de la expropiación, y parece improbable que un Tribunal fuese a aplicar un estándar diferente”.²²²² Esto solo

²²¹⁷ Decisión sobre Objeciones Preliminares de la Demandada, ¶ 123.

²²¹⁸ Réplica de los Demandantes, ¶ 611.

²²¹⁹ José E. Alvarez, *A Bit on Custom*, 42 N.Y.U. J. INT’L L. & POL. 17 (2009), 17, 31 (RL-0411) (“Algunos aspectos de los TBIs son *lex specialis*; es decir, tienen por objeto excluir la aplicabilidad de normas generales en contrario [...]”); Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de Artículos Sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Sesión 55^a (2001), Artículo 55 (RL-0291) (“Artículo 55: *Lex Specialis*. Estos artículos no se aplicarán en el caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la responsabilidad internacional de un Estado o el modo de hacerla efectiva se rijan por normas especiales de derecho internacional.”).

²²²⁰ Jose E. Alvarez, *A Bit on Custom*, 42 N.Y.U. J. INT’L L. & POL. 17 (2009), 17, 31 (RL-0411) (“Algunos aspectos de los TBIs son *lex specialis*; es decir, tienen por objeto excluir la aplicabilidad de normas generales en contrario [...]”).

²²²¹ David A. Gantz, Resolución de Controversias en virtud del Tratado de Libre Comercio Centroamérica - Estados Unidos - República Dominicana (*Settlement of Disputes Under the Central America-Dominican Republic-United States Free Trade Agreement*), 30 B.C. INT’L & COMP. L. REV. 331, 382 (2007) (RL-0050).

²²²² *Ibid.*, n. 248.

confirma que el Tribunal debe aplicar la disposición específica incluida en el tratado (*lex specialis*) en detrimento de toda norma de derecho consuetudinario internacional (*lex generalis*).

943. *Segundo*, las Partes del DR-CAFTA ratificaron expresamente que el mismo estándar compensatorio se aplica a expropiaciones directas, indirectas, lícitas e ilícitas. Esto es precisamente lo que hicieron las Partes cuando negociaron y aprobaron el Anexo 10-C. Las Partes del tratado aclararon que en esos casos de expropiación indirecta –que de aceptarse el término, constituirían necesariamente expropiaciones ilícitas– se abordan en el Artículo 10.7 y, por lo tanto, el estándar compensatorio incluido en el Artículo 10.7 debiera aplicarse a toda expropiación indirecta (es decir, ilícita). Negar la posición de que el Artículo 10.7 cubre todas las expropiaciones, incluidas las denominadas expropiaciones “ilícitas”, iría en contra de la postura de los Demandantes y les impediría sustanciar reclamos por expropiación indirecta en virtud de esa disposición específica.

944. Aún si asumiéramos *gratia arguendi* que el texto del DR-CAFTA no resulta del todo claro, la Presentación de los Estados Unidos como Parte No Contendiente, que constituye evidencia de la intención de las partes del tratado, respalda y confirma la posición de Guatemala. Según indica Estados Unidos, que es el Estado de nacionalidad de los Demandantes, “la expropiación que no se ajusta a cada una de las condiciones específicas establecidas en los párrafos (a) a (d) del Artículo 10.7.1, constituye una violación del Artículo 10.7. Esa violación requiere compensación, de conformidad con las disposiciones establecidas en el Artículo 10.7.2.”²²²³ En otras palabras, el estándar compensatorio establecido en el Artículo 10.7.2. se aplicará a todas las expropiaciones, independientemente de que se consideren “lícitas” o “ilícitas”.

945. *Tercero*, la práctica de los tribunales internacionales respalda la interpretación de Guatemala. Como se anticipó en el Memorial de Contestación de Guatemala, diversos Tribunales han establecido que el estándar compensatorio contenido en un tratado puede aplicarse al universo completo de expropiaciones, independientemente de que se consideren lícitas o ilícitas.²²²⁴ En el caso *Rumeli c. la República de Kazajstán*, el tribunal determinó que el estándar compensatorio estipulado en el TBI debería aplicarse a los casos de expropiación lícita e ilícita.²²²⁵ En la misma línea, el Tribunal en el caso *British Caribbean Bank c. Gobierno*

²²²³ Escrito de los EE. UU., ¶ 40.

²²²⁴ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 826-828.

²²²⁵ *Ver Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri c. Kazajstán* (Caso CIADI No. ARB/05/16), Laudo (29 de julio de 2008), ¶ 793 (CL-0147) (“[...] En ambos casos, el Tribunal considera que el abordaje correcto consiste en otorgar esa compensación que restituirá a los Demandantes el valor que tenían sus en el momento en el que se llevó a cabo la expropiación. Esta acción requiere que el Tribunal considere exclusivamente el valor que las acciones hubieran tenido probablemente en manos de los Demandantes si no se hubieran expropiado las acciones y, por lo tanto, dejar de lado todo incremento (o toda reducción) en el valor de las acciones que los Demandantes no hubieran disfrutado (o sufrido) probablemente si las acciones hubieran permanecido en sus manos.”).

de Belice determinó que “tratándose de una *lex specialis*, en ningún punto el Tratado distingue entre expropiación lícita e ilícita [...] Una vez establecida la violación de las disposiciones del Tratado respecto de la expropiación, el Estado ha violado el Tratado.”²²²⁶ El tribunal reconoció que las partes habían debatido la redacción específicamente y que “[e]l uso del término ‘deberá’ no implicaba ambigüedad alguna en tanto no quedaba lugar para otro método de evaluación de la compensación pretendida” en casos en los que algunos calificarían las expropiaciones de “ilícitas”.²²²⁷ Asimismo, los tribunales en los casos *Marion Unglaube c. Costa Rica*²²²⁸ y *Funnekotter c. Zimbabwe* señalaron que la jurisprudencia y la doctrina internacional no son absolutamente claras con respecto a la posibilidad de aplicar un estándar compensatorio diferente para las denominadas expropiaciones “ilícitas”, mostrando *de iure* que el Tribunal no puede incumplir con su obligación de aplicar el tratado correspondiente.

946. Los casos citados demuestran que, contrario a lo que los Demandantes han argumentado,²²²⁹ no existe consenso respecto de la aplicación de un estándar de reparación íntegra para casos de expropiación ilícita iniciados en virtud del tratado de inversión y que, por el contrario, el texto del tratado aplicable debe prevalecer en los casos en los que la interpretación de su texto obliga a un tribunal a aplicar el mismo estándar compensatorio a todos los casos de expropiación.

947. Los Demandantes se basan en *Siemens c. Argentina*,²²³⁰ *Vivendi c. Argentina*,²²³¹ *Biwater c. Tanzania*,²²³² *Saipem c. Bangladesh*,²²³³ *Karkey Karadeniz c. Pakistán*²²³⁴ y *UP & CD Holding c. Hungría*²²³⁵ para probar un aparente “enfoque dominante” de los tribunales arbitrales respecto de la aplicación de un estándar de reparación íntegra a los casos de expropiaciones ilícitas. No obstante lo anterior, más allá del hecho de que la muestra ofrecida incluye decisiones que, posteriormente, fueron revertidas o se dejaron sin efecto antes de

²²²⁶ Ver *British Caribbean Bank Ltd. c. Gobierno de Belice*, Caso CPA Nro. 2010-18, Laudo (19 de diciembre de 2014), ¶260. (RL-0308). Ver también, Escrito de los Estados Unidos como Parte No Contendiente, ¶ 69.

²²²⁷ Ver *British Caribbean Bank Ltd. c. Gobierno de Belice*, Caso CPA Nro. 2010-18, Laudo (19 de diciembre de 2014), ¶ 261. (RL-0308).

²²²⁸ *Marion Unglaube c. República de Costa Rica*, Caso CIADI N° ARB/08/1, Laudo (16 de mayo de 2012), ¶ 306 (RL-258) (Donde se argumenta que la doctrina y la jurisprudencia internacionales no son perfectamente claras con respecto a la aplicación del estándar de derecho consuetudinario internacional a casos de expropiación ilícita); *Bernardus Henricus Funnekotter y otros contra República de Zimbabwe*, Caso CIADI N° ARB/05/6, Laudo (22 de abril de 2009), ¶ 110 (CL-0158).

²²²⁹ Réplica de los Demandantes, ¶ 607.

²²³⁰ Ver, Art. 4 del TBI Argentina-Alemania (RL-0222).

²²³¹ Ver, Art. 5 del TBI Argentina-Francia (CL-0105).

²²³² Ver, Art. 5(1) del TBI entre Tanzania y el Reino Unido (RL-0412).

²²³³ Ver, Art. 2 del TBI entre Bangladesh e Italia (RL-0413).

²²³⁴ Ver, Art. 6 del TBI entre Pakistán y Turquía (RL-0414).

²²³⁵ Ver, Art. 5 del del TBI Francia-Hungría (RL-0415).

quedar firmes,²²³⁶ los Demandantes no acreditaron el parecido de estas decisiones con este caso ni tampoco hicieron comparaciones de las disposiciones aplicadas en dichos casos con la disposición contenida en el DR-CAFTA que contiene el estándar compensatorio aplicable.

948. De hecho, en *UP & CD Holding c. Hungría*, el Tribunal determinó que “a menos de que un tratado incluya una referencia clara a la indemnización por expropiación ilícita, la regla compensatoria a la que se hace referencia en el TBI se aplicará exclusivamente a la expropiación lícita, mientras que la indemnización por expropiación ilícita se regirá por el derecho consuetudinario internacional”.²²³⁷ Esto solo confirma la posición de Guatemala, que sostiene que la *lex specialis* específica incluida en el DR-CAFTA torna inaplicable toda disposición general del derecho consuetudinario internacional en contrario. Al realizar una evaluación más detallada, el Tribunal concluirá que ninguno de los casos que citan los Demandantes versa sobre tratados que contengan disposiciones (y algún anexo que interprete ese tipo de disposiciones) comparable a la disposición incluida en el DR-CAFTA, y mucho menos un escrito por alguna de las partes no contendientes del tratado pertinente que confirme su interpretación.

949. En síntesis, Guatemala ha demostrado que el texto, el objeto, el propósito y la intención de las partes del DR-CAFTA, y la práctica posterior de diversos tribunales favorecen su posición y confirma que el estándar compensatorio a aplicar en todos los casos de expropiación (incluidos los casos de expropiación lícita e ilícita) en virtud del DR-CAFTA, es el valor justo de mercado al momento de los supuestos incumplimientos. Los Demandantes no probaron que el texto y la intención de las partes favorecen su posición y menos aún que exista consenso internacional respecto de la aplicación de un estándar de reparación íntegra en los casos de expropiaciones ilícitas. Por lo tanto, el Tribunal debería concluir fácilmente que el estándar compensatorio que se establece en el artículo 10.7.3 del DR-CAFTA (es decir, el valor justo de mercado en la fecha de la expropiación) resulta aplicable en este caso.

B. La Fecha de Valuación escogida por los Demandantes contradice expresamente el DR-CAFTA

950. Como se ha demostrado en el Memorial de Contestación de Guatemala, la fecha de valuación correcta, conforme al DR-CAFTA, es la fecha de la supuesta conducta o acción que causó los daños. Los Demandantes insisten en aplicar un estándar compensatorio incorrecto; es decir, la reparación íntegra, con el objetivo principal de intentar presentar un argumento insostenible que aduce que únicamente una fecha de valuación *ex post* podría “eliminar las consecuencias del incumplimiento por parte de la Demandada”.²²³⁸ La posición de

²²³⁶ Ver, por ejemplo, casos *Siemens c. Argentina* y *Karkey c. Pakistán*, ambos discontinuados por las partes contendientes mientras los procedimientos de anulación se encontrarán en trámite.

²²³⁷ Ver *UP (formerly Le Chèque Déjeuner)* y *C.D Holding Internationale c. Hungría*, Caso CIADI N° ARB/13/35, Laudo (9 de octubre de 2018), ¶ 501 (RL-0085).

²²³⁸ Réplica de los Demandantes, ¶607.

los Demandantes es errónea debido a que contradice expresamente el texto del DR-CAFTA, lo cual es confirmado por decisiones persuasivas de diversos tribunales, conforme se explica abajo.

951. *Primero*, Guatemala mantiene que el DR-CAFTA constituye *lex specialis* y su texto respalda la fecha de valuación escogida por Guatemala. El Artículo 10.7.3 del DR-CAFTA establece “[...] la indemnización pagada no será inferior al **valor justo de mercado en la fecha de la expropiación** [...]” (Énfasis añadido). En consecuencia, la fecha de valuación a aplicar en este caso es el 5 de mayo de 2016 (la “Fecha de Valuación”),²²³⁹ fecha en la cual la Corte de Constitucionalidad emitió la resolución que confirmó la resolución de amparo provisional emitida por la Corte Suprema el 11 de noviembre de 2015²²⁴⁰ y, por lo tanto, la fecha del acto que los Demandantes alegan que constituye la violación del tratado.²²⁴¹

952. Además de la claridad del texto del DR-CAFTA, la presentación de los Estados Unidos también concluye en que la fecha de valuación adecuada debería ser la fecha del incumplimiento, debido a que “excluye correctamente las lesiones que pudieran producirse como consecuencia de eventos posteriores a la fecha del incumplimiento, que carezcan de relación de causalidad suficiente con el incumplimiento.”²²⁴² Como Estados Unidos ha acreditado, la fecha de valuación impacta no solo en el cálculo del valor del activo, sino que también garantiza que se reparen únicamente los eventos que guardan alguna conexión con el incumplimiento.

953. *Segundo*, el “principio” que sostiene que en casos de expropiaciones ilícitas les asiste a los demandantes el derecho a elegir la fecha de valuación no es aceptado; por el contrario, ha sido objetado por expertos en derecho internacional. El árbitro George Abi-Saab y la Prof. Brigitte Stern presentaron opiniones disidentes exhaustivas y amplias en los casos *ConocoPhillips c. Venezuela* y *Quiborax c. Bolivia* explicando este punto.

954. En *ConocoPhillips*, el árbitro Abi Saab ratificó que, aceptar que en el caso de una expropiación ilegal no se aplique el estándar de compensación del tratado en caso de expropiación constituye una “proposición muy controvertida”.²²⁴³

955. Asimismo, en el caso *Quiborax*, la Prof. Brigitte Stern presentó un análisis de la jurisprudencia sobre el método utilizado para el cálculo de la compensación en casos de expropiación “ilícita”, incluida la fecha de valuación. Afirma que un análisis de treinta años de jurisprudencia de arbitraje en materia de inversiones arroja

²²³⁹ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala de fecha 5 de mayo de 2016, Expediente 1592-2014 (C-0193).

²²⁴⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala de fecha 11 de noviembre de 2015, Expediente 1592-2014 (C-0004).

²²⁴¹ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 833-834.

²²⁴² Escrito de EE. UU, ¶ 62.

²²⁴³ *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. y ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N° ARB/07/30, Opinión Disidente a la Decisión sobre Jurisdicción y Fondo (19 de febrero de 2015), ¶ 256 (RL-0416).

que “[...] en la mayoría abrumadora de casos que han tenido que ver con expropiaciones ilegales, la fecha de expropiación se adoptó con el objeto de calcular los daños, basado en lo que era previsible en esa fecha”²²⁴⁴ es decir, un enfoque *ex-ante*. Los únicos casos que adoptaron la fecha del laudo e información *ex post*, a efectos del cálculo de la compensación son *ADC c. Hungría*, *Siemens c. Argentina*, *ConocoPhillips c. Venezuela* y *Yukos c. Rusia*, que, en su opinión, representan una posición ultra minoritaria.²²⁴⁵ En sus propias palabras:

[...] los cientos de laudos que han otorgado, en el caso de expropiación tanto legales como ilegales, el valor justo de mercado del bien expropiado, evaluado a la fecha de la expropiación, con el conocimiento de ese momento,²²⁴⁶

956. En un intento de inflar su reclamo, los Demandantes se basan en una valuación *ex post* y aducen que “habrían tenido la oportunidad de seguir avanzando en el Proyecto mediante la realización de más exploraciones y la continuación de la explotación minera.”²²⁴⁷ Además de que sus argumentos resultan inapropiados, desde el punto de vista legal, la evidencia demuestra lo contrario. Asimismo, el Informe Rosen/Milburn demuestra la inexactitud de la insistencia de Versant en el uso de un análisis *ex post* en el presente caso debido a que “Versant no es capaz de observar las condiciones que hubieran regido en ausencia de los incumplimientos del Tratado o el alcance con el que hubiera avanzado el Proyecto El Tambor, si hubiera sido el caso, hasta la actualidad y el paso del tiempo no ayuda a Versant para que lo haga.”²²⁴⁸ En otras palabras, los Demandantes se basan en hipótesis que no eran previsibles en ese momento. Esto es precisamente lo que la Prof. Brigitte Stern critica en el uso de valuaciones *ex post*.²²⁴⁹ Brigitte Stern argumenta que el inversionista debería tener derecho a recibir únicamente “lo que era previsible en la fecha de la expropiación, que se encuentra en línea con el respeto a las expectativas legítimas del inversionista”.²²⁵⁰

957. Los Demandantes no solo se basan en información imprevisible que no se encontraba disponible en el momento, pero su informe de valuación también abusa del marco *ex post*

en el intento de transformar un proyecto minero pequeño, riesgoso y no rentable con apenas 253.000 onzas de recursos de los cuales los Demandantes eran propietarios previo a las supuestas violaciones en un proyecto más grande que habría generado flujos de caja libres de riesgo antes de impuesto a una fecha actual y habrían descubierto 5.0 millones a 7.0 millones de onzas de oro

²²⁴⁴ *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No ARB/06/2, Opinión Disidente Parcial (7 de septiembre de 2015), ¶43 (RL-0126).

²²⁴⁵ *Ibid.*, ¶ 43-44. Precisamente, los Demandantes se basan en los casos de *Quiborax* y *ConocoPhillips* para fundar su posición. Ver Réplica de los Demandantes ¶ 621, 623.

²²⁴⁶ *Quiborax c. Bolivia*, Opinión Parcialmente Disidente (7 de septiembre de 2015), ¶ 43 (RL-0126).

²²⁴⁷ Réplica de los Demandantes ¶ 621.

²²⁴⁸ Informe Rosen/Milburn, ¶ 86.

²²⁴⁹ Ver *Quiborax c. Bolivia*, Opinión Parcialmente Disidente (7 de septiembre de 2015), ¶¶ 58-59 (RL-0126).

²²⁵⁰ *Ibid.*, ¶ 60.

adicionales para marzo de 2021²²⁵¹

958. Finalmente, los Demandantes argumentan que otra razón por la cual se debe aplicar la fecha del Laudo como la fecha de valuación es el hecho de que los Demandantes no tenían intención de vender el Proyecto El Tambor en 2016 y que el experto Rosen “está familiarizado con esa posición” tal y como opinó en el caso Clayton²²⁵² Contrario a lo que los Demandantes argumentan, el experto Howard Rosen no aceptó la posición de que el valor libre de mercado no puede aplicarse si un demandante no tiene intención de vender. Lo que en realidad dijo fue que el valor libre de mercado puede diferir de una reparación total a un demandante si el valor presente de los flujos futuros de efectivo de este demandante son más altos que lo que un comprador hipotético pagaría – debido a una integración vertical o algún otro atributo específico del comprador.²²⁵³ En este caso, Verstant no ha demostrado ningún atributo específico de los Demandantes o el Proyecto El Tambor que cause que el valor libre de mercado difiera de una reparación total (además de una valuación con fecha actual, lo cual es un asunto de derecho y el cual está expresamente establecido en el DR-CAFTA).²²⁵⁴

959. En síntesis, no existe un principio reconocido que establezca que les asiste a los inversores el derecho a elegir una fecha de valuación en casos de expropiación “ilícita”. Muy por el contrario, esa premisa ha sido fuertemente criticada y, por lo tanto, Guatemala sostiene que en virtud de la *lex specialis* (es decir, el Artículo 10.7.3 del DR-CAFTA) la fecha de valuación es la fecha de los incumplimientos y que un marco *ex ante* debe aplicarse, conforme se presenta en el Informe Rosen²²⁵⁵ y el Informe Rosen/Milburn.²²⁵⁶ En todo caso, la indemnización que pretenden los Demandantes debería ser sustancialmente menor, ya sea que se utilice la fecha de valuación que sugieren los Demandantes (es decir, la fecha del laudo) o que se utilicen las fechas de valuación presentadas por Guatemala (es decir, la fecha de los incumplimientos) conforme se describe en los apartados siguientes.

1) La fecha de valuación correcta resultaría en daños significativamente menores.

960. Como sostuvo Guatemala en su Memorial de Contestación, la fecha de expropiación que eligieron los Demandantes persigue cubrir una serie de reclamaciones espurias. La elección, por parte de los Demandantes de una fecha incorrecta no es inocente, dado a que los Demandantes pretenden justificar las consecuencias de las acciones ilegales de los Demandantes y sus compañías desde el 11 de noviembre de 2015, fecha en la que

²²⁵¹ Informe Rosen/Milburn, ¶ 87.

²²⁵² Réplica de los Demandantes, ¶ 625.

²²⁵³ Informe Rosen/Milburn, ¶ 120-121.

²²⁵⁴ Informe Rosen/Milburn, ¶123.

²²⁵⁵ Informe Rosen ¶ 236.

²²⁵⁶ Informe Rosen/Milburn, ¶¶ 99-102.

la Corte Suprema suspendió su licencia.²²⁵⁷

961. Conforme se presenta en detalle en la sección VII.E del presente escrito y sobre la base del Informe Rosen/Milburn, la valuación que utilice la Fecha de Valuación (es decir, el 5 de mayo de 2016) rendiría un valor máximo de entre USD 3.1 millones y USD 7.5 millones.²²⁵⁸ Si, en cambio, se tomara el 11 de noviembre de 2015, la fecha en la que la Corte Suprema emitió su decisión en virtud de la cual declaró con lugar el amparo provisional -y, como resultado de ello, podría decirse que es la fecha de valuación correcta si el caso de los Demandantes fuere tomado textualmente- la valuación se vería afectada y reducida. El Informe Rosen/Milburn muestra que, a pesar de que la fecha es apenas 6 meses anterior a la Fecha de Valuación, el precio de mercado del oro se incrementó en un 17% y el mercado correspondiente a compañías de oro más pequeñas se incrementó en un 63% durante ese período de 6 meses.²²⁵⁹ Por lo tanto, la valuación disminuiría un 43%, con lo cual el Proyecto quedaría valuado en cifras entre USD 1.900.000 y USD 4.500.000.²²⁶⁰

2) La fecha de valuación utilizada debería también resultar en daños significativamente menores

962. Tal como se presentó en el Memorial de Contestación, el uso de información disponible al mes de marzo de 2021 requeriría que los Demandantes tengan en cuenta una serie de riesgos relevantes que podrían derivar en reducciones significativas en la valuación de los daños presentada por Versant.²²⁶¹ La posición de Guatemala permanece inalterable.

963. Además de las numerosas críticas no resueltas al modelo de Versant desarrollado en la sección VII.D del presente, la valuación de los daños de los Demandantes sigue desatendiendo diversos riesgos que tenía y sigue teniendo el Proyecto El Tambor. En particular, el modelo de Versant no refleja los efectos del COVID-19 y el riesgo de licencia social.

964. Con respecto a los efectos del COVID-19, el Informe II Versant elaboró un análisis ilustrativo que evalúa el impacto de un cierre de 2 meses como consecuencia del COVID-19, donde se cita una mina de oro en Nicaragua que suspendió sus operaciones durante dos meses por el COVID y hasta reconoció que si fuera necesario ajustar el flujo de efectivo, esto reduciría los daños en un 2%.²²⁶² Sin embargo, en las proyecciones primarias de flujos de efectivo de Versant, no se efectuó ningún ajuste que refleje este impacto. Sin un ajuste directo a las proyecciones de flujos de efectivo que refleje este riesgo, la única opción disponible es aplicar un

²²⁵⁷ Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Caso No. 1592-2014, Sentencia de amparo provisional del 11 de noviembre de 2015 (C-0004).

²²⁵⁸ Informe Rosen/Milburn, ¶ 397; Figura 11.1.

²²⁵⁹ Informe Rosen, ¶ 144.

²²⁶⁰ Informe Rosen, ¶¶ 145-147; Informe Rosen/Milburn, ¶ 39.

²²⁶¹ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 841.

²²⁶² Informe Versant II, n. 396.

riesgo específico del proyecto.²²⁶³

965. Con respecto al riesgo de licencia social, Versant tampoco abordó esta cuestión de manera significativa en su segundo informe. Dado a que se ha producido una transición en los flujos de caja proyectados de Versant entre el 31 de marzo de 2020 y el 31 de marzo de 2021 del período de pérdida futura (en los casos de ajuste según el riesgo) al período de pérdida pasada (donde no se aplica ajuste por riesgo), conforme a la metodología aplicada por Versant, el 100% del riesgo para estos flujos de caja se elimina simplemente por el transcurso del tiempo. Esto no resulta razonable e ilustra que es un punto defectuoso en el enfoque de Versant.²²⁶⁴

966. Por tanto, si aplicáramos la fecha de valuación que reclaman los Demandantes, que es incorrecta y contraria al DR-CAFTA, la valuación se reduciría en virtud de factores no considerados por los evaluadores de los Demandantes, tales como el Covid-19 y el riesgo de licencia social.

C. Los Demandantes no han acreditado que sus supuestos daños se encuentran vinculados a la conducta de Guatemala

967. Se ha establecido que diversos principios pueden justificar la denegación de compensación o, al menos, limitar el monto indemnizatorio que una parte demandante puede pretender y que, en otra situación, se adjudicaría. Esto incluye la necesidad de probar la existencia de causalidad directa y suficiente entre las supuestas violaciones y los daños reclamados, la culpa concurrente, la falta de mitigación de los daños e incertidumbre respecto de los daños pretendidos, entre otros aspectos.²²⁶⁵ En su Memorial de Contestación, Guatemala demostró que la naturaleza indirecta de los daños reclamados por los Demandantes tiene importantes efectos en su capacidad para reclamar y probar la existencia de compensación debida por Guatemala por sus supuestos daños.²²⁶⁶ En un intento de confundir al Tribunal, los Demandantes ahora aducen que presentan un reclamo directo por la “expropiación de sus acciones en Exmingua”²²⁶⁷ y, al mismo tiempo, que pretenden “indemnización por la pérdida en el valor de la totalidad de su inversión”.²²⁶⁸

968. En cualquiera de los escenarios presentados, los Demandantes enfrentan limitaciones fatales autoimpuestas que les impiden acreditar sus daños teniendo en cuenta que (1) no lograron probar la relación de causalidad necesaria que establece tanto el DR-CAFTA como la Decisión sobre Objeciones Preliminares de la Demandada, (2) contribuyeron a su propia pérdida, y (3) claramente, los daños pretendidos son inciertos y se

²²⁶³ Informe Rosen/Milburn, ¶ 257.

²²⁶⁴ Informe Rosen/Milburn, ¶154.

²²⁶⁵ Borzu Sabahi, Noah Rubins, Don Wallace, *XXI. Compensation, Damages, and Restitution*, en Borzu Sabahi, Noah Rubins, et al., *Investor-State Arbitration* (Segunda Edición), 2019; Oxford University Press, 703, 715. (CL-0299)

²²⁶⁶ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 842-853.

²²⁶⁷ Réplica de los Demandantes, ¶ 621.

²²⁶⁸ Réplica de los Demandantes, ¶ 635. Para un análisis completo de la naturaleza de “blanco en movimiento” del reclamo de expropiación de los Demandantes ver V.E.1 supra.

basan en hipótesis imprevisibles e inaceptables. Por lo tanto, debería resultarle sencillo al Tribunal determinar que, aunque se estableciera la responsabilidad de Guatemala, los Demandantes no tienen derecho a compensación, conforme se explica en los siguientes apartados.

1) No existe relación de causalidad suficiente entre las supuestas violaciones alegadas y los daños reclamados.

969. En virtud del Artículo 10.16.1(a) del DR-CAFTA, como precondition para obtener cualquier forma de compensación en este proceso, los Demandantes deben probar no solo que Guatemala ha incumplido una obligación contenida en la Sección A del Capítulo 10 del DR-CAFTA, sino también que "la[s Demandantes] ha[n] sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta".

970. En la fase de objeciones preliminares, el Tribunal confirmó esta disposición al establecer que le "incumbe al demandante la carga de probar la causalidad, es decir, que su propio perjuicio fue sufrido 'en virtud o como resultado' de la conducta impugnada del Estado. Cuanto más tenue sea la conexión entre el comportamiento impugnado y el presunto perjuicio sufrido por el demandante, más pesada será esta carga".²²⁶⁹

971. La Presentación de los Estados Unidos también amplía la cuestión de la causalidad y ratifica que los Demandantes no tienen derecho a la indemnización que pretenden. Los Estados Unidos sostienen que "el estándar no se cumple si el mismo resultado se hubiera obtenido aún en el caso de que el Estado hubiese actuado en cumplimiento de sus obligaciones",²²⁷⁰ y hace referencia al caso *S.D. Myers c. Canadá*, en el que el tribunal interpretó la disposición equivalente del TLCAN y determinó que la indemnización puede adjudicarse únicamente en la medida en la que exista una "relación de causalidad suficiente" entre el incumplimiento de alguna disposición específica del TLCAN y la pérdida que alega el inversor.²²⁷¹

972. Por lo tanto, el marco legal de la causalidad, según confirma el Tribunal, dispone que los Demandantes tienen que acreditar que sufrieron su perjuicio *como consecuencia* de la conducta objetada. En su Réplica, los Demandantes pretenden relajar este estándar argumentando que solo tienen que acreditar que la conducta ilícita haya "desempeñado *algún* papel en la producción del daño o perjuicio".²²⁷² El argumento de los Demandantes *vis a vis* la disposición del DR-CAFTA simplemente es insostenible.

973. Tal como se describe ampliamente en la sección II.A, los Demandantes son la única parte responsable de sus

²²⁶⁹ Decisión sobre Objeciones Preliminares de la Demandada, ¶ 118.

²²⁷⁰ Escrito de los EE. UU., ¶ 60.

²²⁷¹ *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, TLCAN/CNUDMI, Escrito de los EE. UU., ¶ 12 (RL-0073) (18 de septiembre de 2001) (la tarea del tribunal se limita a determinar si se ha producido un incumplimiento y si el inversor o la inversión sufrieron pérdidas o daños como consecuencia de un nexo causal directo con el incumplimiento) citado por el Escrito de los Estados Unidos como Parte No Contendiente, ¶ 61.

²²⁷² Réplica de los Demandantes ¶ 635. Para un análisis completo sobre la naturaleza de "blanco móvil" de los Demandantes, ver sección V.E.1 *supra*.

propias pérdidas;²²⁷³ por lo tanto, Guatemala tiene toda la razón en cuestionar el nexo de causalidad en este caso. Los Demandantes enuncian una serie de medidas que, supuestamente, constituyen la causa de sus pérdidas²²⁷⁴ pero no han podido explicar ni probar de manera integral o, siquiera, suficiente que sus daños *son consecuencia* de las conductas que se explican a continuación:

- La suspensión de la licencia Progreso VII de Exmingua por orden judicial no es la causa de las pérdidas que alegan los Demandantes. Los Demandantes no pueden utilizar como base de su pérdida una orden razonable y legítima emitida por los tribunales de Guatemala. La Corte de Constitucionalidad basó su orden en el marco legal de Guatemala, que era de conocimiento de los Demandantes desde el primer día; es decir, que existía una obligación de consultar con las comunidades afectadas por el proyecto. Además, el Sr. Kappes también reconoció esta obligación,²²⁷⁵ sin embargo, lejos de generar confianza en las comunidades, los Demandantes hicieron absolutamente lo contrario.²²⁷⁶ En consecuencia, la orden legítima que dispuso la suspensión *provisional* de la licencia de explotación de Exmingua no genera las supuestas pérdidas de los Demandantes ni es la causa de esas pérdidas.
- A pesar de las críticas de los Demandantes a los casos citados por Guatemala, *Biwater c. Tanzania* es realmente explicativo en este punto. El concepto que se aplicó en *Biwater c. Tanzania*²²⁷⁷ y que se ratificó en *Lemire c. Ucrania* (en los que los Demandantes se fundamentan) establece que en el caso de que el demandante se coloque en una posición en la que disminuya el valor de su inversión con anterioridad al supuesto incumplimiento o en el momento del supuesto incumplimiento, se interrumpe el nexo de causalidad, y el demandante no puede culpar al Estado por su pérdida. Este es, precisamente, el caso de Exmingua. Una compañía con un proyecto que carecía de licencia social,²²⁷⁸ con información de minerales poco confiable²²⁷⁹ y sin evidencia de financiación para el proyecto,²²⁸⁰ por lo que no puede culpar a Guatemala por el fracaso de un emprendimiento que estaba destinado a colapsar. Solo porque Exmingua estaba llevando a cabo una operación reducida al tiempo en que la Corte suspendió su licencia, no quiere decir que Exmingua un proyecto minero exitoso tal y como los Demandantes lo retratan.²²⁸¹
- La suspensión indefinida de la licencia Progreso VII de Exmingua por orden del MEM no es la causa de las pérdidas que alegan los Demandantes. Una vez probada la legitimidad de las decisiones judiciales y, sobre la base de las obligaciones internacionales de Guatemala, naturalmente la suspensión provisional, por parte del MEM, de la licencia de Progreso VII de Exmingua no puede constituir la causa de las supuestas pérdidas que alegan los Demandantes.

²²⁷³ Alternativamente, tal y como se discute en la sección VII.C.2 abajo, Guatemala sostiene que los Demandantes son principalmente, o alternativamente responsables de forma contributiva por sus pérdidas, lo cual en cualquier escenario reduce de forma significativa cualquier responsabilidad potencial y daños debidos por Guatemala.

²²⁷⁴ Réplica de los Demandantes ¶ 630.

²²⁷⁵ Kappes I, ¶ 50.

²²⁷⁶ Ver sección VI.A para acceder a la explicación completa de la falta de licencia social de Exmingua.

²²⁷⁷ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI N° ARB/05/22, Laudo de fecha 24 de julio de 2008 ¶ 792 (CL-0085), como se cita en la Réplica de los Demandantes, ¶ 631 (“el tribunal sostuvo que, a partir de la fecha de la expropiación, la “inversión del Demandante carecía de valor económico” y por lo que determinó que “las causas reales, próximas o directas de la pérdida y el daño” no fueron los incumplimientos del tratado por parte de Tanzania.”).

²²⁷⁸ Informe de la CIG, ¶ 117.

²²⁷⁹ Informe SLR II, ¶20.

²²⁸⁰ Informe Rosen/Milburn, ¶ 53 h.

²²⁸¹ *Ibid.*

- La supuesta omisión en la realización de las consultas dispuestas por la corte, por parte del MEM no es la causa de las pérdidas que alegan los Demandantes. Tal y como se explica en detalle en la sección XXX, las consultas únicamente pueden iniciar hasta que la decisión de la Corte Constitucional haya sido debidamente notificada a MEM y esta sea ejecutoriada por la Corte Suprema. Este es el proceso usual que los procedimientos de amparo siguen, tal y como sucedió en los casos de CGN y San Rafael. Por tanto, el argumento de los Demandantes de que es responsabilidad de Guatemala es infundado, pues estas se llevarán a cabo tan pronto y como el procedimiento haya concluido, tal y como lo confirma la declaración del Vice ministro Pérez.²²⁸²
- La supuesta moratoria *de facto* del Estado respecto de la emisión de licencias de explotación y el supuesto incumplimiento de la obligación de la Demandada de brindar seguridad para que Exmingua pueda llevar a cabo los estudios sociales requeridos por la solicitud de la licencia para Santa Margarita no constituyen la causa de las supuestas pérdidas de Exmingua. Los Demandantes no probaron que la denominada moratoria *de facto* fuera causa de su pérdida. Como se explica en los párrafos II.C anteriores, los Demandantes nunca solicitaron la licencia de explotación porque no habían completado los estudios sociales, a pesar de que argumentan haber completado la sección ambiental de la EIA en 2010.²²⁸³
- Si desglosáramos la cadena de causalidad, esta se vería de la siguiente manera: 1) Exmingua solicitó la expedición de una licencia de explotación el 19 de enero de 2009;²²⁸⁴ 2) conforme manifestó el Sr. Kappes, ambos estudios del EIA (el correspondiente a Progreso VII y el correspondiente a Santa Margarita) se estaban llevando a cabo *en paralelo*, y GSM había completado las secciones ambientales de ambos EIA “aproximadamente al mismo momento, para comienzos de 2011”;²²⁸⁵ 3) a pesar de que constituye un elemento crucial para su caso, los Demandantes no ofrecen fundamentos que justifiquen por qué los estudios sociales correspondientes a Santa Margarita no pudieron llevarse a cabo en ese momento; 4) La Demandada probó que los Demandantes podrían haber tenido acceso a los alrededores de Santa Margarita,²²⁸⁶ de modo que aun cuando se realizaban bloqueos, los Demandantes podrían haber accedido al sitio y podrían haber llevado a cabo sus estudios sociales. En consecuencia, las pérdidas de los Demandantes no son *consecuencia de* la supuesta moratoria del Estado.
- La supuesta negativa del MEM a brindar asistencia o guía a Exmingua para la realización de consultas respecto de la EIA de Santa Margarita es también una cortina de humo. Los Demandantes alegan que el plazo de 30 días del MEM para la presentación del EIA correspondiente a Santa Margarita fue ilícito e irrazonable.²²⁸⁷ Conforme se explica en el párrafo anterior, los Demandantes son la única parte responsables por la no presentación del EIA de Santa Margarita.

974. A pesar de su incapacidad para articular esos argumentos de manera inteligible, los Demandantes aducen que su reclamo por daños es consistente con la Decisión sobre Objeciones Preliminares de la Demandada. En particular, los Demandantes argumentaron lo siguiente: (1) en la fase preliminar, los Demandantes admitieron que la prueba de sus pérdidas requeriría muestras adicionales de la existencia de un nexo de causalidad, así

²²⁸² Declaración del viceministro Pérez II, ¶ 15.

²²⁸³ Kappes I, ¶ 141.

²²⁸⁴ Solicitud de Licencia de Explotación de Santa Margarita Derivada, del 19 de enero de 2009 (C-0070).

²²⁸⁵ Kappes I, ¶ 49.

²²⁸⁶ Ver Mapa del área donde se observan dos puntos de acceso distintos a Santa Margarita y las comunidades adyacentes. Reporte de la inspección ocular del Área del Proyecto Progreso VII Derivada y Santa Margarita Derivada de fecha 21 de septiembre de 2021, pp. 6-8 (R-0277).

²²⁸⁷ Réplica de los Demandantes, ¶ 289.

como una cuantificación potencialmente más compleja, incluyendo la contabilización de cualquier reclamación de los acreedores de Exmingua;²²⁸⁸ (2) sin embargo, en su Réplica, los Demandantes pretenden alegar que “[e]n vista de que Exmingua no posee deuda alguna, no se requieren “cálculos complejos” en el caso, y las pérdidas de los Demandantes están representadas por el valor de Exmingua de no haber existido las medidas”;²²⁸⁹ 3) que “en caso de una expropiación, son los accionistas quienes sufren pérdidas equivalentes al valor de sus inversiones expropiadas; la inversión expropiada, como tal, no experimenta otro tipo de detrimento”;²²⁹⁰ y 4) los obstáculos que el Tribunal observa en la Decisión sobre Objeciones Preliminares de la Demandada “simplemente no se verifican en este caso”, dado que los Demandantes poseen una participación accionaria del 100% en el Proyecto El Tambor.²²⁹¹ Como consta en su Réplica, el argumento para la adjudicación indemnizatoria de los Demandantes ha sido un blanco en movimiento desde el principio.²²⁹²

975. No obstante lo anterior, ninguno de estos argumentos esgrimidos en la Réplica ofrece respuesta a las objeciones articuladas en el Memorial de Contestación de Guatemala, y los daños reclamados simplemente no corresponden con los detrimentos que los Demandantes demostraron haber experimentado en carácter de accionistas de Exmingua.

976. El Informe Rosen había explicado ya que, debido a que Exmingua argumenta que no cuenta con deuda proveniente de terceros, y que los Demandantes de forma colectiva son dueños del 100% de Exmingua, la medida adecuada para los daños es la valuación de la empresa (“VE”) de Exmingua. El informe también dejó claro que en el reporte de la VE de Exmingua también debía reflejarse de forma precisa la retención de impuestos y el momento en la que los Demandantes obtuvieran un retorno de su inversión para poder determinar los daños.²²⁹³ Ninguno de estos asuntos fueron probados o clarificados en la Réplica de los Demandantes.

977. El Reporte Rosen/Milburn confirma que, para probar sus daños, los Demandantes deben reflejar el monto luego de impuestos que los Demandantes hubieran recibido del pago de dividendos de Exmingua, los cuales luego hubieran podido gastar o invertir como desearan.²²⁹⁴ Los montos recibidos diferirán del flujo de efectivo

²²⁸⁸ Decisión sobre las Objeciones Preliminares, ¶118 citando el Memorial de Contestación de los Demandantes sobre las Objeciones Preliminares, ¶ 118.

²²⁸⁹ Réplica de los Demandantes, ¶ 639.

²²⁹⁰ Réplica de los Demandantes, ¶ 633.

²²⁹¹ Réplica de los Demandantes, ¶ 638 (Desde que presentaron su reclamo, los Demandantes sabían que eran propietarios de la totalidad de Exmingua, pero eligieron no presentarlo ante el Tribunal y en cambio, indicaron que eran conscientes de que cálculos más complejos serían necesarios para probar sus daños. Ahora, sin ningún cambio en los hechos, argumentan lo contrario).

²²⁹² Ver ¶¶ V.E.1 *supra*, en donde se ha evidenciado que los Demandantes han cambiado su posición respecto a la identificación específica de su inversión y la naturaleza del reclamo perseguido desde el inicio.

²²⁹³ Informe Rosen, ¶ 120.

²²⁹⁴ Informe Rosen/Milburn, ¶ 177.

luego de impuestos generado por Exmingua debido a las retenciones de impuestos realizadas por el Gobierno de Guatemala en los dividendos pagados, y cualquier otro impuesto a pagar en los Estados Unidos por los Demandantes por dividendos de una compañía guatemalteca, si hubieran. Adicionalmente, el momento en que se paguen los dividendos también es importante debido al valor del dinero en el tiempo y tasas de cambio de divisas.²²⁹⁵ Nuevamente, estos asuntos siguen siendo un defecto en el análisis de Versant, y, por tanto, los Demandantes no han logrado cumplir de forma adecuada y con los requerimientos probatorios establecidos en la Decisión de Objeciones Preliminares.²²⁹⁶

2) Los Demandantes contribuyeron a su propio perjuicio

978. Aun en el caso de que el Tribunal determinase que existe un nexo claro y directo entre los supuestos incumplimientos y los perjuicios sufridos por los Demandantes, la compensación debería reducirse sustancialmente dado que los Demandantes contribuyeron incuestionablemente a su propio perjuicio.

979. Los Demandantes aducen que, a efectos de que el Tribunal pueda determinar culpa concurrente, Guatemala debe satisfacer la doble carga de determinar (1) que los Demandantes cometieron un acto voluntario o negligente, y (2) que tal culpa interrumpió la cadena de causalidad. Como se explica más adelante, Guatemala superó ampliamente el umbral requerido para satisfacer este estándar.

980. *Primero*, los Demandantes no pudieron garantizar una licencia social para la explotación de Progreso Derivada VII y Santa Margarita. Esto constituye una acción claramente negligente o dolosa exclusivamente atribuible a los Demandantes. Tal como confirma el Informe CIG, los Demandantes carecían de la licencia social.²²⁹⁷

981. El comentario al Artículo 39 de los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado (en el que se basan los Demandantes) establece el estándar de negligencia aplicable en donde queda claro que la víctima del incumplimiento no ejerció la diligencia debida en relación con sus bienes o sus derechos.²²⁹⁸ Los Demandantes no mencionan que, en virtud del Artículo 39, el estándar de negligencia "no se califica, por ejemplo, exigiendo que la negligencia haya llegado a ser "grave", [y] la pertinencia de cualquier negligencia para la reparación dependerá del grado en que haya contribuido al perjuicio así como de las demás circunstancias del caso."²²⁹⁹ En su lugar, los Demandantes aducen que "[e]n términos del grado de culpa, "[la] mera contribución a la

²²⁹⁵ Informe Rosen/Milburn, ¶ 178.

²²⁹⁶ Ver Decisión sobre Objeciones Preliminares, ¶ 159.

²²⁹⁷ CIG Report, ¶117.

²²⁹⁸ Ver Artículos sobre la Responsabilidad del Estado, Art. 38, Comentario 5 (RL-0291); Ver también el Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 860.

²²⁹⁹ Artículos sobre la Responsabilidad del Estado, Art. 38, Comentario 5 (RL-0291).

causalidad... no es suficiente”, la contribución debe ser “material y significativa”.²³⁰⁰ Sin perjuicio de ello, el expediente en el caso demuestra que el incumplimiento, por parte de los Demandantes, de ejercer la debida diligencia es efectivamente, *material y significativa* y, por lo tanto, constituye una acción negligente o dolosa que contribuyó significativamente a causar el daño, a efectos del Artículo 39 de los Artículos de la CDI.

982. El principio de culpa concurrente también cuenta con amplio reconocimiento en la comunidad internacional y ha sido desarrollado por diversos tribunales. En virtud del principio de culpa concurrente, el rol de la parte afectada en la generación de su propio perjuicio, independientemente de que sea de manera intencional o por negligencia, se considerará para el cálculo de la compensación.²³⁰¹ Contra los argumentos de los Demandantes,²³⁰² existe un cuerpo de jurisprudencia persuasivo que ha tratado situaciones como esta, en las que el inversor se involucró en conductas imprudentes o aplicó un criterio comercial deficiente.

983. En el caso *MTD c. Chile*, el tribunal decidió que los demandantes habían contribuido a sus propias pérdidas al “no protegerse de los riesgos comerciales inherentes a su inversión en Chile.”²³⁰³ Los Demandantes pretenden diferenciarse del caso *MTD* argumentando que son “profesionales altamente calificados con conocimiento y experiencia en el sector minero”²³⁰⁴ en contraposición a los inversores en *MTD*. Si los Demandantes se hubieran comprometido con las comunidades con el profesionalismo, el conocimiento y la experiencia que alegan poseer, hubiesen obtenido la licencia social y el consentimiento de la comunidad para garantizar un proyecto exitoso, lo que nunca sucedió.

984. El argumento de los Demandantes de que “llevaron a cabo una debida diligencia apropiada antes de invertir en Exmingua” no tiene sustento.²³⁰⁵ El expediente del caso demuestra que los Demandantes carecían de experiencia suficiente para supervisar los aspectos sociales y ambientales del proyecto;²³⁰⁶ que los estudios sociales correspondientes a Progreso VII fueron realizados por personas que no tenían la experiencia necesaria para identificar y mitigar los riesgos sociales;²³⁰⁷ que a pesar del contexto histórico, los Demandantes decidieron contratar ex militares para la proyección social, lo que solo generó tensión y desconfianza entre las comunidades;²³⁰⁸ que los Demandantes no fueron transparentes con las comunidades desde el comienzo;²³⁰⁹

²³⁰⁰ Réplica de los Demandantes ¶ 645.

²³⁰¹ Borzu Sabahi, Noah Rubins, Don Wallace, *XXI. Compensation, Damages, and Restitution*, en BORZU SABAH, NOAH RUBINS, ET AL., *INVESTOR-STATE ARBITRATION* (Segunda Edición), 2019; Oxford University Press, 703, 724 (CL-0299).

²³⁰² Réplica de los Demandantes ¶ 645.

²³⁰³ *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. c. República de Chile*, Caso CIADI N° ARB/01/7, Laudo (25 de mayo de 2004) ¶¶ 242-243 (CL-0208).

²³⁰⁴ Réplica de los Demandantes, ¶ 647.

²³⁰⁵ Réplica de los Demandantes, ¶ 646.

²³⁰⁶ Sección II.A.2.a.

²³⁰⁷ Sección II.A.2.b.

²³⁰⁸ Sección II.A.2.c.

²³⁰⁹ Sección II.A.2.d.

que los Demandantes ofrecieron beneficios mínimos a las comunidades y prefirieron montar una campaña agresiva a favor de las minas, en lugar de procurar un desarrollo social sostenible a largo plazo,²³¹⁰ que las tácticas de los Demandantes generaron división en la comunidad en vez de lograr consenso para avanzar,²³¹¹ y que los Demandantes mostraron desconsideración por la ley que solo exacerbó el conflicto.²³¹²

985. En *Bear Creek*, el Profesor Philippe Sands redactó una opinión disidente sólida y bien analizada, en la que sostuvo que la demandante no había obtenido la licencia social que requería el consentimiento de la comunidad para respaldar el proyecto, lo que derivó en responsabilidad concurrente por motivo de las acciones y omisiones de los demandantes.²³¹³ Llegó a la conclusión de que las acciones y omisiones revestían carácter material y significativo y garantizaban una disminución de, por lo menos, el 50 % en la indemnización adjudicada.²³¹⁴ Basó sus opiniones en declaraciones testimoniales de las comunidades para acreditar la inexistencia de licencia social²³¹⁵ y, específicamente, sostuvo que “[l]a contribución de los Demandantes a los eventos que condujeron a la expedición del Decreto Supremo 032 adoptado tiene sus implicancias en cuanto al monto indemnizatorio a adjudicar”,²³¹⁶ y que “para el momento en el que se implementó el Decreto Supremo 032, las perspectivas referidas al Proyecto Santa Ana ya eran funestas.”²³¹⁷ Este es, precisamente, el caso del Proyecto El Tambor. El proyecto hubiera fracasado aun y cuando no se hubiera procedido a la suspensión provisional legítima ordenada por las autoridades judiciales de Guatemala, como consecuencia de todas las incertidumbres relacionadas y, en especial, debido a la inexistencia de licencia social.

986. *Occidental c. Ecuador*,²³¹⁸ *Copper Mesa c. Ecuador*,²³¹⁹ *Yukos c. Rusia*,²³²⁰ *Iurii Bogdanov et al. c. Moldavia*²³²¹ también son explicativos y respaldan la posición que sostiene que la conducta del inversor puede

²³¹⁰ Sección II.A.2.e.

²³¹¹ Sección II.A.2 f.

²³¹² Sección II.A.3.

²³¹³ *Ver Bear Creek Mining Corporation c. República de Perú* (Caso CIADI Nro. ARB/14/21), Opinión Disidente Parcial del Profesor Philippe Sands QC (30 de noviembre de 2017) ¶ 3 (RL-0214).

²³¹⁴ *Id.* ¶ 40.

²³¹⁵ *Id.*

²³¹⁶ *Id.* ¶ 39.

²³¹⁷ *Id.*

²³¹⁸ *Occidental Petroleum Corp. & Occidental Exploration and Production Co. c. República de Ecuador*, Caso CIADI Nro. ARB/06/11, Laudo (5 de octubre de 2012) (RL-0256) (El tribunal indicó que la falta de obtención de ciertas aprobaciones por parte de los demandantes había provocado la respuesta del gobierno, por lo que redujo los daños en un 25%. La Prof. Stern estuvo en desacuerdo y argumentó que debieron haberse reducido en 50%).

²³¹⁹ *Copper Mesa Mining Corp. c. República de Ecuador*, Caso CPA Nro. 2012-2, Laudo, (15 de marzo de 2016) (CL-0138-SPA-R) (El tribunal determinó que el demandante había contribuido a su propio daño en un 30% respecto a las concesiones en disputa).

²³²⁰ *Yukos Universal Ltd (Isle of Man) c. la Federación Rusa*, CNUDMI, Caso CPA Nro. AA 227, Laudo Final (18 de julio de 2014) (CL-0180) (El tribunal consideró que las estrategias de evasión de impuestos del demandante habían contribuido a su fracaso).

²³²¹ *Yury Bogdanov c. República de Moldavia*, Arbitraje Nro. V114/2009, Laudo Final (30 de marzo de 2010) (CL-0029)

llevar a un tribunal a determinar que el inversor contribuyó a su propio perjuicio en forma total o, al menos, en proporción a la indemnización pretendida.

987. *Segundo*, tal y como fue evidenciado en la sección VII.C.2 *supra*, los actos de los Demandantes fueron la única causa del deceso del Proyecto.

988. En síntesis, el incumplimiento por parte de los Demandantes de garantizar la licencia social para el Proyecto El Tambor constituye una acción que se ha probado que interrumpe la causalidad al establecer el nexo con los daños sufridos por los Demandantes. Por tanto, en caso de que el Tribunal determine una reducción más adecuada, en virtud de las circunstancias del caso, Guatemala reitera su solicitud para que la indemnización de los Demandantes se reduzca en, por lo menos, el 50 %, teniendo en cuenta que las responsabilidades del inversor no son menores a las del gobierno.

3) Los daños pretendidos son claramente inciertos y se fundan en hipótesis imprevisibles

989. Los Demandantes enfrentan una tercera limitación para probar y establecer sus daños, dado que su modelo se basa en hipótesis claramente inciertas e imprevisibles. Diversos doctrinarios coinciden en que “[u]na de las reglas más sólidamente establecidas de las normas de responsabilidad internacional. es que no se adjudica reparación por daños especulativos o inciertos”.²³²²

990. También, diversos tribunales han aplicado este principio y han rechazado reclamos compensatorios por considerarlos demasiado remotos o especulativos.²³²³ Como se explica en el Memorial de Contestación²³²⁴ y se explica en la sección VII.E más adelante en el presente escrito, el Informe Rosen/Milburn confirma que los expertos de los Demandantes, Versant y SRK, siguen anticipando conclusiones indemnizatorias que revisten carácter especulativo y no resultan confiables.²³²⁵

991. Por todos los motivos expuestos, el Tribunal debería rechazar la solicitud de compensación de los Demandantes, debido a que no han establecido una relación causal directa entre sus supuestos daños y la

(El tribunal resolvió que el demandante no era responsable por el pago de los daños por la pérdida total y determinó que los demandantes eran parcialmente responsables).

²³²² Borzu Sabahi, Noah Rubins, Don Wallace, ‘*XXI. Compensation, Damages, and Restitution*’, in BORZU SABAHI, NOAH RUBINS, ET AL., *INVESTOR-STATE ARBITRATION* 703, 725 (Oxford University Press, 2nd Edition, 2019) (RL-0299). *Ver también*, *CME República Checa B.V. c. La República Checa*, CNUDMI, Dictamen Independiente de Ian Brownlie (14 de marzo de 2003), ¶ 66 (RL-0418) (“el principio que deniega la recuperación por beneficios especulativos es ampliamente reconocido en la práctica de los tribunales internacionales desde hace mucho tiempo”).

²³²³ *Amoco Int’l Fin. Corp. c. Irán*, Laudo Parcial N° 310-56-3, 15 Irán-US CTR 189, ¶ 238 (RL-0419) (“Una de las reglas más sólidamente establecidas de las normas de responsabilidad internacional de los Estados es que no se adjudica reparación por daños especulativos o inciertos.”); *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International, Inc. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/1, Laudo (25 de julio de 2007), ¶ 89 (CL-0237) (Las ganancias futuras altamente conjeturales, “demasiado remotas o especulativas,” son rechazadas por los tribunales arbitrales).

²³²⁴ Memorial de Contestación de Guatemala, §§ VIII.D y VIII.C.

²³²⁵ Informe Rosen/Milburn, ¶ 54.

conducta de Guatemala y, en todo caso, la cadena de causalidad se vio interrumpida por la conducta de los Demandantes, lo que derivó en su culpa concurrente; y no objetaron que la indemnización que pretenden es claramente especulativa y se basa en hipótesis imprevisibles.

D. Los Demandantes insisten en aplicar un método incorrecto

992. Los Demandantes aducen que, de no haber sido por las medidas, Exmingua supuestamente podría haber seguido operando la mina, ampliado la actividad minera a otros depósitos, continuado las tareas de exploración para determinar de qué manera y en qué momento minar los diversos depósitos, y hubiera tenido la oportunidad de definir y desarrollar otros recursos minerales.²³²⁶ Los Demandantes se basan en los Informes I y II de Versant para realizar la valoración de la Mina Operativa Tambor, el Potencial de Exploración Conocido y la Pérdida de Oportunidad de Exploración, que al 31 de marzo de 2021, calculan entre USD 419 y 449 millones.²³²⁷ Guatemala sostiene que, tal como se confirma en el Informe Rosen/Milburn, el modelo de daños de Versant no brinda una determinación confiable de la cuantificación de los daños de los Demandantes en este caso, tal como se explica en esta sección.

993. En su primer informe, Rosen concluyó que el análisis de los daños y perjuicios de Versant no es realista ni creíble por los siguientes motivos: (1) la conclusión general de Versant respecto del valor justo de mercado del Proyecto El Tambor incluidas sus tres aspectos (es decir, la Mina Operativa, el Potencial de Exploración Conocido y la “Oportunidad de Exploración Perdida”) no se encuentra sustentada por la evidencia objetiva; (2) Versant adopta de SRK una serie de estimaciones y suposiciones especulativas que no conforman con la industria y asume indebidamente que son confiables para una opinión de valoración; (3) Versant y SRK han intentado crear una nueva mina hipotética que es muy diferente del Proyecto El Tambor; (4) el cálculo de daños y perjuicios de Versant de entre 82% y 84% se refiere al valor que no existía en el momento en que ocurrieron los supuestos incumplimientos; y además (5) Versant no ha considerado ni reflejado una serie de riesgos significativos que existían en su fecha de valoración, incluyendo el impacto de la pandemia global de COVID-19 y los importantes problemas históricos de licencias sociales.²³²⁸

994. El Reporte Rosen/Milburn confirmó las conclusiones del párrafo anterior, y por tanto, Guatemala sigue teniendo serias preocupaciones respecto del marco de valoración que utiliza Versant²³²⁹ y el Reporte Versant II hizo poco para demostrar lo contrario.

995. *Primero*, Versant sigue utilizando un marco ‘*ex-post*’ para el cálculo de los daños de los Demandantes. El

²³²⁶ Memorial de los Demandantes, ¶ 367; Réplica de los Demandantes, ¶ 650,

²³²⁷ Réplica de los Demandantes, ¶ 694.

²³²⁸ Informe Rosen, ¶77.

²³²⁹ Informe Rosen/Milburn, ¶ 40,41.

Informe Rosen/Milburn está en desacuerdo en que la forma en la que Versant aplicó este marco ofrezca una medida confiable de los daños.²³³⁰ No solo Versant no es capaz de observar las condiciones que hubieran existido en ausencia de las supuestas violaciones a una fecha actual, sino que ha abusado de este marco en un intento de “transformar un proyecto minero pequeño, riesgoso y no rentable con apenas 253.000 onzas de recursos auríferos no compatibles con la industria en un megaproyecto de entre 5.200.000 millones y 7.200.000 millones onzas de Reservas de oro y Recursos entre mayo de 2016 y marzo de 2021.”²³³¹

996. Conforme se explica en los párrafos VII.B. anteriores, el uso de una fecha de valuación diferente a la de los incumplimientos y, por lo tanto, un marco *ex-post*, resulta contrario a lo que se establece expresamente en el Artículo 10.3.7 del DR-CAFTA. El Informe Rosen/Milburn solo confirma lo que Brigit Sterns critica en el uso de valuaciones *ex-post*. El inversionista debería tener derecho a recibir únicamente “lo que era previsible en la fecha de la expropiación, que se encuentra en línea con el respeto a las expectativas legítimas del inversionista”.²³³² En palabras de los expertos Rosen y Milburn “[...] ‘la mayor parte del valor del Proyecto El Tambor’ calculado por Versant no existía a la fecha de los Supuestos Incumplimientos y, en cambio, fue generado por Versant y SRK durante el período iniciado en mayo de 2016 hasta el presente mediante sus hipótesis especulativas y metodologías no compatibles con la industria.”²³³³

997. *Segundo*, el marco indemnizatorio de Versant es deficiente, dado que no pudo diseñar correctamente el modelo de flujo de caja que presupone hubiera estado disponible para los Demandantes desde el Proyecto El Tambor ante la inexistencia de los Supuestos Incumplimientos conforme su propio caso hipotético contra fáctico.²³³⁴

998. *Tercero*, el modelo de DCF no es adecuado para la Mina Operativa porque se dispone de información técnica insuficiente sobre los recursos de la Mina Operativa y la viabilidad económica para preparar una previsión fiable del flujo de caja.²³³⁵ Sobre la base de los lineamientos del CIMVAL y el SAMVAL, los Demandantes supuestamente aducen que el enfoque de ingresos se “utiliza ampliamente” en casos en los que la propiedad consiste en una propiedad de producción con una mina operativa.²³³⁶ Sin embargo, este método sigue siendo inadecuado y efectivamente contrario al CIMVAL, dada la falta de reservas e información suficiente para

²³³⁰ Informe Rosen/Milburn, ¶ 42,50.

²³³¹ Informe Rosen/Milburn, ¶ 87.

²³³² *Ver Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Opinión Disidente Parcial (7 de septiembre de 2015), ¶ 60 (RL-0126).

²³³³ Informe Rosen/Milburn, ¶ 98.

²³³⁴ Informe Rosen/Milburn, ¶ 44.

²³³⁵ Informe Rosen/Milburn, ¶ 51.a.

²³³⁶ Informe Rosen/Milburn, ¶ 51.c.

elaborar un pronóstico de flujo de efectivo confiable.²³³⁷

999. Según el Informe Rosen/Milburn, Versant y SRK no realizaron ajustes para el bajo nivel de confianza de la estimación de recursos indicada y desactualizada de los Demandantes y, en esencia, alegan que se trataba de reservas, sin haber llevado a cabo los estudios técnicos, las pruebas o tareas de perforación correspondientes para la aplicación de factores de modificación, incluidas cuestiones ambientales, sociales, legales y económicas.²³³⁸ Versant responde mediante la siguiente afirmación: “[e]n relación a los potenciales riesgos de recursos [...] la Mina Operativa era un proyecto autofinanciado para el cual no había necesidad de definir Reservas Probadas antes de comenzar la producción”.²³³⁹ Sin embargo, el hecho de que se tratara de un proyecto autofinanciado no influye sobre el hecho de que el proyecto careciera de reservas y, por lo tanto, las proyecciones de flujos de efectivo de Versant se basan íntegramente en los recursos inferidos de un informe técnico de 13 años de antigüedad.²³⁴⁰

1000. Versant sigue utilizando un único enfoque para valorar el proyecto operativo y no presenta ningún apoyo de referencias de valor secundarias, en contra de los estándares de valuación internacionales.²³⁴¹

1001. Finalmente, el modelo de Versant no incluyó el riesgo específico intensificado que el Proyecto El Tambor enfrentó en el pasado y que seguiría enfrentando en el futuro, específicamente la inexistencia de licencia social.²³⁴² Los Demandantes aducen que el riesgo/la prima resultan excesivamente subjetivos y, por lo tanto, inapropiados,²³⁴³ y que este hecho contaba con el respaldo del Sr. Rosen en el caso *Pac Rim*. El Informe Rosen/Milburn concuerda con la posición de los Demandantes. En este caso, resulta necesario incluir el riesgo específico del proyecto en forma directa en el flujo de efectivo o mediante la incorporación de la prima en la estimación del costo medio ponderado de capital (WACC, por sus siglas en inglés) de Versant. La única alternativa ante la inexistencia de ajustes a las proyecciones de flujos de efectivo, es la aplicación de una prima específica para el proyecto. En contraposición al argumento esgrimido por los Demandantes, lo que resulta inapropiado es ignorar riesgos evidentes tales como la inexistencia de licencia social o los efectos del Covid-19.²³⁴⁴ En el caso *Pac Rim*, los riesgos asociados con el Proyecto El Tambor fueron diferentes y, por lo tanto, la comparación es inútil.²³⁴⁵

²³³⁷ Informe Rosen/Milburn, ¶ 51.c.

²³³⁸ Informe Rosen/Milburn, ¶ 237.

²³³⁹ Informe Versant II, ¶219.

²³⁴⁰ Informe Rosen/Milburn, ¶ 243.

²³⁴¹ Informe Rosen/Milburn, ¶ 239.

²³⁴² Informe Rosen/Milburn, ¶ 247.

²³⁴³ Réplica de los Demandantes, ¶ 659.

²³⁴⁴ Informe Rosen/Milburn, ¶¶ 257-267.

²³⁴⁵ Informe Rosen/Milburn, ¶¶ 151-152.

1002. *Cuarto*, en su cálculo del DCF, Versant asume implícitamente que el Proyecto El Tambor se financiaría con deuda (al 17,37% del valor total del proyecto), que no resulta consistente con su declaración en el sentido de que los Demandantes estaban autofinanciando el Proyecto El Tambor y su teoría establecida de reparación íntegra de los daños a los Demandantes específicamente (en comparación con el valor justo de mercado). Su hipótesis de que la tasa de la deuda fuese aproximadamente equivalente a la tasa de capital aplicable al Proyecto El Tambor no es realista porque por definición el capital representa mayor riesgo que la deuda.²³⁴⁶ En todo caso, el Proyecto El Tambor no llevó a cabo un Estudio de Factibilidad financiable y, probablemente, no hubiera podido obtener financiación de terceros, aun si hubiera querido, antes de hacerlo.²³⁴⁷
1003. *Quinto*, a la Fecha de Valuación, Versant calcula que los Demandantes habían invertido una suma total de USD 18.9 millones durante el período de 8 años en el que estuvo implicado en el Proyecto El Tambor por el cual no recibió ningún retorno. El asumir que hubiera invertido al menos otros USD 18.6 millones a USD 55.2 millones por exploración desde mayo de 2016 a marzo de 2021 sin ninguna aparente fuente para esta nueva inversión es una debilidad sustancial en el modelo de daños de Versant.²³⁴⁸ El ejercicio se torna aún más cuando la información financiera que el Sr. Kappes divulgó durante la etapa de elaboración del documento no respalda la inversión de capital adicional que supuso Versant, de entre USD 16 y USD 53 millones entre 2016 y 2021.²³⁴⁹
1004. *Sexto*, Exmingua no estableció un historial de operaciones rentables durante los 8 años en que los Demandantes habían estado involucrados y hubiera seguido enfrentando los problemas de la licencia social y otras cuestiones en el futuro ante la inexistencia de los Supuestos Incumplimientos. Versant no estableció que el Proyecto El Tambor hubiera devenido rentable en el futuro al mes de mayo de 2016 y su propia suposición de que no habría tenido que gastar una suma adicional de USD 44.8 millones durante este período en costos de exploración derivaría en un flujo de efectivo negativo significativo para los Demandantes durante este período.²³⁵⁰
1005. *Séptimo*, El caso contra fáctico de Versant no está bien considerado, cuenta con respaldo deficiente y no es creíble. Las conclusiones a las que llegaron Versant y SRK no pueden conciliarse con la evidencia objetiva disponible respecto del valor justo de mercado del Proyecto El Tambor y su potencial de exploración entre 2003 y 2012.²³⁵¹ Específicamente, el Informe Rosen/Milburn llega a la conclusión de que, el hecho de que

²³⁴⁶ Informe Rosen/Milburn, ¶ 51.g.

²³⁴⁷ Informe Rosen/Milburn, ¶ 122.

²³⁴⁸ Informe Rosen/Milburn, ¶ 50.

²³⁴⁹ Informe Rosen/Milburn, ¶ 49.

²³⁵⁰ Informe Rosen/Milburn, ¶ 51.b.

²³⁵¹ Informe Rosen/Milburn, ¶ 51 f.

Versant y SRK opinen que se hubiera definido con éxito una cantidad adicional de entre 5.000.000 y 6.900.000 de onzas de recursos entre el mes de mayo de 2016 y el mes de marzo de 2021 resulta irrazonable y especulativo, dado que solo se habían definido 257.000 onzas de recursos indicados e inferidos durante el historial del Proyecto El Tambor.²³⁵² De hecho, SLR confirmó que “en la actualidad, no existe estimación de recursos minerales respecto del Proyecto El Tambor que sean reconocidos por los estándares de la industria.”²³⁵³ Conforme se explica en detalle en la sección VI.C, el Plan LOM de los Demandantes no es confiable y, por lo tanto, el hecho de que Versant se base en ese plan hace que el modelo de daños de Versant resulte deficiente.

1006. *Octavo*, el cálculo de concentrado confiscado de Versant carece de sustento. El Informe de Versant II pretende suministrar documentación adicional que sustente su reclamo. No obstante lo antedicho, Versant sigue utilizando inapropiadamente el precio corriente del oro para la valuación del supuesto concentrado confiscado y sigue ignorando los pagos de regalías y los impuestos aplicables que corresponderían a la venta de concentrado de oro.²³⁵⁴

1007. En particular llama la atención que Versant admite el concentrado de oro se devolvió a los Demandantes y que el valor realizado de la venta del concentrado debería deducirse de su evaluación de daños.²³⁵⁵ Sin embargo, Versant elige no deducir ningún monto debido a la “incertidumbre” relacionada con los montos netos realizables. Versant critica mucho el Informe Rosen/Milburn porque sostiene que enfrenta a los Demandantes a un “estándar de certeza”.²³⁵⁶ Sin perjuicio de ello, Versant decide aplicar el estándar cuando favorece la posición de los Demandantes.²³⁵⁷

1008. Con respecto al uso del precio corriente del oro por Parte de Versant, en un escenario contra fáctico en el que el concentrado de oro no fue confiscado, no tiene sentido lógico que los Demandantes hubiesen mantenido este concentrado de oro hasta una fecha actual y lo vendiera a precios vigentes de mercado en los casos en los que el flujo de efectivo proveniente de la venta del concentrado se hubiese destinado a la financiación del mayor desarrollo del Proyecto. Las existencias de concentrado de oro se hubieran vendido en el curso habitual de los negocios o en torno al mes de mayo del año 2016 a los precios del oro vigentes en el momento.²³⁵⁸

1009. Con respecto a la no deducción, por parte de Versant, de los impuestos aplicables en su valuación de

²³⁵² Informe Rosen/Milburn, ¶ 53.c.

²³⁵³ Informe SLR I, ¶ 43.

²³⁵⁴ Informe Rosen/Milburn, ¶ 187.

²³⁵⁵ Informe Versant II, ¶ 253.

²³⁵⁶ Informe Versant II, ¶ 253.

²³⁵⁷ Informe Rosen/Milburn, ¶ 270.

²³⁵⁸ Informe Rosen/Milburn, ¶ 272.

concentrado de oro confiscado, no existe escenario en el que los Demandantes hubieran recibido flujos de efectivo antes de impuestos y Versant continúa sobrevalorando las pérdidas de los Demandantes al no aplicar ningún impuesto a su cálculo.²³⁵⁹ Los Demandantes insisten en argumentar que los daños de los Demandantes deben calcularse antes de impuestos o estarían sujetos a un régimen de doble imposición.²³⁶⁰ Sin embargo, según confirma el Informe Rosen/Milburn, los impuestos aplicables a un laudo arbitral potencial deberían considerarse de manera independiente.²³⁶¹

1010. Por último, Versant aduce que no dedujeron pagos de regalías en su cálculo del concentrado incautado al establecer que, “entendemos que los Demandantes deberán pagar regalías...sobre los ingresos procedentes de una adjudicación relacionada con este concentrado.”²³⁶² Esto resulta inconsistente con el enfoque de Versant en el cálculo de daños utilizando un modelo de DCF para la Mina Operativa, donde se deducen regalías. Si se espera que los Demandantes paguen regalías en una adjudicación relacionada con el concentrado de oro, no queda claro por qué no deberían también pagar regalías en una adjudicación relacionada con la Mina Operativa.²³⁶³ Por consiguiente, el reclamo por daños de los Demandantes sobre el concentrado confiscado carece de sustento y no se adjudicará, o por lo menos, se reajustará.

1011. *Noveno*, Versant sigue sobredimensionando los perjuicios sufridos por los Demandantes al no aplicar impuestos a sus cálculos de pérdidas pasadas. El Informe Rosen confirmó que las pérdidas pasadas deben presentarse después de impuestos, dado que esa es la forma en la que los Demandantes las habrían recibido.²³⁶⁴ Versant aduce que proceder a la deducción de impuestos resultaría en una doble imposición y la adjudicación estaría gravada a una tasa del 27%, la tasa del impuesto a las ganancias en los Estados Unidos.²³⁶⁵ Versant no ofreció el respaldo de ningún dictamen de impuestos ni explicó si se gravaría como capital, ingresos o una combinación de ambos.²³⁶⁶ Esto solo confirma la posición de los señores Rosen y Milburn en el sentido de que los impuestos sobre la adjudicación deberían considerarse de manera independiente dado que la suma debería gravarse sobre la base del régimen impositivo de los Estados Unidos, y el flujo de efectivo generado por Exmingua en el período de pérdidas pasadas se habría gravado a tasas basadas en el régimen aplicable en Guatemala. En consecuencia, una vez más, el argumento de los Demandantes carece de sustento.

1012. *Décimo*, Versant sigue considerando de manera inadecuada el impacto de la retención de impuestos en su

²³⁵⁹ Informe Rosen/Milburn, ¶ 273.

²³⁶⁰ Réplica de los Demandantes ¶ 678.

²³⁶¹ Informe Rosen/Milburn, ¶ 159.

²³⁶² Informe de Versant II, ¶ 251.

²³⁶³ Informe Rosen/Milburn, ¶ 274.

²³⁶⁴ Informe Rosen, ¶ 158.

²³⁶⁵ Informe de Versant II, ¶ 182-183.

²³⁶⁶ Informe Rosen/Milburn, ¶ 161.

cálculo de daños de los Demandantes. Versant sostiene que “los Demandantes los Demandantes no hubieran tenido retenciones impositivas sobre los flujos de efectivo libres del Proyecto El Tambor durante el período histórico, dado que estos fondos se invertirían luego en el Proyecto El Tambor”.²³⁶⁷

1013. El enfoque de Versant respecto de esta cuestión resulta inconsistente. Por un lado, se asume que el flujo de efectivo correspondiente al período de pérdidas pasadas confiere un beneficio libre de riesgo antes de impuestos a los Demandantes que luego devenga intereses previos a la adjudicación (inclusive sobre los montos que tendrían que haber pagado a Guatemala en concepto de impuestos). Por otro lado, Versant alega que este mismo flujo de efectivo se habría utilizado para financiar el desarrollo de proyectos, lo que resulta necesario para respaldar la valuación de Versant del “Potencial de Exploración Conocido” y la “Oportunidad de Exploración Perdida” de los Demandantes.²³⁶⁸

1014. Finalmente, el Informe Rosen, confirmado por el Informe Rosen/Milburn, aportó cálculos ilustrativos del modelo DCF basados en el Modelo de Versant Reformulado por RPA, que demostró que la Mina Operativa resultaba antieconómica porque arrojaba un valor negativo.²³⁶⁹ Versant afirma que “[...] Resulta claramente ilógico que los Demandantes, experimentados profesionales de la minería, hayan avanzado con el proyecto minero, importado y construido una planta de procesamiento [...] sin que tal proyecto tuviera valor económico alguno”.²³⁷⁰ Es sencillamente inapropiado suponer que todos los proyectos en los que “experimentados profesionales de la minería” se encuentran involucrados deben tener valor económico en virtud de su involucramiento o que experimentados profesionales de la minería no se involucran en proyecto que fracasan.²³⁷¹

1015. Por todos los motivos expuestos, Guatemala llega a la conclusión de que la valuación de los Demandantes de la Mina Operativa del Proyecto El Tambor, el Potencial de Exploración Conocido, su Oportunidad de Exploración Perdida y el concentrado confiscado sufre de una serie de deficiencias y a las cuales los Informes de Versant han ofrecido respuestas deficiente, o en algunas ocasiones ignorado. En consecuencia, el Tribunal debería determinar que la valuación adecuada, sobre la base de información previsible y confiable a la Fecha de Valuación, es la presentada en el Informe Rosen/Milburn, conforme se describe en la siguiente sección.

²³⁶⁷ Informe de Versant II, ¶ 73.

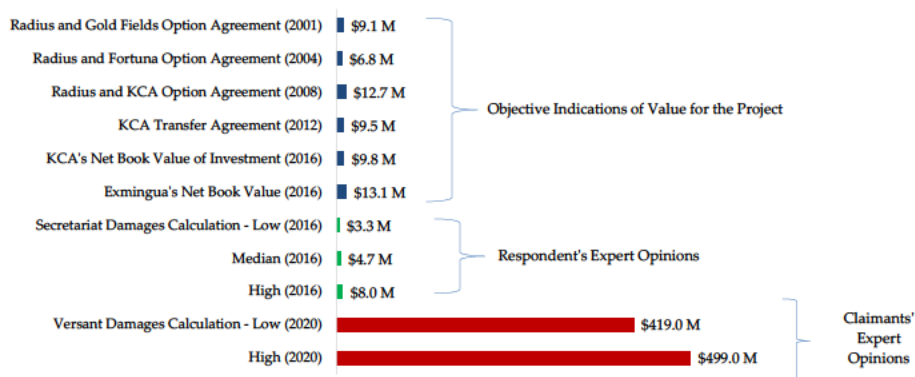
²³⁶⁸ Informe Rosen/Milburn, ¶ 45.

²³⁶⁹ Informe Rosen/Milburn, ¶ 230.

²³⁷⁰ Informe de Versant II, ¶ 26.

²³⁷¹ Informe Rosen/Milburn, ¶ 232.

1016. La figura que se presenta abajo demuestra la diferencia abrumadora entre los indicadores objetivos del valor del proyecto indicados en el Reporte Rosen/Milburn y los cálculos de los Demandantes:²³⁷²



E. Valuación Correcta

1017. Guatemala sostiene que el valor justo de mercado de la inversión de los Demandantes a la Fecha de Valuación oscila entre USD 3.100.000 y USD 7.500.000.²³⁷³ El Informe Rosen/Milburn confirma que una metodología de operaciones comparable aporta evidencia objetiva del valor justo de mercado del Proyecto El Tambor.²³⁷⁴ Las técnicas de valuación basadas en el mercado se reconocen como metodologías válidas para los proyectos mineros en todas las etapas del desarrollo, en virtud del Código CIMVAL y otros códigos de valuación minera reconocidos a nivel internacional, como son los códigos VALMIN, SAMVAL e CIMVAL.²³⁷⁵

1018. El análisis realizado por Rosen y Milburn consistió en lo siguiente:

- Aplicación de 7 criterios de filtrado a la base de datos de operaciones mineras de S&P Global para la obtención de 4 transacciones adecuadamente comparables. Los criterios de filtrado incluyeron transacciones para proyectos auríferos en América Latina con menos de 1 millón de onzas de Recursos (aunque no Reservas).²³⁷⁶
- Un cálculo posterior del valor de la empresa por onza de recursos equivalentes al oro (Recursos EV/AuEq) dentro del rango de USD 12.400.000 por onza a USD 29.500.000 por onza para cada una de estas operaciones y aplicándolas a las 253.000 onzas contenidas para el Proyecto El Tambor a efectos de obtener un rango de valuación para el Proyecto El Tambor a la Fecha de Valuación de entre USD 3.100.000 y USD 7.500.000.²³⁷⁷

²³⁷² Rosen/Milburn Report, Figure 2-2.

²³⁷³ Informe Rosen/Milburn, ¶ 56.

²³⁷⁴ Informe Rosen, ¶ 152; Informe Rosen/Milburn, ¶ 134.

²³⁷⁵ Informe Rosen, ¶ 153.

²³⁷⁶ Informe Rosen, ¶¶ 157-164; Informe Rosen/Milburn, ¶ 204.

²³⁷⁷ Informe Rosen/Milburn, ¶ 205.

1019. En el Memorial de Contestación, Guatemala explicó el modelo de transacciones comparables utilizando un enfoque de mercado y la forma en la que el Informe Rosen concluyó que la inversión de los Demandantes a la Fecha de Valuación oscila entre USD 3.100.000 y USD 7.500.000.²³⁷⁸ En su Réplica, los Demandantes aducen que el modelo del Informe Rosen es incorrecto y adolece de deficiencias fundamentales.²³⁷⁹ Según se resume a continuación, las críticas de los Demandantes carecen de fundamento.
1020. *Primero*, el Informe Rosen sobre la metodología de filtrado. Versant reclama que el informe no incluye un listado de transacciones excluidas.²³⁸⁰ Sin embargo, el Informe Rosen/Milburn confirma que los criterios aplicados se enuncian claramente en el informe y que Versant tenía libertad para llevar a cabo su propio análisis comparable de mercado para identificar transacciones que considerase comparables con el Proyecto El Tambor en su totalidad, pero no lo hizo.²³⁸¹
1021. *Segundo*, las transacciones comparadas utilizadas en el Informe Rosen son, efectivamente, comparables. Los Demandantes aducen que los proyectos “comparables” no lo son en absoluto puesto que (i) se encuentran en una etapa preoperacional, e (ii) involucran proyectos con una concentración de oro mucho menor en comparación con Tambor”.²³⁸² Conforme surge de la evidencia presentada en el Informe Rosen/Milburn, esta afirmación es incorrecta. Si bien es cierto que el Proyecto El Tambor había comenzado su operación con anterioridad a los supuestos incumplimientos, el Proyecto solo contaba con recursos inferidos e indicados a partir de un estudio técnico desactualizado realizado en el año 2003, que no cumplía con los estándares de presentación de informes y estimación de recursos minerales. Toda comparación con proyectos mineros que hubieran alcanzado la etapa de mina operativa de manera correcta mediante el incremento de la seguridad de los minerales, hubiera resultado inapropiada.²³⁸³
1022. Con respecto a las supuestas menores concentraciones de oro en comparables, el Informe Rosen/Milburn dispone que si bien la concentración es uno de los diversos factores que impactan sobre los aspectos económicos de los proyectos mineros, no es el factor primordial. La etapa de desarrollo del proyecto y el nivel de certeza de los recursos es más importante.²³⁸⁴ Asimismo, dado que el Proyecto El Tambor solo contaba con recursos inferidos e indicados a partir de un estudio técnico desactualizado realizado en el año 2003, la concentración real de sus recursos se encuentra definida de manera deficiente.²³⁸⁵

²³⁷⁸ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 894-911.

²³⁷⁹ Réplica de los Demandantes, ¶ 657.

²³⁸⁰ Informe Versant II, ¶ 257.

²³⁸¹ Informe Rosen/Milburn, ¶ 106.a.

²³⁸² Réplica de los Demandantes, ¶ 657.

²³⁸³ Informe Rosen/Milburn, ¶ 106.c.i.

²³⁸⁴ Informe Rosen/Milburn, ¶ 206.d.i.

²³⁸⁵ Informe Rosen/Milburn, ¶ 206.d.ii.

1023. *Tercero*, las críticas de Versant en las cuatro transacciones comparables (es decir, el Proyecto Compas, el Proyecto Cajueiro, el Proyecto Santa Gertrudis y el Proyecto Vetas) utilizadas por el Informe Rosen carecen de justificación, conforme se explica en detalle en el Informe Rosen/Milburn.²³⁸⁶

1024. Finalmente, el Informe Rosen/Milburn confirma que las siguientes fuentes de información prueban de forma objetiva el valor del Proyecto el Tambor en varios puntos en el tiempo desde el 2014 al 2016, y proveen una confirmación de la razonabilidad de la valuación presentada por Guatemala: 1) montos invertidos en exploración y desarrollo del proyecto del 2004 al presente; 2) transacciones entre partes en las mismas condiciones que involucran al Proyecto el Tambor desde el 2004 al presente; y 3) El valor en libros de los activos de Exmingua de los estados financieros del 2015 al 2016.²³⁸⁷

1025. Aún y cuando Versan objeta el uso de dichos valores objetivos en el Informe Rosen/Milburn, no es capaz de desarrollar de forma significativa el por qué la valuación está desconectada y es irreconciliable con la evidencia objetiva presentada.²³⁸⁸

1026. En síntesis, una vez desestimados todos los supuestos defectos del Informe Rosen/Milburn presentados por los Demandantes, el Tribunal debería determinar que, la valuación conforme el enfoque de libre mercado utilizando las transacciones comparables presentada por Guatemala resulta confiable y adecuada para el Proyecto El Tambor y, por lo tanto, en el caso de que se determinara que Guatemala es responsable de los supuestos incumplimientos, el Tribunal solo debería adjudicar daños entre USD 3.100.000 y USD 7.500.000.²³⁸⁹

F. La condena de intereses, si fuere procedente, debe ser calculada a una tasa simple no mayor que la tasa de interés libre de riesgo

1) El Tribunal debería aplicar una tasa libre de riesgo

1027. Como se explica en el Memorial de Contestación, el Artículo 10.7.3 del DR-CAFTA dispone que "la indemnización pagada no será inferior al valor justo de mercado en la fecha de la expropiación, más los intereses a una tasa **comercialmente razonable** por esa moneda" (énfasis añadido). El DR-CAFTA establece los parámetros para establecer la tasa de interés en casos de expropiación (lícita o ilícita) y Guatemala aduce que dicha tasa debería ser una tasa de interés simple libre de riesgo, aplicada al monto previo y posterior a la adjudicación.²³⁹⁰ Los Demandantes no están de acuerdo, y en su lugar, alegan que los intereses deben

²³⁸⁶ Informe Rosen/Milburn, ¶ 208-229.

²³⁸⁷ Informe Rosen/Milburn, ¶ 315.

²³⁸⁸ Informe Rosen/Milburn, ¶ 357.

²³⁸⁹ Esta cifra se presenta sin perjuicio de otras deducciones que el Tribunal pueda determinar en concepto de culpa concurrente de los Demandantes.

²³⁹⁰ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 912-921.

devengarse a una Tasa Preferencial de los Estados Unidos +2 (US Prime +2) para garantizar la reparación íntegra de los Demandantes.²³⁹¹ Los argumentos de los Demandantes carecen de sustento por los motivos que se exponen a continuación.

1028. *Primero*, los Demandantes aducen que el experto de Guatemala realiza una aplicación incorrecta del rendimiento del Bono del Tesoro de los Estados Unidos sobre la base de una tasa de interés simple.²³⁹² Versant está en lo incorrecto. Tal y como se explica en esta sección, el cálculo de intereses bajo un método simple es apropiado en este caso, lo cual fue lo que el Informe Rosen/Milburn hace de forma correcta.²³⁹³

1029. *Segundo*, los Demandantes aducen que la tasa libre de riesgo pretendida por Guatemala no resulta una tasa razonable desde el punto de vista comercial porque no se encuentra disponible para los participantes en el sector comercial, como surge del caso *Bear Creek*.²³⁹⁴ No obstante lo antedicho, Guatemala presentó diferentes autoridades que apoyan su posición,²³⁹⁵ incluido el caso *ADM c. México*, en el que el Tribunal constituido en virtud del TLCAN analizó la misma fórmula para el pago de intereses y determinó que “[una] tasa de interés simple aplicable a los Bonos del Tesoro de los Estados Unidos”²³⁹⁶ resultaba adecuada.

1030. *Tercero*, según los Demandantes, una tasa libre de riesgo no compensaría adecuadamente a los Demandantes por el costo de oportunidad y el valor tiempo de la pérdida de su inversión.²³⁹⁷ Conforme surge del Memorial de Contestación, todos los riesgos a los que se exponen los Demandantes ya han sido considerados a efectos de la compensación de los daños, en los casos en los que el costo de oportunidad ya se hubiera contemplado.²³⁹⁸ La reparación a otorgar debe ser de naturaleza meramente compensatoria.²³⁹⁹ Cualquier elemento distinto derivaría en la aplicación de daños punitivos contra el Estado, que se encuentran prohibidos en virtud del Artículo 10.26.3 del DR-CAFTA.

2) El Tribunal debería adjudicar intereses simples

1031. Guatemala mantiene que los intereses simples son adecuados en este caso.²⁴⁰⁰ Los Demandantes

²³⁹¹ Réplica de los Demandantes, ¶ 695.

²³⁹² Réplica de los Demandantes, ¶ 698.

²³⁹³ Informe Rosen/Milburn, ¶ 63.

²³⁹⁴ Réplica de los Demandantes, ¶ 698.

²³⁹⁵ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 919.

²³⁹⁶ *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. México*, Caso CIADI N° ARB (AF)/04/5, Laudo (21 de noviembre de 2007), ¶ 300 (CL-0195).

²³⁹⁷ Réplica de los Demandantes, ¶ 699.

²³⁹⁸ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 918.

²³⁹⁹ *Waguih Elie George Siag & Clorinda Vecchi c. Egipto*, Caso CIADI Nro ARB/05/15, Laudo (1° de junio de 2009), ¶ 545 (CL-0167) (El tribunal también observó que “la opinión mayoritaria del Tribunal de Reclamos Irán-Estados Unidos parece haber sido que los daños punitivos no se encuentran disponibles”).

²⁴⁰⁰ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶¶ 922-929.

insisten en argumentar que la adjudicación de intereses compuestos se encuentra bien establecida²⁴⁰¹ y que ha sido reconocida como forma de *jurisprudencia constante* y se ha convertido en norma. Las afirmaciones de los Demandantes carecen de sustento por los motivos que se exponen a continuación.

1032. *Primero*, conforme se describe en el Memorial de Contestación, el artículo 38 de los Artículos de la CDI dispone expresamente que “[l]a opinión general de las cortes y tribunales ha sido contraria al otorgamiento de intereses compuestos, lo que es cierto incluso en el caso de los tribunales que consideran que los demandantes tienen normalmente derecho a intereses compensatorios”.²⁴⁰² En consecuencia, los Artículos de la CDI respaldan la premisa que sostiene que el interés simple es la norma y el interés compuesto, la excepción.

1033. El Profesor Marboe se exploya sobre esta cuestión y explica que si bien existen tribunales que han adjudicado intereses compuestos, su renuencia a adjudicarlos por varios motivos demuestra que los intereses compuestos como un componente de la compensación en materia de daños no están unánimemente reconocidos en la práctica internacional, lo que es cierto incluso en el caso de los tribunales que consideran que los demandantes tienen normalmente derecho a intereses compensatorios.²⁴⁰³ Por lo tanto, la afirmación de los Demandantes de que la adjudicación de intereses compuestos representa una práctica bien establecida sigue careciendo de sustento porque está claro que no se han unificado las opiniones con relación a esta cuestión.

1034. *Segundo*, los Demandantes fundamentan su argumentación en la supuesta *jurisprudence constante* formada durante “más de dos décadas” en la adjudicación de intereses compuestos en el derecho internacional.²⁴⁰⁴ Los Demandantes no pueden probar una tendencia cuando existen casos relevantes y persuasivos en las que se falló en contra. En casos más recientes, se adjudicaron intereses simples.²⁴⁰⁵ En el caso *Merrill c. Canadá*, un caso en el marco del TLCAN que interpreta la misma fórmula fijada para el cálculo de intereses en virtud del DR-CAFTA, el Tribunal determinó que “El Tribunal coincide con la Demandada en que el Artículo 1110(4) y el Artículo 1110(5) brinda una guía para el cálculo de los intereses aplicables en el caso que nos ocupa. La indemnización debería incluir el interés a una tasa que sea razonable desde el punto de vista comercial. Asimismo, considera que sólo deberían otorgarse intereses simples, y no compuestos”²⁴⁰⁶ Los Demandantes pretenden hacer una diferenciación entre *Autopista Concesionada c. Venezuela, Astaldi S.p.A.*

²⁴⁰¹ Réplica de los Demandantes, ¶ 588.

²⁴⁰² Artículos sobre la Responsabilidad del Estado, Art. 38, comentario 8 (RL-0291) (énfasis añadido).

²⁴⁰³ Irmgard Marboe, ¶ 6.258. (CL-0247).

²⁴⁰⁴ Réplica de los Demandantes, ¶ 701.

²⁴⁰⁵ Ver también, *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Final (14 de marzo de 2003) (RL-0260).

²⁴⁰⁶ *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N° ARB(AF)/04/5, Laudo (21 de noviembre de 2007), ¶ 296 (CL-0195).

c. República de Honduras,²⁴⁰⁷ y *Elsamex c. República de Honduras*²⁴⁰⁸ argumentando que esos casos surgieron en un contexto contractual, en contraposición a los incumplimientos de los tratados, pero no explican específicamente de qué manera esa diferencia resulta relevante para la adjudicación de intereses.

1035. *Tercero*, la prohibición de adjudicar intereses compuestos, en virtud de la legislación guatemalteca, no es irrelevante²⁴⁰⁹ y, mucho menos, un argumento desesperado de último recurso.²⁴¹⁰ Los Demandantes aducen que las normas nacionales en materia de intereses no resultan de aplicación en casos de arbitraje relacionados con inversiones. No obstante lo anterior, los tribunales en *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. Ecuador*²⁴¹¹ y *Desert Line Proyectos LLC c. República de Yemen*²⁴¹² desestimaron reclamos relacionados con intereses compuestos sobre la base del hecho de que esa forma de cálculo se prohibió de conformidad con la legislación local, lo que no fue objetado por los Demandantes.

1036. Por las razones antes expuestas, si el Tribunal llegara a encontrar que los Demandantes tienen derecho al pago de intereses, este deberá (i) aplicar una tasa de interés libre de riesgo y (ii) adjudicar interés simple.

VIII. DEMANDA RECONVENCIONAL

1037. En el Memorial de Contestación, Guatemala reconvino por USD 2 millones por las violaciones de las disposiciones de los Artículos 10.9.3.c y 10.11 del DR-CAFTA por parte de los Demandantes.²⁴¹³ Los Demandantes ahora han respondido que la demanda reconvencional carece de fundamentos jurisdiccionales y de hecho. Ambos argumentos están fuera de lugar²⁴¹⁴

A. El Tribunal tiene jurisdicción para entender sobre la Demanda Reconvencional de la Demandada

1038. Según los Demandantes, las referencias a los términos “demandante” y “demandada” en el Artículo 10.16 (conforme la definición que consta en el Artículo 10.28) limita el DR-CAFTA a los reclamos presentados por inversores.²⁴¹⁵ Sobre la base de esta redacción, los Demandantes consideran que el Tribunal carece de jurisdicción para entender sobre demandas reconvencionales.

1039. Esa posición desconoce totalmente la serie de conclusiones inequívocas a las que arribó el tribunal en

²⁴⁰⁷ *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI Nro. ARB/00/5, Laudo del 23 de septiembre de 2003 (**RL-0261**).

²⁴⁰⁸ *Elsamex, S.A. c. República de Honduras*, Caso CIADI Nro. ARB/09/4, Laudo del 16 de noviembre de 2012 (**RL-0262**).

²⁴⁰⁹ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 927.

²⁴¹⁰ Réplica de los Demandantes, ¶ 705.

²⁴¹¹ *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil SA c. Ecuador*, Caso CIADI N° ARB/04/19, Laudo (18 de agosto de 2008), ¶ 457 (**CL-0202**).

²⁴¹² *Desert Line c. Yemen*, Caso CIADI N° ARB/05/17, Laudo del 6 de febrero de 2008, ¶¶295-298 (**CL-0216**).

²⁴¹³ Memorial de Contestación de Guatemala, ¶ 930.

²⁴¹⁴ Réplica de los Demandantes, ¶ 588 *et seq.*

²⁴¹⁵ Réplica de los Demandantes, ¶ 589.

el caso *Aven*, específicamente en cuanto a que (i) los inversionistas extranjeros “tienen la obligación” de regirse por medidas adoptadas por el Estado anfitrión destinadas a proteger el medio ambiente; (ii) esta obligación se establece en la Sección A del Capítulo 10; (iii) el proceso arbitral en virtud del Capítulo 10 se encuentra limitado exclusivamente a los incumplimientos de la Sección A; por lo tanto, (iv) puede atribuirse responsabilidad a los inversionistas extranjeros por el incumplimiento de alguna obligación en virtud de la Sección A del Artículo 10 del DR-CAFTA, “en particular, en materia de derecho ambiental”.²⁴¹⁶ La decisión confirma en términos expresos que el tribunal “*prima facie* tiene jurisdicción” sobre demandas reconventionales presentadas en virtud del DR-CAFTA.²⁴¹⁷

1040. Ninguno de los casos que citaron los Demandantes contradice estas conclusiones porque ninguno de esos casos prosiguió conforme el DR-CAFTA. Cada caso procedió en virtud de un tratado diferente, con diferentes redacciones y los tribunales reconocieron esas diferencias. En el caso *Oxus Gold c. Uzbekistán*, por ejemplo, el convenio de arbitraje del tratado se limitaba a controversias “relacionadas con una obligación del [Estado Parte]”.²⁴¹⁸ Este lenguaje restrictivo no existe en el DR-CAFTA.

1041. Lo mismo puede afirmarse respecto de *Iberdrola II*. El tribunal realizó una distinción expresa entre el TBI España-Guatemala y el DR-CAFTA, determinando que la cláusula de arbitraje del DR-CAFTA era “neutral respecto de la parte legitimada para iniciar el proceso” mientras que el TBI España-Guatemala no lo era.²⁴¹⁹ Los tratados que se analizan en el caso *Karkey c. Pakistán* (TBI Pakistán-Turquía) y en el caso *Anglo American c. Venezuela* (TBI Venezuela-Reino Unido) contienen un lenguaje restrictivo similar que no se encuentra presente en el DR-CAFTA. Ambos tribunales se basaron en este lenguaje restrictivo para rechazar la jurisdicción sobre la demanda reconventional.²⁴²⁰ Sin embargo, el DR-CAFTA no se ve afectado por estas limitaciones.²⁴²¹

²⁴¹⁶ Ver *David Aven y otros c. Costa Rica*, Caso CIADI N° UNCT/15/3, UNCITRAL, Laudo Definitivo (18 de septiembre de 2018), ¶ 739 (RL-0031).

²⁴¹⁷ *Aven c. Costa Rica*, ¶ 742 (RL-0031).

²⁴¹⁸ *Oxus Gold c. República de Uzbekistán*, CNUDMI, Laudo Definitivo (17 de diciembre de 2015) ¶ 942 (CL-0291).

²⁴¹⁹ *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala II*, CNUDMI/CPA Caso 2017-41, Laudo (24 de agosto de 2020) ¶¶ 386, 389 (CL-0292).

²⁴²⁰ *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI N° ARB/13/1, Laudo (22 de agosto de 2017), ¶ 1012 (cita del tribunal del Artículo VII del BIT) (CL-0217); *Anglo American PLC c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N° ARB(AF)/14/1, Laudo (18 de enero de 2019), ¶ 526 (CL-0293) (cita del tribunal del Artículo 8(3) del TBI).

²⁴²¹ Los Demandantes citan unos pocos casos para dar sustento a su argumento. Sin embargo, ninguno de esos casos analizó el lenguaje neutral en el CAFTA. Ver Réplica de los Demandantes, ¶ 1759 (donde se cita el caso *Vestey Group Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N° ARB/06/04, Laudo (15 de abril de 2016) (CL-0166) y *Spyridon Roussalis c. Rumania*, Caso CIADI N° ARB/06/1, Laudo (7 de diciembre de 2011) (CL-0174)). Los TBI en sí mismos incluían una redacción que los diferenciaba, como los TBI en *Iberdrola II*, *Karkey*, y *Anglo American*. Ver *Vestey Group*, ¶ 333 (CL-0166) (limitación del TBI pertinente a controversias relacionadas con la obligación del estado hacia el inversor); *Roussalis*, ¶¶ 868-69 (CL-0174) (mismo).

1042. Los Demandantes aducen que Guatemala omitió identificar una obligación de la Sección A incumplida por los Demandantes. Esto sencillamente no es cierto. El Memorial de Contestación identifica los Artículos 10.9.3.c y 10.11 como las obligaciones infringidas de la Sección A. Mientras que el tribunal en el caso *Aven* determinó que los Artículos 10.9.3.c y 10.11 “no imponían, en sí mismos, ninguna obligación afirmativa sobre los inversores”²⁴²². El tribunal también reconoció que los Artículos 10.9.3.c y 10.11 incorporan las leyes ambientales de un Estado Parte y las elevan a nivel de incumplimiento de tratado.²⁴²³ Entonces, en el caso de que algún inversor haya incumplido las leyes de algún Estado del DR-CAFTA diseñadas para proteger el medio ambiente, se considerará que el inversor también ha infringido la Sección A del DR-CAFTA.

B. Los Demandantes violaron la legislación de Guatemala y, de ese modo, incumplieron la obligación consagrada en el Capítulo 10

1043. El Artículo 48 del Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental de Guatemala dispone: “El incumplimiento de los compromisos ambientales a los que se hizo responsable el proponente del proyecto, obra, industria o actividad son causal de suspensión de la vigencia de la resolución de aprobación y darán lugar a las sanciones administrativas correspondientes sin perjuicio de otras sanciones a que se hubiere hecho acreedor el proponente [.]”²⁴²⁴ En consonancia, el Artículo 49 del mismo reglamento establece que la aprobación del EIA se encuentra supeditado al cumplimiento, por parte del proponente, de sus “compromisos ambientales y otros requisitos que disponga el MARN.”²⁴²⁵ La inobservancia de estos compromisos someterá al proponente a la imposición de sanciones. Los Demandantes incluyeron estos compromisos en el EIA, los cuales específicamente asumieron.²⁴²⁶

1044. A lo largo de las operaciones del Proyecto y aún luego de que el mismo fue suspendido, el MARN y MEM llevaron a cabo distintas inspecciones en las cuales identificaron una serie de incumplimientos ambientales, los cuales están desarrollados en la sección VI.B.2 *supra*. Aún y cuando las operaciones estaban suspendidas, el MEM de forma recurrente solicitó a Exmingua que implementara medidas de mitigación de

²⁴²² *Aven*, ¶ 743 (RL-0031).

²⁴²³ *Aven*, ¶ 734 (“un efecto lógico del referido artículo 10.11 del DR-CAFTA es que las medidas adoptadas por el Estado receptor para la protección del medio ambiente deben considerarse obligatorias para los inversionistas extranjeros. Por lo tanto, siguiendo esa interpretación, los inversionistas tienen la obligación de observar y cumplir las leyes y regulaciones en materia ambiental, de conformidad con la Sección A del Capítulo 10 del DR-CAFTA. Los inversionistas se regirán por las leyes y reglamentaciones locales en materia ambiental, incluidas las medidas implementadas por el Estado Anfitrión para la protección de la salud y la vida humana, animal y vegetal.”) (Énfasis añadido).

²⁴²⁴ Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental, art. 48 (C-0413).

²⁴²⁵ Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental, art. 49 (C-413-ENG).

²⁴²⁶ Memorial de Contestación de los Demandantes, 767; Informe SLR I, ¶ 88 (“El titular de la licencia de explotación minera debe cumplir todas las medidas de mitigación contenidas en el EIA, así como todas las recomendaciones y pactos proporcionados por el MARN.”).

carácter inmediato.²⁴²⁷ Sin embargo, a la fecha, el Proyecto continúa con incumplimientos ambientales.²⁴²⁸

1045. Los Demandantes asumieron el compromiso de cerrar el sitio de la mina de manera adecuada luego de la finalización o el abandono del proyecto. Y, sin embargo, los Demandantes no indicaron en modo alguno que fueran a cumplir ese compromiso asumido. Debido a que los Demandantes no han solicitado la restitución de sus derechos mineros, sino únicamente una compensación por los supuestos daños, el área en donde existe el Proyecto actual necesitará trabajo de completa restauración para evitar deterioro y fuentes de contaminación. De hecho, en 2017 el MEM ya había indicado que varias de las áreas del Proyecto se encontraban en riesgo de convertirse en un pasivo minero ambiental.²⁴²⁹

1046. El cierre de la mina es inevitable y las medidas e restauración deben implementarse de forma imperativa. Ya existe un costo que los Demandantes han reconocido que les costaría por un monto de USD 2 millones. Aún y cuando Guatemala cree que este monto aumentará en exceso, el Tribunal deberá al menos condenar a los Demandantes

1047. Las consecuencias de no hacer nada, que es precisamente lo que harán los Demandantes, han sido debidamente documentadas. Los desechos de la mina pueden impactar en la calidad del agua, el suelo y el aire; la biodiversidad de los alrededores puede verse reducida en forma permanente; y las comunidades aledañas pueden verse obligadas a modificar dramáticamente su estilo de vida aun después de la existencia de la minera.²⁴³⁰ En el supuesto de que la compañía abandonase el proyecto, el costo de todo tipo de actividad de remediación recae sobre el gobierno y la comunidad. La carga financiera generada por dicho abandono puede resultar catastrófica para el gobierno.²⁴³¹ No debería permitirse que los Demandantes se retiren impunemente”, por lo que, al menos, el Tribunal deberá condenar a los Demandantes al pago de USD 2 millones de dólares (los cuales ya han sido reconocidos por ellos que serían los costos del cierre de la mina) más los intereses *post* laudo que el Tribunal determine correspondan para mantener el valor de la reparación para la remediación del daño ambiental hasta su efectivo pago.

IX. COSTOS

1048. Respecto a los costos del procedimiento, Guatemala hace referencia a la solicitud presentada en su

²⁴²⁷ Informe de Inspección de MEM del 6 de junio de 2016 (R-0279)

²⁴²⁸ Informe del MARN de 1 de septiembre de 2021 (R-0285).

²⁴²⁹ Informe de Visita de Campo de MEM de 14 de junio de 2017, p. 8 (R-0311) (“Pasivo minero se refiere a un área en donde existe la necesidad de restauración, mitigación o compensación por un daño ambiental o impacto no gestionado producido por actividades mineras inactivas o abandonadas que ponen en riesgo la salud, calidad de vida o bienes públicos o privados”).

²⁴³⁰ Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC), *Mine Closure: Checklist for Governments* (2018), pág. 2 (RL-0408).

²⁴³¹ APEC, *Mine Closure: Checklist for Governments* (2018), pág. 2 (RL-0408).

Memorial de Contestación, y solicita que sean los Demandantes quienes paguen todos los costos del procedimiento, honorarios de sus abogados y otros gastos que Guatemala ha incurrido en conexión con este procedimiento, incluyendo los costos de la fase preliminar, y se reserva el derecho de presentar sus argumentos y evidencia para soportar su solicitud en el momento en que el Tribunal considere pertinente.

X. PETITORIO

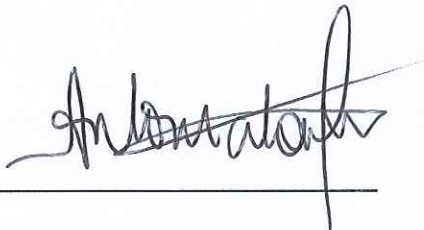
1049. Por los motivos expuestos anteriormente, Guatemala respetuosamente solicita al Tribunal que:

- (1) Declare con lugar las objeciones a la jurisdicción planteadas por Guatemala y determine la falta de jurisdicción del Tribunal para dirimir esta causa;
- (2) Declare con lugar las defensas de Guatemala y rechace los reclamos de los Demandantes en su totalidad;
- (3) Acepte la demanda reconvencional de Guatemala e imponga la suma de USD 2.000.000 a los Demandantes en concepto de indemnización por daños y perjuicios; e,
- (4) Imponga la asignación de costas y gastos en beneficio de Guatemala.

Presentado respetuosamente en nombre de la República de Guatemala el 15 de octubre de 2021,

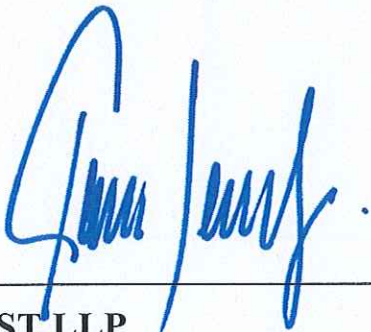
**Procuraduría General de la Nación
República de Guatemala**

Lic. Jorge Luis Donado Vivar
Lcda. Lilian Nájera
Lic. Mario Mérida



**Ministerio de Economía
República de Guatemala**

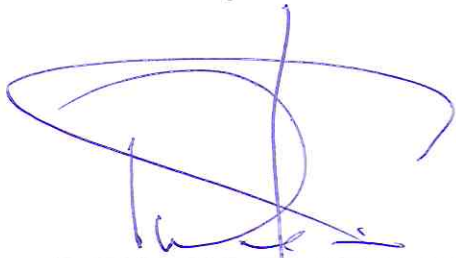
Ing. Roberto Antonio Malouf Morales
Lic. Alba Edith Flores Ponce de Molina
Lic. Alexander Cutz Calderón
Lic. Karla E. Liquez Aldana



GST LLP

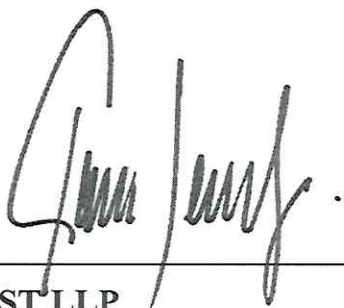
Ignacio Torterola
Diego B. Gosis
Quinn Smith
Katherine Sanoja
Carmine Pascuzzo
Fabian Zetina
Bethel Kassa
Farhod Sharipov
Jose Angelo David

Presentado respetuosamente en nombre de la República de Guatemala el 15 de octubre de 2021,



Procuraduría General de la Nación
República de Guatemala
Lic. Jorge Luis Donado Vivar
Lcda. Lilian Nájera
Lic. Mario Mérida

Ministerio de Economía
República de Guatemala
Ing. Roberto Antonio Malouf Morales
Lic. Alba Edith Flores Ponce de Molina
Lic. Alexander Cutz Calderón
Lic. Karla E. Liquez Aldana



GST LLP
Ignacio Torterola
Diego B. Gosis
Quinn Smith
Katherine Sanoja
Carmine Pascuzzo
Fabian Zetina
Bethel Kassa
Farhod Sharipov
Jose Angelo David