
CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

DANIEL W. KAPPES

Y

KAPPES, CASSIDAY & ASSOCIATES

Demandantes

C.

REPÚBLICA DE GUATEMALA

Demandada

Caso CIADI N.º ARB/18/43

RÉPLICA DE LOS DEMANDANTES

11 de junio de 2021

WHITE & CASE

ÍNDICE

	<u>Página</u>
I. INTRODUCCIÓN	1
II. ANTECEDENTES DE HECHO	6
A. Los Demandantes invirtieron en un prometedor proyecto de minería de oro en Guatemala	6
1. Los estudios indicaban que la mina podía desarrollarse de manera rentable	7
2. Los Demandantes adquirieron Exmingua como empresa operadora para desarrollar las áreas de las licencias Progreso VII y Santa Margarita	16
B. Guatemala aprobó el EIA de Progreso VII y le otorgó a Exmingua una licencia de explotación.....	23
1. Exmingua y su consultor realizaron minuciosas evaluaciones ambientales que fueron aprobadas por el MARN.....	25
2. Exmingua y su consultor realizaron consultas y completaron estudios sociales que recibieron la aprobación del MARN	38
C. Exmingua operó con éxito la mina durante más de un año y medio y esperaba seguir ampliándose y explorando.....	49
1. Los Demandantes obtuvieron derechos sobre los terrenos y una licencia de construcción y contrataron a trabajadores locales.....	49
2. Exmingua cumplió con sus obligaciones laborales y la normativa aplicable.....	57
3. Exmingua brindó un generoso apoyo a la comunidad	63
4. La mina Progreso VII demostró tener un gran potencial y Exmingua se preparaba para ampliar las operaciones	79
D. Guatemala destruyó las inversiones de los Demandantes.....	84
1. Las cortes guatemaltecas concedieron amparos manifiestamente ilícitos con los que dispusieron la suspensión de la licencia de explotación de Exmingua.....	85
a. Las cortes guatemaltecas violaron gravemente los derechos procesales fundamentales y de debido proceso de Exmingua	90
i. La Corte Suprema de Justicia de Guatemala omitió reiteradamente notificar a Exmingua de manera oportuna, con lo cual violó su derecho de audiencia	90
ii. Las cortes guatemaltecas hicieron caso omiso del requisito de temporalidad impuesto en la Ley de Amparo, con lo cual violaron el principio constitucional de seguridad jurídica.....	91
iii. Las cortes guatemaltecas desatendieron el requisito obligatorio de agotamiento de los recursos previsto en la Ley de Amparo	94

iv.	Las cortes guatemaltecas desatendieron el requisito obligatorio de la legitimación previsto en la Ley de Amparo	98
v.	Las cortes guatemaltecas desatendieron la falta de legitimación pasiva del MEM.....	100
vi.	La Corte de Constitucionalidad guatemalteca demoró excesivamente su pronunciamiento en el caso atinente a la licencia de Exmingua.....	101
b.	Las cortes guatemaltecas violaron manifiestamente los derechos sustantivos adquiridos de Exmingua.....	104
c.	Las cortes guatemaltecas discriminaron a Exmingua	108
2.	Luego de defender la emisión de la Licencia, el MEM dio marcha atrás y suspendió la Licencia de Explotación y la Credencial de Exportación de Exmingua.....	112
3.	Guatemala suspendió de facto la Licencia de Exploración de Exmingua para Santa Margarita e impidió que Exmingua obtuviera una Licencia de Explotación	116
4.	La licencia de Exmingua continúa suspendida más de cinco años después	122
5.	Guatemala inició acciones penales sin fundamento contra Exmingua	131
a.	Guatemala orquestó un operativo encubierto con Exmingua como objetivo	131
b.	Guatemala incautó más concentrado sin causa y se negó a restituirlo durante casi cuatro años	133
III.	DERECHO.....	137
A.	Jurisdicción	137
1.	La objeción de ilegalidad planteada por Guatemala es improcedente	137
a.	La objeción de ilegalidad de Guatemala es improcedente por una cuestión de derecho.....	138
b.	Guatemala no ha demostrado ninguna ilegalidad por parte de los Demandantes.....	144
2.	La objeción sobre protección y seguridad plenas planteada por los Demandantes no prescribió.....	151
3.	El Tribunal tiene jurisdicción con respecto a los reclamos de trato nacional y de nación más favorecida planteados por los Demandantes.....	160
c.	El Tribunal tiene jurisdicción sobre el reclamo de trato nacional planteado por los Demandantes	161
d.	El Tribunal tiene jurisdicción sobre el reclamo de NMF planteado por los Demandantes	163
B.	Guatemala expropió las inversiones de los Demandantes de manera ilegítima.....	166
1.	Los argumentos de la Demandada sobre la interpretación del Tratado son defectuosos	167

2.	La oportunidad perdida de los Demandantes es un elemento esencial de sus derechos de propiedad y participaciones protegidos	170
3.	Las medidas judiciales de la Demandada pueden objetarse por expropiatorias.....	173
4.	Las medidas de Guatemala efectivamente expropiaron los derechos vinculados con Santa Margarita.....	178
5.	La conducta de Guatemala constituye expropiación ilegítima	181
e.	Las medidas de la Demandada privaron a los Demandantes de todo el valor de su inversión	183
f.	La sustancial privación de los Demandantes no es efímera.....	187
g.	Las medidas de la Demandada entraron en conflicto con las expectativas específicas y razonables de los Demandantes respaldadas por inversiones	191
h.	El Tratado no contempla una excepción general según la cual las acciones regulatorias no están sujetas a reclamos por expropiación indemnizables	195
6.	La expropiación ilegal por parte de Guatemala privó de todo su valor a las acciones de los Demandantes en Exmingua.....	198
C.	Guatemala no brindó a las inversiones de los Demandantes un trato justo y equitativo	201
1.	El Tratado prohíbe el trato injusto e inequitativo de inversiones	202
2.	Guatemala incumplió la obligación de otorgar un trato justo y equitativo a las inversiones de las Demandantes, asumida en virtud del Tratado	212
D.	Guatemala no otorgó protección y seguridad plenas a las inversiones de los Demandantes.....	224
E.	Los tribunales de Guatemala denegaron justicia a la inversión de los Demandantes.....	232
1.	El Tratado prohíbe la denegación de justicia.....	232
2.	La conducta de los tribunales guatemaltecos equivale a una denegación de justicia.....	235
F.	Guatemala no concedió a los Demandantes y a su inversión el trato nacional y de nación más favorecida	244
1.	El CAFTA-DR obliga a los Estados a conceder un trato nacional y de nación más favorecida a los inversionistas e inversiones en circunstancias similares.....	245
2.	Guatemala incumplió la obligación asumida en virtud del Tratado de conceder a los Demandantes y a su inversión el trato nacional y de nación más favorecida	249
a.	Los Demandantes y Exmingua se encuentran en circunstancias similares a las de Oxec, Minera San Rafael y CGN, y sus inversionistas	250

	<ul style="list-style-type: none"> <li style="margin-left: 40px;">i. Exmingua y Oxec se encuentran en circunstancias similares porque están sujetas a regímenes regulatorios ambientales similares..... 250 <li style="margin-left: 40px;">ii. Los Demandantes y Exmingua se encuentran en circunstancias similares a las de Minera San Rafael y CGN, y sus respectivos inversionistas, a los efectos del artículo 10.4 del CAFTA-DR 252 <li style="margin-left: 20px;">b. Los Demandantes y Exmingua fueron tratados menos favorablemente que Oxec, Minera San Rafael y CGN, y sus inversionistas 253 <ul style="list-style-type: none"> i. Los tribunales guatemaltecos y el MEM no aplicaron el mismo estándar a Exmingua y a Oxec..... 253 ii. Los tribunales guatemaltecos impusieron condiciones adicionales a Exmingua 257 iii. Los tribunales guatemaltecos no resolvieron el caso de Exmingua de manera no discriminatoria 257 <li style="margin-left: 20px;">c. Los Demandantes han caracterizado suficientemente su reclamo basado en el incumplimiento del estándar de nación más favorecida 258 	259
G.	La <i>reconvención</i> de Guatemala carece de fundamentos 259	259
	<ul style="list-style-type: none"> 1. El Tribunal carece de jurisdicción sobre la reconvención de la Demandada 259 2. La reconvención de Guatemala también fracasa en los hechos 265 	267
IV.	DAÑOS..... 267	267
A.	Los Demandantes tienen derecho a una reparación integral..... 267	267
	<ul style="list-style-type: none"> 1. La Demandada distorsiona los reclamos por daños de los Demandantes y los limita al “cálculos de valuación de tipo expropiatorio” 267 2. El artículo 10.7.2 establece una condición para la expropiación legal 268 3. La jurisprudencia en materia de arbitraje de inversiones respalda la interpretación de los Demandantes 270 	273
B.	La fecha de valoración elegida por los Demandantes es esencial para revertir las consecuencias del incumplimiento de la Demandada..... 273	273
C.	Los daños sufridos por los Demandantes fueron causados por los incumplimientos de la Demandada..... 276	276
	<ul style="list-style-type: none"> 1. Existe un claro nexo causal entre las violaciones del Tratado por parte de la Demandada y las pérdidas sufridas por los Demandantes 276 2. La Reclamación por Daños de los Demandantes es Consistente con la Decisión sobre Objeciones Preliminares 280 3. La Demandada no Logró Probar Culpa o Negligencia Alguna de los Demandantes que Pudiera Contribuir a una Reducción de los Daños 285 	289
D.	La Metodología de Valuación de los Demandantes Repara el Daño por Completo. 289	289

1.	Los Demandantes Valoraron Adecuadamente la Mina Operativa.....	290
a.	El Método y el Modelo de DCF de los Demandantes son Correctos.....	291
b.	El Plan LoM de los Demandantes es Confiable.....	294
c.	Los Demandantes Valoraron Adecuadamente el Concentrado Incautado.....	300
2.	Los Demandantes Valoraron Correctamente el Potencial de Exploración Conocido de Exmingua.....	301
3.	Los Demandantes Valoraron Adecuadamente la Oportunidad de Exploración Perdida de Exmingua	305
E.	Los Demandantes tienen derecho a recibir intereses compuestos a una tasa comercial.....	307
1.	El Tribunal debe adjudicar intereses a la tasa de interés preferencial de los Estados Unidos + 2 %	307
2.	Los intereses deben calcularse anualmente sobre una base compuesta	311
V.	CONCLUSIÓN.....	314

I. INTRODUCCIÓN

1. De conformidad con la Orden Procesal N.º 1 de fecha 10 de septiembre de 2019, con sus modificaciones, el Sr. Daniel W. Kappes y Kappes, Cassiday & Associates (“KCA” y, junto con el Sr. Kappes, “Demandantes”) presentan su Réplica en respuesta al Memorial de Contestación de Guatemala de fecha 7 de diciembre de 2020 (“Memorial de Contestación”).
2. Hace prácticamente 100 años, el Miembro de la Comisión que resolvió el reclamo de *Shufeldt* declaró la responsabilidad de Guatemala por violaciones del derecho internacional tras haberle ésta negado a un inversor estadounidense derechos que el Gobierno le había conferido y reconocido durante años¹. Desafortunadamente para los Demandantes, la historia se ha repetido y, una vez más, Guatemala incumplió las obligaciones de derecho internacional que le competen al negarse a respetar la licencia que otorgó de forma válida, con lo cual destruyó la inversión de los Demandantes en *Exploraciones Mineras de Guatemala* (“Exmingua”). Los argumentos con los cuales Guatemala intenta eludir la responsabilidad internacional que le cabe por las graves violaciones cometidas con la invocación de su propio supuesto incumplimiento del derecho nacional no han mejorado con el paso del tiempo y deberían correr la misma suerte que aquellos que fueron desestimados en el caso *Shufeldt*.
3. Con el Memorial, los Demandantes demostraron haber invertido en una propiedad de exploración muy prometedora, que desarrollaron con éxito para convertirla en una mina de oro en funcionamiento. Años después, el Estado cedió ante presiones políticas y suspendió indefinidamente la licencia de explotación de Exmingua y se apropió de su concentrado de oro. A pesar de que ésta contaba con el apoyo de la comunidad (tal como queda demostrado por las consultas que realizó a la comunidad por intermedio de un consultor acreditado por el Gobierno y por la falta de objeciones durante el trámite de otorgamiento de la licencia), el Gobierno cedió frente a grupos externos que se oponían a la mina y suspendió la licencia que le había otorgado válidamente a Exmingua con el argumento de que, en virtud del Convenio 169 de la OIT, el Estado tenía la obligación de llevar adelante consultas y la licencia solamente podía recuperar sus efectos una vez realizadas las mismas. Los Demandantes también explicaron que ello era contrario a la postura ampliamente difundida y sostenida durante mucho tiempo por el Estado de que las consultas a la comunidad exigidas como parte de su procedimiento de otorgamiento de licencias mineras se ajustaban a las obligaciones del Estado previstas en el Convenio 169 de la OIT. A pesar de haber transcurrido más de cinco años desde ese momento, el Gobierno aún no ha realizado las consultas y la licencia de Exmingua sigue suspendida indefinidamente.

¹ *Shufeldt Claim (Guatemala / EE. UU.)*, Laudo de fecha 24 de julio de 1930, II R.I.A.A. 1079, 1094 (énfasis añadido) (CL-0386).

4. Al no disponer de una defensa válida, la Demandada recurre a ensuciar la reputación y difamar (al afirmar que los Demandantes son “de lo peor” y “merecen esta reputación”), siendo que los Demandantes son, respectivamente un profesional calificado y una empresa respetados, que no solamente invirtieron de forma pasiva sino que, además, planificaron, gestionaron y operaron su inversión en todas las etapas, contrataron a consultores habilitados, obtuvieron todas las aprobaciones gubernamentales requeridas y aportaron necesitadísimos beneficios en materia de empleo, salud, educación e infraestructura a un área que estaba desatendida por el Gobierno guatemalteco. El vituperio y la hipérbole que se emplean en el Memorial de Contestación no pueden disfrazar el hecho de que Guatemala no cuenta con defensa alguna para sus actos. Consciente, sin dudas, de ello, Guatemala ha adoptado el criterio de arrasar con todo, sin dejar ningún hecho sin cuestionar, independientemente de cuán menor sea su importancia o cuán bien demostrado esté, y con el planteo de excepciones legales manifiestamente infundadas.

5. En esta misma línea, Guatemala pasa por alto la jurisprudencia consagrada y constante según la cual solamente procede oponer a la competencia o admisibilidad una excepción de ilegalidad cuando la parte demandante haya actuado en grave violación del derecho al realizar su inversión, y acusa así indebidamente a Exmingua (no a los Demandantes) de una serie de diversas infracciones, todas las cuales son completamente infundadas y se produjeron mucho antes de que los Demandantes realizaran su inversión. Por ejemplo, invoca una sentencia judicial claramente injusta dictada en un caso planteado por una ONG que se opone a la minería en la que se determinó, en una única oración enunciada a modo de conclusión infundada, que Exmingua no contaba con la licencia de construcción –a pesar de que, cuando se inició ese proceso, la licencia había sido otorgada, se había pagado y reconocido la tasa correspondiente y la construcción estaba abiertamente en curso y prácticamente completada sin quejas. Guatemala también manifiesta que Exmingua operaba su planta ilícitamente al procesar a una tasa superior a la prevista en su Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental (“EIA”), a pesar de que el EIA no contiene limitación alguna en este sentido y sus propios organismos regulatorios realizaron inspecciones en las que registraron ambos, sin ningún tipo de crítica, la tasa de producción de la planta. Resulta especialmente engañoso el argumento de Guatemala de que Exmingua incumplió sus compromisos ambientales, para lo cual se apoya en informes de inspección iniciales confeccionados después de que Exmingua comenzó sus operaciones, sin mencionar siquiera las inspecciones de seguimiento ni el hecho de que a la empresa jamás se la multó por infracciones ambientales.

6. Sin respuesta alguna frente a los planteos efectuados, Guatemala formula una serie de quejas irrelevantes y *post-hoc*. Carga contra el EIA de Exmingua basada en informes que fueron encargados por ONG que se oponen a la minería específicamente con el objetivo de criticar los EIA de mineras extranjeras a las que ya se les habían otorgado licencias. Apoyada en estos, Guatemala se explaya con

su argumento de que el EIA de Exmingua no incluía los datos ambientales exigidos, con lo cual pasa completamente por alto que el EIA fue confeccionado por un consultor acreditado por el Gobierno y revisado por sus propios especialistas gubernamentales que los aprobaron hace más de una década. Del mismo modo, dedica bastante esfuerzo a criticar los estudios sociales y las consultas relacionadas del EIA, a pesar de que también éstos fueron realizados por un consultor acreditado por el Gobierno y aprobados por sus propios especialistas gubernamentales. Finalmente, los esfuerzos de Guatemala no sirven de nada, dado que, innegablemente, además de ser falsas, estas supuestas deficiencias no constituían el fundamento de *ninguna* de las medidas cuestionadas en el presente Arbitraje.

7. En cuanto a estas medidas, entre las que se incluyen las sentencias judiciales y los actos del MEM por los cuales quedó suspendida indefinidamente la licencia Progreso VII de Exmingua por la falta de realización de consultas *por parte del Estado*; la suspensión ilícita de la credencial de exportación de Exmingua por parte del MEM; la indefinida suspensión *de facto* de la licencia de exploración Santa Margarita de Exmingua; la apropiación ilícita del concentrado de oro de Exmingua; y los actos y las omisiones del Estado que le impidieron a la empresa obtener una licencia de explotación para Santa Margarita, Guatemala tiene sorprendentemente poco que decir.

8. En esencia, Guatemala no se defiende (porque no puede hacerlo) frente a su aplicación ilícita y retroactiva de una nueva exigencia para una licencia válidamente otorgada, respecto de la cual Exmingua tenía un derecho adquirido. En cambio, la Demandada perversamente acusa a los Demandantes de realizar un proceso inadecuado de debida diligencia antes de realizar su inversión, sin identificar siquiera qué es lo que supuestamente podrían haber “descubierto” los Demandantes. Visto ello, tal vez no resulte sorprendente (si bien sí es notable) que el perito jurídico de Guatemala *pase completamente por alto* el hecho de que el Estado declaró reiterada y públicamente ante la CIDH que las consultas llevadas adelante por los proponentes de proyectos con arreglo a su Ley de Minería y reglamentaciones, necesarias para la aprobación del EIA, cumplían el requisito de las consultas previsto en el Convenio 169 de la OIT, si bien Guatemala no renuncia a su declaración sino que pondera sin entusiasmo cuán “pública” fue. Frente a semejante injusticia manifiesta, Guatemala ni siquiera intenta defender el fondo de sus decisiones judiciales –en cambio, se limita a denunciar, indebidamente, que dichas decisiones no pueden ser objeto de examen por parte de un tribunal internacional. En lo que respecta a las violaciones procesales del debido proceso, el perito jurídico de Guatemala reconoce que los jueces “innovaron” en el caso de Exmingua, entre otras cosas, al, por empezar, reconocerle a la ONG CALAS legitimación para promover el amparo.

9. El intento de Guatemala de justificar sus actos por remisión a la importancia que reviste el Convenio 169 de la OIT y el interés público del Estado en las consultas a la comunidad, por otra parte, es irreconciliable con su *omisión continuada* de realizar esas mismas consultas. En efecto, en cambio,

los diversos poderes del Estado han trabajado juntos para demorar indefinidamente el inicio de cualquier tipo de consulta para la licencia de Exmingua. A pesar de las sentencias judiciales que se remontan a más de cinco años atrás y dispusieron que el MEM realizara esas consultas, el MEM se ha negado a ello, para lo cual insiste con que no puede proceder porque la sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad hace exactamente un año todavía no es definitiva. Así se afirma sobre la base de la presentación, por parte del MARN, de un infundado pedido de aclaratoria de dicha sentencia y la negativa de la Corte a pronunciarse al respecto durante más de nueve meses, a pesar de la exigencia de que procediera a ello dentro de las 48 horas.

10. Igualmente reveladora de su mala fe resulta la afirmación de Guatemala de que los Demandantes no resultan perjudicados por su suspensión, que reconoció como ilícita y *ultra vires*, de la credencial de exportación de Exmingua, dado que la suspensión fue luego revocada –sin revelar que el MEM revocó la suspensión cinco meses más tarde, y *un día* después de vencida la credencial, según los términos de la misma.

11. Dada la negativa del MEM a realizar consultas respecto de la licencia de explotación Progreso VII, así como la sentencia judicial que determinó que, sin la realización de consultas encabezadas por el MEM, no procede otorgar licencias de explotación *ni* exploración, o se las debe suspender, la licencia de exploración Santa Margarita de Exmingua también se mantiene efectivamente suspendida. En efecto, aun sobre el presupuesto de que Exmingua pudiera legalmente realizar tareas de exploración durante un breve lapso antes de que se le suspenda la licencia, sería imprudente que así lo hiciera, dado que ningún inversor llevaría adelante la exploración sin ninguna expectativa de poder obtener la licencia de explotación.

12. Por otra parte, 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. Para peor, el MEM denegó los pedidos de asistencia y orientación de Exmingua para realizar dichas consultas y agravó aún más la situación al imponer y negarse a derogar un plazo inventado de 30 días para que ésta presentara el EIA completo de Santa Margarita, sin asidero en la ley, cuando se le informó que era imposible que Exmingua completara las consultas a raíz del bloqueo. Todos estos actos y omisiones son congruentes con la suspensión *de facto* impuesta por Guatemala al otorgamiento de nuevas licencias mineras. La respuesta de Guatemala de que los Demandantes no identificaron ningún acto del Estado respecto de su licencia de Santa Margarita resulta contraria a las pruebas.

13. El acoso y la mala fe de Guatemala no han hecho sino intensificarse y resultar más evidentes en el año transcurrido desde que los Demandantes presentaron su Memorial. Hace tan solo unas

semanas, un juzgado finalmente dispuso la devolución del concentrado que se le confiscó a Exmingua (con lo que reconoció, por sobre la objeción opuesta por el Procurador General, que se lo había retenido ilícitamente). Inmediatamente después, se congelaron las cuentas bancarias de Exmingua y se confiscaron los fondos depositados en ellas, ostensiblemente para el pago de una multa impuesta hace cinco años por el MEM por haber Exmingua operado hasta mayo de 2016, siendo que dicho Ministerio dictó la orden de suspensión dos meses antes. Exmingua utiliza esos fondos para pagar el mantenimiento ambiental que se le exige seguir realizando, a pesar de que no recibe ningún tipo de ingreso. Así, Guatemala exagera la disputa planteada ante este Tribunal al sancionar a los Demandantes por el incumplimiento de, precisamente, las medidas que se debaten en el presente Arbitraje, y al también pretender obligarlos a realizar más inversiones en Guatemala (al confiscar los fondos que los Demandantes depositan en las cuentas bancarias de Exmingua), tras haber provocado Guatemala que Exmingua perdiera todo su valor y haber privado por completo a los Demandantes del valor de su inversión. Como se describe en la presente Réplica, corresponde condenar a Guatemala a brindarles una reparación íntegra a los Demandantes.

14. Junto con la sustancial prueba documental a la que aquí nos remitimos, la Réplica de los Demandantes está respaldada por las declaraciones testimoniales y los informes periciales que mencionamos a continuación:

- *Jorge Rodolfo Carraza Muralles*: representante electo del Consejo Comunitario de Desarrollo Urbano y Rural (“COCODE”) en San Pedro Ayampuc²;
- *Hery Arodi Gálvez Rivera*: ex empleado de Exmingua³;
- *Telma García Recinos de Mocario*: representante electa del COCODE en San Pedro Ayampuc⁴;
- *Daniel W. Kappes*: Demandante y uno de los fundadores y único propietario, presidente y director ejecutivo de KCA⁵;

² Declaración Testimonial del Sr. Jorge Rodolfo Carraza Muralles, de fecha 2 de junio de 2021 (“Carraza”).

³ Declaración Testimonial del Sr. Hery Arodi Gálvez Rivera, de fecha 2 de junio de 2021 (“Gálvez”).

⁴ Declaración Testimonial de la Sra. Telma García Recinos de Mocario, de fecha 2 de junio de 2021 (“García”).

⁵ Segunda Declaración Testimonial del Sr. Daniel Kappes, de fecha 10 de junio de 2021 (“Kappes II”).

- *Dr. Mike Armitage, BSc, MIMMM, FGS, CEng, CGeol, y Dr. James Siddorn, BSc, MSc, FGS, PGeo:* expertos en minería; consultores (recursos y geología estructural) de SRK Consulting (UK) Ltd.⁶;
- *Prof. Mario Roberto Fuentes Destarac:* experto en derecho guatemalteco; catedrático de Derecho Procesal Civil y Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar y socio del estudio jurídico Destarac Law⁷;
- *Margarita Mendoza Yaquián de Cordón:* experta en gestión social, relaciones con públicos de interés y administración de riesgos y crisis; CEO y socio fundadora de Diestra y vicepresidente ejecutiva de las oficinas guatemaltecas de Porter Novelli⁸; y
- *Garrett Rush:* experto en valuación y daños; socio fundador de Versant Partners, LLC.⁹

II. ANTECEDENTES DE HECHO

A. Los Demandantes invirtieron en un prometedor proyecto de minería de oro en Guatemala

15. En el Memorial, los Demandantes describieron la historia de las actividades de descubrimiento y exploración aurífera llevadas adelante por Radius y Gold Fields en Tambor en el período 2000-2007, que llevó a la inversión de los Demandantes¹⁰. Explicaron también que estaban bien posicionados para evaluar y desarrollar el Proyecto Tambor, dadas las décadas de experiencia con que contaban en el trabajo en proyectos de minería de oro, incluido en Guatemala, tras lo cual decidieron invertir en el país¹¹.

16. En el Memorial de Contestación, Guatemala mayormente ignora la descripción que ofrecieron los Demandantes de la geología y amplia exploración del Proyecto Tambor, que revistieron gran importancia para su decisión de adquirir Tambor. En cambio, emplea un relato consistente en detallar y cuestionar relaciones legales y empresariales (y, en ocasiones, personales) de los anteriores

⁶ Segundo Informe Pericial del Dr. Mike Armitage y el Dr. James Siddorn, de fecha el 10 de junio de 2021 (“SRK II”).

⁷ Segundo Informe Pericial del Prof. Mario Roberto Fuentes Destarac, de fecha 11 de junio de 2021 (“Fuentes II”).

⁸ Informe Pericial de la Sra. Margarita Mendoza Yaquián de Cordón, de fecha 11 de junio de 2021 (“Mendoza”).

⁹ Segundo Informe Pericial del Sr. Garrett Rush, de fecha 11 de junio de 2021 (“Versant II”).

¹⁰ Memorial de los Demandantes, párrs. 12-13 y 19-23; Kappes I, párrs. 18-35; SRK I, párrs. 16-24, 61, 68-72 y 124-174.

¹¹ Memorial de los Demandantes, párrs. 14-18 y 24; Kappes I, párrs. 3-16, 29 y 36-40.

propietarios y operadores de Tambor¹². Muchas de estas interjecciones no guardan ningún tipo de relevancia para la controversia que nos ocupa.

17. En particular, Guatemala pone en duda que Radius *siquiera* haya descubierto oro en Tambor a principio de los años 2000¹³. También duda de que la operación del Proyecto Tambor por parte de Gold Fields en 2001-2003 haya tenido algún tipo de resultado prometedor y afirma que la salida de Gold Fields fue consecuencia de su evaluación negativa de Tambor¹⁴. Guatemala también cuestiona que el Informe Técnico de CAM encargado por Radius a fines de 2003 se haya realizado correctamente o haya demostrado perspectivas positivas para Tambor¹⁵. Luego indica que el *joint venture* entre Radius y Fortuna Ventures en 2004-2006 significa que el Proyecto Tambor no era atractivo para terceras empresas ni viable¹⁶. Guatemala también pone en duda que los Demandantes contaran con experiencia suficiente para desarrollar el Proyecto Tambor¹⁷, y cuestiona que hayan realizado una adecuada debida diligencia antes de invertir¹⁸. Por último, indica que la salida de Radius del Proyecto Tambor (en 2012, tras vender su participación mayoritaria a los Demandantes en 2009) fue reflejo de la evaluación negativa de su productividad¹⁹. Cada una de las afirmaciones de Guatemala resulta infundada.

1. Los estudios indicaban que la mina podía desarrollarse de manera rentable

18. *Primero*, Guatemala marca el tono de su engañoso relato al señalar que Radius “*supuestamente* descubrió oro” en Tambor en el año 2000²⁰. En la medida en que Guatemala pone en duda que se haya descubierto oro, existe abundante prueba de que Radius *sí* descubrió y, luego, realizó la prospección de oro en Tambor, incluido por intermedio del *joint venture* Tambor con Gold Fields²¹. Finalmente,

¹² *Ver, p. ej.*, Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 19-44; *ibid.*, párr. 21 (donde se advierte que el Sr. Ridgway, CEO de Radius en ese entonces, tenía “conexiones [...] en Guatemala” y trabajó con el Sr. Robert Wasylshyn, vicepresidente de Exploración de Radius, en otros proyectos); *ibid.*, nota al pie n.º 69 (donde se señala que el Sr. Ridgway vive en Guatemala y que su esposa es nacional de Guatemala).

¹³ *Ibid.*, párrs. 20-21.

¹⁴ *Ibid.*, párrs. 23-27 y 33.

¹⁵ *Ibid.*, párrs. 28-32.

¹⁶ *Ibid.*, párr. 34.

¹⁷ *Ibid.*, párrs. 2 y 45-47.

¹⁸ *Ibid.*, párrs. 608, 611, 682-683 y 863.

¹⁹ *Ibid.*, párrs. 39-42 y 47.

²⁰ *Ibid.*, párr. 20 (énfasis añadido) (en que se hace referencia al Comunicado de Prensa, Radius, “Radius cierra adquisición de participación en Tambor”, de fecha 30 de marzo de 2004 (C-0216)).

²¹ Kappes I, párr. 22; Informe Técnico de Chlumsky, Ambrust and Meyer (“Informe de CAM”) de fecha 7 de enero de 2004, p. 8.1, párr. 8 (C-0039); Gregory F. Smith, Radius Explorations Ltd.: Informe técnico sobre las propiedades en Guatemala – *joint venture* Gold Fields, *joint venture* Marimba, proyectos en el este de Guatemala, de fecha 11 de enero de 2003, párr. 5 (C-0040).

Exmingua extrajo, produjo y vendió concentrado de oro, con 67 envíos de aproximadamente 20 toneladas cada uno para el momento del cierre en mayo de 2016²². Es fantasioso que Guatemala diga que “supuestamente” se descubrió oro.

19. Por otra parte, aparentemente para sembrar dudas respecto de la capacidad de Radius como empresa de exploración o la viabilidad del Proyecto Tambor, Guatemala menciona el precio de las acciones de Radius en diciembre de 2020, a las que se refiere como acción barata²³. Si bien intenta difamar a Radius (y, por extensión, al Proyecto Tambor) con su comentario sobre el precio de las acciones, pasa por alto que Radius ha descubierto una serie de depósitos exitosos, con especial foco en América Latina²⁴. En efecto, como lo señala la propia Guatemala, el fundador de Radius “tenía experiencia y conexiones sustanciales en Guatemala cuando enfocó su atención en El Tambor”²⁵. Y, como resulta evidente, los Demandantes desarrollaron Tambor con éxito, lo que confirma la viabilidad del Proyecto.

20. *Segundo*, Guatemala pone en duda que la operación del Proyecto Tambor por parte de Gold Fields haya tenido resultados prometedores y afirma que la salida de esta última fue reflejo de su evaluación negativa de Tambor²⁶. Específicamente, indica que las tareas de exploración llevadas adelante por Gold Fields en Tambor “no dieron resultados sorprendentes”, lo que provocó su salida del Proyecto²⁷. La infundada especulación de Guatemala es incorrecta.

21. Guatemala se apoya en el Informe Técnico de CAM, emitido tras la salida de Gold Fields, que señala que Tambor no alcanzaba la reserva mínima interna de Gold Fields de dos millones de onzas²⁸. Como lo explica SRK, el umbral de inversión para las grandes empresas mineras como Gold Fields suele fijarse en un nivel deliberadamente elevado de modo tal de poder repartir sus limitados recursos, lo que significa que, a veces, se pierden depósitos que luego resultan ser enormemente exitosos²⁹. Así

²² Memorial de los Demandantes, párr. 66; Kappes I, párr. 120; SRK I, párr. 27.

²³ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 20.

²⁴ Radius Gold Inc, Perfil Societario de fecha 2021 (C-0804).

²⁵ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 21.

²⁶ *Ibid.*, párrs. 23-27 y 33.

²⁷ *Ibid.*, párrs. 26 y 33-35; Secretariat, párrs. 63 y 184.

²⁸ Informe de CAM, de fecha 7 de enero de 2004, p. 6.2 (C-0039).

²⁹ SRK II, párr. 114; *ver también* Versant II, párrs. 138-139.

lo respalda el hecho de que existen diversos ejemplos de proyectos que se desarrollaron para convertirse en exitosas minas luego de la salida de Gold Fields³⁰.

22. Aquí, por otra parte, la evaluación del depósito realizada por Gold Fields se basaba en solamente *tres* objetivos en los que concentraba su exploración, en comparación con los más de doce objetivos identificados en Tambor³¹. Así, la evaluación realiza por Gold Fields al momento de su salida no reflejaba el potencial de Tambor *en su totalidad*³². En efecto, SRK señala que la evaluación de Gold Fields es congruente con sus propios presupuestos y valuación correspondientes a esa porción del Proyecto Tambor³³. Por otra parte, cabe destacar que, cuando Gold Fields vendió su participación en el *joint venture* Tambor, retuvo acciones de Radius y, por extensión, en el Proyecto Tambor³⁴. En consecuencia, la salida de Gold Fields del Proyecto Tambor no reflejaba la falta de potencial, como incorrectamente aduce Guatemala, y, de cualquier manera, fue anterior al desarrollo y la operación de la mina Tambor y la demostración de que efectivamente era posible una operación económicamente viable³⁵.

23. *Tercero*, Guatemala pone en duda que el Informe Técnico de CAM encargado por Radius se haya realizado correctamente y haya mostrado perspectivas positivas para Tambor³⁶. Una vez más, las alegaciones formuladas por Guatemala no tienen ningún respaldo y son incorrectas.

24. Tras la salida de Gold Fields, Radius encargó un informe que analizara la exploración llevada adelante en el Proyecto Tambor en 2000-2003³⁷. Ese informe (Informe Técnico de CAM) se emitió en enero de 2004. Concluyó que la mineralización aurífera en Tambor era un ejemplo clásico de depósitos de filones de oro de tipo orogénico que se extendían en más de 13 zonas minerales contenedoras de oro, con recursos indicados e inferidos en varios depósitos³⁸. Estimó un contenido total de oro en Tambor de 270.000 onzas, de las cuales informó aproximadamente 58.000 onzas como “Indicadas” y el resto

³⁰ SRK II, párrs. 165-166 (donde se señalan los proyectos Essakane, Burkina Faso; Meliadine, Canadá; y Las Cristinas, Venezuela).

³¹ SRK I, párr. 133; SRK II, párr. 164; Stephen R. Maynard, *joint venture* Tambor – Resumen del potencial de exploración, de fecha 18 de noviembre de 2003, p. 5, Tabla 2 (C-0046); Informe de CAM, de fecha 7 de enero de 2004, p. 1.2, párr. 1.4 (C-0039).

³² SRK II, párrs. 164-165.

³³ *Ibid.*, párr. 164.

³⁴ Kappes I, párr. 30.

³⁵ SRK II, párr. 114.

³⁶ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 28-32.

³⁷ Memorial de los Demandantes, párr. 22; Kappes I, párr. 33.

³⁸ Informe de CAM, de fecha 7 de enero de 2004, pp. 1.1-1.2, párrs. 1.2-1.4 (C-0039).

como “Inferidas”³⁹. También señaló que existía potencial para duplicar o incluso triplicar este Recurso Mineral con más exploración⁴⁰.

25. Si bien Guatemala intenta desacreditar el Informe Técnico de CAM al señalar que Radius lo encargó como parte de su debida diligencia para una futura emisión de acciones, ello no modifica la naturaleza del informe en cuanto confeccionado con carácter de informe independiente, como también lo confirma SRK⁴¹. Y la afirmación de Guatemala de que, varios años después de elaborado el Informe Técnico de CAM, las definiciones de términos empleados en el mismo fueron modificadas por las normas internacionales de declaración de información resulta igualmente irrelevante⁴². En consecuencia, y tal como lo respalda SRK, el Informe Técnico de CAM aportó información confiable respecto de las perspectivas del Proyecto Tambor.

26. *Cuarto*, Guatemala señala que el *joint venture* entre Radius y Fortuna Ventures en 2004-2006 indica que el Proyecto Tambor no era atractivo ni viable⁴³. Ello es incorrecto.

27. Guatemala parece indicar que Fortuna Ventures invirtió en Tambor solamente porque la fundó el Sr. Ridgway, al igual que a Radius, y que salió a principios de 2006 porque ya se había formado una imagen negativa del valor de Tambor⁴⁴. En ese sentido, Guatemala parece sostener que el Proyecto Tambor solamente resultaba de interés para empresas relacionadas con Radius, y que ni siquiera estas empresas estaban dispuestas a desarrollar el Proyecto. Al igual que ocurre con otras especulaciones, ésta no tiene respaldo ni está justificada.

³⁹ *Ibid.*, p. 11.10, Tablas 11-3 y 11-4.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 11.10, Tablas 11-3 y 11-4.

⁴¹ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 27-31; Informe de CAM, de fecha 7 de enero de 2004, p. 2.1 (C-0039); SRK I, párrs. 20-25.

⁴² Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 28-31. Si bien Guatemala afirma que Radius supuestamente caracterizó de manera incorrecta las determinaciones del Informe Técnico de CAM en su presentación el Informe 6K ante la SEC (Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 32, nota al pie n.º 45 (en referencia a “Informe 6K de Radius presentado ante la Comisión de Bolsa y Valores de los EE. UU. (18 de febrero de 2004), p. 7 (R-0014)”). Otro anexo del mismo nombre y fecha, pero con un número de anexo distinto tampoco contiene el documento en el cual Guatemala basa su alegación (“Informe 6K de Radius presentado ante la Comisión de Bolsa y Valores de los EE. UU. (18 de febrero de 2004), p. 7 (R-0009)” en Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 34, nota al pie n.º 48). Los Demandantes no deberían tener que revisar todos los anexos presentados por Guatemala para adivinar en qué documento basa ésta sus afirmaciones. Sin examinar la fuente de la supuesta caracterización incorrecta, a los Demandantes no les es posible efectuar comentarios sobre las afirmaciones de Guatemala.

⁴³ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 34.

⁴⁴ *Ibid.*, párr. 34.

28. Como lo expuso Versant en el primer informe, a fines de 2004, Radius creó un *joint venture* con Fortuna Ventures en relación con el Proyecto Tambor⁴⁵, que duró apenas más de un año, hasta principios de 2006⁴⁶. Contrariamente a lo insinuado por Guatemala respecto del supuesto poco entusiasmo de Fortuna Venture con Tambor, la realidad era que, al momento de su salida, Fortuna Ventures tenía recursos limitados y eligió dedicar los fondos de que disponía a otro proyecto que tenía perspectivas de lograr un flujo de fondos positivo antes que el Proyecto Tambor⁴⁷.

29. *Quinto*, Guatemala pone en duda que los Demandantes tuvieran experiencia suficiente para desarrollar el Proyecto Tambor⁴⁸ y disputa que hayan realizado una adecuada debida diligencia antes de invertir⁴⁹. Sus acusaciones son infundadas.

30. Guatemala pasa por alto la medida de la experiencia de los Demandantes en el sector minero e intenta minimizarla al sostener que, antes de realizar su inversión en Tambor, los Demandantes tenían experiencia únicamente en la prestación de servicios de ingeniería metalúrgica a “verdaderas” empresas mineras⁵⁰ [y jamás tuvieron ni operaron una mina/minera exitosa]. La forma en que la Demandada denigra a los Demandantes y su experiencia sencillamente está mal.

31. Para cuando los Demandantes se enteraron de que Radius vendía Tambor y estuvieron dispuestos a hacer una oferta⁵¹, contaban ya con varias décadas de experiencia en el sector minero, así como un largo historial de trabajo en Guatemala y un entendimiento de la geología de la región, el marco legal por el que se regía la obtención de permisos y las cuestiones prácticas de los aspectos técnicos que conlleva poner en operación una mina⁵². En particular, la labor de los Demandantes había abarcado todas las etapas de una operación minera, desde la preparación de los estudios de factibilidad, hasta la ingeniería y construcción, producción y cierres⁵³. KCA era y es muy conocida como empresa

⁴⁵ Versant I, párr. 51; Comunicado de Prensa, “Radius y Fortuna firman acuerdo de *joint venture* para el proyecto de oro de alta ley Tambor, en Guatemala”, *Radius*, 2 de diciembre de 2004, p. 1 (C-0217).

⁴⁶ Versant I, párr. 51; Comunicado de Prensa, “Radius revisa resultados de exploración de 2005 y se prepara para 2006”, *Radius*, 12 de enero de 2006, pp. 4-5 (C-0218).

⁴⁷ Comunicado de Prensa, “Radius revisa resultados de exploración de 2005 y se prepara para 2006”, *Radius*, 12 de enero de 2006, pp. 4-5 (C-0218) (donde se señala que “Fortuna estaba planificando un amplio programa de exploración subterránea para definir la mineralización de oro de alta ley en Tambor, pero, en cambio, concentró la mayor parte de sus esfuerzos en poner nuevamente en producción la mina de plata Caylloma en Perú”); Versant II, párr. 140.

⁴⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 2 y 45-47.

⁴⁹ *Ibid.*, párrs. 608, 611, 682-683 y 863.

⁵⁰ *Ibid.*, párrs. 2 y 45-47.

⁵¹ Memorial de los Demandantes, párr. 14; Kappes I, párrs. 36-40.

⁵² Memorial de los Demandantes, párrs. 17-18; Kappes I, párrs. 7-13; Kappes II, párrs. 5-21.

⁵³ Kappes II, párrs. 5-13.

dedicada a proyectos operativos funcionales en la modalidad llave en mano⁵⁴. Los Demandantes también habían invertido en varios proyectos mineros exitosos que luego vendieron con la generación de una ganancia⁵⁵. Con esta experiencia y conocimientos, los Demandantes estaban bien posicionados para evaluar el potencial de desarrollar Tambor para convertirla en una operación exitosa.

32. Guatemala también pasa por alto la medida en que los Demandantes evaluaron el Proyecto Tambor de manera previa a su inversión. Como se detalló en el Memorial, los Demandantes recibieron de Radius y examinaron varios informes detallados confeccionados por geólogos calificados y una empresa reconocida, así como otros documentos técnicos confeccionados por Gold Fields, incluidos sus informes sobre el Proyecto Tambor y datos sin procesar⁵⁶. Los documentos recibidos de Radius confirmaron que se había realizado una cantidad sustancial de exploración en Tambor entre 2000 y 2009⁵⁷. Ello involucró amplios muestreos de roca, suelo y sedimentos, así como la excavación de anomalías en la parte oeste-central de la Franja de Oro, seguida de perforaciones iniciales en 2000-2001⁵⁸. El *joint venture* Tambor, constituido por Radius con Gold Fields, llevó adelante otras abarcadoras actividades de exploración en el área de Tambor, en particular los depósitos en las áreas de Santa Margarita y Progreso VII, en 2001-2003⁵⁹. Los resultados de esa exploración se vieron reflejados en varios informes encargados por Gold Fields y luego Radius y emitidos por varios geólogos (Stephen R. Maynard, George M. Smith y Gregory F. Smith) y una empresa internacional de ingeniería y consultoría especializada en recursos minerales (CAM) en 2003 y principios de 2004⁶⁰.

⁵⁴ *Ibid.*, párrs. 6-8 (en que se pone como ejemplo Ocampo, México, donde, en el transcurso del período 2004-2013, KCA desarrolló el proyecto desde la preparación del estudio de factibilidad, pasando por el diseño, la construcción y la puesta en funcionamiento de un complejo de producción de oro y plata, con una inversión de capital de USD 104 millones, hasta que se realizaron la excavación y el procesamiento del primer mineral, tras lo cual KCA traspasó la operación a sus propietarios).

⁵⁵ Kappes I, párrs. 12-13; Kappes II, párr. 12.

⁵⁶ *Ver* Kappes II, párr. 20; Stephen R. Maynard, *joint venture* Tambor – Resumen del potencial de exploración, de fecha 18 de noviembre de 2003 (C-0046); Gregory F. Smith, Informe técnico sobre las propiedades en Guatemala, de fecha 11 de enero de 2003 (C-0040); Informe de fecha 7 de enero de 2004 (C-0039); Pruebas de diagnóstico del Laboratorio de Gold Fields en muestras con oro del Proyecto Tambor en Guatemala, de fecha 27 de marzo de 2003 (C-0685); correo electrónico de David Cass (Gold Group) a Daniel Kappes (KCA), de fecha 28 de marzo de 2008, al que se adjunta el Resumen de datos de las pruebas metalúrgicas de muestras de la Laguna Norte, de fecha 7 de febrero de 2003 (C-0686); correo electrónico de David Cass (Gold Group) a Daniel Kappes (KCA), de fecha 21 de mayo de 2008, al que se adjunta el Informe de las pruebas metalúrgicas en Guapinol South, de fecha 11 de febrero de 2003 (C-0687); *ver también* Memorial de los Demandantes, párr. 24.

⁵⁷ Memorial de los Demandantes, párrs. 19-23; Kappes I, párrs. 18-35; SRK I, párrs. 16-20, 24 y 63.

⁵⁸ Memorial de los Demandantes, párrs. 19-20; Kappes I, párrs. 18-22; SRK I, párrs. 16-20, 24 y 63 y Tabla 4-1 (en que se expone la exploración realizada por Radius).

⁵⁹ Memorial de los Demandantes, párrs. 20-23; Kappes I, párrs. 22-35; SRK I, párrs. 16-20 (en que se expone la exploración realizada en 2001-2003) y párrs. 133-137 (en que se exponen catorce objetivos identificados en Tambor para 2003).

⁶⁰ Gregory F. Smith, Radius Explorations Ltd.: Informe técnico sobre las propiedades en Guatemala – *joint venture* Gold Fields, *joint venture* Marimba, proyectos en el este de Guatemala, de fecha 11 de enero de 2003 (C-0040); George M. Smith, Proyecto de Informe Resumido, Condiciones tectónicas y controles sobre la mineralización aurífera, franja aurífera orogénica Tambor, Guatemala. Informe para Radius Exploration Ltd. de fecha 12 de enero de 2003 (C-0048); Stephen R. Maynard, *joint*

33. Guatemala critica la credibilidad de los Informes de Maynard y CAM⁶¹, para lo cual afirma que, antes de emitir su informe, el Sr. Maynard comentó que “la geología de Guatemala Central es complicada”⁶². Sin embargo, no advierte que más adelante en esa misma entrevista el Sr. Maynard manifestó que Gold Fields estaba “encontrando no solo el grado de gramaje sino, a nivel local, grados de varias onzas”⁶³. Por otra parte, SRK confirma la confiabilidad de la estimación de recursos del Informe de Maynard⁶⁴. Las críticas que efectúa Guatemala al Informe de CAM son igualmente infundadas, como se expuso precedentemente.

34. La visión selectiva de los hechos y la prueba que muestra Guatemala queda resaltada cuando advierte que el vicepresidente de Radius afirmó en una entrevista realizada en el año 2004 que Tambor “no es estructural o geológicamente sencillo”⁶⁵. Lo que omite añadir Guatemala es que, en la oración siguiente de esa misma entrevista, el vicepresidente de Radius mostró confianza en el Proyecto Tambor, y señaló que “creía que la producción comercial es posible en 12-24 meses”⁶⁶.

35. Guatemala también eligió pasar por alto el hecho de que, para el año 2007, Radius amplió la exploración existente con desarrollo subterráneo, lo que demostró que la mineralización no era tan solo un fenómeno de índole superficial e incrementó la certeza de las conclusiones a que se había arribado ya anteriormente⁶⁷. En lugar de reconocer estas otras actividades de exploración que se llevaron adelante en Tambor, Guatemala comenta sobre la participación de Radius en un proyecto no relacionado y sobre cesiones de participaciones en regalías de Tambor entre sucesivos titulares de regalías⁶⁸. En todo caso, estas novedades demuestran que Radius trabajaba activamente en otros proyectos mientras que terceros seguían considerando que Tambor presentaba potencial comercial.

venture Tambor – Resumen del potencial de exploración, de fecha 18 de noviembre de 2003, p. 2 (C-0046); Informe de CAM, de fecha 7 de enero de 2004, pp. 1.2-1.3, párr. 1.5 (C-0039).

⁶¹ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 26-28.

⁶² *Ibid.*, párr. 26; Rob Robertson, “Gold Fields se une a Radius en Guatemala”, *The Northern Miner*, 13 de mayo de 2002, p. 3 (R-0007).

⁶³ Rob Robertson, “Gold Fields se une a Radius en Guatemala”, *The Northern Miner*, 13 de mayo de 2002, pp. 3-4 (R-0007). Guatemala también cita las declaraciones del Sr. Maynard de que la perforación en las zonas de Bridge, Sastre y Lupita “defraudó las expectativas de mercado”, a la vez que omite reconocer que dichas zonas no integran las áreas de las licencias Progreso VII ni Santa Margarita que tienen relevancia en el presente Arbitraje.

⁶⁴ SRK I, párrs. 18-25; SRK II, párr. 34.

⁶⁵ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 34; artículo periodístico, “Radius y Fortuna llegan a acuerdo de empresa conjunta sobre el proyecto Tambor”, *BN Americas*, 12 de febrero de 2004 (R-0015).

⁶⁶ Artículo periodístico, “Radius y Fortuna llegan a acuerdo de empresa conjunta sobre el proyecto Tambor” *BN Americas*, 12 de febrero de 2004 (R-0015).

⁶⁷ Kappes I, párr. 35; SRK I, párr. 24; Comunicado de Prensa, “Túnel de exploración en el área Tambor de Radius indica nueva interceptación de 65,6g/t de oro en 4,45m”, *Radius*, 22 de octubre de 2007 (C-0056).

⁶⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 35-37.

36. Así pues, para el momento en que los Demandantes estaban considerando la posibilidad de invertir en Tambor en el año 2008, había una cantidad considerable de datos que demostraban que el depósito era valioso y se lo podía desarrollar comercialmente⁶⁹. Antes de comprometerse con el Proyecto Tambor, el Sr. Kappes también visitó Guatemala para evaluarlo mejor y conversarlo con Radius, tras lo cual los Demandantes obtuvieron más datos positivos gracias a las pruebas realizadas en muestras de virutas de roca recolectadas durante la visita al sitio, que se analizaron en los laboratorios de KCA⁷⁰.

37. Igualmente infundados son los dichos de Guatemala de que los Demandantes no consideraron la situación sociopolítica imperante en el país⁷¹. Para 2008, los Demandantes contaban con casi una década de experiencia en Guatemala, habiendo trabajado en los proyectos mineros Cerro Blanco de Glamis y Marlin de Glamis/Entre Mares⁷². En efecto, los Demandantes seguían de cerca las novedades en torno de la mina Marlin y cuando, en abril de 2008, el Sr. Kappes viajó a Guatemala, se reunió con los gerentes de la mina Marlin para conocer más acerca de sus operaciones⁷³. Contrariamente a lo insinuado por Guatemala⁷⁴, los Demandantes tenían motivos razonables para creer que no era probable que los problemas que enfrentaba la mina Marlin en ese momento se produjeran en Tambor o fueran a impedir que Tambor entrara en operación⁷⁵.

38. De hecho, en 2008, cuando los Demandantes decidieron invertir en Tambor, los conflictos sociales no eran típicos de los proyectos mineros en Guatemala, cómo esta sostiene ahora⁷⁶. El sector minero en el país parecía ser prometedor y había varios proyectos mineros con éxito en la zona de alrededor de Tambor, como la mina El Sastre⁷⁷. Si bien Guatemala presenta el proyecto El Sastre como

⁶⁹ Memorial de los Demandantes, párrs. 12-13 y 19-23; Kappes I, párrs. 18-35; SRK I, párrs. 16-24, 61, 68-72 y 124-174.

⁷⁰ Memorial de los Demandantes, párr. 24; Kappes I, párrs. 38-39; Kappes II, párrs. 14-21; correo electrónico de L. Ramírez a D. Kappes y D. Croas, de fecha 2 de mayo de 2008 (C-0061) (donde se enumeran ejemplos tomados de Guapinol Sur, Poza del Coyote y Laguna Norte); correo electrónico de D. Kappes a D. Croas y R. Adams, de fecha 4 de mayo de 2008 (C-0062) (incluido el borrador de una carta a S. Ridgway de Radius). Guatemala efectúa otra queja más sin contenido al acusar a los Demandantes de no llevar a cabo un proceso adecuado de debida diligencia y, en cambio, basarse en el Informe de CAM, que señala que no revisó “la propiedad ni [...] los límites de la propiedad”. OP N.º 6, Anexo B, Pedido N.º 16 de Guatemala. No caben dudas acerca de los “límites de la propiedad” de las áreas de licencia de Exmingua ni la titularidad de dichas licencias en cabeza de la empresa (y Guatemala no planteó cuestiones tales) por lo cual cabe preguntarse qué es exactamente lo que los Demandantes deberían haber “descubierto” con más diligencia”.

⁷¹ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 48, 608, 611 y 863.

⁷² Kappes I, párr. 36; Kappes II, párr. 16.

⁷³ Kappes II, párr. 17.

⁷⁴ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 48-52.

⁷⁵ Kappes II, párr. 18.

⁷⁶ Ver Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 683.

⁷⁷ Kappes II, párr. 19.

objeto de conflicto social, solamente se refiere a hechos producidos en 2011⁷⁸, tres años después de la decisión de los Demandantes de invertir en Tambor⁷⁹.

39. Satisfechos con su examen de los datos y los resultados de la visita al sitio, en junio de 2008 los Demandantes firmaron una carta de intención con Radius (la “Carta de Intención de 2008”)⁸⁰, para adquirir su inversión en Exmingua⁸¹.

40. *Por último*, Guatemala aduce equivocadamente que la salida de Radius del Proyecto Tambor después de venderle el resto de su participación a los Demandantes en el año 2012 fue producto de su evaluación negativa del Proyecto⁸². Guatemala señala que, poco antes de que Radius vendiera el resto de su tenencia en Exmingua a los Demandantes, el “precio de las acciones de Radius [...] siguió cayendo”, lo cual, según indica, fue producto del hecho de que “[e]l mercado no reaccionó en forma favorable al inicio de la construcción y al anuncio de los planes” para Tambor⁸³. Guatemala luego da a entender que la venta de acciones realizada por Radius en 2012 estuvo motivada por el hecho de haber sido baleada la Sra. Yolanda Oqueli Veliz⁸⁴ o por el deseo de Radius de deshacerse de sus “activos problemáticos”⁸⁵. Una vez más, la insidiosa especulación que hace Guatemala no está demostrada y es incorrecta.

41. Cabe destacar que, al momento de su salida, Radius “mant[enía] su optimismo en cuanto a que se logrará la producción comercial en Tambor y [se les] reembolsará la inversión [por ellos] efectuada en la región desde que descubrieron oro en Tambor en el año 2000”⁸⁶. Radius también mantuvo una exposición considerable al Proyecto Tambor por medio del acuerdo de regalías sobre la producción, lo cual difícilmente constituya el comportamiento de un socio que pretenda distanciarse de un proyecto⁸⁷.

⁷⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 682; Comunicado de Prensa, “Pobladores Rechazan Construcción de Mina El Sastre”, *No A La Mina*, 17 de junio de 2011 (R-0175); Comunicado de Prensa, “Policía disuelve protesta contra proyecto minero en Guatemala”, *Latin American Herald Tribune*, 17 de junio de 2011 (R-0176).

⁷⁹ Kappes II, párr. 19.

⁸⁰ Memorial de los Demandantes, párr. 24; Kappes I, párr. 39; Kappes II, párrs. 14-21; correo electrónico de D. Kappes a D. Croas y R. Adams, de fecha 4 de mayo de 2008 (C-0062) (incluido el borrador de una carta a S. Ridgway de Radius); Carta de intención entre KCA y Radius, de fecha 2 de junio de 2008 (C-0063); Comunicado de prensa, “Radius firma Acuerdo para desarrollar su depósito de oro Tambor”, *Radius*, 3 de junio de 2008 (C-0064).

⁸¹ *Ver infra*, Sección II.A.2.

⁸² Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 39-42 y 47.

⁸³ *Ibid.*, párr. 39.

⁸⁴ *Ibid.*, párrs. 40 y 47.

⁸⁵ *Ibid.*, párr. 396.

⁸⁶ Comunicado de Prensa, “Radius Gold vende su participación en proyecto minero de oro en Guatemala”, *Radius*, 31 de agosto de 2012, p. 2 (C-0223).

⁸⁷ *Ver infra*, Sección II.A.2 (donde se expone el acuerdo de regalías sobre producción); Versant II, párr. 146.

Guatemala no explica su afirmación (ni, mucho menos, aporta respaldo alguno al respecto) de que el precio de las acciones de Radius en ese momento guardaba una estrecha correlación, si es que la había, con la opinión del mercado respecto de Tambor; cabe destacar que Tambor no era el único proyecto en que Radius tenía inversiones en ese momento⁸⁸. Guatemala tampoco aporta prueba alguna que vincule el ataque a la Sra. Oqueli con el Proyecto Tambor o la decisión de Radius de vender. De hecho, el documento en que se apoya Guatemala socava su infundada afirmación⁸⁹. Por último, la propia Guatemala reconoce que sus reflexiones en cuanto a que la salida de Radius de Tambor supuestamente respondió a la actitud contraria a la minería es una simple “especula[ci]ón”⁹⁰.

42. Como ya se demostró, la decisión de los Demandantes de invertir en el Proyecto Tambor se basó en datos confiables recabados por dos empresas mineras respetables durante casi una década de exploración, tal como queda reflejado en varios informes técnicos. Dada su experiencia en proyectos de minería de oro, los Demandantes estaban bien posicionados para evaluar y desarrollar el Proyecto Tambor, cosa que hicieron.

2. Los Demandantes adquirieron Exmingua como empresa operadora para desarrollar las áreas de las licencias Progreso VII y Santa Margarita

43. En el Memorial, los Demandantes demostraron que adquirieron Exmingua de Radius en el período transcurrido entre 2008 y 2012 para obtener todos los derechos legales y beneficiosos, y la titularidad y el interés sobre el Proyecto Tambor en Guatemala⁹¹. En particular, los Demandantes expusieron que, de conformidad con la Carta de Intención de 2008, en 2009 Radius les transfirió el 51% de las acciones que tenía en Exmingua, con lo cual ellos pasaron a ser los accionistas controlantes y, en 2012, adquirieron de Radius el 49% restante de las acciones de Exmingua⁹².

44. En el Memorial de Contestación, Guatemala reconoce que, para 2012, los Demandantes lograron la titularidad absoluta de Exmingua, pero pone en duda que hayan adquirido de Radius una

⁸⁸ Ver, p. ej., Informe 6K de Radius presentado ante la Comisión de Bolsa y Valores de los EE. UU. de enero de 2012, p. 2 (R-0023) (donde se enumeran proyectos en el este de Guatemala (distintos del Proyecto Tambor)).

⁸⁹ Comunicado de Prensa, “Actualizaciones de Radius Gold sobre novedades recientes en el *joint venture* Tambor, Guatemala”, Radius, 20 de junio de 2012, p. 1 (R-0028) (donde se señala que Radius “no tiene información de que el incidente del disparo guarde relación con las circunstancias que están siendo investigadas por la policía pero, independientemente de la causa, nada se logra con violencia y denunciamos el hecho categóricamente”, y se añade que cualquier tipo de especulación en cuanto a que el ataque haya tenido que ver con Radius es “ridícula y completamente falsa”).

⁹⁰ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 396 (donde también se señala que, en el período 2007-2010, dos comunidades, Sipicapa y Barillas, fueron “críticas con los proyectos mineros” a la vez que se omite mencionar el hecho de que esas comunidades se sitúan a 300 km y 400 km de Tambor, respectivamente).

⁹¹ Memorial de los Demandantes, párrs. 24-27; Kappes I, párrs. 36-44.

⁹² Memorial de los Demandantes, párrs. 24 y 26; Kappes I, párrs. 39, 42 y 44.

participación parcial en Exmingua con anterioridad a ese momento⁹³. En particular, Guatemala parece negar la transferencia efectuada en 2009 del 51% de las acciones, al poner en duda que los Demandantes hayan gastado “un mínimo de USD 6,5 millones en exploración y desarrollo en el Proyecto [Tambor]” dentro del marco temporal indicado en la Carta de Intención de 2008⁹⁴. Guatemala también pone en duda que los Demandantes hayan efectuado los pagos convenidos a Radius, lo que incluye las regalías sobre la producción⁹⁵. En una línea similar, Guatemala pone en duda que “KCA, Radius o Exmingua” hayan efectuado pagos por regalías sobre producción a Minera del Sur, es decir, la actual titular de los derechos a las regalías sobre la producción del área Santa Margarita⁹⁶. Por último, pone en entredicho que se hayan efectuado pagos por regalías sobre producción a Royal Gold, es decir, la titular de los derechos a las regalías sobre la producción del área Progreso VII⁹⁷. La especulación infundada de Guatemala no solamente está injustificada, sino que, además, resulta irrelevante, desde el punto de vista jurídico, a los efectos de cualquier hecho controvertido, incluida la titularidad de Exmingua en cabeza de los Demandantes y la legitimación de estos últimos en cuanto inversores al amparo del CAFTA-DR.

45. *Primero*, la afirmación de Guatemala de que fue recién en 2012 que los Demandantes adquirieron una tenencia en Exmingua es incorrecta⁹⁸. Como se explicó en el Memorial, los Demandantes obtuvieron la propiedad de Exmingua de la siguiente forma:

- El 22 de enero de 2009, los Demandantes adquirieron Minerales KC, empresa guatemalteca constituida para llevar adelante el negocio de los Demandantes respecto de Exmingua⁹⁹. En la medida en que Guatemala manifieste que no hay pruebas de que los Demandantes hayan adquirido Minerales KC¹⁰⁰, se trata de una alegación infundada que queda desacreditada por los documentos que presentaron junto con el Memorial¹⁰¹. La Escritura Pública de fecha

⁹³ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 517; *ver también ibíd.*, párrs. 38-44.

⁹⁴ *Ibid.*, párr. 517, nota al pie n.º 945.

⁹⁵ *Ibid.*, párrs. 40-41 y 44.

⁹⁶ *Ibid.*, párrs. 22, 38 y 44.

⁹⁷ *Ibid.*, párrs. 25, 36-37, 39 y 43-44.

⁹⁸ *Ibid.*, párrs. 39 y 517.

⁹⁹ Memorial de los Demandantes, párr. 26; Kappes I, párr. 42; Escritura pública 448242, de fecha 22 de enero de 2009 (C-0071).

¹⁰⁰ Si bien en el Memorial de Contestación Guatemala no cuestiona la adquisición de Minerales KC, sí lo hace en las Respuestas a las Objeciones de los Demandantes al Pedido de Producción de Documentos N.º 13 de Guatemala. *Ver* OP N.º 6, de fecha 15 de marzo de 2021, Anexo B, Pedido 13, pp. 22-23 (Guatemala señala que “[l]os estados bancarios que evidencian transferencias entre los Demandantes y/o entidades relacionadas y Exmingua sirven no solamente para demostrar la alegación de los Demandantes de que el Sr. Kappes es titular directo de 25% de Exmingua y titular indirecto de 7,5% por intermedio de Minerales KC, que es titular del 75% restante de Exmingua, y que KCA es titular indirecta de 67,50%, por intermedio de Minerales KC (Memorial de los Demandantes, párr. 27), sino también para demostrar que la transferencia y adquisición de la titularidad efectivamente se llevaron a cabo a título oneroso. La falta de una contraprestación monetaria por la adquisición de Exmingua por parte de los Demandantes negaría la existencia de uno o más elementos de una inversión que constituyen un requisito procesal y, al mismo tiempo, afectarían el requisito de causalidad para demostrar la responsabilidad del Estado”).

¹⁰¹ Escritura pública 448242, de fecha 22 de enero de 2009, pp. 2-3 (C-0071) (donde se indica que los miembros originales de Minerales KC, Sr. Jorge Asensio y Sr. David Croas, cedieron todos sus derechos sobre Minerales KC a KCA y D. Kappes,

22 de enero de 2009 señala expresamente que KCA y el Sr. Kappes pagaron los aportes de capital en efectivo a cambio de la titularidad y propiedad del 100% del capital de Minerales KC¹⁰². El Sr. Kappes tenía (y sigue teniendo) una participación de 10% en Minerales KC, y KCA tenía (y sigue teniendo) el 90% restante¹⁰³.

- El 19 de junio de 2009, Minerales KC adquirió 88 acciones de Exmingua (51%) de manos de una empresa del grupo Radius¹⁰⁴.
- El 4 de septiembre de 2012, de conformidad con un acuerdo de fecha 29 de agosto de 2012, Minerales KC adquirió otras 41 acciones de Exmingua y el Sr. Kappes adquirió las 43 acciones de Exmingua restantes¹⁰⁵.

46. En consecuencia, desde junio de 2009, los Demandantes son titulares del 51% de las acciones de Exmingua por intermedio de Minerales KC y, a partir de septiembre de 2012, los Demandantes obtuvieron la propiedad total, con la tenencia directa del Sr. Kappes y la tenencia indirecta de los Demandantes por intermedio de Minerales KC¹⁰⁶. Esta estructura de propiedad no ha sufrido modificaciones.

respectivamente, a cambio de una contraprestación monetaria); *ver también* Escritura pública 448105, de fecha 30 de mayo de 2008 (C-0805) (donde consta Minerales KC con el Sr. Jorge Asensio y el Sr. David Croas como socios, y se adjunta la confirmación de inscripción de Minerales KC en el registro mercantil); Certificados de Minerales KC emitidos por el Registro Mercantil de Guatemala, de fecha 8 y 28 de julio de 2008 (C-0806) (donde consta que Minerales KC se encuentra inscrita en el Registro Mercantil como sociedad dedicada a actividades mineras).

¹⁰² Escritura pública 448242, de fecha 22 de enero de 2009, pp. 2-3 (C-0071) (donde se señala que durante la Junta General Extraordinaria de Minerales KC celebrada el 21 de enero de 2009, KCA pagó Q 4500 y el Sr. Kappes pagó Q 500 al Sr. David Croas y el Sr. Jorge Asensio, respectivamente, tras lo cual el Sr. David Croas y el Sr. Jorge Asensio cedieron la titularidad y propiedad de sus respectivas participaciones, representadas por aportes de capital, en Minerales KC a KCA y el Sr. Kappes, respectivamente, y KCA y el Sr. Kappes quedaron registrados como titulares de los aportes de capital en la escritura constitutiva de Minerales KC).

¹⁰³ Memorial de los Demandantes, párr. 26; Kappes I, párr. 42. Minerales KC es una sociedad de responsabilidad limitada y la participación de cada socio está representada por aportes de capital, en lugar de acciones. En consecuencia, las referencias a “acciones” de Minerales KC en el Memorial de los Demandantes deben entenderse como referencias a “aportes de capital” de los Demandantes.

¹⁰⁴ Memorial de los Demandantes, párr. 26; Kappes I, párr. 44; Registro de acciones de Exmingua, Título N.º 3 (C-0072).

¹⁰⁵ Memorial de los Demandantes, párr. 26; Kappes I, párr. 44; Contrato de Compra entre Radius (Cayman) Inc., Minerales KC y KCA, de fecha 29 de agosto de 2012 (C-0073); Confirmación de transferencia bancaria, de fecha 29 de agosto de 2012 (C-0807) (donde consta un pago de USD 100.000 efectuado por KCA a Radius); Registro de acciones de Exmingua, Títulos N.º 2 y 4 (C-0074) (donde se indica que, el 4 de septiembre de 2012, Radius Cayman Inc. endosó 41 acciones de Exmingua a Minerales KC y Pedro Rafael García Varela endosó 1 acción de Exmingua al Sr. Kappes); Registro de acciones de Exmingua, Título N.º 1 (C-0075) (donde se indica que, el 4 de septiembre de 2012, Radius Cayman Inc. endosó 42 acciones de Exmingua al Sr. Kappes).

¹⁰⁶ Registro de accionistas de Exmingua (sin fecha) (C-0808) (donde consta que la titularidad de todas las acciones de Exmingua obra en cabeza de Minerales KC y el Sr. Kappes); Título accionario de Exmingua N.º 1 (C-0809) (donde consta la propiedad de 42 acciones de Exmingua); Registro de acciones de Exmingua, Título N.º 1 (C-0075) (donde consta que Radius endosó 42 acciones al Sr. Kappes); Título accionario de Exmingua N.º 2 (C-0810) (donde consta la propiedad de 1 acción de Exmingua); Título accionario de Exmingua N.º 4 (C-0811) (donde consta la propiedad de 41 acciones de Exmingua); Registro de acciones de Exmingua, Títulos N.º 2 y 4 (C-0074) (donde consta que el Sr. García Varela endosó una acción al Sr. Kappes y Radius endosó 41 acciones a KCA); Título accionario de Exmingua N.º 3 (C-0812) (donde consta la propiedad de 88 acciones de Exmingua); Registro de acciones de Exmingua, Título N.º 3 (C-0072) (donde consta que se lo emitió de conformidad con el aviso de emisión de 88 acciones).

47. Por ende, Guatemala se equivoca al sostener que, a mayo de 2012, Radius era titular de 100% de Exmingua¹⁰⁷. Dicha afirmación queda desacreditada no solamente por los documentos que aportaron los Demandantes junto con el Memorial, como se señaló precedentemente¹⁰⁸, sino también por el documento que presenta la propia Guatemala en sustento de su errónea afirmación, a saber, el Informe 6K de Radius de mayo de 2012 presentado ante la Comisión de Bolsa y Valores de los EE. UU.¹⁰⁹ Guatemala afirma incorrectamente que dicha presentación demuestra que “Radius [...] aún poseía el 100% del proyecto” a esa fecha¹¹⁰. El documento en cuestión no dice cosa tal. Informa que Radius era propietaria de 100% de “la propiedad HB en Guatemala”, que es el proyecto Holly-Banderas en el que Radius hizo sus primeros descubrimientos de oro y plata en 2002¹¹¹.

48. *Segundo*, Guatemala pone en duda que los Demandantes hayan invertido USD 6,5 millones (es decir, el “Gasto Mínimo”) en Tambor en relación con su adquisición del 51% de las acciones de Exmingua, tal como se establecía en la Carta de Intención de 2008¹¹². Guatemala aduce que “no tiene conocimiento ni información suficiente para formarse la opinión de que KCA Subco había gastado la cantidad de 6,5 millones de dólares de los EE. UU. como se indica en la Carta de Intención, o si incluso se gastó alguna suma”¹¹³. La insinuación de Guatemala es insincera y, de todos modos, no tiene relevancia jurídica.

49. El propio perito de Guatemala, Sr. Rosen, señala que las notas de los Estados Financieros de Radius confirman expresamente que “KCA había cumplido con los gastos mínimos anuales requeridos de USD 1 millón y USD 1,5 millones para el 2 de junio de 2009 y el 2 de junio de 2010, respectivamente” y que, a 2011, “Radius manifestó que la opción de KCA estaba ‘al día’”¹¹⁴. Entonces, el perito no comparte la supuesta falta de “conocimiento o información” de Guatemala. Como lo

¹⁰⁷ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 39.

¹⁰⁸ *Ver también, p. ej.*, comunicado de Prensa, “Radius Gold vende su participación en proyecto minero de oro en Guatemala”, *Radius*, 31 de agosto de 2012, p. (C-0223) (en referencia a la venta, por parte de Radius, y la adquisición, por parte de KCA, de la “participación restante” en Exmingua en el año 2012, donde se da a entender que KCA había adquirido antes una participación en Exmingua).

¹⁰⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 39 (donde se remite a la p. 18[sic] del Informe 6K de Radius presentado ante la Comisión de Bolsa y Valores de los EE. UU. de mayo de 2012 (R-0023)).

¹¹⁰ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 39.

¹¹¹ Informe 6K de Radius presentado ante la Comisión de Bolsa y Valores de los EE. UU. de mayo de 2012, p. 8 (R-0023); *ver también*, Comunicado de Prensa, “Proyectos – Proyecto *joint venture* en Guatemala”, *Radius* (C-0813).

¹¹² Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 571; Pedidos de Producción de Documentos de Guatemala, Pedido 47; Carta de intención entre KCA y Radius, de fecha 2 de junio de 2008, cláusula 4 (C-0063) (donde se hace referencia a una adquisición por intermedio de “KCA Subco” que luego llevaron adelante los Demandantes con la constitución de Minerales KC como vehículo para la adquisición de Exmingua en Guatemala).

¹¹³ Memorial de Contestación de la Demandada, nota al pie n.º 945.

¹¹⁴ Secretariat, párr. 90.

reconoció Radius, los Demandantes efectuaron la inversión de Gasto Mínimo en Tambor para junio de 2011, es decir, un año antes que lo contemplado en la Carta de Intención¹¹⁵. En efecto, para junio de 2012, los Demandantes habían superado sustancialmente el monto exigido al gastar aproximadamente USD 9,8 millones (USD 12,8 millones a las tasas de facturación del mercado)¹¹⁶.

50. Por otra parte, y, de cualquier manera, no caben dudas de que Radius le transfirió 88 acciones de Exmingua (51%) a Minerales KC el día 19 de junio de 2009 y, posteriormente, transfirió las 84 acciones restantes (49%) a Minerales KC y el Sr. Kappes, como se expuso precedentemente¹¹⁷. A lo largo de la década pasada, Radius jamás planteó problema alguno respecto de las transferencias accionarias o los montos invertidos por los Demandantes en función de lo acordado. Más bien, desde que se concretó la transferencia de las acciones en 2012, Radius ha manifestado constantemente haber vendido a los Demandantes toda su tenencia accionaria en Exmingua¹¹⁸. Del mismo modo, Radius aceptó regalías y otros pagos, según el acuerdo entre las partes¹¹⁹. La Carta de Intención de 2008 determinó un marco para la transferencia a los Demandantes de la participación de 51% que Radius tenía en Exmingua. En función de dicho marco, las partes realizaron una serie de pasos (todo ello a satisfacción de ambas partes) que dieron por resultado la adquisición del 51% de las acciones de Exmingua por parte de los Demandantes por intermedio de Minerales KC, según lo demuestran los títulos accionarios¹²⁰. Los desesperados intentos de Guatemala de encontrarle algún problema a la transferencia de las acciones resultan inútiles, no solamente porque no hubo irregularidades sino

¹¹⁵ Versant II, párr. 145, Apéndice P.4 (sobre la base de Facturas de la planilla resumen de facturación de KCA (C-0938); correo electrónico de D. Kappes a R. Rushton (Radius) y otros, de fecha 28 de julio de 2011 (C-0814) (donde se especifican los gastos por costos directos en que se incurrió en Reno (USD 2,08 millones) y en Guatemala (USD 642.000), los trabajos de pruebas de laboratorio en Reno (USD 231.000), las compras de terrenos en Guatemala (USD 1,19 millones), la fabricación del laboratorio modular (USD 312.000) y la fabricación del molino (USD 2,15 millones), y se adjuntan las planillas de resumen de los gastos de KCA en el Proyecto Tambor).

¹¹⁶ Versant II, párr. 145, Apéndice P.4.

¹¹⁷ *Ver supra*, Sección II.A.2; *ver también* Registro de acciones de Exmingua, Título N.º 3 (C-0072); Registro de acciones de Exmingua, Títulos N.º 2 y 4 (C-0074); Registro de acciones de Exmingua, Título N.º 1 (C-0075).

¹¹⁸ Comunicado de Prensa, “Inversiones – Regalías”, *Radius* (C-0815) (donde se señala que, “[e]n 2012, la Sociedad vendió su participación en la subsidiaria Exploraciones Míneras de Guatemala S.A., titular del proyecto aurífero Tambor en Guatemala, a Kappes, Cassidy & Associates (“KCA”), con la transferencia a KCA de una participación el 100% en el proyecto”); Comunicado de Prensa, “Radius Gold vende su participación en proyecto minero de oro en Guatemala”, *Radius*, 31 de agosto de 2012 (C-0223).

¹¹⁹ Confirmación de transferencia bancaria, de fecha 29 de agosto de 2012 (C-0807) (donde consta un pago de USD 100.000 por parte de KCA a Radius); *Radius*, Inversiones – Regalías (C-0815) (donde se señala que “[l]a producción comercial comenzó a fines de 2014 y, en consecuencia, en enero de 2015, KCA le pagó a la Sociedad la suma de USD 341.063 para cancelar el saldo pendiente. Los futuros pagos trimestrales de regalías se basarán en el precio actual que tenga el oro en ese momento y la cantidad de onzas de oro producidas [...]. El cobro de pagos de regalías por parte de la Sociedad comenzó en el tercer trimestre de 2015. Sin embargo, el 11 de mayo 2016, KCA le informó a la sociedad que las operaciones mineras quedaron suspendidas por orden de la Corte Suprema de Guatemala”).

¹²⁰ Registro de acciones de Exmingua, Título N.º 3 (C-0072) (donde consta un asiento de Minerales KC como titular de 88 acciones integradas de Exmingua al 19 de junio de 2009); Título accionario de Exmingua N.º 3 (C-0812) (donde consta la titularidad de 88 acciones de Exmingua).

también porque Guatemala no tiene legitimación para cuestionar la forma en que Radius y los Demandantes estructuraron la transacción.

51. *Tercero*, Guatemala también pone en duda que los Demandantes hayan efectuado los pagos convenidos a Radius, lo que incluye las regalías sobre producción¹²¹. Las insinuaciones de Guatemala son infundadas y, una vez más, resultan irrelevantes a los efectos de cualquier cuestión jurídica debatida en el presente Arbitraje.

52. De conformidad con la Carta de Intención de 2008, los Demandantes no debían efectuar ningún pago directamente a Radius por la transferencia de la propiedad de 51% de las acciones de Exmingua. En cambio, como se indicó precedentemente, las partes convinieron que, para junio de 2012, los Demandantes gastarían más de USD 6.5 millones en la exploración y el desarrollo de Tambor y que, una vez que Exmingua hubiera dado inicio a la producción, Radius participaría en las ganancias¹²². Según el acuerdo del 29 de agosto de 2012 entre las partes para la transferencia del 49% restante de las acciones de Exmingua, los Demandantes se comprometieron a realizarle tres tipos de pagos a Radius:

- Como los Demandantes utilizaron las instalaciones de Radius en Guatemala durante los primeros cuatro años de sus operaciones, las partes convinieron que los Demandantes cubrieran los gastos de oficina de Radius por un total de aproximadamente USD 400.000 (denominados “Anticipos”)¹²³. Los Demandantes efectuaron su primer pago, por un monto de USD 100.000, el 29 de agosto de 2012¹²⁴. Pagaron el saldo de los Anticipos, por la suma de USD 341.063, al iniciar la producción comercial de Tambor – como lo reconoció Radius¹²⁵ y lo señaló la propia Guatemala¹²⁶.
- Al iniciarse la producción comercial en Tambor, los Demandantes aceptaron efectuar pagos trimestrales a Radius según una escala móvil dependiente del precio del oro y hasta un

¹²¹ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 40-41 y 44; OP N.º 6, de fecha 15 de marzo de 2021, Anexo B, Pedido 13, pp. 22-23 (donde se pone en duda que los Demandantes hayan pagado algún tipo de “contraprestación monetaria subyacente” en relación con la adquisición de Exmingua).

¹²² Carta de intención entre KCA y Radius, de fecha 2 de junio de 2008, cláusulas 4 y 6 (C-0063).

¹²³ Contrato de Compra entre Radius (Cayman) Inc., Minerales KC y KCA, de fecha 29 de agosto de 2012, cláusula 1 (C-0073).

¹²⁴ Confirmación de transferencia bancaria de fecha 29 de agosto de 2012 (C-0816) (donde consta un pago de USD 100.000 por parte de KCA a Radius); Contrato de Compra entre Radius (Cayman) Inc., Minerales KC y KCA, de fecha 29 de agosto de 2012, Cláusula 1(a) (C-0073).

¹²⁵ Acuerdo de regalías entre Radius, Minerales KC, D. Kappes y Exmingua, de fecha 12 de noviembre de 2015, p. 6 (C-0077).

¹²⁶ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 44 (donde consta el pago de USD 341.063); Estados Financieros Consolidados de Radius Gold Inc., ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 2015, p. 24 (R-0031); Contrato de Compra entre Radius (Cayman) Inc., Minerales KC y KCA, de fecha 29 de agosto de 2012, Cláusula 1(b)(i) (C-0073); Comunicado de Prensa, “Radius Gold vende su participación en proyecto minero de oro en Guatemala”, *Radius*, 31 de agosto de 2012 (C-0223); correo electrónico de K. Bales (Goldgroup) a D. Kappes, de fecha 16 de enero de 2015 (C-0817) (donde consta el saldo de USD 341.065 “por anticipo adeudado a Radius”).

máximo de USD 10 millones (denominados “Pagos por Producción en la Etapa Inicial”)¹²⁷. Radius señaló en sus Estados Financieros de 2015 y 2016 que cobró de KCA la mayoría de las regalías que le correspondían por la producción¹²⁸. No se efectuaron nuevos pagos tras el cierre de la mina, con lo cual quedó adeudada parte de las regalías sobre producción debidas a Radius por los Pagos por Producción en la Etapa Inicial¹²⁹.

- Una vez efectuados los Pagos por Producción en la Etapa Inicial de USD 10 millones, los Demandantes realizarían pagos trimestrales a Radius según una escala móvil, dependiente del precio del oro (denominados “Pagos por Producción en la Segunda Etapa”)¹³⁰. No se adeudan pagos a Radius por los Pagos por Producción en la Segunda Etapa.

53. En consecuencia, los Demandantes le pagaron a Radius los Anticipos y una parte sustancial de los Pagos por Producción en la Etapa Inicial y estaban en vías, conforme a lo programado, de concretar los pagos pendientes cuando se clausuró la producción, impedimento que fue reconocido por Radius¹³¹. Así, además de infundadas, las alegaciones de Guatemala no afectan de modo alguno la adquisición de la inversión por parte de los Demandantes ni cuestión alguna debatida en el presente Arbitraje

54. *Cuarto*, en sentido similar, Guatemala advierte que Exmingua no pagó “anticipos” por la adquisición, por parte de Exmingua en el año 2000 (es decir, mucho antes de que los Demandantes adquirieran cualquier participación en Exmingua), de derechos sobre Santa Margarita, “[i]ncluso cuando se aproximaba la etapa de producción”¹³². La adquisición, por parte de Exmingua, de derechos mineros en virtud de la licencia de exploración Santa Margarita se llevó adelante mediante una cesión en la que se convino que Exmingua efectuara determinados pagos al cedente, incluidas regalías sobre producción¹³³. Guatemala se remite a una carta de 2015, en la que incorrectamente señala que Minera

¹²⁷ Contrato de Compra entre Radius (Cayman) Inc., Minerales KC y KCA, de fecha 29 de agosto de 2012, Cláusula 1(b)(ii) (C-0073).

¹²⁸ Estados Financieros Consolidados de Radius Gold Inc., ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 2015, p. 24 (R-0031); Radius Gold, Informe Anual 2016, p. 24 (C-0982) (donde constan cifras un poco más elevadas informadas por Radius como pagadas por KCA).

¹²⁹ *Ver* Versant II, nota al pie n.º 313 (donde se señala que el monto de la regalía abonada a Radius fue de USD 603.630, con un saldo pendiente de USD 583.561); *ibid.*, Apéndice Q.1 (lo mismo); KCA, Información sobre Regalías de Radius (C-0937) (lo mismo); *ver también* Radius Gold, Informe Anual 2016, p. 24 (C-0982) (donde constan cifras un poco más elevadas informadas por Radius como pagadas por KCA); Estados Financieros Consolidados de Radius Gold Inc., ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 2015, p. 24 (R-0031) (donde constan cifras anteriores informadas por Radius como pagadas por KCA). Con un criterio conservador, Versant adoptó como pagadas las cifras menores.

¹³⁰ Contrato de Compra entre Radius (Cayman) Inc., Minerales KC y KCA, de fecha 29 de agosto de 2012, cláusula 1(b)(iii) (C-0073).

¹³¹ *Ver* Simon Ridgway, “Radius comenta sobre los informes de los medios de comunicación sobre la suspensión temporaria de las operaciones mineras en la mina Tambor en Guatemala”, *Canadian Insider*, 11 de mayo de 2016 (R-0032).

¹³² Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 38 y 44.

¹³³ Kappes I, párrs. 21 y 23; Cesión condicional de derechos mineros, de fecha 21 de noviembre de 2000, cláusulas 1-4 y 9 (C-0041) (donde consta que Geominas, S.A. cedió a Exmingua los derechos mineros que tenía en virtud de la licencia de explotación Santa Margarita, con retención de derechos al cobro de regalías); Modificación de la Cesión condicional de derechos mineros, de fecha 4 de octubre de 2001 (C-0042) (por la cual se amplió la cesión a otras áreas).

del Sur, a quien el cedente transfirió los derechos, buscó obtener “anticipos” de Exmingua¹³⁴. No obstante, la carta no consulta respecto de “anticipos”; consulta sobre las regalías sobre la producción, que se deben recién una vez que se inicie la producción en Santa Margarita¹³⁵. La queja de Guatemala de que “[n]o hay evidencia alguna de que Exmingua, Radius, o KCA hayan hecho estos pagos a los que estaban obligados por contrato” constituye, entonces, otra afirmación infundada e irrelevante¹³⁶.

55. *Quinto*, Guatemala pone en tela de juicio que se hayan realizado pagos por regalías sobre producción a Royal Gold, es decir, la titular de los derechos a las regalías sobre la producción del área Progreso VII¹³⁷. Dichas regalías se pagaron sobre envíos efectuados por Exmingua, por el monto de aproximadamente USD 235.000, pero los pagos cesaron tras la clausura de las operaciones de Exmingua, con lo que quedó vencido un monto de aproximadamente USD 193.000¹³⁸.

B. Guatemala aprobó el EIA de Progreso VII y le otorgó a Exmingua una licencia de explotación

56. Tal como lo explicaron los Demandantes en el Memorial, Exmingua obtuvo la aprobación de su EIA y una licencia de explotación para Progreso VII los días 23 de mayo de 2011 y 30 de septiembre de 2011, respectivamente¹³⁹, tras obtener el dictamen favorable de la Unidad de Asesoría Jurídica del MEM el 4 de julio de 2011, con el visto bueno del Procurador General, que declaraba que la mina

¹³⁴ Carta de Minera del Sur, S.A. a Exmingua, de fecha 6 de abril de 2015 (C-0045) (donde consta que Geominas, S.A. cedió sus derechos al cobro de regalías a Minera del Sur, S.A. el día 12 de diciembre de 2013).

¹³⁵ Cesión condicional de derechos mineros, de fecha 21 de noviembre de 2000, cláusula 9 (C-0041) (titulada “Regalías sobre Producción” establece que Exmingua deberá pagar “una regalía sobre la producción” si ya sea “Unidad Tipo o deriva uno o más Derechos Mineros de Explotación y aquellos entran en operaciones de producción” y señala que “[d]espués de un plazo suspensivo de cuatro años, más un mes después, contado a partir de la firma del presente contrato, EXMINGUA pagará mensualmente a la[] entidad Cedente *cuya licencia vaya a producción* la suma de DIEZ MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (U.S.\$10,000.00)” (énfasis añadido); *ver también* Modificación de la Cesión condicional de derechos mineros, de fecha 4 de octubre de 2001 (C-0042).

¹³⁶ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 44. En efecto, en su carta, Minera del Sur señala que estaban “ciertos que si la intención hubiera sido que tuviéramos derecho a recibir anticipos a regalías hasta que la Licencia de Explotación fuera otorgada, eso es lo que con toda claridad diría el contrato”. Carta de Minera del Sur, S.A. a Exmingua, de fecha 6 de abril de 2015, p. 2 (C-0045).

¹³⁷ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 25, 36-37, 39 y 43-44.

¹³⁸ Versant II, párr. 77, Apéndice Q; Factura de Royal Gold, de fecha 20 de noviembre de 2015 (C-0984); Estado bancario de Exmingua, de noviembre de 2015 (C-0988); Factura de Royal Gold, de fecha 3 de diciembre de 2015 (C-0983); Estado bancario de Exmingua, de diciembre de 2015 (C-0986); Factura de Royal Gold, de fecha 29 de abril de 2016 (C-0985); Estado bancario de Exmingua, de mayo de 2016 (C-0987).

¹³⁹ Memorial de los Demandantes, párrs. 37-38; Resolución N.º 1010-2011 del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales por la que se aprueba el Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental de Progreso VII (“Resolución N.º 1010-2011 del MARN”), de fecha 23 de mayo de 2011 (C-0212); Resolución N.º 03394 del Ministerio de Energía y Minas, de fecha 30 de septiembre de 2011 (C-0090).

Progreso VII estaba “en interés del país”¹⁴⁰. En particular, los Demandantes explicaron que el EIA de Exmingua incluía minuciosos estudios ambientales y sociales llevados adelante en colaboración con Grupo Sierra Madre (“GSM”), empresa consultora especializada en la gestión ambiental y de recursos naturales y debidamente acreditada ante el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales (“MARN”) en Guatemala¹⁴¹.

57. Los Demandantes también explicaron que, antes de aprobar el EIA de Exmingua para Progreso VII, el MARN le solicitó a la empresa “ampliaciones”, incluidos detalles del “proceso de Participación Pública”, junto con documentos respaldatorios que demostraran las actividades llevadas adelante a lo largo de dicho proceso, y que Exmingua abordó los pedidos adicionales del MARN en una ampliación del EIA (“Ampliación del EIA”) que presentó el día 12 de abril de 2011¹⁴². Además, los Demandantes observaron que, el 23 de mayo de 2011, el MARN emitió un aviso de aprobación del EIA de Progreso VII, en el que manifestó que las consultas públicas se habían “llevado a cabo de conformidad con el mandato” provisto por el MARN y que, como quedaba demostrado por los documentos respaldatorios adjuntos al EIA, los participantes del público habían, en general, manifestado su acuerdo con el proyecto minero¹⁴³.

58. A pesar del examen abarcador y la aprobación del EIA por parte del MARN, el dictamen favorable del MEM respecto de la licencia solicitada por Exmingua, y la confirmación del Procurador General de que el proyecto Progreso VII era de interés para el país, en el Memorial de Contestación Guatemala afirma que el EIA era de la “peor calidad” y “tan incompleto que no cumple con los estándares del derecho interno y de las prácticas internacionales en la materia”¹⁴⁴. En este sentido, Guatemala aduce que el EIA no exponía con precisión el impacto ambiental de la mina y que Exmingua describió incorrectamente u omitió información clave¹⁴⁵. Asimismo, Guatemala señala que los estudios sociales del EIA fueron inadecuados¹⁴⁶. Según sostiene, las “deficiencias en el EIA [...] destruye[ron] cualquier esperanza de obtener una licencia social”¹⁴⁷.

¹⁴⁰ Memorial de los Demandantes, párr. 38; Licencia de Impacto Ambiental emitida por el MARN, de fecha 26 de mayo de 2011 (C-0084).

¹⁴¹ Memorial de los Demandantes Sección II.B; Resolución N.º 1010-2011 del MARN, de fecha 23 de mayo de 2011, p. 3 (C-0212) (“TERCERO. DEL CONSULTOR. Que conforme Licencia Ambiental de Registro de Consultor Profesional Individual, Licencia número cero once (011), la empresa [GSM] está acreditada ante este Ministerio para elaborar instrumentos de evaluación ambiental”).

¹⁴² Memorial de los Demandantes, párrs. 34-36; Ampliaciones al EIA de Progreso VII, de fecha 1 de abril de 2011 (C-0089).

¹⁴³ Memorial de los Demandantes, párr. 37; Resolución N.º 1010-2011 del MARN, de fecha 23 de mayo de 2011, p. 3 (C-0212).

¹⁴⁴ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 5 y 59 y Sección VII.B.

¹⁴⁵ *Ibid.*, Sección VII.B.

¹⁴⁶ *Ibid.*,

¹⁴⁷ *Ibid.*, párr. 754.

59. Como se demuestra a continuación, las afirmaciones que formula Guatemala son infundadas y no constituyen más que esfuerzos *post-hoc* y sin contenido tendientes a eludir la responsabilidad que le cabe por las violaciones del Tratado que cometió. Exmingua cumplió cabalmente con sus obligaciones respecto del EIA, lo que incluyó la realización de estudios ambientales y sociales, y ningún organismo administrativo o tribunal guatemalteco ha determinado lo contrario.

1. Exmingua y su consultor realizaron minuciosas evaluaciones ambientales que fueron aprobadas por el MARN

60. En el Memorial, los Demandantes explicaron que, para poder obtener una licencia de explotación minera, el derecho guatemalteco exigía que Exmingua presentara ante el MARN un EIA con una minuciosa evaluación del impacto medioambiental del Proyecto¹⁴⁸. Explicaron, además, que, en junio de 2009, Exmingua contrató a GSM (empresa consultora acreditada ante el MARN y especializada en la gestión ambiental y de recursos naturales) para que le prestara asistencia en la elaboración del EIA¹⁴⁹. Como lo señalaron los Demandantes, Exmingua y GSM dedicaron un año a realizar estudios ambientales exhaustivos y, el 31 de mayo de 2010, presentaron el EIA correspondiente a Progreso VII¹⁵⁰. Después de que el MARN solicitara información adicional y Exmingua presentara la Ampliación del EIA, el 23 de mayo de 2011 el MARN emitió el aviso de aprobación del EIA de Progreso VII¹⁵¹. Como también lo señalaron los Demandantes, la Unidad de Asesoría Jurídica del MEM emitió entonces un dictamen a favor de la solicitud de licencia de explotación presentada por Exmingua y, el 30 de septiembre de 2011, el MEM le otorgó a Exmingua una licencia de explotación de 25 años de vigencia para Progreso VII¹⁵².

61. En el Memorial de Contestación, Guatemala pone en duda que GSM siquiera estuviera habilitada para confeccionar el EIA que aprobó. Aduce luego que, a pesar del examen abarcador y la aprobación del EIA por parte del MARN, el estudio en cuestión era “tan incompleto que no cumple con los estándares del derecho interno y de las prácticas internacionales en la materia”¹⁵³ y “no debió ser

¹⁴⁸ Memorial de los Demandantes, párr. 29.

¹⁴⁹ Memorial de los Demandantes, párr. 29; Resolución N.º 1010-2011 del MARN, de fecha 23 de mayo de 2011, p. 3 (C-0212).

¹⁵⁰ Memorial de los Demandantes, párr. 33; Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental del Proyecto Progreso VII, de fecha 31 de mayo de 2010 (C-0082) (“EIA de Progreso VII”).

¹⁵¹ Memorial de los Demandantes, párr. 37; Resolución N.º 1010-2011 del MARN, de fecha 23 de mayo de 2011, p. 3 (C-0212).

¹⁵² Memorial de los Demandantes, párr. 38; Resolución N.º 03394 del Ministerio de Energía y Minas, de fecha 30 de septiembre de 2011 (C-0090).

¹⁵³ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 5; *ver también* Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 59, Sección VII.B, párrs. 738-753.

aprobado”¹⁵⁴. En particular, la Demandada se apoya en los informes del Sr. Robinson y el Dr. Moran, elaborados en 2012 y 2014, en respaldo de sus afirmaciones de que el EIA de Exmingua era de lo “peor”, dado que, entre otras cosas, supuestamente no describía con precisión el impacto del Proyecto en los recursos hídricos locales ni aportaba estudios hidrológicos o geológicos de base¹⁵⁵, no consideraba los impactos acumulativos ni alternativas¹⁵⁶ y faltaban los planes de mitigación y contingencia¹⁵⁷. Dichas afirmaciones no son sino argumentos *ex post* dirigidos a distraer al Tribunal de la cuestión clave referente al EIA de Progreso VII de Exmingua, *es decir*, que el Estado (por conducto del MARN) confirmó que el EIA se ajustaba a todas las leyes y reglamentaciones aplicables y, por consiguiente, lo aprobó¹⁵⁸. De todas formas, las afirmaciones de Guatemala tampoco tienen ninguna justificación.

62. *En primer lugar*, el intento de Guatemala de refutar las cualificaciones de GSM, el consultor de Exmingua, y poner en duda la acreditación del MARN pone de manifiesto la desesperación de la Demandada. En el Memorial de Contestación, Guatemala manifiesta que GSM “afirma[] ser un consultor ambiental”¹⁵⁹. Y en sus pedidos de producción de documentos, aduce que los Demandantes “no aportaron documentación que acredite que GSM estuvo debidamente acreditada durante todo el período en el que trabajó en el EIA”¹⁶⁰. Como lo advirtieron los Demandantes en las objeciones que opusieron al pedido de documentos de Guatemala, presentaron *con el Memorial* pruebas de la acreditación de GSM ante el MARN¹⁶¹. GSM, el consultor de Exmingua, es una empresa de gestión ambiental que ha gozado de acreditación ante el MARN desde 2006¹⁶². El MARN también confirmó en

¹⁵⁴ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 5; *ver también* Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 734-737.

¹⁵⁵ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 59 y 756-761; Informe de Robert Robinson, de fecha 29 de diciembre de 2012 (R-0049) (“Informe de Robinson”); Informe del Dr. Robert Moran, de fecha 22 de mayo de 2014 (R-0051) (“Informe de Moran”).

¹⁵⁶ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 747-748.

¹⁵⁷ *Ibid.*, párrs. 762-763.

¹⁵⁸ Resolución N.º 1010-2011 del MARN, de fecha 23 de mayo de 2011, p. 3 (C-0212).

¹⁵⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 52.

¹⁶⁰ Orden Procesal N.º 6, de fecha 15 de marzo de 2021, Anexo B, Decisión del Tribunal sobre los Pedidos de Producción de Documentos de la Demandada, p. 45 (“Los Demandantes sostienen que ‘en junio de 2009, Exmingua contrató a [GSM], una empresa consultora especializada en gestión ambiental y de recursos naturales debidamente inscrita en el [MARN] de Guatemala, para preparar un EIA para los proyectos mineros Progreso VII y Santa Margarita’. Los Demandantes no han aportado documentación que demuestre que GSM estuvo debidamente acreditada durante todo el período en el que trabajó en el EIA. Dicho material resulta relevante para determinar si el proceso de consulta se llevó adelante con arreglo al derecho local”).

¹⁶¹ Orden Procesal N.º 6, de fecha 15 de marzo de 2021, Anexo B, Decisión del Tribunal sobre los Pedidos de Producción de Documentos de la Demandada, p. 45.

¹⁶² *Ver, p. ej.*, Licencia N.º 011 otorgada por el MARN, de fecha 28 de febrero de 2006 (C-1021); Licencia N.º 011 otorgada por el MARN, de fecha 13 de febrero de 2007 (C-1022); Licencia N.º 011 otorgada por el MARN, de fecha 19 de febrero de 2008 (C-1023). Al igual que a lo largo de estos procesos, Guatemala parece estar intentando nuevamente aprovecharse y beneficiarse con su propia ineptitud burocrática al alegar que GSM no estuvo acreditada “durante todo el período” de

su resolución del 23 de mayo de 2011 que GSM “está acreditada ante este Ministerio para elaborar instrumentos de evaluación ambiental”¹⁶³.

63. Por otra parte, si bien Guatemala sostiene que GSM simplemente “*afirmaba* ser un consultor ambiental”¹⁶⁴ y era una “empresa consultora *supuestamente* especializada en el manejo del medioambiente y los recursos naturales”¹⁶⁵, GSM es una consultora respetada que, como se demostró precedentemente, estaba debidamente acreditada por el MARN para realizar evaluaciones ambientales. Fundada en octubre de 2003, GSM tiene oficinas en México y Guatemala y presta asesoramiento profesional, capacitación y asistencia técnica en relación con la gestión ambiental y geología económica¹⁶⁶. GSM se especializa en desarrollar programas de gestión ambiental y social (lo que incluye estudios de evaluación de impacto ambiental y social, análisis de riesgos, estudios de base y consultas públicas) y diseñar e implementar programas para la gestión de los recursos naturales¹⁶⁷.

64. Para el EIA de Exmingua, el equipo principal de GSM, consistente en diez integrantes, incluyó profesionales muy calificados, entre ellos cuatro ingenieros geólogos, un biólogo, un ecologista, dos arquitectos ambientales, un ingeniero agrónomo y un antropólogo. Junto con el EIA se presentó un listado de sus acreditaciones, que incluye considerable experiencia en estudios hidrogeológicos, gestión de cuencas y estudios de impacto ambiental en relación con proyectos mineros¹⁶⁸. El equipo incluyó profesionales con, entre otras cosas, un “Ph. D. en Biología de la Universidad de Harvard”, un “doctorado en Ciencias Agrícolas en la especialidad de Calidad del Agua”, un “Maestro en Ciencias Geológicas”, una “Maestro en Estudios Ambientales”, un “Maestro en Ciencias en Manejo de Recurso Hídrico e Hidrogeología” y una “licenciatura en Antropología”, así como también un “técnico geólogo [especializado en] modelado espacial y geoprocesos”¹⁶⁹. El equipo también incluyó al fundador del

elaboración del EIA. Ver Orden Procesal N.º 6, de fecha 15 de marzo de 2021, Anexo B, Decisión del Tribunal sobre los Pedidos de Producción de Documentos de la Demandada, p. 45. El MARN acredita a los consultores de manera anual y, a menudo, no renueva las inscripciones hasta febrero o marzo, lo que provoca una breve falta de acreditación al inicio de cada año. Ver EIA de Progreso VII, pp. 543-553 (C-0082). De todas formas, basta solamente con que el consultor esté acreditado al momento de presentar el EIA. Ver Resolución N.º 1010-2011 del MARN, de fecha 23 de mayo de 2011, p. 3 (C-0212).

¹⁶³ Resolución N.º 1010-2011 del MARN, de fecha 23 de mayo de 2011, p. 3 (C-0212).

¹⁶⁴ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 52 (énfasis añadido).

¹⁶⁵ *Ibid.*, párr. 204 (énfasis añadido).

¹⁶⁶ Ver GSM, Portafolio de servicios (C-1024); Kappes I, párr. 48.

¹⁶⁷ Ver GSM, Portafolio de servicios (C-1024).

¹⁶⁸ EIA de Progreso VII, pp. 48-51 (C-0082).

¹⁶⁹ *Ibid.*

Centro de Estudios Ambientales de la Universidad del Valle de Guatemala, galardonado con la Medalla Presidencial de Medio Ambiente en 2007¹⁷⁰.

65. *Segundo*, las afirmaciones de Guatemala de que el MARN y el MEM fueron “inducidos a error” para aprobar el EIA¹⁷¹ vilipendian la competencia de sus propios funcionarios y pasan por alto el abarcador proceso de examen y aprobación del EIA. El MARN tiene la facultad de examinar y aprobar los EIA¹⁷². Dentro del MARN, la Dirección de Gestión Ambiental y Recursos Naturales (“DIGARN”) es responsable de preparar los términos de referencia para los EIA y de examinar, analizar y aprobar dichos estudios¹⁷³. El MARN también tiene dependencias de calidad ambiental, asuntos jurídicos, cumplimiento y sociales¹⁷⁴. Los funcionarios del MARN están facultados para pronunciarse sobre si un EIA cumple o no las normas aplicables y están calificados para ello. Por otro lado, como parte del proceso de revisión, el MARN puede solicitar por única vez al proponente del proyecto la presentación de más información, de ser necesaria, y también puede solicitar la opinión de otros entes públicos para que lo asistan en su examen del EIA¹⁷⁵. Como se analizará más adelante, también hay oportunidades para que recabe la opinión de las comunidades afectadas¹⁷⁶.

66. Con la información provista en el EIA y las auditorías y los dictámenes de otros entes públicos, así como las observaciones u objeciones que haya efectuado el público, como base, el personal técnico de la DIGARN del MARN debe confeccionar y presentar una recomendación técnica respecto de su evaluación del EIA, y el MARN debe emitir la decisión final por la que se aprueba o rechaza el EIA¹⁷⁷. El examen se lleva delante de conformidad con el Manual Técnico del MARN, y la decisión final de aprobación o rechazo del EIA está a cargo de la Asesoría Ambiental del MARN¹⁷⁸. Una vez aprobado el EIA, se lo remite al MEM, que deber publicar un aviso de la solicitud de licencia de explotación en trámite en el Diario Oficial y en otro diario de gran circulación, de modo tal que cualquier persona que pueda creerse afectada por la solicitud del derecho minero pueda oponerse a su otorgamiento “en cualquier momento antes de que se dicte la resolución de otorgamiento”¹⁷⁹.

¹⁷⁰ *Ibíd.*

¹⁷¹ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 5.

¹⁷² Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental, art. 39 (C-0413); Fuentes I, párr. 11.

¹⁷³ Ver Resolución N.º 1010-2011 del MARN, de fecha 23 de mayo de 2011 (C-0212).

¹⁷⁴ Ver Organigrama del MARN (C-0818).

¹⁷⁵ Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental, arts. 39 y 41 (C-0413); Fuentes I, párr. 11.

¹⁷⁶ Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental, art. 72 (C-0413); Fuentes I, párr. 13.

¹⁷⁷ Ley de Minería de fecha 1997, art. 45 (C-0186); Fuentes I, párr. 14.

¹⁷⁸ Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental, arts. 43 y 45 (C-0413).

¹⁷⁹ Ley de Minería de fecha 1997, arts. 45-46 (C-0186); Fuentes I, párr. 12.

67. En este marco, Exmingua y GSM trabajaron sin descanso para confeccionar el EIA para Progreso VII. En junio de 2009, Exmingua contrató a GSM para que le prestara asistencia en la elaboración del EIA¹⁸⁰. En agosto de 2009, Exmingua recibió del MARN los Términos de Referencia para el EIA de Progreso VII y, poco después, GSM comenzó a trabajar en el EIA¹⁸¹. La labor de GSM incluyó preparar las secciones del EIA consistentes en los estudios técnicos ambientales y sociales, y asistir a reuniones con el MARN durante el proceso de revisión¹⁸².

68. En particular, en el transcurso de 2009 y 2010, el equipo principal de GSM realizó una amplia labor en un lapso de 17 meses para confeccionar el EIA, que consiste en no menos de *426 páginas*, sin contar los anexos, y *903 páginas* en total¹⁸³. El 31 de mayo de 2010, Exmingua presentó el EIA, como fue confeccionado por GSM, ante el MARN¹⁸⁴. De conformidad con el artículo 45 de la Ley de Minería, se publicó un edicto (en el formato estandarizado del MARN) en un periódico, mediante el cual se informaba al público que el EIA estaría disponible para efectuar comentarios durante un plazo de 20 días¹⁸⁵. El MARN no recibió objeciones ni quejas en ese lapso¹⁸⁶. Durante su examen del EIA, en diciembre de 2010, el MARN solicitó informalmente “ampliaciones” a Exmingua, que le fueron informadas formalmente a esta última mediante la carta de fecha 22 de marzo de 2011¹⁸⁷. Exmingua respondió a los pedidos adicionales del MARN mediante una ampliación del EIA (“Ampliación del EIA”), que presentó el día 12 de abril de 2011¹⁸⁸.

69. El 23 de mayo de 2011, el MARN publicó el aviso de aprobación del EIA de Progreso VII¹⁸⁹. En el aviso, el MARN observó que la Asesoría Ambiental de la Dirección de Gestión Ambiental y Recursos Naturales —es decir, DIGARN— llevó adelante una auditoría del proyecto minero propuesto. Como señaló el MARN, el “estudio de impacto ambiental [...] fue presentado y debidamente analizado por la Asesoría Ambiental de la Dirección General de Gestión Ambiental y Recursos Naturales de este

¹⁸⁰ Kappes I, párr. 48.

¹⁸¹ Ver correo electrónico de GSM a KCA, de fecha 18 de agosto de 2009 (C-0819).

¹⁸² Kappes I, párr. 48.

¹⁸³ EIA de Progreso VII (C-0082) (numeración de páginas del original en español); Kappes I, párr. 49.

¹⁸⁴ Resolución N.º 1010-2011 del MARN, de fecha 23 de mayo de 2011, p. 1 (C-0212).

¹⁸⁵ Edicto del EIA de fecha 27 de mayo de 2010 (C-0083); ver también Fuentes I, nota al pie n.º 18; Memorial de los Demandantes, párr. 33; Ley de Minería, art. 45 (C-0186).

¹⁸⁶ Fuentes I, párr. 15.

¹⁸⁷ Ver Carta del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales a Exmingua, de fecha 14 de diciembre de 2010 (sin firmar) párrs. 8 y 12 (C-0086); Solicitud de Ampliaciones al EIA de Progreso VII, de fecha 22 de marzo de 2011 (C-0087); Memorial de los Demandantes, párr. 34.

¹⁸⁸ Ampliaciones al EIA de Progreso VII, de fecha 1 de abril de 2011 (C-0089); Memorial de los Demandantes, párr. 36.

¹⁸⁹ Resolución N.º 1010-2011 del MARN, de fecha 23 de mayo de 2011, p. 3 (C-0212); Memorial de los Demandantes, párr. 37.

Ministerio, determinando que el mismo cumple con las normas técnicas y legales”¹⁹⁰. En consecuencia, la DIGARN determinó que el EIA “llena los requisitos esenciales y recom[endó] su APROBACIÓN”¹⁹¹. Así, el MARN resolvió que “se ha cumplido con el procedimiento de evaluación de impacto ambiental del proyecto [Progreso VII]” y “APROBAR el estudio de evaluación ambiental del proyecto”¹⁹². Tal como queda claro y contrariamente a lo afirmado por Guatemala, tras un examen abarcador, el MARN concluyó que el EIA cumplía las normas legales y técnicas pertinentes.

70. Tercero, la queja de la Demandada en el Memorial de Contestación de que, aun si el EIA se ajustaba al derecho guatemalteco y contaba con la aprobación del MARN, de todas formas, resultaba deficiente por no cumplir con los estándares internacionales resulta infundada, tanto desde el punto de vista jurídico como del práctico. Según Guatemala, “[p]ara cumplir con sus promesas al gobierno y las comunidades afectadas por el proyecto, los Demandantes tendrían que seguir” las [Normas de Desempeño] de la CFI y los Principios del Ecuador”¹⁹³. No obstante, el MARN jamás exigió la adhesión a estas normas y principios específicos. Por el contrario, el MARN confirmó que el EIA “llena los requisitos esenciales” y cumple con las “normas técnicas y legales”, entre ellas la Constitución de Guatemala y la Ley de Protección y Mejoramiento del Medioambiente, entre otras¹⁹⁴. Las Normas de Desempeño de la CFI y los Principios del Ecuador, tal como lo reconoce Guatemala, constituyen un “marco voluntario”¹⁹⁵.

71. De todas formas, el EIA respetaba el espíritu de estas normas y principios, a pesar de lo afirmado por Guatemala en contrario¹⁹⁶. Como ya se señaló, el equipo del EIA estuvo integrado por profesionales muy calificados —entre los que se encontraba nada menos que el fundador del Centro de Estudios Ambientales de la Universidad del Valle de Guatemala y ganador de la Medalla Presidencial de Medio Ambiente en 2007¹⁹⁷. Por otra parte, un examen de los títulos del EIA de Progreso VII permite apreciar que encajan bien con las Normas de Desempeño de la CFI¹⁹⁸.

¹⁹⁰ Resolución N.º 1010-2011 del MARN, de fecha 23 de mayo de 2011, p. 5 (C-0212).

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 3.

¹⁹² *Ibid.*, p. 5.

¹⁹³ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 738.

¹⁹⁴ Resolución N.º 1010-2011 del MARN, de fecha 23 de mayo de 2011, pp. 3 y 5 (C-0212).

¹⁹⁵ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 739.

¹⁹⁶ *Ibid.*, párrs. 738-753.

¹⁹⁷ EIA de Progreso VII, pp. 48-50 (C-0082).

¹⁹⁸ Comparar EIA de Progreso VII, Sección 7 (Descripción del ambiente socioeconómico y cultural) (C-0082) con Normas de Desempeño de la CFI, p. 1 (Sistema de evaluación y gestión ambiental y social), p. 7 (Pueblos indígenas), p. 8 (Patrimonio cultural) (RPA-021); comparar EIA de Progreso VII, Sección 10.6 (Plan de salud y seguridad ocupacional) con Normas de Desempeño de la CFI, p. 2 (Trabajo y condiciones laborales); comparar EIA de Progreso VII, Sección 9 (Impactos ambientales

72. Por otra parte, la enumeración que hace Guatemala de los pasos necesarios para dar cumplimiento a las Normas de Desempeño de la CFI y los Principios del Ecuador se corresponde con la labor realizada por Exmingua y GSM en el EIA. En efecto, es este precisamente el trabajo que se hizo en el EIA:

[l]a empresa minera debe presentar un EIA que comprenda una evaluación integrada de los entornos físicos, biológicos y sociales potencialmente afectados por el proyecto y, por lo general, incluye los siguientes componentes: una descripción completa de las actividades del proyecto; el establecimiento de una línea de base ambiental y social en el área del proyecto; la predicción de todos los impactos potenciales del proyecto (positivos y negativos); una determinación de significado de cada impacto del proyecto; si existen impactos significativos, el establecimiento de medidas de mitigación adecuadas; y planes de seguimiento para verificar los impactos previstos y las medidas de mitigación asociadas¹⁹⁹.

73. El EIA de Exmingua cubría cada uno de estos temas, incluida una descripción detallada del ambiente físico, biológico, socioeconómico y cultural (Capítulos 5, 6 y 7), las actividades de Exmingua en el proyecto (Capítulo 2), los impactos medioambientales del proyecto (Capítulo 9), la influencia del Proyecto en el medioambiente y posibles riesgos (Capítulos 11 y 12) y un abarcador plan de manejo ambiental (Capítulo 10)²⁰⁰.

74. Cuarto, prácticamente *todas* las críticas al EIA que formula Guatemala²⁰¹ se basan exclusivamente en dos informes confeccionados por Robert Robinson (“Informe de Robinson”) y Robert Moran (“Informe de Moran”) (de los que SLR no hace más que hacerse eco²⁰²), a quienes Guatemala describe incorrectamente como “expertos independientes”²⁰³. No lo son; son activistas con motivaciones ideológicas que fueron contratados para confeccionar sus Informes por ONG que se oponen al desarrollo y la minería e instigaron protestas contra Exmingua y otras minas. Tal como se revela en su biografía, el Sr. Robinson fue invitado a Guatemala por el Colectivo MadreSelva (“MadreSelva”) y la Comisión Pastoral Paz y Ecología (“COPAE”) y como “voluntario” “para evaluar diversos aspectos técnicos de cuatro proyectos mineros *de propiedad extranjera* que se encuentran

y medidas de mitigación) (C-0082) con Normas de Desempeño de la CFI, p. 3 (Prevención y control de la contaminación), p. 4 (Salud y seguridad de la comunidad) (RPA-021); *comparar* EIA de Progreso VII Sección 10.3 (Plan de manejo de biodiversidad) (C-0082) con Normas de Desempeño de la CFI, p. 6 (Conservación de la biodiversidad y gestión sostenible de recursos naturales) (RPA-021).

¹⁹⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 743 (énfasis añadido).

²⁰⁰ EIA de Progreso VII (C-0082).

²⁰¹ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 738-753 y 756-763.

²⁰² *Ver ibíd.*, párr. 755.

²⁰³ *Ibíd.*

operando o explorándose en el país [...] y los análisis de impacto ambiental que realizan las empresas mineras y son *aprobados por agencias gubernamentales*”²⁰⁴. Así, las ONG apuntaban a proyectos de titularidad extranjera cuyos EIA ya habían obtenido la aprobación gubernamental y contrataban al Sr. Robinson para promover su causa.

75. MadreSelva fue uno de los instigadores de las protestas contra Exmingua y cuenta con los violentos líderes de “La Puya” entre sus adeptos²⁰⁵. El grupo se describe como dedicado a trabajar en “la defensa del territorio y de los bienes naturales” de Guatemala, para lo cual “expresa la voluntad, la lucha y la resistencia de los pueblos *en contra de un modelo de acumulación que depreda y despoja [...]*”²⁰⁶. Busca “neutralizar las maniobras de despojo del sistema de dominio”, fortalecer “alianzas urbanas y rurales, nacionales e internacionales [] en la *lucha socioambiental* [] por la defensa del territorio” y se describe como “un referente [...] en la defensa de los bienes naturales del país [...] ante el *embate de un modelo [de] desarrollo extractivista que promueve el Estado y el poderoso sector económico*”²⁰⁷. De modo similar, COPAE identifica a la minería como problema y se encarga de “brindar acompañamiento a las comunidades que se encuentran amenazas [por] [...] los megaproyectos”²⁰⁸.

76. El Dr. Moran también tiene relación con MadreSelva, al haber preparado para dicha organización varios informes críticos respecto de la Mina Marlin en Guatemala, de propiedad de la canadiense Goldcorp²⁰⁹. Dichos informes e informes similares sobre otros proyectos mineros que

²⁰⁴ Información del Programa, Seminario sobre “¿Industrias extractivas y desarrollo sostenible?”, Instituto Centroamericano de Estudios Fiscales (ICEFI), 7 de abril de 2016, p. 5 (C-0820) (énfasis añadido).

²⁰⁵ Mendoza, párrs. 42-55; *ver también* Fotografía del cartel de Madre Selva en el lugar de la protesta de fecha 28 de enero de 2013 (C-1032); Fotografía de cartel en el lugar de la protesta de noviembre de 2012 (C-0829); Carta del Procurador de los Derechos Humanos de fecha 20 de diciembre de 2012; Aviso de protestas de Madre Selva de fecha 18 de enero de 2016 (C-0875); publicación de Madre Selva en Twitter de fecha 2 de marzo de 2021 (C-1033).

²⁰⁶ Comunicado de prensa, “Defensa del territorio y bienes naturales”, *Madre Selva*, 11 de agosto de 2020 (C-0821) (énfasis añadido).

²⁰⁷ *Ibid.*; Comunicado de prensa, “Un poco de historia”, 12 de agosto de 2020 (C-0823) (énfasis añadido).

²⁰⁸ PPEC, *Quiénes somos* (C-0824).

²⁰⁹ Comunicado de prensa, “Nuevo país, la misma historia: examen del proyecto de Marlin, de Gamis Gold, en Guatemala”, *MiningWatch Canada*, 12 de marzo de 2005 (C-0825).

confeccionó están disponibles en el sitio web de MiningWatch Canada²¹⁰. Tanto el Sr. Robinson como el Dr. Moran han preparado además otros informes críticos de minas en Guatemala²¹¹.

77. MiningWatch Canada también estuvo involucrada en las protestas contra Exmingua, en las que prestó apoyo material y logístico a los manifestantes²¹². Dicha organización se describe como organización que “trabaja en solidaridad con los pueblos indígenas y comunidades no indígenas” para el “control de las corporaciones” que, en su opinión, “dominan el sector [minero]” y no tienen “ninguna reglamentación o control de sus actividades que les impida enriquecerse con [] el medioambiente, los trabajadores, los pueblos indígenas y los derechos humanos en los países receptores”²¹³. La ONG ha publicado diversos artículos periodísticos incendiarios contra KCA y Exmingua²¹⁴.

78. Hay declaraciones del Sr. Robinson y el Dr. Moran que dejan en claro su alineación con estas ONG en su oposición ideológica a los proyectos mineros. El Sr. Robinson, que también ha intentado incorporar a otros a la causa antiminería²¹⁵, ha manifestado estar “muy desilusionado con la industria minera” y que se siente “orgulloso” de que su labor haya llevado a “dos comunidades [] a parar las minas en su zona y [que] dos [comunidades] sigan actuando contra las otras minas”²¹⁶. En declaraciones que confirman más aún su sesgo antidesarrollo y antiminería (y su falta de evaluación de empresas o proyectos mineros específicos en función de sus propios méritos) el Sr. Robinson ha dicho que “la mayoría de los sitios [mineros] que h[a] visto en todo el mundo *por supuesto* [desechan] la roca residual y los desechos y la voladura y los químicos están siendo emitidos al medioambiente y creando

²¹⁰ *Ibid.*; Dr. Robert Moran, Evaluación de la Mina Marlin de la CAO: Respuestas Técnicas de fecha 28 de septiembre de 2005 (C-0923). Además, el Dr. Moran ha elaborado informes similares para Greenpeace y ha asesorado a la ONG búlgara Za Zemiata en su labor con la población local contra una mina de oro planificada en Kirguistán. Artículo periodístico, “Minería de oro canadiense en Kirguistán”, *Ejolt*, 31 de enero de 2012 (C-0827); Robert Moran, “Predicciones y promesas de una evaluación de impacto ambiental defectuosa”, *Greenpeace Argentina Mineral Policy Center*, de marzo de 2003, p. 1 (C-0828).

²¹¹ Información del programa, Seminario sobre “¿Industrias extractivas y desarrollo sustentable?”, Instituto Centroamericano de Estudios Fiscales (ICEFI), 7 de abril de 2016, p. 6 (C-0820); artículo periodístico, “Presentan estudio sobre costos relacionados con el cierre de la mina Marlin”, *Network in Solidarity with the People of Guatemala*, 28 de julio de 2011 (C-0924); Robert Moran, Lista de publicaciones (C-0925).

²¹² Fotografía de cartel en el lugar de la protesta de noviembre de 2012 (C-0829).

²¹³ Comunicado de Prensa, “Quiénes somos”, *MiningWatch Canada*, sin fecha (C-0752); Comunicado de Prensa, “Controlen a las empresas”, *MiningWatch Canada*, sin fecha (C-0830) (énfasis añadido).

²¹⁴ *Ver, p. ej.*, Comunicado de prensa, “Organizaciones indígenas guatemaltecas reclaman por la Ley de Minería ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *MiningWatch Canada*, 6 de septiembre de 2013 (C-0831); Comunicado de prensa, “Gobierno guatemalteco busca expulsar testigos de violencia policial en sitio de mina estadounidense-canadiense”, *MiningWatch Canada*, 7 de julio de 2014 (C-0832); Comunicado de prensa, “Grupos internacionales denuncian reclamo multimillonario de minera estadounidense contra Guatemala y expresan solidaridad con las comunidades que defienden pacíficamente su tierra y vida en ‘La Puya’”, *MiningWatch Canada*, 31 de enero de 2019 (C-0833).

²¹⁵ Rob Robinson, “Llamado a voluntarios – 1 semana Guatemala”, *InterNACHI*, de octubre de 2008 (C-0834).

²¹⁶ Ellen Potts, “De nuestros miembros: Rob Robinson”, *Population Connection*, (C-0835).

contaminación”²¹⁷; que “continuarán emitiendo estos contaminantes al medioambiente (...) hasta donde uno puede imaginar en el futuro”²¹⁸; y que los sitios de recuperación posminería requieren de “algún tipo de mantenimiento (...) *para siempre*” y “*claramente* los reguladores no quieren escuchar[lo]”²¹⁹.

79. *Por último*, son infundadas las críticas formuladas en los Informes de Robinson y Moran y adoptadas por SRL, el experto de Guatemala en minería, enteramente sin ningún tipo de análisis independiente (ni, efectivamente, experiencia y conocimientos para llevar adelante un análisis tal), de las que se hace eco Guatemala en el Memorial de Contestación. Ello no debería ser motivo de sorpresa, no solamente por el sesgo de los autores sino, además, sencillamente por comparar el EIA (consistente en 444 páginas junto con 17 anexos, por un total de 903 páginas²²⁰) con el Informe de Moran, de tan solo 6 páginas²²¹, y el informe de Robinson, de solamente 14 páginas²²².

80. Entre otras cosas, el EIA incluía descripciones detalladas de los ambientes físico y biológico (Capítulos 5 y 6), un análisis detallado de los impactos ambientales del proyecto (Capítulo 9) y un abarcador plan de manejo ambiental (Capítulo 10)²²³. Contrariamente a lo afirmado por Guatemala, el EIA presentaba así un análisis abarcador (sin el cual no se lo habría aprobado). Por ejemplo, los dichos de Guatemala de que el “EIA no incluye una línea de base adecuada para evaluar adecuadamente los impactos del Proyecto [...], lo que hace casi imposible confirmar la verdadera naturaleza de los impactos”²²⁴ y que “*no hubo un estudio de referencia de la geología o la hidrología*”²²⁵ en el EIA son manifiestamente falsos.

81. GSM analizó detalladamente el ambiente físico de base, incluida su geología, geomorfología, suelos, hidrología, clima, calidad del aire y amenazas naturales atmosféricas, hidrológicas y geológicas²²⁶. Asimismo, el análisis que hizo GSM del ambiente biológico de base examinó las especies de flora y fauna en el área, con especial atención a las especies endémicas, especies en peligro de

²¹⁷ Transcripción, “Video de hidrogeológico Dr. Robert Moran explica los peligros de las minas de oro en los glaciares”, *Vimeo*, de septiembre de 2011 (C-0836) (énfasis añadido).

²¹⁸ Transcripción, “Video de hidrogeológico Dr. Robert Moran explica los peligros de las minas de oro en los glaciares”, *Vimeo*, de septiembre de 2011 (C-0836) (énfasis añadido).

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ EIA de Progreso VII (C-0082).

²²¹ Informe de Moran (R-0051).

²²² Informe de Robinson (R-0049).

²²³ EIA de Progreso VII (C-0082).

²²⁴ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 755.

²²⁵ *Ibid.*, párr. 756 (énfasis añadido).

²²⁶ EIA de Progreso VII, pp. 138-245 (C-0082).

extinción y especies que sirven de indicador de la calidad ambiental del sitio²²⁷. Respecto del estudio geológico de base, Guatemala afirma, en particular, que el EIA no incluyó “información [o] examen de tipos de rocas”, “mineralogía”, “composición química detallada de las rocas” o “mapa de [...] minerales [...] en la roca”²²⁸. Con ello, aparentemente pasa por alto el Capítulo 5 (Descripción del Ambiente Físico) —y, específicamente, las Secciones 5.1 (Geología) y 5.2 (Geomorfología)— que aborda en detalle la línea base geológica. Estas secciones ocupan 18 páginas y abordan, entre otras cosas, “aspectos geológicos locales” (que abarcan una superficie de 2,4 km² en torno del sitio), y señalan, por ejemplo, que “el área de estudio se encuentra subyacida por anfibolitas, filitas, argilitas y lentes de caliza [...] distribuidas en una faja que se extiende a través del área con dirección este-oeste, con esquistosidad buzando al suroeste”, indicando también que “estas rocas se encuentran intruidas por rocas ígneas, granito y granodiorita”²²⁹. El EIA procede luego a “describ[ir] en el orden secuencial geológico” las “unidades de roca identificadas en el área de estudio”²³⁰. Dicho estudio también ofrece información detallada sobre la “mineralización en el área de estudio”²³¹ y aporta mapas de dicha mineralización y la correspondiente distribución del suelo²³².

82. En relación con el estudio hidrológico de base, Guatemala afirma equivocadamente que el EIA “no aclara la interconexión entre las aguas superficiales y los flujos de aguas subterráneas”, no realizó “pruebas para evaluar la variabilidad estacional”, no evaluó “la calidad del agua existente antes de la extracción” y “no hay una descripción de los métodos utilizados para la recolección de muestras”²³³. Sin embargo, la Sección 5.5 del EIA (Hidrología), que abarca 44 páginas, aborda la hidrología de base del Proyecto, incluidas dichas cuestiones²³⁴. El EIA se explaya tanto sobre “Aguas Superficiales”²³⁵ como sobre “Aguas Subterráneas”²³⁶, *así como también* sobre la interacción entre estos dos flujos de agua en una subsección aparte referente a “recarga hídrica natural”²³⁷. Como se señala en el EIA, “se estimó la recarga” mediante la “Metodología de Schosindky, 2006”, de conformidad con la cual se emplearon diversas variables “con el objeto de determinar la recarga hídrica potencial, en el área del

²²⁷ *Ibid.*, pp. 246-269.

²²⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 757.

²²⁹ EIA de Progreso VII, pp. 142-143 (C-0082).

²³⁰ *Ibid.*, p. 143.

²³¹ *Ibid.*, p. 145.

²³² *Ibid.*, pp. 146, 157 y 161.

²³³ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 758-759.

²³⁴ EIA de Progreso VII, pp. 170-214 (C-0082).

²³⁵ *Ibid.*, p. 171.

²³⁶ *Ibid.*, p. 181.

²³⁷ *Ibid.*, p. 188.

proyecto”²³⁸. Asimismo, GSM reconoce que “[e]s importante hacer la aclaración de que [] [los] caudal[es] medido[s] [se refieren a] un momento específico” y, por consiguiente, estimó las fluctuaciones anuales en los caudales mediante el uso de datos publicados por el Instituto Nacional de Sismología, Vulcanología, Meteorología e Hidrología en cooperación con el Instituto Nacional de Electrificación, y también se basó en el flujo de un tributario permanente, el río Los Achiotes²³⁹.

83. Por otra parte, la Sección 5.5.3 del EIA (Calidad del Agua) describe el proceso mediante el cual GSM “procedió a la recolección de suficientes datos con la cual se pudiese evaluar variaciones de calidad del agua [...] [incluidos] aquellos parámetros que pudieran verse afectados en un futuro por las actividades del proyecto minero”²⁴⁰. Ello incluyó la creación de “8 estaciones de monitoreo de calidad del agua” “en los alrededores del área en donde [Exmingua] desea realizar la extracción y procesamiento del mineral; así como el agua utilizada para consumo en la cabecera municipal de San José del Golfo”²⁴¹. Las líneas de base de calidad del agua (con resultados para 18 elementos distintos) se resumen en varias tablas en dicha sección²⁴².

84. La afirmación de Guatemala de que el EIA no tomó en consideración “impactos acumulativos”²⁴³ también es incorrecta. Para realizar un análisis del impacto ambiental, GSM utilizó la Guía Metodológica para la Evaluación del Impacto Ambiental²⁴⁴, desarrollada por Vicente Conesa en 2003, que es una de las metodologías más comunes y ampliamente aceptadas para evaluar los impactos ambientales de los proyectos (“Metodología de Conesa”)²⁴⁵. La Metodología de Conesa permite una evaluación de los impactos ambientales sobre la base de matrices causa-efecto, que ayuda en la priorización de medidas de mitigación²⁴⁶. Al convertir manifestaciones no cuantitativas de impactos ambientales en valores numéricos mediante un modelo electrónico, la Metodología de Conesa ofrece una alta certeza en la identificación de los impactos ambientales y reduce la subjetividad²⁴⁷.

²³⁸ *Ibid.*, p. 189.

²³⁹ EIA de Progreso VII, p. 178 (C-0082).

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 192.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 193.

²⁴² *Ibid.*, p. 194. Guatemala también afirma que el Proyecto Tambor se ubica en “una zona árida” sin aportar ningún elemento de respaldo, a la vez que señala que “Guatemala es un país con un alto régimen de lluvias”. Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 19, 759.

²⁴³ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 747.

²⁴⁴ Ver Conesa, F. V., GUÍA METODOLÓGICA PARA LA EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL (2010) (1° ed., 2003) (C-0970).

²⁴⁵ EIA de Progreso VII, p. 329 (C-0082); ver Sylvia M. Villarreal-Archila, *Evaluation of a mitigation proposal on the final disposal of lead-based batteries and its environmental impact*, 23 ING. COMPET (2021) (C-0837).

²⁴⁶ Sylvia M. Villarreal-Archila, *Evaluation of a mitigation proposal on the final disposal of lead-based batteries and its environmental impact*, 23 ING. COMPET 1, 2-3 (2021)(C-0837).

²⁴⁷ Ver EIA de Progreso VII, pp. 329-335 (C-0082).

85. Contrariamente a lo afirmado por Guatemala, la Metodología de Conesa incorpora los efectos acumulativos de los impactos ambientales en su modelo al ponderar cada impacto sobre la base de si genera o no efectos acumulativos, y en qué medida. Como lo señala el EIA al resumir la Metodología de Conesa, según se la aplica en dicho estudio, “[c]uando una acción no produce efectos acumulativos [...], el efecto se valora como (1). Si el efecto es acumulativo el valor se incrementa a (4)”²⁴⁸. En consecuencia, la “suma ponderada [...] indicará los factores ambientales que sufren en mayor o menor medida la consecuencia de la actividad”²⁴⁹. Por ende, el análisis de impactos del EIA lleva intrínseca la consideración de los efectos acumulativos.

86. De modo similar, la crítica de Guatemala según la cual el EIA contiene “un análisis inadecuado de las alternativas”²⁵⁰ pasa por alto las alternativas abordadas en el Capítulo 8 del EIA (Selección de Alternativas). Como lo indica este Capítulo, el EIA consideró ubicaciones, métodos de extracción, métodos de procesamiento del mineral y usos de mano de obra alternativos y explica por qué se eligió la forma específica de cada uno²⁵¹.

87. Por último, la afirmación de Guatemala de que el EIA “carece de un plan de manejo adecuado para mitigar los riesgos [...] del Proyecto” también es incorrecta²⁵². El EIA contiene un Plan de Manejo Ambiental (“PMA”) que está diseñado para prevenir, controlar, mitigar o minimizar los impactos ambientales negativos²⁵³. El PMA consiste en una serie de planes subsidiarios de manejo, incluidos los referentes a la biodiversidad y bosques, materiales químicos, extracción minera, monitoreo y control ambiental, salud y seguridad ocupacional, material particulado, manejo de hidrocarburos, maquinaria y equipos, agua de escorrentía y desechos sólidos, así como un plan de cierre técnico y análisis de riesgo y plan de contingencia²⁵⁴. Como se señala en el EIA, “[e]l Plan de Gestión Ambiental, incluyendo los planes individuales y las medidas de mitigación, [estaba] diseñado para ser aplicado en cada una de las etapas del proyecto (la construcción, operación y el cierre técnico) [...] [y sería] aplicado al personal directo del proyecto, y a los contratistas y proveedores cuando estén realizando actividades para el proyecto”²⁵⁵. El PGA que figura en el Capítulo 10 del EIA abarca 65 páginas e incluye varios subplanes,

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 331.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 333.

²⁵⁰ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 748.

²⁵¹ EIA de Progreso VII, p. 326 (C-0082).

²⁵² Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 746.

²⁵³ EIA de Progreso VII, pp. 330-413 (C-0082).

²⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 350.

que, de hecho, incluyen más planes de manejo específicos que los exigidos en los términos de referencia del MARN²⁵⁶. Cada plan describe su “objetivo” e identifica diversas “líneas de acción” detalladas²⁵⁷.

88. Producto de este análisis, GSM determinó que 38% de los impactos negativos del Proyecto sobre el medioambiente eran de importancia baja, 55% eran impactos de importancia media-baja y solamente 6% eran impactos de importancia media-alta²⁵⁸. GSM observó también que la mitad de los impactos negativos se producirían en la etapa de construcción y, por consiguiente, eran impactos de corto plazo²⁵⁹. Concluyó así que “el proyecto es compatible con el ambiente” siempre que se tomen medidas de conformidad con un plan de manejo ambiental²⁶⁰.

2. Exmingua y su consultor realizaron consultas y completaron estudios sociales que recibieron la aprobación del MARN

89. Como lo explicaron los Demandantes en el Memorial, el derecho guatemalteco también exige que el EIA presente estudios sociales que evalúen el impacto del proyecto en las comunidades locales²⁶¹. Como también lo explicaron, desde enero hasta febrero de 2010, Exmingua (en colaboración con GSM) llevó adelante consultas a las comunidades situadas en las proximidades del Proyecto²⁶². Durante dichas consultas, Exmingua les brindó a los participantes detalles sobre la mina que se estaba planificando y respondió a sus preguntas²⁶³.

90. Asimismo, como lo explicaron los Demandantes en el Memorial, el EIA de Exmingua para Progreso VII que se presentó el 31 de mayo de 2010 ante el MARN incluía detalles de dichas consultas²⁶⁴. A su vez, el MARN le solicitó ampliaciones a la empresa en diciembre de 2010, incluidos, entre otras cosas, detalles del “proceso de Participación Pública”, junto con documentos de respaldo que demostraran las actividades llevadas adelante a lo largo de ese proceso, que Exmingua presentó ante el MARN como parte de la Ampliación del EIA²⁶⁵. Como también lo indicaron los Demandantes, el 23 de mayo de 2011, el MARN emitió un aviso de aprobación del EIA de Progreso VII en el que

²⁵⁶ *Ibid.*, pp. 330-413; correo electrónico de GSM a KCA, de fecha 18 de agosto de 2009, al que se adjuntan los Términos de Referencia (C-0819).

²⁵⁷ EIA de Progreso VII, pp. 352-353, 356, 358, 360, 394, 396, 397-398, 401-404 y 408 (C-0082).

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 348.

²⁵⁹ *Ibid.*

²⁶⁰ *Ibid.*, pp. 349-350.

²⁶¹ Memorial de los Demandantes, párr. 29.

²⁶² *Ibid.*, párr. 30.

²⁶³ *Ibid.*, párr. 32.

²⁶⁴ *Ibid.*, párr. 33.

²⁶⁵ *Ibid.*, párrs. 34-36.

manifestaba que las consultas públicas se habían “llevado a cabo de conformidad con el mandato” que había emitido dicho organismo²⁶⁶.

91. Al igual que ocurre con las críticas *post-hoc* a los estudios ambientales del EIA formuladas por Guatemala, ésta pasa por alto, de modo similar, el examen y la aprobación de los estudios sociales por parte del MARN, y, en el Memorial de Contestación, efectúa críticas infundadas respecto de las consultas realizadas a las comunidades locales²⁶⁷. Según Guatemala, “la evaluación del aspecto social del proyecto [realizada por Exmingua] en el EIA es inadecuada” y el proceso de consultas fue “defectuoso y deficiente”²⁶⁸. También sostiene que las consultas se centraron indebidamente en “presentar los beneficios del proyecto en lugar de revisar y analizar los posibles impactos negativos”²⁶⁹. Asimismo, Guatemala afirma que en las consultas la empresa no hizo participar a la comunidad más general, no “cumplió con los estándares internacionales” (en particular porque en las consultas no se hizo “ningún esfuerzo por consultar con las poblaciones indígenas”) y que la consulta “tergiversa el apoyo del que disfrutó el proyecto porque no consultó más allá de [...] tres aldeas vecinas”²⁷⁰. Se trata de afirmaciones incorrectas, como se demuestra a continuación.

92. *Primero*, contrariamente a los dichos de Guatemala de que las consultas que llevó adelante Exmingua fueron “inadecuadas”, “defectuosas” y “deficientes”, las consultas de Exmingua a las comunidades de los alrededores de la mina Progreso VII se llevaron adelante de acuerdo con los términos de referencia del MARN, respondieron a los comentarios de dicho Ministerio y fueron aprobadas por este tras su examen y análisis²⁷¹. Tal como lo explica la Sra. Mendoza (experta con más de 20 años de experiencia en el asesoramiento en materia de implementaciones de programas de gestión social en Guatemala), “la parte del proceso de participación pública del EIA [...] es el único instrumento jurídico de control de participación social que a la fecha sigue vigente en Guatemala” y, por ende, “este proceso de participación pública es el único en el país con un reglamento oficial que define las directrices generales que las empresas deben implementar”²⁷². Como también lo explica la Sra.

²⁶⁶ *Ibid.*, párr. 37.

²⁶⁷ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 704-714.

²⁶⁸ *Ibid.*, párr. 764.

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ *Ibid.*, párrs. 687, 691, 698, 705-719, 750 y 764.

²⁷¹ Memorial de los Demandantes, párrs. 36-37; Ampliaciones al EIA de Progreso VII, de fecha 1 de abril de 2011 (C-0089).

²⁷² Mendoza, párr. 20.

Mendoza, la exigencia de la “participación pública” le sirve al MARN “para identificar, entender y manejar los impactos ambientales del proyecto que se desarrollará”²⁷³.

93. Los requisitos para la realización de dichas consultas constan en los Términos de Referencia para Orientar el Proceso de Participación Pública del MARN (“Pautas para la Consulta”)²⁷⁴. Las Pautas para la Consulta establecen los “pasos como se debe realizar la participación pública” y señalan que “el ejercicio de participación pública [...] debe ser presentado dentro de [I] [EIA] para ser analizada como parte integral del documento”²⁷⁵. Las Pautas para la Consulta también enumeran los beneficios del programa de participación pública para los diversos involucrados, aportan la secuencia sugerida y los métodos recomendados de comunicación pública y ofrecen una guía para recabar y registrar los datos del programa²⁷⁶.

94. En consonancia con las Pautas para la Consulta, GSM elaboró un detallado “Plan de Estrategia de Intervención para Conocer la Percepción Local de la Población en Relación al Proyecto Progreso VII” (“Plan de Estrategia”)²⁷⁷. Como se señaló en el Plan de Estrategia, los objetivos de las consultas eran: (1) “Dar a conocer las actividades del proyecto, sus posibles impactos, y los planes de gestión ambiental a implementar”; (2) “Conocer las expectativas, temores y vacíos de información que tienen los diferentes grupos”; y (3) “Corregir aspectos del proyecto que representen un riesgo no aceptable para la población”²⁷⁸. El Plan de Estrategia señalaba además que la consulta “permite conocer las actitudes, preocupaciones y percepción de los habitantes de la zona sobre la ejecución del proyecto y las transformaciones positivas o negativas que éste pueda generar”²⁷⁹.

95. El Plan de Estrategia contemplaba que, “[p]ara lograr los objetivos [...] es necesario involucrar a actores claves dentro de las comunidades rurales y urbanas identificadas, ya sea dentro del marco del Sistema de Consejos de Desarrollo formalmente organizados [COMUDE y COCODE]”, así como

²⁷³ *Ibid.*, párr. 18.

²⁷⁴ *Ibid.*, párr. 24 (donde comenta que “[e]l artículo 72 del Acuerdo Gubernativo 89-2008 [Participación Pública como Requisito en la elaboración de Instrumentos de Evaluación Ambiental] dispone, además, que el proponente del proyecto debe incluir a la población ‘conforme a los términos de referencia establecidos por el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales’”); *ibid.* (donde señala que, al llevar adelante sus consultas, Exmingua debía estarse a los Términos de Referencia para Orientar el Proceso de Participación Pública de 2004); Términos de Referencia para Orientar el Proceso de Participación emitidos por el MARN, de 2004 (C-0740).

²⁷⁵ Términos de Referencia para Orientar el Proceso de Participación emitidos por el MARN, de 2004 (C-0740).

²⁷⁶ *Ibid.*

²⁷⁷ GSM, Plan de Estrategia de Intervención para Conocer la Percepción Local de la Población en Relación al Proyecto Progreso VII (“Plan de Estrategia”) (C-0838); EIA de Progreso VII, p. 844 (C-0082).

²⁷⁸ Plan de Estrategia, p. 2 (C-0838); Mendoza, párr. 25.

²⁷⁹ Plan de Estrategia, p. 1 (C-0838).

también los alcaldes y consejos municipales²⁸⁰. En particular, GSM quería “aprovecha[r] la estructura del Sistema de Consejos de Desarrollo” porque “es un sistema que permite la amplia participación de la sociedad civil para la toma de decisiones importantes dentro de las comunidades” y porque los Consejos de Desarrollo “[i]enen] una organización formal ante la municipalidad de San José del Golfo y San Pedro Ayampuc”²⁸¹. El Plan de Estrategia también enumeraba varias páginas de preguntas a realizarse a las comunidades en el marco de dichas consultas²⁸². Como lo señala la Sra. Mendoza, el Plan de Estrategia es una “metodología [...] válid[a] para el proceso de participación pública”²⁸³.

96. Tal como lo exigen las Pautas para la Consulta, GSM presentó su Plan de Estrategia, así como los detalles de las consultas realizadas de conformidad con dicho Plan, en el EIA²⁸⁴. En particular, el Anexo 15 del EIA (Plan de Consulta de Opinión) contiene el Plan de Estrategia de GSM, las preguntas de las entrevistas, las listas de asistencia y los cuestionarios de muestra respondidos por miembros de la comunidad²⁸⁵. Asimismo, la Sección 7.5 del EIA (Percepción Local sobre el Proyecto) enumera cada una de las consultas realizadas y aporta información específica sobre las reuniones, las entrevistas y los grupos focales que se hicieron en los municipios de San José del Golfo y San Pedro Ayampuc y las aldeas de La Choleña, Los Achiotes y El Guapinol²⁸⁶.

97. Como se señaló anteriormente²⁸⁷, después de presentado el EIA de Exmingua, el MARN le solicitó “ampliaciones”, algunas de las cuales tenían que ver con el proceso de participación pública²⁸⁸. En la Ampliación del EIA que presentó el 12 de abril de 2011, Exmingua amplió la información referente a las consultas aportada en el EIA, informando al MARN sobre las actividades que había desarrollado con las comunidades locales desde la fecha de presentación del estudio²⁸⁹. Dichas actividades incluyeron una reunión con los concejos municipales de San José del Golfo y San Pedro Ayampuc que tuvo lugar los días 25 y 26 de enero de 2011²⁹⁰. Exmingua luego volvió a presentar su

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 2.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 3.

²⁸² *Ibid.*, pp. 7-10.

²⁸³ Mendoza, párr. 25.

²⁸⁴ EIA de Progreso VII, pp. 844-848 (C-0082).

²⁸⁵ *Ibid.*, pp. 849-868.

²⁸⁶ *Ibid.*, pp. 288-303.

²⁸⁷ *Ver supra*, Sección II.B.1.

²⁸⁸ Memorial de los Demandantes, párr. 34; Carta del MARN a Exmingua, de fecha 14 de diciembre de 2010 (sin firmar), párrs. 8 y 12 (C-0086); Solicitud del MARN de ampliaciones al EIA de Progreso VII, de fecha 22 de marzo de 2011 (C-0087).

²⁸⁹ Ampliaciones al EIA de Progreso VII, de fecha 1 de abril de 2011 (C-0089); Memorial de los Demandantes, párrs. 35-36.

²⁹⁰ Ampliaciones al EIA de Progreso VII, de fecha 1 de abril de 2011, pp. 4-5 (C-0089).

plan de participación pública junto con documentación de respaldo²⁹¹. Como lo señala la Sra. Mendoza, con estas reuniones adicionales, Exmingua dio cumplimiento a la recomendación del MARN de que los proponentes del proyecto “[m]ant[uvieran] la comunicación y coordinación con los grupos atendidos en este proceso de socialización para comentar avances en las gestiones del proyecto, principalmente con las corporaciones municipales con quienes se debe trabajar en forma conjunta”²⁹². Una vez presentada por Exmingua la Ampliación del EIA, el MARN no volvió a solicitarle información adicional²⁹³.

98. En el aviso de aprobación del EIA, el MARN señaló que las consultas habían sido “llevadas a cabo de conformidad con los términos de referencia”²⁹⁴. Como también lo señaló el MARN, “se elaboró un Plan de Consulta de Opinión sobre el desarrollo del proyecto” y dicho plan “incluyó a grupos de pobladores, líderes comunitarios y autoridades locales (alcaldes municipales, comudes y cocodes)”²⁹⁵. Asimismo, el MARN observó que las consultas “utiliza[ron] diferentes técnicas sociales tales como, entrevistas abiertas, talleres y matrices de FODA [Fortalezas, Oportunidades, Debilidades y Amenazas]”²⁹⁶. Indicó además que “la mayoría de los representantes manifestaron su interés y beneplácito por la presencia del proyecto” y que “los COCODES y Comités de vecinos del área de influencia directa e indirecta del proyecto [], en general, manifiestan estar de acuerdo con la realización del proyecto”²⁹⁷. Por consiguiente, el MARN “APROBÓ” el EIA²⁹⁸.

99. Por ende, parece insincera la afirmación de Guatemala de que las consultas que llevó adelante Exmingua fueron “inadecuadas”, “defectuosas” y “deficientes”. Como lo señala la Sra. Mendoza, “[a]l aprobar el EIA de Progreso VII [], el MARN confirmó que el proceso de participación pública llevado a cabo por Exmingua era suficiente y validó su alcance y sus resultados”²⁹⁹.

100. *Segundo*, es incorrecta la afirmación de Guatemala de que las consultas se centraron indebidamente en “presentar los beneficios del proyecto en lugar de revisar y analizar los posibles impactos negativos”³⁰⁰. Por el contrario, las consultas realizadas por Exmingua fueron diseñadas e

²⁹¹ Ampliaciones al EIA de Progreso VII, de fecha 1 de abril de 2011 (C-0089); Memorial de los Demandantes, párrs. 35-36.

²⁹² Mendoza, párr. 35; EIA de Progreso VII, p. 302 (C-0082).

²⁹³ Mendoza, párrs. 26-29.

²⁹⁴ Resolución N.º 1010-2011 del MARN, de fecha 23 de mayo de 2011, p. 4 (C-0212).

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 2.

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ *Ibid.*, pp. 2 y 4-5.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 5.

²⁹⁹ Mendoza, párr. 25.

³⁰⁰ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 764.

implementadas precisamente para “[d]ar a conocer las actividades del proyecto, sus posibles impactos, y los planes de gestión ambiental a implementar”, “saber la percepción local de la población sobre el proyecto” y “conocer las actitudes, preocupaciones y percepción de los habitantes de la zona sobre la ejecución del proyecto y las transformaciones positivas o negativas que éste pueda generar”³⁰¹. En este sentido, el EIA registra claramente las preguntas que se plantearon a la comunidad respecto de, entre otras cosas, su “opinión sobre la actividad de extracción minera”, los “impactos positivos y negativos que considera que genera la actividad minera” y “cómo debería ser la relación entre las empresas [...] y la municipalidad”³⁰².

101. En efecto, en consonancia con el Plan de Estrategia, en coordinación con GSM, Exmingua realizó consultas con los municipios de San José del Golfo y San Pedro Ayampuc y las aldeas de La Choleña, Los Achiotos y El Guapinol en enero y febrero de 2010³⁰³. Las consultas consistieron en grupos focales, entrevistas directas, presentaciones y encuestas de opinión³⁰⁴. Se llevaron registros de las preguntas, las sugerencias, dudas y opiniones de los participantes³⁰⁵.

102. En San José del Golfo, “[d]ado el nivel de organización y participación [de la comunidad] en este municipio”, se hicieron entrevistas directas con representantes municipales y líderes comunitarios y miembros de otras instituciones cívicas, como líderes religiosos, funcionarios de salud y educación, oficiales de policía y funcionarios judiciales³⁰⁶. GSM también entregó presentaciones a las autoridades municipales, incluido el Consejo Municipal de Desarrollo, así como miembros del COCODE de La Choleña³⁰⁷. Tras estas presentaciones, GSM realizó grupos focales para aprender más acerca de las expectativas e inquietudes de las comunidades en torno del proyecto³⁰⁸. Los resultados de las consultas estaban resumidos en el Informe Segunda Fase de GSM, en que quedaron registradas las preguntas

³⁰¹ Plan de Estrategia, p. 1 (C-0838).

³⁰² Informe Segunda Fase de GSM, p. 1-2 (“Informe Segunda Fase”) (C-0742).

³⁰³ *Ibid.*, p. 1.

³⁰⁴ Exmingua entrevistó a los líderes comunitarios y COCODE de La Choleña, San José del Golfo, Los Achiotos, Guapinol y San Pedro Ayampuc los días 5, 8 y 9 de febrero de 2010, a decisores claves de San Pedro Ayampuc y San José del Golfo los días 3 y 9 de febrero de 2010, y realizó presentaciones y sesiones de grupos focales en La Choleña, San José del Golfo, Los Achiotos, Guapinol y San Pedro Ayampuc los días 28 de enero y 3, 5, 8 y 9 de febrero de 2010. *Ver* Informe Segunda Fase, p. 1 (C-0742); Mendoza, párrs. 31-36.

³⁰⁵ Informe Segunda Fase, p. 1 (C-0742).

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 2; Mendoza, párr. 40.

³⁰⁷ Informe Segunda Fase, p. 2 (C-0742).

³⁰⁸ *Ibid.*

planteadas a las comunidades y los “puntos de coincidencia” (respuestas comunes) a dichas preguntas³⁰⁹.

103. Como se indica en el Informe Segunda Fase de GSM, las comunidades de San José del Golfo y La Choleña respaldaron el Proyecto porque “genera empleo” y “reactiva[] la economía” y destacaron que Exmingua también debía trabajar en “mitigación”, “trabajar con transparencia” y ofrecer “beneficios a la comunidad”³¹⁰. Al respecto, las comunidades solicitaron específicamente que Exmingua prestara asistencia con “proyectos de introducción de agua” y proveyera medicamentos al centro de salud³¹¹. Asimismo, cuando se les preguntó si las comunidades apoyaban “las posibilidades de contar con un proyecto de extracción y procesamiento de mineral en el área”, respondieron — “Sí”— por ofrecer “buenas oportunidades y ser fuente de trabajo”³¹². GSM y los representantes de Exmingua también abordaron las inquietudes de las comunidades acerca del Proyecto, incluidas las referentes al uso del agua, la contaminación del aire, la deforestación y los posibles impactos en la salud generados por la mina³¹³. Tras estas consultas, “la mayoría de los presentes expresaron su interés por la presencia del proyecto”³¹⁴.

104. En San Pedro Ayampuc, también se realizaron consultas con representantes municipales y líderes comunitarios, entre ellos el Vicealcalde, el Concejo Municipal, la Oficina Municipal de Planificación y la Secretaría Municipal³¹⁵. También se realizaron otras consultas con miembros de las aldeas de El Guapinol y Los Achiotes, incluidos representantes del COCODE³¹⁶. Como se señaló en el Informe Segunda Fase de GSM, las consultas incluyeron conversaciones con “jóvenes, ancianos, mujeres, agricultores y propietarios de fincas, que permitió tener variedad de opiniones”³¹⁷. Las consultas siguieron un formato similar al de las realizadas a las comunidades de San José del Golfo y La Choleña³¹⁸.

³⁰⁹ *Ibíd.*

³¹⁰ *Ibíd.*

³¹¹ *Ibíd.*

³¹² Informe Segunda Fase, p. 4 (C-0742).

³¹³ *Ibíd.*, p. 6 (C-0742); Mendoza, párrs. 33-34.

³¹⁴ Informe Segunda Fase, p. 6 (C-0742).

³¹⁵ *Ibíd.*, p. 9 (C-0742).

³¹⁶ *Ibíd.*, p. 12.

³¹⁷ *Ibíd.*, pp. 10-11.

³¹⁸ EIA de Progreso VII, pp. 289-293 (C-0082).

105. Las comunidades de San Pedro Ayampuc, El Guapinol y Los Achiotes también consideraban que la actividad minera era “positiva” y la entendían “necesaria para la comunidad”³¹⁹. Las comunidades señalaron que “el proyecto puede dejar muchos beneficios”, que “aportará al desarrollo comunitario” y apoyaron el hecho de que “habrá [] [labor de] recuperación ambiental en la etapa de cierre de proyecto”³²⁰. Asimismo, las comunidades comentaron que “la actitud de la gente de la empresa minera hacia ellos ha sido positiva” y que “nos respetan”, lo cual es “importante”³²¹. GSM y Exmingua también abordaron las inquietudes de las comunidades en torno de los impactos ambientales del proyecto³²². Como lo señalaron las comunidades, dichas explicaciones “ayud[aron] a disminuir [] opiniones negativas” generadas por “información [] de otros lugares del país donde hay oposición a la actividad minera”³²³. Tras conversaciones integrales acerca del proyecto (incluidas preguntas directas sobre los “aspectos negativos”³²⁴ del mismo), las comunidades comentaron que “el proyecto e[ra] bienvenido” y “acept[aron dar su] apoyo”³²⁵.

106. *Tercero*, la afirmación de Guatemala de que Exmingua no hizo participar a la comunidad más general³²⁶ es errada. Como ya se señaló, el MARN aprobó el plan de consultas de Exmingua, lo que incluyó respecto de las comunidades con las cuales estaba trabajando³²⁷. De hecho, como se abordará más adelante, el MARN recientemente puso en duda que fuera necesario realizar consultas encabezadas por el MEM ajustadas al Convenio 169 de la OIT en San José del Golfo (además de San Pedro Ayampuc)³²⁸. Por otra parte, y contrariamente a lo sostenido por Guatemala, los esfuerzos que realizó Exmingua por involucrar a los representantes de los COCODE en las consultas fueron un medio efectivo mediante el cual hacer participar a la comunidad más general. En efecto, los COCODE son “organizaci[ones] de desarrollo local representativa[s] que promueve[n] el desarrollo económico, social y cultural dentro de [la comunidad]”³²⁹. Los representantes de los COCODE son elegidos (a cada familia dentro de la comunidad normalmente se le permite un voto) y tienen “la tarea de identificar las

³¹⁹ Informe Segunda Fase, p. 9 (C-0742).

³²⁰ *Ibid.*, pp. 13-14.

³²¹ *Ibid.*, p. 12.

³²² *Ibid.*, p. 11.

³²³ Informe Segunda Fase, p. 15 (C-0742).

³²⁴ *Ibid.*, p. 13.

³²⁵ *Ibid.*, pp. 11 y 15.

³²⁶ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 719.

³²⁷ Plan de Estrategia (C-0838); EIA de Progreso VII, Anexo 15, p. 843 (C-0082).

³²⁸ *Ver infra*, Sección II.D.4.

³²⁹ García, párr. 8; Ley de Consejos de Desarrollo Rural y Urbano - Decreto 52-87 (C-0515).

necesidades de la comunidad y desarrollar programas o soluciones para satisfacer estas necesidades”³³⁰. Como lo señala la Sra. Mendoza, a los representantes del COCODE se los elige en la “Asamblea General Comunitaria”, auditada por el municipio³³¹. De este modo, la presencia del COCODE en las consultas aseguraba que estuvieran representados los intereses de cada familia de la comunidad.

107. *Cuarto*, la afirmación de Guatemala de que la consulta no “cumpli[ó] con los estándares internacionales”³³² también es incorrecta. La principal motivación para que Guatemala invoque dichos estándares en el contexto de las consultas radica en que Exmingua no los cumplió, al, supuestamente, no “[i]nvolucrar a los órganos representativos de los Pueblos Indígenas” ni intentar “involucrarlos como partes interesadas en el Proyecto”³³³.

108. Como se abordó con anterioridad, las [Normas de Desempeño] de la CFI y los Principios del Ecuador (que Guatemala pretende también aplicar a los estudios sociales del EIA)³³⁴ resultan inaplicables en la controversia que nos ocupa, al tratarse de normas voluntarias³³⁵. De todas formas, la realización de consultas mediante cuerpos representativos se ajusta a las pautas de la CFI³³⁶. Como lo señaló la CFI, “no es práctico y suele ser innecesario interactuar con todos los grupos de interesados con la misma intensidad en todo momento”; por consiguiente, la empresa debería “[ser] estratégica y establecer claramente con qui[é]n se ha de interactuar y por qué razón antes de cualquier intervención” y considerar así realizar consultas con “representantes elegidos para integrar consejos regionales, locales y a nivel de los poblados”³³⁷.

109. De hecho, como lo dispone la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, en Guatemala, los COCODE son el *único mecanismo idóneo* para consultar a las comunidades indígenas³³⁸. Así queda confirmado en una carta del MEM al Gobernador [del] Departamento de Guatemala³³⁹ y en sentencias

³³⁰ García, párr. 8.

³³¹ Mendoza, párr. 38; Ley de Consejos de Desarrollo Rural y Urbano - Decreto 52-87 (C-0515); Decreto 11-2002, Ley de Consejos de Desarrollo Rural y Urbano, de fecha 2 de marzo de 2002 (C-0839).

³³² Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 736.

³³³ *Ibid.*, párrs. 751-752.

³³⁴ *Ibid.*, párrs. 738-753.

³³⁵ *Ver* Mendoza, párr. 41.

³³⁶ IFC, *Relations with the Community and Other Social Actors: Best Practices Manual for Companies Doing Business in Emerging Markets* de 2007 (RPA-019).

³³⁷ Mendoza, párr. 37; IFC, *Relations with the Community and Other Social Actors: Best Practices Manual for Companies Doing Business in Emerging Markets* de 2007 (RPA-019).

³³⁸ Decreto 11-2002, Ley de Consejos de Desarrollo Rural y Urbano, de fecha 2 de marzo de 2002 (C-0839); *ver también* Fuentes II, párrs. 54-83.

³³⁹ Carta de MEM al gobernador del Departamento de Guatemala, de fecha 15 de noviembre de 2015, p. 2 [p. 2 ENG] (C-0664).

de la Corte de Constitucionalidad dictadas en 2011 y 2015³⁴⁰. Como lo señaló la Corte, la consulta a los pueblos indígenas maya, xinca y garífuna sobre medidas de desarrollo puede realizarse “por conducto de sus representantes en los consejos de desarrollo”³⁴¹. Como también lo indicó la Corte, ello es especialmente así ante la falta de “una plataforma legal o reglamentaria que en el ámbito nacional regule apropiada y suficientemente la consulta a los pueblos indígenas prevista en el [Convenio de la OIT]”³⁴². Al buscar la participación de los COCODE de las comunidades, Exmingua hacía entonces participar a los órganos representativos de los Pueblos Indígenas.

110. En efecto, como comenta la Sra. García, “de estos 42 representantes del COCODE [en San Pedro Ayampuc], 15 representantes son de la comunidad indígena”³⁴³. Como también lo señala la Sra. García, “[e]n cada reunión COCODE, un traductor está disponible para traducir del español a la lengua indígena, según sea necesario”³⁴⁴.

111. Por otra parte, Guatemala ha adoptado reiteradamente la postura oficial ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de que las consultas realizadas como parte del trámite del EIA dan cumplimiento a la exigencia de realizar consultas prevista en el Convenio 169 de la OIT³⁴⁵. Como lo señaló Guatemala en 2010, de conformidad con el derecho guatemalteco por el que se rige el proceso del EIA, hay “obligatoriedad de desarrollar un proceso de participación pública [...] si bien no se denomina ‘consulta’, ‘sí es un proceso previo’ en el que se ‘informó que se desarrollaría un proyecto minero”³⁴⁶. Guatemala también señaló en 2015 que se “hace[] público el estudio de impacto ambiental previo al otorgamiento de la licencia de explotación [...] de conformidad con el Convenio [169] de la [OIT] sí constituye un mecanismo de información previo para que cualquier persona pueda presentar la

³⁴⁰ Carta de MEM al gobernador del Departamento de Guatemala, de fecha 15 de noviembre de 2015, p. 2 [p. 2 ENG] (C-0664); Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente N.º 1072-2011, sentencia de fecha 24 de noviembre de 2011, p. 10 [p. 10 ENG] (C-0659); Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente N.º 1149-2012, sentencia de fecha 10 de septiembre de 2015, p. 38 [pp. 1-2 ENG] (C-0663); *ibid.*, p. 46, nota al pie n.º 2 (voto concurrente del magistrado Roberto Molina Barreto); *ver también* Fuentes II, párrs. 78-80.

³⁴¹ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente N.º 1149-2012, sentencia de fecha 10 de septiembre de 2015, p. 38 [p. 3 ENG] (C-0663); *ver también* Fuentes II, párrs. 78-80.

³⁴² Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente N.º 1149-2012, sentencia de fecha 10 de septiembre de 2015, p. 38 [p. 3 ENG] (C-0663); *ver también* Fuentes II, párrs. 78-80.

³⁴³ García, párr. 9.

³⁴⁴ *Ibid.*

³⁴⁵ Fuentes II, párrs. 54-56, 70 y 74-77; Fuentes I, párrs. 51-52; 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 N.º 20/14 de fecha 3 de abril de 2014, párr. 19 (CL-0225).

³⁴⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Petition 1566-07, *Comunidades del pueblo Maya Sipakepense y Mam de los Municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán c. Guatemala*, Informe de Admisibilidad N.º 20/14 de fecha 3 de abril de 2014, párr. 19 (CL-0225) (se omitieron las comillas internas); Fuentes II, párrs. 74-77.

oposición que considere oportuna”³⁴⁷. El perito jurídico de Guatemala pasa este hecho completamente por alto³⁴⁸, si bien afirma sin ningún sentido que “no es cierto que Guatemala haya hecho pública esta postura”³⁴⁹, a pesar de que es precisamente eso lo que hizo.

112. *Quinto*, la afirmación que también hace Guatemala de que Exmingua “tergiversa el apoyo del que disfrutó el proyecto porque no consultó más allá de [...] tres de las aldeas vecinas”³⁵⁰ es incorrecta. Por empezar, Exmingua consultó a las municipalidades de San José del Golfo y San Pedro Ayampuc (las mayores municipalidades de la cercanía) y a las aldeas de La Choleña, Los Achiotes y El Guapinol (las tras aldeas más próximas); la afirmación de Guatemala resulta entonces patentemente falsa. Por otra parte, como se expone en la Sección 2.2 del EIA (Ubicación Geográfica y Área de Influencia del Proyecto), el área de influencia del Proyecto a los efectos de las consultas se definió cuidadosamente “con base en los posibles impactos y riesgos que puedan generar las actividades del proyecto, tanto en los factores físico-biológicos como socio-económicos”³⁵¹. La Tabla 3 del EIA expone los factores que se consideraron a la hora de determinar el área de influencia del Proyecto, incluido el tráfico vehicular, flujos de agua y flora y fauna de la zona³⁵². Con estos factores como base, y como cabe esperar, las tres aldeas más próximas y las dos municipalidades más pobladas de los alrededores quedaron incluidas dentro del área de influencia del Proyecto³⁵³.

113. Por último, como lo señala la Sra. Mendoza, si bien el MARN le solicitó información adicional a Exmingua durante su examen del EIA³⁵⁴, información que Exmingua aportó³⁵⁵, el Ministerio no “pidió que Exmingua explicara la cobertura geográfica del proceso de participación pública”³⁵⁶. En consecuencia, el hecho de que “aceptó las comunidades definidas por Exmingua como integrantes del área de influencia del Proyecto” demuestra que el MARN “estaba satisfecho con la elección de las comunidades, la cual consideraba apropiada”³⁵⁷.

³⁴⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Petición 1118-11, *Comunidad Maya Q'eqchi' Agua Caliente c. Guatemala*, Informe de Admisibilidad N.º 30-17 de fecha 18 de marzo de 2017, párr. 29 (CL-0282); Fuentes II, párrs. 74-77.

³⁴⁸ Ver Fuentes II, párr. 74.

³⁴⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 564.

³⁵⁰ *Ibid.*, párr. 764.

³⁵¹ EIA de Progreso VII, p. 27 (C-0082).

³⁵² *Ibid.*, p. 37.

³⁵³ Ver *ibid.*, p. 58.

³⁵⁴ Carta del MARN a Exmingua, de fecha 14 de diciembre de 2010 (sin firmar) párrs. 8 y 12 (C-0086); Solicitud del MARN de ampliaciones al EIA de Progreso VII, de fecha 22 de marzo de 2011 (C-0087); Mendoza, párrs. 26-29.

³⁵⁵ Ampliaciones al EIA de Progreso VII, de fecha 1 de abril de 2011 (C-0089); Mendoza, párr. 28.

³⁵⁶ Mendoza, párr. 29.

³⁵⁷ *Ibid.*

C. Exmingua operó con éxito la mina durante más de un año y medio y esperaba seguir ampliándose y explorando

114. Tras la aprobación del EIA de Progreso VII y la obtención de la licencia de explotación, Exmingua amplió sus operaciones en Tambor y operó la mina con éxito durante más de un año y medio, y así produjo concentrado de oro de manera sostenida y demostró un gran potencial. Durante esta época, Exmingua cumplió con sus compromisos ambientales y siguió prestándole un generoso apoyo a la comunidad. Las afirmaciones de Guatemala en contrario son infundadas, como se demuestra a continuación.

1. Los Demandantes obtuvieron derechos sobre los terrenos y una licencia de construcción y contrataron a trabajadores locales

115. En el Memorial, los Demandantes demostraron que, tras lograr la aprobación del EIA, Exmingua avanzó de manera sostenida con los preparativos para la exploración y futura explotación de Tambor³⁵⁸. En particular, Exmingua adquirió de propietarios locales claves derechos superficiares sobre las áreas de las licencias Progreso VII y Santa Margarita³⁵⁹. También obtuvo una licencia de construcción para preparar el sitio para la explotación³⁶⁰. Además, comenzó a contratar y capacitar a residentes de la zona, primero para realizar controles y monitoreo ambiental³⁶¹ y luego para trabajar en la mina (lo que incluye tanto el sitio como el laboratorio), pasando a ser uno de los mayores empleadores en el área³⁶².

116. En el Memorial de Contestación y las Respuestas a las Objeciones de los Demandantes a sus Pedidos de Producción de Documentos, Guatemala pone en tela de juicio muchos de estos hechos básicos, con la formulación de afirmaciones infundadas y, muchas veces, contradictorias dirigidas a denigrar a los Demandantes. Por ejemplo, en el Memorial de Contestación acusa a Exmingua de engañar a los propietarios locales al supuestamente prometerles que las tierras que vendieran a Exmingua se utilizarían con fines agrícolas³⁶³, si bien luego, en las Respuestas a las Objeciones de los Demandantes a los Pedidos de Producción de Documentos de Guatemala, la Demandada sostiene que los Demandantes no demostraron haber adquirido *ningún* derecho superficial en las áreas de las licencias

³⁵⁸ Memorial de los Demandantes, párrs. 28 y 55; Kappes I, párrs. 41 y 55-62.

³⁵⁹ Kappes I, párr. 55.

³⁶⁰ Memorial de los Demandantes, párr. 39; Kappes I, párr. 56.

³⁶¹ Kappes I, párrs. 57-58.

³⁶² Memorial de los Demandantes, párrs. 61 y 67.

³⁶³ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 695.

Progreso VII y Santa Margarita³⁶⁴. En el Memorial de Contestación e, indirectamente, en las Respuestas a las Objeciones de los Demandantes a sus Pedidos de Producción de Documentos, Guatemala aduce que Exmingua no contaba con una licencia de construcción válida y la acusa de falsificación³⁶⁵. Respecto de la contratación de trabajadores locales, en dichas Respuestas Guatemala afirma que los Demandantes no demostraron que Exmingua haya contratado a *ningún* residente local para trabajar en la mina³⁶⁶, mientras que en el Memorial de Contestación sostiene que Exmingua empleó solamente a 94 empleados, lo que supuestamente significó un aporte limitado a la comunidad local³⁶⁷. Como se demuestra a continuación, las alegaciones de Guatemala son incorrectas y no tienen asidero en las pruebas.

117. *Primero*, Guatemala afirma, por un lado, que Exmingua engañó a los propietarios locales al supuestamente prometerles destinar los terrenos comprados a fines agrícolas³⁶⁸, solo para sostener, meses después de presentado el Memorial de Contestación, que no hay pruebas de que Exmingua haya obtenido ningún derecho superficiario³⁶⁹. Ambos puntos son incorrectos y los Demandantes los abordarán por separado.

118. La alegación de Guatemala de que “[m]uchos de los propietarios de terrenos habían vendido sus tierras a Exmingua con la promesa de que serían utilizadas para fines agrícolas”³⁷⁰ es incorrecta. En sustento de su proposición Guatemala recurre a una única frase de un artículo publicado en un periódico local que afirma que a propietarios de terrenos locales no identificados supuestamente se les había “dicho, jurado y prometido” que Exmingua utilizaría los terrenos comprados para cultivar “café o frijol o maíz”, para luego descubrir ellos en junio de 2010 que los terrenos se destinarían a actividades mineras³⁷¹. Ello es inconcebible y no tiene asidero en los hechos que rodean la adquisición de los terrenos por parte de Exmingua³⁷².

³⁶⁴ OP N.º 6, de fecha 15 de marzo de 2021, Anexo B, Pedido 9, pp. 17-18.

³⁶⁵ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 208-214.

³⁶⁶ OP N.º 6, de fecha 15 de marzo de 2021, Anexo B, Pedido 34, pp. 53-55.

³⁶⁷ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 643.

³⁶⁸ *Ibid.*, párr. 695.

³⁶⁹ OP N.º 6, de fecha 15 de marzo de 2021, Anexo B, Pedido 9, pp. 17-18.

³⁷⁰ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 695.

³⁷¹ *Ibid.*, párr. 695 (donde se cita Oswaldo J. Hernández y José Andrés Ochoa, “El oro tan cerca de la capital”, *Plaza Pública*, 22 de junio de 2012), pp. 1-2 (R-0039).

³⁷² *Ver también* Kappes II, párrs. 27-28.

119. Contrariamente a las acusaciones de Guatemala, y tal como da fe el Sr. Kappes, Exmingua fue directa al negociar la adquisición de los terrenos³⁷³. De hecho, a menudo pagó precios sustancialmente superiores a los precios de mercado, precisamente porque los titulares de los terrenos sabían que la tierra se utilizaría para minería³⁷⁴. Por otra parte, es absurdo concluir que los propietarios que vendieron terrenos a una empresa denominada “Exploraciones Mineras de Guatemala”, nombre impreso en letra grande en cada uno de los contrarios inmobiliarios³⁷⁵, fueran a creer que la empresa minera destinaria sus terrenos a la producción agrícola. Así resulta más evidente aún si consideramos que los terrenos habían sido objeto de actividades de exploración, incluidos muestreos de roca y perforaciones, por parte de Radius y Golf Fields en la década anterior³⁷⁶.

120. Por otra parte, la posterior alegación de Guatemala de que los Demandantes no demostraron que Exmingua haya adquirido derechos superficiarios es sencillamente incorrecta y queda directamente desacreditada por documentos que ya obran en el expediente, así como por el reconocimiento implícito de Guatemala en el Memorial de Contestación de que se compraron derechos superficiarios³⁷⁷. Desde un principio, los Demandantes consideraron que era la mejor práctica adquirir los derechos superficiarios pertinentes por razones de buena voluntad y para evitar tensiones con los propietarios, si bien Exmingua podría haber realizado la exploración y explotación para las que estaba habilitada por las licencias sin adquirir ningún derecho superficiario (tal como lo habían hecho quienes antecedieron a los Demandantes en la titularidad de los derechos)³⁷⁸. En consecuencia, en 2008, Exmingua identificó propietarios de terrenos claves en las áreas de Progreso VII y Santa Margarita³⁷⁹. En octubre de 2008, Exmingua adquirió terrenos a Isabel Morales, la mayor propietaria en las zonas de Guapinol y Poza del Coyote en que Exmingua tenía planificado dar inicio a la extracción³⁸⁰. Posteriormente, Exmingua

³⁷³ *Ibid.*, párr. 28.

³⁷⁴ *Ibid.*

³⁷⁵ Contrato de compraventa de terrenos entre Isabel Morales Veliz Viuda de Palencia y Exmingua, de fecha 28 de octubre de 2008 (C-0692); Contrato de compraventa de terrenos entre Jorge Arturo Reyna Guzman y Exmingua, de fecha 5 de diciembre de 2008 (C-0691); Contrato entre Delia Balbina Reyes Oliva y Exmingua, de fecha 27 de noviembre de 2009 (C-0693); Contrato de compraventa de terrenos entre Efraín de Jesús Catalán Álvarez y Exmingua, de fecha 2 de diciembre de 2009 (C-0689); Contrato de compraventa de terrenos entre Julio Hugo Rosales Álvarez y Exmingua, de fecha 4 de diciembre de 2008 (C-0690).

³⁷⁶ Kappes II, párr. 28.

³⁷⁷ *Ver* Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 695.

³⁷⁸ Kappes I, párr. 55.

³⁷⁹ Correo electrónico de Héctor Vaides a David Croas, de fecha 14 de julio de 2008 (C-0840) (al que se adjunta la lista de 18 propietarios de terrenos claves en el área de Progreso VII).

³⁸⁰ Memorial de los Demandantes, párr. 56; correo electrónico de Héctor Vaides a David Croas, de fecha 14 de julio de 2008 (C-0840) (donde se señala que I. Morales es la mayor propietaria de terrenos en el área de Progreso VII); Contrato de compraventa de terrenos entre Isabel Morales Veliz Viuda de Palencia y Exmingua, de fecha 28 de octubre de 2008 (C-0692) (al que se adjunta la transferencia bancaria de fecha 29 de octubre de 2008 y un mapa con coordenadas).

adquirió terrenos a otros tres importantes propietarios locales, Jorge Reyna en diciembre de 2008 y Delia Reyes y Efraín Catalán en noviembre-diciembre de 2009³⁸¹. Los Demandantes también procedieron a la adquisición de terrenos claves en Santa Margarita y, en diciembre de 2008, Exmingua adquirió terrenos a Hugo Rosales, un importante propietario de esa zona³⁸². Exmingua priorizó la compra de este terreno porque estaba ubicado en la zona JNL Oeste, perforada y con muestreos exitosos realizados por Radius y Gold Fields³⁸³.

121. Exmingua también mantuvo y celebró arrendamientos de otros terrenos, con la intención de adquirir los derechos superficiarios restantes a medida que desarrollaba los recursos en dichas áreas³⁸⁴. Como resultado, adquirió la propiedad de terrenos claves identificados para las primeras etapas de desarrollo y operación de la mina y arrendamientos sobre determinados otros terrenos. Las alegaciones de Guatemala en contrario son incorrectas.

122. *Segundo*, Guatemala afirma que Exmingua actuó ilícitamente al realizar actividades de construcción sin contar con una licencia válida, para lo cual se apoya en la sentencia dictada el 13 de julio de 2015 por el Juzgado Tercero de Primera Instancia Civil de Guatemala, que determinó que Exmingua no había obtenido una licencia de construcción y dispuso que la Municipalidad de San Pedro Ayampuc suspendiera la construcción en la mina y realizara consultas a la comunidad³⁸⁵. Una vez más, Guatemala se equivoca.

123. Exmingua solicitó la licencia de construcción el día 8 de noviembre de 2011, la cual le fue concedida por el Concejo Municipal, tal como queda reflejado en la certificación otorgada por la Secretaría Municipal de San Pedro Ayampuc y refrendada por el alcalde municipal de San Pedro Ayampuc con fecha 15 de noviembre de 2011³⁸⁶. El 21 de diciembre de 2011, Exmingua pagó a la

³⁸¹ Contrato de compraventa de terrenos entre Jorge Arturo Reyna Guzman y Exmingua, de fecha 5 de diciembre de 2008 (C-0691) (al que se adjunta la transferencia bancaria de fecha 5 de diciembre de 2008 y un mapa con coordenadas); Contrato entre Delia Balbina Reyes Oliva y Exmingua, de fecha 27 de noviembre de 2009 (C-0693) (al que se adjunta la transferencia bancaria de fecha 25 de noviembre de 2008); Contrato de compraventa de terrenos entre Efraín de Jesús Catalán Álvarez y Exmingua, de fecha 2 de diciembre de 2009 (C-0689).

³⁸² Memorial de los Demandantes, párr. 56; Contrato de compraventa de terrenos entre Julio Hugo Rosales Álvarez y Exmingua, de fecha 4 de diciembre de 2008 (C-0690) (al que se adjunta la transferencia bancaria de fecha 4 de diciembre de 2008 y un mapa con coordenadas).

³⁸³ Kappes I, párr. 47.

³⁸⁴ *Ibid.*, párr. 55.

³⁸⁵ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 208-212; Sentencia de fecha 13 de julio de 2015 dictada en el Expediente N.º 01050-2014-00871 por el Juzgado Tercero de Primera Instancia Civil de Guatemala, pp. 27-28 y 31-32 [pp. 12-13 ENG] (R-0064).

³⁸⁶ Kappes I, párr. 56; Solicitud de licencia de construcción presentada por Exmingua, de fecha 8 de noviembre de 2011 (C-0091); Solicitud completa de licencia de construcción presentada por Exmingua, de fecha 8 de noviembre de 2011 (C-0647); Licencia de construcción de fecha 15 de noviembre de 2011 (C-0092); pago de la tasa por la licencia de construcción, fecha 21 de diciembre de 2011 (C-0093).

Municipalidad la tasa correspondiente a la licencia, tal como lo demuestra el comprobante emitido por la Municipalidad en esa fecha, así como una copia digital certificada del recibo emitido por la Municipalidad tomada de su base de datos el 27 de enero de 2021³⁸⁷. Exmingua procedió a realizar estos pasos, que completó, si bien, como lo señala el Sr. Fuentes, no hay certeza respecto de si, con arreglo a las reglamentaciones vigentes en ese momento, los municipios tenían siquiera la facultad de otorgar licencias de construcción y, de tenerla, cobrar tasas por ellas³⁸⁸.

124. Una vez otorgado el permiso, comenzó la construcción en enero de 2012, pero no tardó en quedar suspendida a raíz de la primera ola de protestas, y las obras se retomaron luego de levantado el bloqueo a fines de mayo de 2014³⁸⁹. La construcción se finalizó efectivamente antes de que Exmingua iniciara sus operaciones mineras en octubre de 2014³⁹⁰. Las obras de construcción se llevaron adelante en el sitio, a la vista de los contratistas de Exmingua, P&F Contratistas y luego LTE, con uso de equipos pesados de construcción, entre enero y marzo de 2012, y luego a partir de mediados de 2014 hasta fines de ese año³⁹¹. Dice mucho el hecho de que, en ningún momento durante ese lapso, ni el alcalde ni ningún funcionario de la Municipalidad de San Pedro Ayampuc formularon queja alguna respecto de la construcción de Exmingua ni plantearon que ésta hubiera construido sin contar con la licencia correspondiente³⁹².

125. Fue recién el 22 de octubre de 2014, cuando las obras de construcción en el sitio estaban prácticamente finalizadas, que los alcaldes auxiliares de dos aldeas de la Municipalidad de San Pedro Ayampuc (aunque no el alcalde municipal) solicitaron un amparo, con el argumento de que a Exmingua jamás se le había otorgado la licencia de construcción³⁹³. Exmingua intervino en el proceso en carácter

³⁸⁷ Comprobante de pago de la tasa por la licencia de construcción otorgado el 21 de diciembre de 2011 por la Municipalidad de San Pedro Ayampuc a Exmingua (C-0093); copia digital certificada del comprobante del 21 de diciembre de 2011, emitida el 27 de enero de 2021 por la Municipalidad de San Pedro Ayampuc (C-0648).

³⁸⁸ Fuentes II, párrs. 12-16 (donde se señala que la incertidumbre era producto de la modificación del artículo 100(r) del Código Municipal que cobró vigencia el 22 de junio de 2010 y que eliminó la mención expresa de las tasas por licencias de construcción como ingreso municipal, y la posterior reincorporación de esa mención expresa mediante una modificación de esa misma disposición que cobró vigencia el 29 de agosto de 2012).

³⁸⁹ Memorial de los Demandantes, párrs. 39, 41 y 44; Kappes I, párrs. 56-65 y 73.

³⁹⁰ Memorial de los Demandantes, párrs. 54-59; Kappes I, párrs. 97-101.

³⁹¹ Kappes I, párr. 97; Kappes II, párr. 31.

³⁹² Kappes II, párr. 31. Guatemala afirma que, el 23 de marzo de 2012, el alcalde (encargado) de San Pedro Ayampuc manifestó que las actas de las sesiones del Concejo Municipal no incluyen “un acuerdo sobre la aprobación de la infraestructura de operaciones mineras en sus comunidades”. Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 211. No está claro quién solicitó el documento citado y si se refiere siquiera a Exmingua. *Ver* Certificado otorgado por el alcalde de la Municipalidad de San Pedro Ayampuc de fecha 23 de marzo de 2012 (R-0115) (donde se señala que se lo otorgó “[a] solicitud de parte interesada”, a quien el documento no nombra ni identifica, y señala que “no aparece ningún acuerdo que avale la infra-estructura de explotaciones [sic] [o: exploraciones] mineras”).

³⁹³ Sentencia de fecha 13 de julio de 2015 dictada en el Expediente N.º 01050-2014-00871 por el Juzgado Tercero de Primera Instancia Civil de Guatemala (C-0918; R-0064).

de parte interesada. CALAS, la misma ONG que tan solo unos meses antes, el 28 de agosto de 2014, había solicitado un amparo contra el MEM para que se suspendiera la licencia de explotación de Exmingua³⁹⁴, también intervino en el proceso en carácter de parte interesada³⁹⁵. El 5 de septiembre de 2014, la Corte Suprema había suspendido el proceso de amparo iniciado por CALAS contra el MEM (dirigido a suspender la licencia de explotación de Exmingua), y determinó que CALAS no había agotado los recursos ordinarios disponibles³⁹⁶. A las semanas de dicho contratiempo (temporario) en su agenda³⁹⁷, CALAS se convirtió en parte del proceso de amparo iniciado contra Exmingua, esta vez en relación con la supuesta falta de obtención de una licencia de construcción por parte de la empresa.

126. Exmingua explicó en el proceso judicial que había obtenido una licencia y produjo la certificación del acta del Concejo Municipal y el comprobante de pago de la tasa de construcción³⁹⁸. Luego, aparentemente la Municipalidad de San Pedro Ayampuc presentó ante la Corte un extracto distinto de un acta de reunión del Concejo Municipal que no contenía mención alguna del otorgamiento de una licencia de construcción a Exmingua³⁹⁹.

127. El 13 de julio de 2015, la Corte otorgó el amparo y dispuso que la Municipalidad de San Pedro Ayampuc suspendiera las obras de construcción de Exmingua en el sitio de la mina⁴⁰⁰. La afirmación de Guatemala de que la sentencia se dictó “[a] analizar los hechos y documentos” queda desmentida con un examen de la propia sentencia⁴⁰¹. En una única oración, la Corte concluyó: “la contradicción entre las actas relacionadas es más que evidente y derivado de ello, la entidad minera no posee licencia de construcción”⁴⁰². La Corte no aportó explicación alguna de la supuesta diferencia entre ambos documentos ni abordó su autenticidad o valor probatorio relativo y la presunción de autenticidad que generalmente se le reconoce a un extracto certificado, tal como el que presentó Exmingua, como lo señala el Sr. Fuentes⁴⁰³. Así pues, sin prueba ni análisis y con el solo argumento de que se le habían presentado dos documentos distintos, la Corte concluyó que Exmingua no contaba con una licencia de

³⁹⁴ Memorial de los Demandantes, párr. 70; Solicitud de amparo nuevo de CALAS, de fecha 29 de agosto de 2014 (C-0137).

³⁹⁵ Sentencia de fecha 13 de julio de 2015 dictada en el Expediente N.º 01050-2014-00871 por el Juzgado Tercero de Primera Instancia Civil de Guatemala (C-0918; R-0064).

³⁹⁶ Memorial de los Demandantes, párr. 73; Sentencia de la Corte Suprema de fecha 5 de septiembre de 2014 (C-0466).

³⁹⁷ En cuanto al amparo de CALAS destinado a suspender la licencia de explotación de Exmingua, *ver infra*, Sección II.D.1.

³⁹⁸ Sentencia de fecha 13 de julio de 2015 dictada en el Expediente N.º 01050-2014-00871 por el Juzgado Tercero de Primera Instancia Civil de Guatemala, p. 27 (C-0918; R-0064).

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 27 [p. 12 ENG].

⁴⁰⁰ *Ibid.*, pp. 27-28 y 31-32 [pp. 12-13 ENG].

⁴⁰¹ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 212.

⁴⁰² Sentencia de fecha 13 de julio de 2015 dictada en el Expediente N.º 01050-2014-00871 por el Juzgado Tercero de Primera Instancia Civil de Guatemala, p. 28 [p. 13 ENG] (C-0918; R-0064).

⁴⁰³ Fuentes II, párrs. 22-23.

construcción y también remitió el asunto al Ministerio Público para el inicio de una investigación penal⁴⁰⁴.

128. Cabe destacar que la sentencia no evidencia que la Municipalidad haya impugnado la autenticidad del recibo de pago de la tasa de la licencia ni refleja consideración alguna, por parte de la Corte, del peso probatorio que le corresponde⁴⁰⁵. Y si bien Guatemala también manifiesta en el Memorial de Contestación que la Municipalidad no pudo ubicar en sus archivos registro alguno del otorgamiento de una licencia de construcción a Exmingua en noviembre de 2020⁴⁰⁶, resulta significativo que la Municipalidad haya certificado más recientemente aún, el 27 de enero de 2021, haber cobrado el pago de la tasa por la licencia de construcción el 21 de diciembre de 2011⁴⁰⁷. Por último, si bien la Corte dispuso la suspensión de las obras de construcción, para el momento en que se dictó esa sentencia las obras en cuestión llevaban ya mucho tiempo concluidas: se las había finalizado el año anterior.

129. El 6 de febrero de 2017, es decir, mucho tiempo después de que las cortes guatemaltecas hubieran conferido el amparo de CALAS por el que se suspendió la licencia de explotación de Exmingua, la Corte de Constitucionalidad confirmó la sentencia apelada por ésta, pero la modificó a efectos de eliminar de ella la remisión al Ministerio Público⁴⁰⁸. Los dichos de Guatemala de que “se debe investigar la forma en que se obtuvo el supuesto permiso de construcción”⁴⁰⁹ son, entonces, infundados: además de ser la sentencia del tribunal inferior contraria a las pruebas y completamente desprovista de análisis, Guatemala contó con muchas oportunidades para investigar el tema, pero no lo hizo siquiera cuando así se lo ordenó la Corte. En efecto, la Corte de Constitucionalidad no pudo dar con ningún fundamento para confirmar la remisión del asunto al fiscal⁴¹⁰.

130. *Tercero*, la alegación de Guatemala de que Exmingua contrató solamente a “94 empleados y hacía limitados aportes a la comunidad”⁴¹¹ es incorrecta. En sustento de sus dichos, Guatemala se apoya en el EIA de Progreso VII, que afirmaba que “se generarán como mínimo 94 empleos” en la etapa

⁴⁰⁴ Sentencia de fecha 13 de julio de 2015 dictada en el Expediente N.º 01050-2014-00871 por el Juzgado Tercero de Primera Instancia Civil de Guatemala, pp. 28 y 32 [p. 13 ENG] (C-0918; R-0064).

⁴⁰⁵ Fuentes II, párr. 24.

⁴⁰⁶ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 213; Informe de la Municipalidad de San Pedro Ayampuc de fecha 20 de noviembre de 2020 (R-0116).

⁴⁰⁷ Copia digital certificada del comprobante de fecha 21 de diciembre de 2011, emitida el 27 de enero de 2021 por la Municipalidad San Pedro Ayampuc (C-0648); Fuentes II, párr. 24.

⁴⁰⁸ Sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad en el Expediente N.º 3580-2015 de fecha 6 de febrero de 2017, pp. 28-29 (C-0650).

⁴⁰⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 214.

⁴¹⁰ Fuentes II, párrs. 25-27.

⁴¹¹ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 643.

operativa de desarrollo de la mina⁴¹². Exmingua presentó esta cifra aproximada, correspondiente únicamente a la etapa operativa, más de cuatro años antes de que la mina iniciara sus operaciones. En realidad, Exmingua contrató y capacitó a más de 200 habitantes locales para trabajar en la mina, incluido en la etapa preoperativa, como se expone a continuación.

131. Después de adquirir Exmingua, los Demandantes ampliaron gradualmente las operaciones de esta última en Tambor, con la contratación y capacitación sostenidas de trabajadores locales⁴¹³. En el momento en que los Demandantes adquirieron Exmingua, la empresa tenía menos de diez empleados⁴¹⁴. Los Demandantes no tardaron en comenzar a incrementar esa cifra, con la contratación de varios empleados para preparar y mantener los terrenos en preparación para la extracción, asegurar el control y monitoreo ambiental, plantar y cultivar árboles en los viveros instalados en el sitio y trasladar las plantas de especies en peligro a una reserva de flora y fauna salvaje⁴¹⁵. Los contratistas de construcción de Exmingua (P&F y LTE) también contrataron trabajadores locales como parte de sus cuadrillas de construcción para trabajar en el sitio⁴¹⁶.

132. Una vez concluidas las obras de construcción en octubre de 2014, Exmingua comenzó a contratar a cientos de habitantes locales para desempeñarse en diversos puestos de trabajo, desde conductores de camiones, cocineros y oficinistas a empleados que trabajaban en la planta y el laboratorio de la mina⁴¹⁷. Exmingua también invirtió en la capacitación del personal de la mina, especialmente cuando el puesto exigía conocimiento y aptitudes. Por ejemplo, como lo explica el Sr. Hery Gálvez, Exmingua se ocupó de la formación laboral paga durante meses para aproximadamente veinte personas que trabajarían en el laboratorio de la mina analizando muestras minerales, de modo tal de poder contar con ensayos en tiempo real para guiar los equipos al iniciar las excavaciones⁴¹⁸.

133. Para cuando se produjo el cierre de la mina en mayo de 2016, Exmingua empleaba a cerca de 200 personas, que, en su amplia mayoría, provenían de las áreas de San José del Golfo y San Pedro Ayampuc y eran nacionales guatemaltecos, lo cual la convirtió en uno de los mayores empleadores de estas comunidades⁴¹⁹. El empleo regular y los salarios que suponía, mayor a lo que los trabajadores

⁴¹² *Ibid.*, párr. 643, nota al pie n.º 1198 (donde se cita el EIA de Progreso VII, p. 23 (C-0082)).

⁴¹³ Memorial de los Demandantes, párr. 67; Kappes I, párrs. 43, 57-58 y 97; Kappes II, párr. 34.

⁴¹⁴ Kappes I, párr. 43.

⁴¹⁵ Kappes I, párrs. 57-58; Kappes II, párr. 34.

⁴¹⁶ Gálvez, párrs. 6-8; Kappes I, párrs. 57 y 97.

⁴¹⁷ Listado de empleados de Exmingua en el período 2011-2017 (C-0842).

⁴¹⁸ Gálvez, párrs. 8-9; Kappes I, párr. 102.

⁴¹⁹ Listado de empleados de Exmingua en el período 2011-2017 (C-0842).

hubieran podido cobrar de otra forma en el ámbito local, contribuyeron muchísimo al bienestar de los trabajadores locales de Exmingua y sus familias y comunidades⁴²⁰. La mejor situación económica de los trabajadores locales también tuvo su impacto positivo en los negocios de la zona⁴²¹.

134. Visto lo anterior, son incorrectas las afirmaciones de Guatemala de que los Demandantes no demostraron que Exmingua hubiera contratado a trabajadores locales, o que solamente empleó a una cantidad insignificante de trabajadores locales y efectuó un aporte limitado a la comunidad.

2. Exmingua cumplió con sus obligaciones laborales y la normativa aplicable

135. Tal como lo explicaron los Demandantes en el Memorial, el día 12 de marzo de 2012 (luego de que Exmingua recibiera su licencia de explotación y durante el bloqueo a la mina) se realizó una visita guiada a la mina, a la que asistieron, entre otros, el viceministro del MARN, seis técnicos ambientalistas del MARN, representantes del MEM y el congresista Mejía junto con seis asesores⁴²²; tras esa visita, el congresista Mejía observó que las actividades en la mina se estaban llevando adelante de manera legal⁴²³. Asimismo, los Demandantes explicaron que, una vez levantado el bloqueo, Exmingua operó la mina de conformidad con la normativa aplicable⁴²⁴. En este sentido, los Demandantes observaron que el subproducto de sus operaciones, como roca y arena, se almacenó en vertederos, como se indicaba en el EIA, y que Exmingua también construyó cuatro estanques de relaves, diseñados por KCA y un consultor geotécnico, para almacenar los residuos generados al separar la fracción valiosa de la fracción no valiosa de un mineral⁴²⁵. Como también lo señalaron los Demandantes, los planes de Exmingua habían sido descriptos y aprobados en el EIA y, de hecho, sus prácticas fueron más prudentes que lo habitual⁴²⁶.

136. En el Memorial de Contestación, Guatemala afirma que, a raíz del supuesto incumplimiento de los estándares internacionales y las mejores prácticas en el EIA por parte de Exmingua, “no es de extrañar que Exmingua no cumplió con las leyes de Guatemala después de que comenzó su operación”⁴²⁷. Según Guatemala, Exmingua no tomó en serio sus promesas y obligaciones y un informe

⁴²⁰ Gálvez, párrs. 8-10; Carraza, párr. 14; García, párr. 31; *ver también infra* Sección II.C.3.

⁴²¹ Gálvez, párr. 12.

⁴²² Memorial de los Demandantes, párr. 45.

⁴²³ *Ibid.*

⁴²⁴ *Ibid.*, párr. 55.

⁴²⁵ *Ibid.*, párrs. 57-58.

⁴²⁶ *Ibid.*, párr. 58.

⁴²⁷ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 766.

de inspección emitido por el MARN en febrero de 2015 demuestra que la empresa no dio cumplimiento a las obligaciones ambientales que le impone el derecho guatemalteco⁴²⁸. Guatemala señala además que, en 2016, el MARN dio inicio a un proceso administrativo contra Exmingua como resultado de dicho incumplimiento⁴²⁹. Contrariamente a lo afirmado por aquella, Exmingua tomó con seriedad sus obligaciones ambientales desde el inicio de la construcción y sus operaciones y resolvió con diligencia las observaciones efectuadas en el informe de inspección del MARN de febrero de 2015, que eran observaciones normales para una inspección inicial tras el comienzo de las operaciones mineras y formaban parte de un proceso de colaboración entre Exmingua, el MARN y el MEM.

137. *Primero*, Exmingua tomó en serio sus obligaciones ambientales desde el inicio de sus actividades. En efecto, poco después de comenzada la construcción a principios de 2012, consciente de su obligación de proteger el medioambiente, Exmingua empleó a dieciséis personas para ocuparse del monitoreo ambiental y asegurar el cumplimiento de los compromisos ambientales de la empresa⁴³⁰. Con este fin, en 2012, trasladó todas las plantas de especies en peligro desde el sitio del Proyecto a una reserva de flora y fauna silvestre⁴³¹. Asimismo, Exmingua contrató a un reconocido experto ambientalista, el Dr. Michael Dix —el mismo experto ambientalista, fundador del Centro de Estudios Ambientales de la Universidad del Valle de Guatemala y galardonado, en 2007, con la Medalla Presidencial de Medio Ambiente, que trabajó en el EIA de Progreso VII— para que siguiera trabajando para la empresa en carácter de contratista independiente⁴³². El Dr. Dix supervisó un equipo de cuatro personas a cargo de las tareas regulares de monitoreo y mitigación ambiental a lo largo de las operaciones de la mina⁴³³. Dicho equipo continuó sus labores hasta el cierre de Exmingua⁴³⁴.

⁴²⁸ *Ibid.*, párrs. 713 y 768.

⁴²⁹ Memorial de los Demandantes, párr. 769; Providencia de Trámite N.º 475-2016/DCL/EOGP/mirf del MARN, de fecha 24 de febrero de 2016 (R-0187).

⁴³⁰ Kappes I, párrs. 57-58; Kappes II, párr. 34.

⁴³¹ Kappes I, párr. 58; fotografías del proyecto de reforestación de Exmingua de octubre de 2012 (C-0694); Dr. Dix, Informe sobre Rescate y reintroducción de especies protegidas en Progreso VII, de marzo de 2012 (C-0697).

⁴³² Contrato para la realización de Estudio de Impacto Ambiental para Santa Margarita Derivada, a la que se adjunta la Propuesta Técnica Económica de fecha 23 de junio de 2009, p. 21 (C-0079); Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental de Santa Margarita presentado por Exmingua, de fecha 12 de septiembre de 2011, pp. 21-22 (C-0081); EIA de Progreso VII, p. 49 (C-0082).

⁴³³ *Ver, p. ej.*, Informe sobre Rescate y reintroducción de especies protegidas en Tambor, de marzo de 2012 (C-0697); informe de KCA “Progreso VII – Resumen de tareas realizadas durante 2012” de fecha 27 de enero de 2013 (C-0521).

⁴³⁴ Correo electrónico de H. Vaides a D. Kappes, de fecha 19 de abril de 2016, al que se adjunta la Propuesta del Dr. Dix (C-0843).

138. Asimismo, Exmingua llevó adelante un importante monitoreo ambiental de la calidad del agua y el aire, así como de la contaminación sonora, en torno del sitio de Proyecto⁴³⁵. A principios de abril de 2014, Exmingua contrató a Asesoría en Recursos Naturales y Constructora Sociedad Anónima (“ARNC”) para llevar adelante el monitoreo en consecuencia con ello⁴³⁶. Tal como queda reflejado en los informes de monitoreo, los ingenieros de ARNC estaban acreditados ante el MARN, y el monitoreo del agua, aire y ruido se llevó adelante de conformidad con las normas establecidas por la Organización Mundial de la Salud, la Agencia de Protección Ambiental de EE. UU. y la Asociación Estadounidense de Salud Pública, entre otras⁴³⁷. Cada informe de ARNC es abarcador y tiene más de 300 páginas de extensión⁴³⁸. Asimismo, en cada informe, se determinó que la calidad del agua, aire y ruido se ubicaba dentro de límites permisibles⁴³⁹.

139. *Segundo*, Exmingua respondió con celeridad a los informes de inspección del MARN y del MEM y resolvió con diligencia las cuestiones pendientes. En febrero de 2015, cuando la empresa llevaba unos pocos meses operando, el MARN realizó una inspección inicial del sitio del Proyecto⁴⁴⁰. Como se señaló en el informe de inspección de 2015, el MARN examinó prácticamente 200 aspectos del sitio del Proyecto⁴⁴¹. Ello incluyó, entre otras cosas, si “se colocaron avisos de seguridad”, “[se dispone] en cada área de trabajo un botiquín para atención de primeros auxilios”, “la colocación del depósito de material estéril [se ubica] [...] por lo menos alejado 25 m” del riachuelo, si se instaló un “cerco de malla” cerca de las pilas de colas “para evitar la entrada de especies de fauna silvestre”, si se sembraron árboles “como barreras naturales a la dispersión de polvo”, si el personal “tenía todo el equipo de protección que es necesario” y si el sitio contaba con un “campamento o comedor”⁴⁴². Respecto de cada punto, el MARN observó si Exmingua “cumple”, “no cumple” o si el aspecto en

⁴³⁵ Informe de ARNC del Segundo Trimestre Monitoreo Agua, aire y ruido sonoro, de julio de 2014 (C-0844); Informe de ARN sobre Calidad del Aire, Nivel Sonoro y Agua en julio-septiembre de 2014, de octubre de 2014 (C-0845).

⁴³⁶ Informe de ARNC del Segundo Trimestre Monitoreo Agua, aire y ruido sonoro, de julio de 2014, p. 4 (C-0844). Como queda reflejado en el primer informe, durante la primera parte de 2014 no hubo monitoreo debido a “grupos de oposición [...] en el área” que “[Exmingua] decidió no confrontar”. *Ibid.*

⁴³⁷ Informe de ARNC del Segundo Trimestre Monitoreo Agua, aire y ruido sonoro, de julio de 2014, pp. 5-6 (C-0844); Informe de ARN sobre Calidad del Aire, Nivel Sonoro y Agua en julio-septiembre de 2014, de octubre de 2014, pp. 5-6 (C-0845).

⁴³⁸ Informe de ARNC del Segundo Trimestre Monitoreo Agua, aire y ruido sonoro, de julio de 2014 (C-0844); Informe de ARN sobre Calidad del Aire, Nivel Sonoro y Agua en julio-septiembre de 2014, de octubre de 2014 (C-0845).

⁴³⁹ Informe de ARNC del Segundo Trimestre Monitoreo Agua, aire y ruido sonoro, de julio de 2014, pp. 28 y 77 (C-0844); Informe de ARN sobre Calidad del Aire, Nivel Sonoro y Agua en julio-septiembre de 2014, de octubre de 2014, pp. 29, 66 y 88 (C-0845).

⁴⁴⁰ Informe Técnico del MARN, de fecha 23-27 de febrero de 2015 (R-0105); Informe del MEM sobre la inspección del 23-27 de febrero de 2015, de fecha 12 de marzo de 2015 (C-0627).

⁴⁴¹ Informe Técnico del MARN, de fecha 23-27 de febrero de 2015 (R-0105).

⁴⁴² *Ibid.*, pp. 20, 23, 24, 26, 35, 44 y 61.

cuestión “no aplica”⁴⁴³. En consonancia con el objetivo declarado, el informe así “indica[ba] el estado actual del proyecto [Progreso VII]”⁴⁴⁴.

140. Ese mismo mes, el MEM también realizó su propia inspección del sitio del Proyecto⁴⁴⁵. En su informe, el MEM observó la actual operación de la mina y describió las fosas de extracción, el sitio de procesamiento, el protocolo de disposición de desechos, la infraestructura existente y el programa de reforestación continua⁴⁴⁶. El MEM observó que se habían iniciado en el sitio las tareas de explotación; la planta procesaba entre 200 y 250 toneladas de material por día; la roca estéril se transfería a piletas cubiertas; estaba en curso la gestión de los desechos sólidos y residuos de la extracción; se había creado un vivero para ayudar con la reforestación⁴⁴⁷. A lo largo del informe, el MEM señaló además varias “Oportunidad[es] de Mejora” y concluyó con “Recomendaciones”⁴⁴⁸. Dichas recomendaciones incluían “continuar con la aplicación de técnicas de minado apropiadas para la explotación”, “implementar [barandas perimetrales] en el área donde se encuentran las piletas de recolección de colas”, “implementar un control y monitoreo constante en las piletas de recolección de las colas” y “ampliar la seguridad y señalización en las diferentes áreas de trabajo”⁴⁴⁹. Como lo indican estos informes, el MEM y el MARN entendían que Exmingua iba a seguir resolviendo estos temas a medida que se ampliaban las operaciones.

141. Para octubre de 2015, poco después de recibir una copia del informe del MARN⁴⁵⁰, Exmingua había preparado un listado detallado de los pasos necesarios para resolver las cuestiones pendientes⁴⁵¹. Esos pasos estaban organizados por departamento e incluían una lista de verificación destinada asegurar que se trataran todas las cuestiones⁴⁵².

⁴⁴³ Informe Técnico del MARN, de fecha 23-27 de febrero de 2015 (R-0105).

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 4.

⁴⁴⁵ Informe del MEM sobre la inspección del 23-27 de febrero de 2015, de fecha 12 de marzo de 2015 (C-0627).

⁴⁴⁶ *Ibid.*, pp. 11-18.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 5.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 22.

⁴⁴⁹ *Ibid.* (énfasis añadido).

⁴⁵⁰ Correo electrónico de María del Carmen Fonseca (MARN) a Héctor Vaides (Exmingua), de fecha 1 de octubre de 2015 (C-0852).

⁴⁵¹ Listado de Conclusiones de las Inspecciones del MARN y el MEM elaborado por Exmingua, de fecha 12 de octubre de 2015 (C-0699).

⁴⁵² *Ibid.*

142. El 26 de noviembre de 2015, el MARN y el MEM llevaron adelante una inspección adicional del sitio de Progreso VII⁴⁵³. Cabe destacar que, en el Memorial de Contestación, Guatemala *no menciona esta inspección de seguimiento* y, en cambio, se centra por completo en las inspecciones iniciales de febrero de 2015⁴⁵⁴. Como lo señaló el MARN en su informe, esta última inspección tuvo por objetivo “conocer el avance o estado de las obras encaminadas a la mitigación de impactos ambientales”⁴⁵⁵. El informe refleja que el MARN inspeccionó todos los aspectos del sitio, incluidas las fosas de extracción y las áreas de exploración, las presas de colas, las fosas de sedimentación y escombreras, el sitio de procesamiento y el laboratorio, y señaló que se habían incorporado varias mejoras tras la inspección que llevó adelante en febrero de 2015⁴⁵⁶.

143. Como lo observó el MARN, por ejemplo, “[e]n el monitoreo ambiental realizado en el mes de febrero del año 2015 [...] se hizo el requerimiento de subir la borda para evitar la infiltración de colas en el suelo perimetral. Actualmente se observó que se realizó dicho requerimiento y no se observó, en esta pila, infiltraciones en el suelo perimetral”⁴⁵⁷. El MARN también señaló que la “malla perimetral” en torno de la presa de colas (mencionada como faltante en la anterior inspección del MARN) estaba instalada⁴⁵⁸. Asimismo, indicó que “se cuenta con una fosa de sedimentación” “para el agua de escorrentía”, que también faltaba en la anterior inspección⁴⁵⁹. El MARN concluyó su informe de inspección con solamente seis acciones que debía implementar Exmingua para mejorar su cumplimiento ambiental⁴⁶⁰.

144. De modo similar, el informe de la inspección realizada por el MEM en noviembre de 2015 reflejó que Exmingua había realizado acciones en consonancia con las recomendaciones impartidas en las inspecciones de febrero de 2015. En particular, el MEM señaló que, en las fosas de extracción, “los

⁴⁵³ Informe del MEM sobre la inspección del 26 de noviembre de 2015 (C-0628); Informe del MARN sobre la inspección del 26 de noviembre de 2015 (C-0629).

⁴⁵⁴ Ver Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 768-769.

⁴⁵⁵ Informe del MARN sobre la inspección del 26 de noviembre de 2015, p. 3 (C-0629).

⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 8.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 8.

⁴⁵⁸ Informe del MARN sobre la inspección del 26 de noviembre de 2015, p. 8 (C-0629); Informe Técnico del MARN, de fecha 23-27 de febrero de 2015, p. 22 (R-0105).

⁴⁵⁹ Informe del MARN sobre la inspección del 26 de noviembre de 2015, p. 9 (C-0629); Informe Técnico del MARN, de fecha 23-27 de febrero de 2015, p. 48 (R-0105).

⁴⁶⁰ Informe del MARN sobre la inspección del 26 de noviembre de 2015, p. 21 (C-0629), en que se recomienda a Exmingua (i) construir canales de derivación o escorrentía en el área de Poza del Coyote; (ii) aumentar la borda o reducir la cantidad de colas en la Pila Central y Pila Sur; (iii) revegetar la escombrera Área 16 para estabilizar el suelo y mitigar la erosión; (iv) ordenar y organizar los desechos que se encuentran en el área de almacenamiento de desechos sólidos; (v) fortalecer e implementar mejores medidas de seguridad minera e industrial para los trabajadores; (vi) prevenir fugas en el tanque de combustible.

taludes se encuentran debidamente conformados [...] [lo que demuestra que] se ha tenido un manejo adecuado de las zonas de alto fracturamiento por fallas locales y regionales que imperan en el área por medio del manejo”⁴⁶¹. El MEM observó además que “[s]e evidenció el manejo de sedimentos”⁴⁶². También señaló con aprobación que “[n]o se identificó material de desecho dispersos en las áreas de explotación, por lo que son debidamente depositados en las áreas habilitadas como escombreras”, “se ha implementado un área de [...] comedor”, “se verificó la implementación de señalización informativa, preventiva y prohibitiva” y que el personal “se encontraba utilizando el equipo de protección personal adecuado para las labores que realizan en esta área: casco, chaleco o camisa con bandas reflectoras, lentes, cinturón lumbar, botas con punta de acero, mascarilla y protectores auditivos”⁴⁶³. El MEM resumió sus determinaciones en una serie de conclusiones al final del informe, que incluían solamente cuatro recomendaciones para mejorar⁴⁶⁴.

145. El día después de la inspección del MEM y el MARN en noviembre, el ingeniero a cargo de Exmingua le envió un mensaje de correo electrónico al Sr. Kappes en el que señaló que, “ayer llegó personal del MEM y el MARN para realizar una inspección oficial”⁴⁶⁵. En consonancia con las determinaciones efectuadas en los informes de inspección, el ingeniero a cargo de Exmingua informó que, “al finalizar la inspección”, el MEM y el MARN concluyeron que los “tajos [es decir, fosas] están [en] estado aceptable”, el “laboratorio está en estado aceptable” y que Exmingua debía asegurarse de que los “diques [...] [no se] llenen hasta el límite” y de “organizar” el área de la bodega⁴⁶⁶.

146. Para fines de 2015, Exmingua había resuelto entonces prácticamente todas las cuestiones señaladas por el MARN y el MEM en sus inspecciones anteriores, algo que Guatemala convenientemente deja fuera de su engañoso relato. Por otra parte, en 2016, Exmingua confeccionó un informe en el que se enumeraba cada una de las cuestiones identificadas en las inspecciones del MEM y se documentaba, con fotos y explicaciones, la resolución de cada una de ellas⁴⁶⁷.

⁴⁶¹ Informe del MEM sobre la inspección del 26 de noviembre de 2015, p. 4 (C-0628).

⁴⁶² *Ibid.*, p. 10.

⁴⁶³ Informe del MEM sobre la inspección del 26 de noviembre de 2015 (C-0628).

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 26, donde se recomienda a Exmingua (i) implementar un sistema para el manejo de sedimentos provenientes de los frentes de explotación; (ii) continuar con la implementación de señalización informativa, preventiva y prohibitiva en el área de la mina; (iii) implementar las medidas de control adecuadas para el nivel de agua en las piletas de recolección de colas; y (iv) continuar con los trabajos de reconfiguración y revegetación.

⁴⁶⁵ Correo electrónico de H. Vaides a D. Kappes, de fecha 27 de noviembre de 2015 (C-0846).

⁴⁶⁶ *Ibid.*

⁴⁶⁷ Borrador de listado de problemas, de fecha 29 de abril de 2016 (C-0847); Borrador de listado de problemas, de fecha 25 de mayo de 2016 (C-0848).

147. *Tercero*, es incorrecta la afirmación de Guatemala de que el MARN “inició un procedimiento legal contra Exmingua” surgido del incumplimiento de las obligaciones ambientales de la empresa⁴⁶⁸. La supuesta “providencia” a que se refiere Guatemala no contiene elemento alguno indicativo de que se le haya comunicado a Exmingua⁴⁶⁹. Asimismo, no hubo seguimiento del MARN respecto de la supuesta providencia; en particular, si bien el documento menciona una “audiencia”⁴⁷⁰, jamás se realizó nada por el estilo y, además, el MARN jamás multó a Exmingua por su supuesto incumplimiento. Dada la fecha de este documento —solamente *una semana* antes de que la Corte Suprema dispusiera que el MEM informara los pasos dados para dar cumplimiento al amparo provisional y solamente *dos semanas* antes de que el MEM dictara la Resolución N.º 1202 por la que suspendió la licencia de explotación de Exmingua —resulta evidente que el MARN sencillamente intentó documentar su supervisión regulatoria de Exmingua. Cabe destacar que el informe de inspección adjunto a la providencia no parece ser más que el informe del MARN de febrero de 2015, con una fecha adicional de inspección de noviembre de 2015 puesta en la esquina superior derecha de cada página, sin ningún tipo de actualización de los aspectos inspeccionados y cuya resolución se confirmó en noviembre⁴⁷¹.

3. Exmingua brindó un generoso apoyo a la comunidad

148. Como se explicó en el Memorial, Exmingua siguió trabajando con la comunidad local después de obtener la licencia correspondiente a Progreso VII y, con ese fin, contrató a Servicios Mineros de Centro de América (“SMCA”) y el Centro para el Desarrollo Rural (“CEDER”) para que se ocuparan de la gestión de sus programas de desarrollo social⁴⁷². Asimismo, los Demandantes explicaron que (a pesar del apoyo de las comunidades locales y la aprobación del EIA sin objeciones) comenzaron las protestas contra la mina poco después de iniciada la construcción en enero de 2012⁴⁷³. Como lo observaron los Demandantes, los manifestantes no eran representativos de la comunidad local, que siguió expresando su apoyo al Proyecto, denunció el bloqueo y también le solicitó al Gobierno que

⁴⁶⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 769.

⁴⁶⁹ Providencia de Trámite N.º 475-2016/DCL/EOGP/mirf del MARN, de fecha 24 de febrero de 2016 (R-0187).

⁴⁷⁰ *Ibid.*

⁴⁷¹ *Ver* Providencia de Trámite del MARN N.º 475-2016/DCL/EOGP/mirf de fecha 24 de febrero de 2016, al que se adjunta el informe del 23-27 de febrero de 2015 y 26 de noviembre de 2015 (C-0849); Informe Técnico del MARN, de fecha 23-27 de febrero de 2015 (R-0105). Los puntos 24 y 69 referentes a la malla perimetral y las fosas de sedimentación, por ejemplo, no han sido actualizados a efectos de reflejar que se los instaló, tal como lo advirtió el MARN en 2015.

⁴⁷² Memorial de los Demandantes, párrs. 40 y 50.

⁴⁷³ *Ibid.*, párrs. 41-42 y 47.

interviniera para “resolver el conflicto generado por unos pocos vecinos apoyados por personas y organizaciones ajenas a la región”⁴⁷⁴.

149. Los Demandantes también explicaron en el Memorial que, tras el levantamiento del bloqueo a fines de mayo de 2014, Exmingua siguió brindando importantes beneficios a las comunidades aledañas y la región en general⁴⁷⁵. En particular, Exmingua siguió invirtiendo en proyectos sociales en beneficio de la comunidad, que incluyeron proyectos centrados en la salud, educación e infraestructura⁴⁷⁶. Por otra parte, la amplia mayoría de los empleados de Exmingua eran residentes de San José del Golfo y San Pedro Ayampuc, lo que convertía a la empresa en uno de los mayores empleadores de estas comunidades⁴⁷⁷.

150. En el Memorial de Contestación, Guatemala sostiene que Exmingua no contaba con un plan para la participación integral de los interesados⁴⁷⁸. Guatemala señala también que las actividades de desarrollo social de Exmingua no integraban un plan desarrollado en torno de las necesidades de las comunidades, que los programas de apoyo social de la empresa no presentan “detalles” ni “métrica [...] para comprender su impacto”, y que los programas no les fueron provistos a las comunidades mencionadas en el EIA⁴⁷⁹. Asimismo, Guatemala afirma que Exmingua no obtuvo ni mantuvo una “licencia social”⁴⁸⁰. Se trata de afirmaciones incorrectas.

151. *Primero*, lo dicho por Guatemala en cuanto a que Exmingua no contaba con un plan integral para la participación de los interesados es incorrecto⁴⁸¹. Como se indica en el EIA, “el desarrollo de las comunidades dentro del área de influencia del proyecto” era prioritario y, por ende, Exmingua tenía planificado “trabajar[] de forma coordinada con las autoridades municipales y los consejos de desarrollo para definir programas de apoyo a dichas comunidades”⁴⁸². Con este fin, para agosto de 2011 (un mes antes de que el MEM otorgara la licencia de explotación de Progreso VII) Exmingua desarrolló un plan

⁴⁷⁴ *Ibid.*, párr. 47.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, párr. 67.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, párr. 68.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, párr. 67.

⁴⁷⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 688-698 y 715-719.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, párrs. 699-702.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, párrs. 53 y 666-669.

⁴⁸¹ *Ibid.*, párrs. 692, 702 y 719.

⁴⁸² EIA de Progreso VII, p. 295 (C-0082).

estratégico para informar a las comunidades aledañas acerca del Proyecto y poder entender sus inquietudes y necesidades (“Plan Estratégico”).⁴⁸³

152. Como se señala en el Plan Estratégico, Exmingua buscó, entre otras cosas, “[e]stablecer relaciones de confianza, credibilidad y respeto con el entorno y entre los diferentes actores”; “[a]lcanzar consensos y buenas relaciones entre todos los grupos de interés, basados en un marco de respeto y diálogo transparente e intercultural”; “[a]clarar los mitos y mentiras que sobre la minería, los grupos ambientalistas han hecho creer a gran parte de los pobladores”; y “[p]riorizar de acuerdo a las necesidades de la población el programa de trabajo de desarrollo sostenible cuando el proyecto esté operando”⁴⁸⁴. Para lograr estos objetivos, Exmingua tenía planificado “identificar y fortalecer” las relaciones con los “líderes”, los “grupos” y “con población”, además de establecer “planes de apoyo” tras un “análisis y priorización de apoyo con obras para desarrollo”⁴⁸⁵. Como se indica en el Plan Estratégico, para ello era necesario reunirse con “líderes que se han expresado a favor y en contra de la minería, así como otros neutrales reconocidos por la población” de modo tal de poder “crear canales de comunicación con los líderes, así como [...] encontrar un lenguaje adecuado para intercambiar ideas”⁴⁸⁶. El Plan Estratégico enumera entonces una serie de pasos operativos para su uso en la ejecución del Plan en tres fases, así como un diagrama en el que se detalla la “[Cronología] de Actividades para el Desarrollo del Programa Social”⁴⁸⁷.

153. *Segundo*, las afirmaciones de Guatemala de que las actividades de desarrollo social de Exmingua no integraban un plan desarrollado con las necesidades de las comunidades en mente, no les fueron dadas a las comunidades mencionadas en el EIA y no presentan una “métrica [...] para comprender su impacto” también son incorrectas⁴⁸⁸. Por el contrario, en consonancia con su Plan Estratégico, Exmingua implementó importantes programas de desarrollo social ajustados a las necesidades de las comunidades de San José de Golfo, San Pedro Ayampuc, La Choleña, Los Achiotos y El Guapinol, y llevó registros detallados de este apoyo social.

154. Tal como lo explica la Srta. Telma García (que se desempeña como representante del COCODE en la comunidad desde 2010), “la gente de la comunidad se siente abandonada por el gobierno”, que

⁴⁸³ Plan Estratégico de SMCA para el Proyecto Progreso VII del de agosto de 2011 (C-0701).

⁴⁸⁴ *Ibid.*, pp. 10-11.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 14.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, p. 15.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, pp. 16-18.

⁴⁸⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 701.

“no proporciona casi ningún servicio a la comunidad”⁴⁸⁹. Explica además que “[n]o hay hospitales [en la comunidad] y la gente lucha por acceder a la atención médica básica”, hay “pocas escuelas para nuestros niños”, “[l]as carreteras son extremadamente pobres” y “la infraestructura de la comunidad está en ruinas”⁴⁹⁰. En consecuencia, los programas sociales de Exmingua incluían un Programa de Información, un Programa de Salud Comunitaria y un Programa de Educación, así como otras iniciativas de infraestructura y de desarrollo social⁴⁹¹. El apoyo de Exmingua a la comunidad comenzó poco después de conseguir la empresa su licencia de explotación⁴⁹².

155. En 2012, como parte del Programa de Información, Exmingua siguió reuniéndose con líderes comunitarios, distribuyó folletos a los integrantes de las comunidades en el área de influencia el Proyecto y aportó información respecto de las oportunidades laborales⁴⁹³. Asimismo, realizó más de 100 de las llamadas “Hot Dog Parties” (reuniones sociales informales en los hogares de residentes de la zona) concebidas para brindarles a los miembros de la comunidad la oportunidad de conocer más acerca de la mina planificada⁴⁹⁴. Estos eventos se realizaron en las aldeas de La Choleña, Los Achiotes, El Guapinol y San Antonio el Ángel (parte de la municipalidad de San José del Golfo)⁴⁹⁵. Tal como lo demuestra la cantidad de comidas distribuidas, más de 7000 personas asistieron a estos encuentros⁴⁹⁶. En un solo sábado de octubre de 2012, por ejemplo, Exmingua organizó cinco encuentros en estas comunidades, que contaron con la asistencia de 431 personas —un promedio de más de 80 personas por encuentro⁴⁹⁷. Exmingua también instaló un puesto en la feria de San José del Golfo para explicar los agentes minerales y químicos involucrados en el proceso minero⁴⁹⁸.

156. Como parte de su Programa de Salud Comunitaria, Exmingua organizó eventos para informar a las comunidades acerca de los beneficios médicos que tenían a su disposición con el apoyo de la

⁴⁸⁹ García, párr. 6.

⁴⁹⁰ *Ibid.*

⁴⁹¹ Plan de SMCA para el Desarrollo de Programas Sociales, de 2012 (C-0707).

⁴⁹² Resolución N.º 03394 del Ministerio de Energía y Minas, de fecha 30 de septiembre de 2011 (C-0090); Informe Ejecutivo de SCMA sobre Actividades al 14 de octubre de 2015 y actividades a ejecutar del 15 de noviembre de 2015 al 15 de diciembre de 2011 (C-0703).

⁴⁹³ Plan de SMCA para el Desarrollo de Programas Sociales, de 2012, pp. 4-6 (C-0707).

⁴⁹⁴ Informe Ejecutivo sobre Responsabilidad Social Empresarial, de 2012 (C-0704).

⁴⁹⁵ Informe Ejecutivo sobre Responsabilidad Social Empresarial, de 2012 (C-0704); Cronograma de hot-dog parties de octubre de 2012 (C-0855); Informe preliminar de SMCA N.º 005-INFO-cm-PO sobre hot-dog parties realizadas el 6 de octubre de 2012 (C-0756); Informe preliminar de SMCA N.º 009-INFO-cm-PO sobre hot-dog parties realizadas el 8 de octubre de 2012 (C-0757); Informe preliminar de SMCA N.º 010-INFO-cm-PO sobre hot-dog parties realizadas el 9 de octubre de 2012 (C-0712).

⁴⁹⁶ Informe Ejecutivo sobre Responsabilidad Social Empresarial, de 2012 (C-0704).

⁴⁹⁷ Informe preliminar de SMCA N.º 005-INFO-cm-PO sobre hot-dog parties realizadas el 6 de octubre de 2012 (C-0756).

⁴⁹⁸ Plan de SMCA para el Desarrollo de Programas Sociales, de 2012, p. 5 (C-0707).

empresa⁴⁹⁹. Cabe destacar que, durante el año 2012, el apoyo de Exmingua significó tratamiento para 1101 pacientes en la clínica de salud de San José del Golfo instalada por SMCA, muchos de los cuales visitaron la clínica “2, 3 y más veces”⁵⁰⁰. A estos pacientes se los trató por “problemas renales, hipertensión arterial, diabéticos [y] artritis”, entre otros⁵⁰¹. También recibieron tratamiento pacientes pediátricos por “problemas del tracto respiratorio de causa viral o bacteriana, enfermedades intestinales como síndrome diarreico agudo, parasitismo y desnutrición”⁵⁰². Asimismo, Exmingua pagó el tratamiento de 920 pacientes en una clínica odontológica ubicada en La Choleña⁵⁰³.

157. También en 2012, el Plan de Salud Comunitaria de Exmingua prestó apoyo para más de seis intervenciones quirúrgicas en el Hospital Maranatha de la Ciudad de Guatemala (incluidas un hernioplastía, colecistectomía y apendectomía) además de 74 ecografías y 62 testeos de detección de cáncer cervical, así como los costos de transporte desde y hacia el hospital⁵⁰⁴. Asimismo, Exmingua patrocinó una Jornada Médica —realizada el 10 de mayo (en celebración del Día de la Madre)— que incluyó servicios de especialistas en medicina interna, pediatría, ginecología y medicina general, en la que 120 miembros de la comunidad recibieron atención⁵⁰⁵. Dos días después se realizó la Jornada Oftalmológica, en la que otros 110 miembros de la comunidad recibieron tratamiento⁵⁰⁶. Con el apoyo de Exmingua, los miembros de la comunidad también recibieron medicamentos, lo que incluyó medicamentos intravenosos e inyecciones intramusculares, y visitas de atención residencial efectuadas por doctores cuando los pacientes no podían trasladarse a la clínica⁵⁰⁷.

158. El Programa de Educación de la empresa también fue abarcador. Para el lanzamiento del programa, Exmingua organizó un encuentro el 5 de enero de 2012 en el Edificio Municipal de San José del Golfo para informar a las comunidades del área de influencia del Proyecto acerca de su apoyo a la educación de los jóvenes⁵⁰⁸. Al encuentro asistieron más de 500 personas de las comunidades de San

⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 2.

⁵⁰⁰ *Ibid.*

⁵⁰¹ *Ibid.*

⁵⁰² *Ibid.*

⁵⁰³ Plan de SMCA para el Desarrollo de Programas Sociales, de 2012, p. 2 (C-0707).

⁵⁰⁴ *Ibid.*; Informe Ejecutivo sobre Responsabilidad Social Empresarial, de 2012 (C-0704).

⁵⁰⁵ Plan de SMCA para el Desarrollo de Programas Sociales, de 2012, p. 2 (C-0707).

⁵⁰⁶ *Ibid.*

⁵⁰⁷ *Ibid.*, p. 3.

⁵⁰⁸ Correo electrónico de S. Morales a D. Kappes, de fecha 6 de enero de 2012, al que se adjunta el plan del programa educativo (C-0706).

José del Golfo, La Choleña, Los Achiotes y El Guapinol, incluidos los líderes de las aldeas⁵⁰⁹. En 2012, Exmingua prestó apoyo a 241 estudiantes de nivel primario, básico y diversificado, así como también siete estudiantes universitarios de estas comunidades⁵¹⁰. Exmingua contrató tutores para brindar apoyo a estos estudiantes en varias materias⁵¹¹. También donó varias computadoras a escuelas locales⁵¹².

159. Además, Exmingua actuó con rapidez para efectuar reparaciones de importancia crítica en la infraestructura y brindar otros tipos de apoyo social. Por ejemplo, en 2012, reparó un puente en San Antonio el Ángel que había sido dañado por inundaciones, reparó el camino entre El Guapinol y San José del Golfo y construyó un muro de retención de 50 metros cerca de San José del Golfo⁵¹³. También construyó una cancha de fútbol en la aldea de San Antonio El Ángel, aportó apoyo económico a la feria comunitaria de San Antonio El Ángel y brindó apoyo funerario a miembros de la comunidad⁵¹⁴. Para fines de 2012, dentro del primer año de obtenida la licencia de explotación Progreso VII y antes de iniciar siquiera las operaciones y, por ende, de percibir ningún tipo de ingreso por el Proyecto, los gastos de Exmingua en apoyo a la comunidad ascendieron a USD 380.000⁵¹⁵. En 2013, Exmingua contrató a otra consultora —Centro para el Desarrollo Rural (“CEDER”)— para realizar talleres concebidos para informar mejor a la comunidad acerca de la mina y abordar las inquietudes que pudiera haber, e incluyó programación en idioma Kakchiquel (maya)⁵¹⁶.

160. Las actividades de participación y apoyo comunitario de Exmingua se intensificaron tras el levantamiento del bloqueo en 2014 y a lo largo de 2015, para no cesar sino recién en 2016 cuando se la obligó a suspender sus operaciones⁵¹⁷. Estas actividades incluyeron reuniones realizadas cada dos semanas con líderes y representantes de la comunidad para “determinar sus necesidades principales”⁵¹⁸.

⁵⁰⁹ *Ibid.*; ver también Informe N.º 023-INFO-cm-PO-2012 de SMCA sobre Programas de Educación de fecha 8 de noviembre de 2012 (C-0733).

⁵¹⁰ Plan de SMCA para el Desarrollo de Programas Sociales, de 2012, p. 2 (C-0707); Informe Ejecutivo sobre Responsabilidad Social Empresarial, de 2012 (C-0704).

⁵¹¹ Plan de SMCA para el Desarrollo de Programas Sociales, de 2012, p. 4 (C-0707).

⁵¹² *Ibid.*

⁵¹³ *Ibid.*, p. 5.

⁵¹⁴ *Ibid.*

⁵¹⁵ Informe de KCA “Progreso VII – Resumen de tareas realizadas durante 2012” de fecha 27 de enero de 2013 (C-0521).

⁵¹⁶ CEDER, Plan de Mediación de Conflictos y Relaciones con la Comunidad Proyecto Tambor (Progreso VII), de fecha 29 de enero de 2013 (C-0854); CEDER, Propuesta: Educar y Generar Mayor Entendimiento de la Mina y Responder a Inquietudes Válidas Contrarias a la Minería, de fecha 1 de septiembre de 2013 (C-0826); informe semanal N.º 01/2013 de CEDER para el período comprendido entre el 1 y el 11 de octubre de 2013 (C-0853).

⁵¹⁷ Informe Consolidado de Exmingua - Responsabilidad Social (julio-diciembre de 2014) (C-0527); Informe de Exmingua sobre Responsabilidad Social Empresarial en julio-diciembre de 2014, de enero de 2015 (C-0708); Informe de Exmingua sobre sus actividades sociales en enero-diciembre de 2015 (C-0714); Informe de Exmingua sobre sus actividades sociales de fecha 8 de enero de 2015 (C-0715).

⁵¹⁸ Informe Consolidado de Exmingua - Responsabilidad Social (julio-diciembre de 2014), pp. 3 y 5 (C-0527).

También incluyó “charlas de sensibilización social” de modo tal que “las partes involucradas se conocieran”, lo cual “motivó más invitaciones espontáneas de la población y el acuerdo de poder iniciar el proceso de donativo [...] según requerimiento y acuerdo de las mismas comunidades”⁵¹⁹. Los temas tratados en estos encuentros incluyeron la “planificación de proyectos”, así como también la “minería limpia”⁵²⁰. En función de estas reuniones, se determinó que “[l]as necesidades principales del Área Social [...] donde Exmingua puede participar” tienen que ver con “encaminamientos”, “techo mínimo”, “drenajes, tuberías [y] movimiento de tierra” y “[temas de] agua”, así como “educación continuada” y “apoyo en salud”⁵²¹. Exmingua resolvió entonces “[a]poyar a las comunidades participantes en sus necesidades básicas según lo establecido en las reuniones comunitarias”⁵²².

161. En consonancia con los pedidos de las comunidades, el apoyo brindado por Exmingua en materia de infraestructura durante este período incluyó, entre otras cosas, obras de encaminamiento y drenaje, la construcción de plataformas para elevar las casas en áreas inundadas, el rellenado de áreas inundadas de modo tal de crear terrenos secos para los hogares y el rellenado de un peligroso barranco⁵²³. Exmingua también aportó una gran cantidad de láminas para techos a las comunidades, incluidas 1640 láminas entregadas a 220 familias en 2015⁵²⁴. Como lo señala la Sra. García —quien, “[c]omo representante del COCODE [] fu[e] responsable de la coordinación y distribución de [...] beneficios en [su] aldea”—, Exmingua “emprendió proyectos de infraestructura que mejoraron el estado de [las] carreteras” y también brindó asistencia “instalando sistemas de drenaje, reclasificando el suelo y construyendo plataformas para que familias pudieran sacar sus casas de zonas inundadas”⁵²⁵. Como también lo explica la Sra. García, “es común que los miembros de la comunidad tengan fugas en sus techos que permitían que el agua inundase sus hogares”, con lo cual “[e]l apoyo de Exmingua permitió a los miembros de la comunidad solucionar ese problema”⁵²⁶.

⁵¹⁹ *Ibíd.*, pp. 5 y 33.

⁵²⁰ *Ibíd.*

⁵²¹ *Ibíd.*, pp. 3-4.

⁵²² *Ibíd.*, p. 4.

⁵²³ *Ibíd.*, pp. 6-14 y 29; García, párr. 25.

⁵²⁴ Informe Consolidado de Exmingua - Responsabilidad Social (julio-diciembre de 2014), pp. 16-29 (C-0527); Informe de Exmingua sobre entregas de 2015 (C-0526); Informe de Exmingua sobre actividades realizadas trabajo de campo de 2015 (C-0524); García, párr. 25.

⁵²⁵ García, párrs. 26 y 30.

⁵²⁶ *Ibíd.*, párr. 26.

162. Asimismo, Exmingua siguió prestando apoyo médico⁵²⁷. En este sentido, la Sra. García explica que “[a] través de [los] servicios de salud [de Exmingua], los miembros de la comunidad pudieron recibir cirugías y medicinas que de otra manera no habrían estado disponibles para ellos”, así como otros “servicios de salud esenciales”⁵²⁸. Señala además que “los servicios médicos eran gratuitos y el medicamento se entregaba sin coste alguno”⁵²⁹. Como lo explica la Sra. García, “tales beneficios eran comunes” y “la empresa nunca falló en proporcionar asistencia cuando fue solicitada”⁵³⁰.

163. Por otra parte, Exmingua empleó a cientos de miembros de la comunidad⁵³¹, lo que mejoró considerablemente la vida de estos trabajadores y la economía de la zona. Como lo señala el Sr. Carraza (propietario de un negocio de la zona y representante del COCODE), “[m]uchas personas [en la comunidad] son pobres y hay muy pocos puestos de trabajo”⁵³². Sin embargo, cuando un miembro de la comunidad era contratado por Exmingua, ello “[e]nía un impacto positivo significativo en sus vidas, ya que les proporcionaba unos ingresos estables y esperanza para el futuro”⁵³³. Los miembros de la comunidad estaban “muy felices y orgullosos de trabajar” en la mina⁵³⁴.

164. En este sentido, el Sr. Gálvez (exempleado de Exmingua) explica que él y su familia “[se] beneficia[ron] mucho del sueldo más alto que recib[ió] por [su] trabajo, en comparación con [su] trabajo anterior de construcción”, ya que el “salario que recib[ió] en Exmingua era tres veces mayor”⁵³⁵. Además, Exmingua capacitó al Sr. Gálvez para trabajar en un laboratorio de minerales, lo que le permitió hacer la transición de un “trabajo manual más intenso” que “no [era] constante”⁵³⁶. El Sr. Gálvez explica asimismo que “Exmingua tuvo un impacto significativo y positivo en la economía de San José del Golfo” y que “[d]urante el funcionamiento de Exmingua”, los “comerciantes [l]e comentaban regularmente que muchos de los empleados de Exmingua visitaban sus tiendas y gastaban dinero”⁵³⁷. Así, Exmingua y sus programas de desarrollo social “contribuy[eron] a un sentimiento de

⁵²⁷ Informe Consolidado de Exmingua - Responsabilidad Social (julio-diciembre de 2014), p. 15 (C-0527); Informe de Exmingua sobre actividades realizadas trabajo de campo de 2015 (C-0524).

⁵²⁸ García, párr. 27.

⁵²⁹ *Ibid.*

⁵³⁰ *Ibid.*, párr. 30.

⁵³¹ Listado de empleados de Exmingua en el período 2011-2017 (C-0842).

⁵³² Carraza, párr. 6.

⁵³³ *Ibid.*, párr. 14.

⁵³⁴ García, párr. 31.

⁵³⁵ *Ibid.*, párrs. 6-10.

⁵³⁶ *Ibid.*

⁵³⁷ *Ibid.*, párr. 12.

esperanza y optimismo dentro de la comunidad”⁵³⁸. Cabe destacar que, desde el cierre de la mina, se cree que la mayoría de los mineros todavía están desempleados⁵³⁹; así, el cierre generó una reducción de las oportunidades laborales en las comunidades locales⁵⁴⁰.

165. *Tercero*, es infundada la afirmación de Guatemala de que Exmingua no obtuvo ni mantuvo una “licencia social”. En particular, Guatemala afirma que era necesario que Exmingua obtuviera y mantuviera el apoyo constante de la comunidad para el Proyecto y que no lo hizo, como lo demuestran las protestas de base supuestamente pacíficas, y porque Exmingua supuestamente empleó tácticas militaristas para acosar e intimidar a la comunidad y supuestamente intentó sobornar a los manifestantes. Nada de esto es cierto.

166. Por empezar, el concepto de “licencia social para operar” (“SLO”, en inglés) es vago y aspiracional⁵⁴¹ y la Demandada no explica qué significa el término, qué obligaciones legales, de haberlas, se derivan del mismo, ni cuál fue el incumplimiento de Exmingua al respecto.

167. Como principal respaldo para el concepto de “licencia social para operar”, Guatemala se apoya en el Consejo Internacional de Minerías y Metales (“ICMM”), que la menciona como parte de las “mejores prácticas”⁵⁴². Si bien Guatemala aduce en el *primer párrafo* del Memorial de Contestación que el ICMM es un “cuerpo jurídico”, claramente no lo es (se trata de una organización de 27 empresas)⁵⁴³. El concepto de “licencia social” no puede entonces invocarse en este proceso como obligación legal. Por el contrario, para las empresas mineras la Obligación de Licencia Social (“SLO”) constituye un elemento de su estrategia de Responsabilidad Social Empresarial (“CSR”, en inglés)⁵⁴⁴. Por otra parte, la SLO difiere, en algunos aspectos, del Consentimiento Libre, Previo e Informado⁵⁴⁵. Asimismo, “[l]a SLO es objeto de diversas críticas que tienen que ver, principalmente, con la

⁵³⁸ *Ibid.*, párr. 31.

⁵³⁹ Carraza, párr. 14.

⁵⁴⁰ Gálvez, párrs. 11-12; Carraza, párr. 14; García, párr. 31.

⁵⁴¹ Mendoza, párrs. 56-61.

⁵⁴² Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 153 y 672; ICMM, Guía de buenas prácticas de los pueblos indígenas y la minería de fecha 2015 (RL-0295).

⁵⁴³ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 1.

⁵⁴⁴ Ver N. Hall, J. Lacey, S. Carr-Cornish y A-M Dowd, *Social Licence to Operate: understanding how a concept has been translated into practice in energy industries*, 86 J. OF CLEANER PRODUCTION 307 (2015) (C-0858); ver también M. E. Meesters y J. H. Behagel, *The Social Licence to Operate: Ambiguities and the neutralization of harm in Mongolia*, 53 RES. POL. 274 (2017) (C-0822).

⁵⁴⁵ J. Prno y D. S. Slocombe, *Exploring the origins of ‘social license to operate’ in the mining sector*, 37 RES. POL. 346 (2012) (C-0859); ver también M. E. Meesters & J. H. Behagel, *The Social Licence to Operate: Ambiguities and the neutralization of harm in Mongolia*, 53 RES. POL. 274 (2017) (C-0822).

ambigüedad que rodea al concepto”⁵⁴⁶. En efecto, la propia Guatemala describe el concepto de licencia social como “un contrato social no escrito”⁵⁴⁷.

168. De cualquier manera, si bien Exmingua tenía derecho legal a operar⁵⁴⁸, igualmente buscó y obtuvo el apoyo constante de las comunidades de los alrededores de sus operaciones. Como lo señala la Sra. García, antes de que la mina iniciara sus operaciones, Exmingua organizó reuniones entre representantes suyos y representantes de los COCODE⁵⁴⁹. En dichos encuentros, los representantes de la empresa explicaron el fin de la mina, cómo funcionaría y los beneficios que le aportaría a la comunidad, y los representantes de los COCODE formularon preguntas atinentes a los impactos económicos y ambientales de la mina⁵⁵⁰. Como también lo señala la Sra. García, “como resultado de esas reuniones, todos los representantes del COCODE estaban de acuerdo en que se construyera la mina” y “aproximadamente 80 a 90 por ciento de la comunidad apoyó el proyecto”⁵⁵¹.

169. Asimismo, después de que las protestas bloquearan el acceso a la mina, Exmingua organizó una reunión en el Edificio Municipal de San Pedro Ayampuc a la que asistieron aproximadamente 7000 miembros de la comunidad⁵⁵². En esa reunión, tres representantes de Exmingua explicaron los beneficios de la mina, respondieron preguntas y pidieron las opiniones de la comunidad acerca del Proyecto⁵⁵³. Como lo señala la Sra. García, “[l]a mayoría de los miembros de la comunidad que asistieron a la reunión apoyaron la mina y acordaron que el proyecto debía avanzar”⁵⁵⁴.

170. Por otra parte, durante la operación de la mina, Exmingua siguió manteniendo reuniones con la comunidad para brindar información acerca de la mina y abordar las inquietudes que pudiera haber⁵⁵⁵. Dichas reuniones se llevaron adelante en “aldeas, colonias y asentamientos”⁵⁵⁶, y en ellas “la gente hacía todo tipo de preguntas, por ejemplo, sobre cómo funciona la mina o sobre su impacto sobre el medio

⁵⁴⁶ M. E. Meesters y J. H. Behagel, *The Social Licence to Operate: Ambiguities and the neutralization of harm in Mongolia*, 53 RES. POL. 274, 275 (2017) (C-0822); ver también J. R. Owen y D. Kemp, *Social licence and mining: a critical perspective*, 38 RES. POL. 29, 33 (2012) (C-0860).

⁵⁴⁷ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 670; ver también Pérez, párrs. 19-20 (donde se señala que las acciones realizadas “con el objetivo de obtener la ‘licencia social para operar’ [...] de ninguna manera pueden realizarse compromisos legalmente vinculantes para el gobierno [...]”).

⁵⁴⁸ Memorial de los Demandantes, párr. 40; Resolución N.º 03394 del MEM de fecha 30 de septiembre de 2011 (C-0090).

⁵⁴⁹ García, párr. 16; Carraza, párr. 8.

⁵⁵⁰ García, párrs. 16-17.

⁵⁵¹ *Ibid.*, párr. 18.

⁵⁵² *Ibid.*, párr. 20.

⁵⁵³ *Ibid.*, párr. 21.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, párr. 23.

⁵⁵⁵ Carraza, párr. 9; García, párr. 24.

⁵⁵⁶ García, párr. 24.

ambiente, y los representantes de Exmingua respondían”⁵⁵⁷. Como lo explica el Sr. Carraza, que asistió a varias, “la gran mayoría de la comunidad apoyó a Exmingua y su presencia en la comunidad”⁵⁵⁸. Exmingua también organizó visitas a la mina para aquellos miembros de la comunidad que estuvieran interesados en verla por sí mismos⁵⁵⁹. Como resultado de estas y otras acciones⁵⁶⁰, la Sra. Mendoza (experta en la implementación de programas de gestión social en Guatemala) comenta que “Exmingua se involucró activamente con las comunidades para obtener la aceptación de su Proyecto por parte de la mayoría de la comunidad”⁵⁶¹.

171. Por otra parte, contrariamente a lo afirmado por Guatemala⁵⁶², las protestas no fueron parte de un movimiento pacífico de base ni indican que Exmingua no haya logrado el apoyo de la comunidad. Cabe destacar que, como lo señala la Sra. Mendoza, desde el principio de las consultas de Exmingua a la comunidad durante el proceso del EIA hasta principios de 2012, “no se manifestó ningún conflicto por parte de las comunidades de influencia”⁵⁶³. Más bien, fue con la llegada de “*entidades externas al área de influencia del [Proyecto]*, con agendas e intereses ideológicos y políticos particulares” que se “*opo[n]ían a proyectos mineros*” que la “primera muestra de oposición al Proyecto ocurrió en marzo de 2012, casi seis meses después de que se otorgara la licencia de explotación a Exmingua y dos meses después que comenzara la construcción”⁵⁶⁴. Como lo explican también la Sra. García y el Sr. Carraza, los manifestantes “no [eran] representativ[o]s de la comunidad”, eran personas “manipuladas por organizaciones fuera de la comunidad”, “a menudo los manifestantes fueron traídos en bus desde otras zonas” y se les “pagó [...] 75 quetzales por día para protestar [...]”⁵⁶⁵. “[M]uchas de las personas que protestaron contra la mina lo hicieron por necesidad y ganar dinero”⁵⁶⁶.

172. De hecho, “[l]a primera muestra de oposición” estuvo “liderada por el congresista Carlos Mejía del partido Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG)”, organización guerrillera devenida en política, responsable de gran cantidad de atrocidades en los 36 años de guerra civil en Guatemala⁵⁶⁷.

⁵⁵⁷ Carraza, párr. 9.

⁵⁵⁸ *Ibid.*, párrs. 9 y 15.

⁵⁵⁹ Carraza, párr. 10; García, párr. 25; Informe de Exmingua sobre actividades realizadas - trabajo de campo de fecha 2015, p. 2 (C-0524).

⁵⁶⁰ *Ver* Mendoza, párrs. 62-71.

⁵⁶¹ Mendoza, párr. 71.

⁵⁶² Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 53-54.

⁵⁶³ Mendoza, párr. 42.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, párrs. 12, 43 y 46-47 (énfasis añadido).

⁵⁶⁵ Carraza, párr. 15; García, párr. 19.

⁵⁶⁶ García, párr. 19.

⁵⁶⁷ Mendoza, párr. 43.

En las elecciones de 2011, que tuvieron lugar el 11 de noviembre de 2011, la URNG no presentó un candidato presidencial ni candidatos al Congreso nacional y ganó solamente el 0,87% del voto (con el puesto n.º 15º) en las elecciones legislativas del distrito (en que obtuvo solamente una de las 127 bancas)⁵⁶⁸. A principios de 2012, Carlos Mejía (recién elegido como único representante de su partido y él mismo exguerrillero⁵⁶⁹) apuntó a Exmingua, una pequeña operación minera de titularidad extranjera que había sido aprobada recientemente y estaba en construcción, para alzarse con el rédito político.

173. Cabe destacar que el distrito de San Marcos correspondiente al congresista Mejía se ubica a 273 kilómetros del Proyecto; como lo señala la Sra. Mendoza, resulta entonces “razonable concluir que su oposición estaba motivada por su propia agenda política e ideológica, más que por intereses sociales o comunitarios”⁵⁷⁰. De todas formas, Exmingua invitó al congresista Mejía a visitar la mina, cosa que éste hizo para luego informarles a los manifestantes que “todo se estaba haciendo de conformidad con la ley” y que “por ello, finalizaba su tarea”⁵⁷¹.

174. Tras el pronunciamiento del congresista Mejía, pequeños grupos de manifestantes siguieron bloqueando el acceso al sitio⁵⁷². Estas protestas estuvieron organizadas por el Frente Nacional de Lucha (“FNL”), organización que se describe como grupo revolucionario cuya agenda incluye oponerse a proyectos extractivos a los que califica de “saqueo de [los] recursos naturales [de Guatemala]”; el Centro de Acción Legal, Ambiental y Social de Guatemala (“CALAS”), organización activista ya desaparecida que posteriormente encabezó el planteo de acciones legales para clausurar las operaciones de Exmingua y fue denunciada por el Ministerio Público en 2018 tras un escándalo financiero y de corrupción⁵⁷³; Madre Selva, grupo que trabaja contra el “despojo extractivista”⁵⁷⁴ y que recibía financiamiento internacional para sus protestas⁵⁷⁵; y MiningWatch Canada, que busca “impedir la instalación de proyectos mineros”⁵⁷⁶.

⁵⁶⁸ Resultados de las elecciones generales de Guatemala de 2011, *Wikipedia* (C-0861).

⁵⁶⁹ Aila M. Matanock, “Explaining the Spread of Electoral Participation Provisions in Civil Conflict Settlements”, de fecha 2018, p. 18 (C-0862); Mendoza, párrs. 43-45.

⁵⁷⁰ Mendoza, párr. 44.

⁵⁷¹ Correo electrónico de S. Morales a D. Croas, D Kappes y otros, de fecha 14 de marzo de 2012 (C-0101); Memorial de los Demandantes, párr. 45.

⁵⁷² Mendoza, párrs. 45-46.

⁵⁷³ *Ibid.*, párr. 46; Comunicado de Prensa, “El caso por corrupción en la ONG ambientalista CALAS”, *Nómada*, 14 de agosto de 2018 (C-0745).

⁵⁷⁴ Madre Selva, *Quiénes somos* (C-0743).

⁵⁷⁵ República, “¿Quiénes han financiado las acciones contra las hidroeléctricas?”, de fecha 2 de marzo de 2017 (C-0753).

⁵⁷⁶ Comunicado de Prensa, “Quiénes somos”, *MiningWatch Canada*, sin fecha (C-0752); Mendoza, párr. 54.

175. Como lo explica la Sra. Mendoza, dado que las protestas estaban motivadas por “una agenda política e ideológica particular que busca bloquear cualquier proyecto de inversión minera en el país que implique el uso o extracción de recursos naturales”, el “pequeño grupo mostró una actitud violenta e ideológicamente orientada hacia el conflicto”⁵⁷⁷. Como también lo comenta la Sra. Mendoza, los “manifestantes se neg[aron] a participar en el diálogo y recurri[eron] a la violencia contra los trabajadores del proyecto”⁵⁷⁸. Dadas las circunstancias, la Sra. Mendoza confirma que “cualquier esfuerzo de resolución de conflictos es inútil, ya que el objetivo de estos grupos opuestos a la mina no es resolver un conflicto” sino “parte de su discurso y plan de trabajo” para “promover su propia agenda política e ideológica”⁵⁷⁹.

176. La medida en que Guatemala caracteriza incorrectamente la llamada “Resistencia Pacífica de La Puya” queda manifiestamente clara al revisar el caso de Yolanda Oquelí, líder de los manifestantes a quien Guatemala asigna un lugar central⁵⁸⁰. Si bien Guatemala presenta a la Sra. Oquelí como víctima pacifista⁵⁸¹, en realidad era una agresiva integrante de la oposición que participó en ataques armados contra empleados de Exmingua.

177. En su carácter de expleado de Exmingua, el Sr. Gálvez recuerda que “Yolanda Oqueli Veliz [era] líder de los manifestantes” y “[c]on regularidad abusaría verbalmente a los trabajadores de Exmingua cuando tratábamos de entrar o salir de la mina, llamándonos [...] nombres detestables”⁵⁸². El 3 de mayo de 2012, la Sra. Oquelí y unos pocos manifestantes encararon al Sr. Gálvez y sus colegas “llevando armas de fuego y machetes, y usando máscaras de esquí”, “gritaron y nos amenazaron con matarnos”⁵⁸³. El Sr. Gálvez y sus colegas “corri[eron], pero los manifestantes [los] capturaron y [los] detuvieron”, tras lo cual los “empujaron al suelo, [l]os asaltaron físicamente y [l]os apuntaron con las armas”⁵⁸⁴. Como también lo explica, “[l]os manifestantes gritaron que merecimos esto porque trabajábamos en la mina y nos dijeron que, si no dejáramos de trabajar allí, nos matarían”⁵⁸⁵. Si bien

⁵⁷⁷ Mendoza, párrs. 47 y 49; *ver también* Fotografía de resistencia “pacífica” de fecha 23 de mayo de 2014 (C-0873); Fotografía de resistencia “pacífica” de fecha 24 de mayo de 2014 (C-0919); Fotografía de resistencia “pacífica” de fecha 24 de mayo de 2014 (C-0920); Fotografía de resistencia “pacífica”, sin fecha (C-0921); Fotografía de oficial de policía, de fecha 23 de mayo de 2014 (C-0922).

⁵⁷⁸ Mendoza, párr. 47.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, párr. 55.

⁵⁸⁰ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 40 y 683.

⁵⁸¹ *Ver ibid.*, párrs. 40 y 683-684.

⁵⁸² Gálvez, párr. 14.

⁵⁸³ *Ibid.*, párr. 15.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, párr. 15 (énfasis añadido).

⁵⁸⁵ *Ibid.*, párr. 16.

intentó alcanzar su teléfono, los manifestantes le gritaron que si lo tocaba lo “ataría[n] y [lo] quemarían vivo”⁵⁸⁶. Uno de los agresores le hizo entonces un grave corte en la mano a uno de los trabajadores de Exmingua, tras lo cual los manifestantes finalmente cedieron y liberaron a los trabajadores⁵⁸⁷.

178. Tras la agresión, varios de los agresores fueron imputados y condenados por la comisión de delitos⁵⁸⁸. Aunque la Sra. Oqueli inicialmente no compareció ante la Justicia, luego se la imputó por varios delitos surgidos de dicha agresión⁵⁸⁹. Oqueli fue absuelta con el argumento de que, “como mujer, [la Sra. Oqueli] no podría llevar un machete”⁵⁹⁰. Que la Sra. Oqueli al mismo tiempo “habl[e] apasionadamente sobre [su] profundo compromiso [...] con la resistencia no violenta” y se considere un “símbolo” de “la naturaleza pacífica de [la] lucha”⁵⁹¹ pone de manifiesto la duplicidad de las personas que organizaron la oposición a Exmingua.

179. Guatemala toma un camino similar en sus esfuerzos por caracterizar a Exmingua como organización militarista⁵⁹², aunque igualmente esos esfuerzos tampoco prosperan. Si bien intenta vincular implícitamente a Exmingua con el disparo recibido por la Sra. Oqueli⁵⁹³, la investigación de su ataque reveló que la Sra. Oqueli no presentó ninguna “denuncia directa [...] contra [Exmingua]”, y que, por ende, se determinó que correspondía desestimar cualquier alegación en ese sentido⁵⁹⁴. Además, Guatemala manifiesta que “Exmingua envió a exmilitares a amenazar a los manifestantes [...] y a agredir a las mujeres”⁵⁹⁵, pero esto no encuentra ningún tipo de asidero en el anexo que invoca Guatemala y, de todas formas, es categóricamente falso. Por el contrario, los representantes de

⁵⁸⁶ *Ibid.*, (énfasis añadido).

⁵⁸⁷ *Ibid.*, párr. 16.

⁵⁸⁸ Gálvez, párr. 17; Sentencia del Tribunal Octavo de Sentencia Penal N.º C-01079-2012-00214, de fecha 30 de abril de 2014 (C-0863).

⁵⁸⁹ Informe de Policía Nacional Civil de Guatemala (PNC), Oficio N.º 164-2016/REF/JJGD/dl, de fecha 10 de mayo de 2016 (R-0117).

⁵⁹⁰ Comunicado de prensa, “Guatemala: la defensora de los derechos humanos Telma Yolanda Oqueli queda libre porque una ‘mujer no puede llevar machete’”, *Human Rights Defenders*, 8 de julio de 2014 (C-0865).

⁵⁹¹ Kelsey Alford-Jones, “Un bloqueo de carretera se convierte en puerta de entrada a la resistencia en Guatemala”, *Uprising*, 28 de enero de 2013 (R-0207).

⁵⁹² Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 55 y 696.

⁵⁹³ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 682-683; Kelsey Alford-Jones, “Un bloqueo de carretera se convierte en puerta de entrada a la resistencia en Guatemala”, *Uprising*, de fecha 28 de enero de 2013 (R-0207); Comunicado de prensa, “Guatemala: ‘Cascos Azules’ organizados por empresas con fines conflictivos, no pacíficos”, *GoldCorp Out News*, 12 de noviembre de 2012 (R-0041).

⁵⁹⁴ Carta de Ministerio Público N.º MP001-2012-89780, de fecha 2 de febrero de 2015 (C-0866).

⁵⁹⁵ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 55; Kelsey Alford-Jones, “Un bloqueo de carretera se convierte en puerta de entrada a la resistencia en Guatemala”, *Uprising*, 28 de enero de 2013 (R-0207).

desarrollo social de Exmingua estaban “capacitado[s] para actuar dentro del marco legal nacional, insistiendo en la no violencia [...] y en el respeto a las costumbres de las personas del lugar”⁵⁹⁶.

180. Guatemala también manifiesta equivocadamente que “Exmingua hizo sobrevuelos con helicópteros en actos de intimidación”⁵⁹⁷. Sin embargo, como lo explica el Sr. Kappes, los helicópteros se utilizaron para trasladar equipos al sitio, ya que “[e]l bloqueo impidió que el equipo [...] entraran [...] al sitio”⁵⁹⁸. Además, Guatemala afirma que “Exmingua empleó métodos militaristas al difundir propaganda a través de folletos a favor de la minería en las comunidades circundantes desde un helicóptero”⁵⁹⁹, pero esto tampoco es cierto. De hecho, tal como ocurrió con la celebración de la clausura exitosa del Programa de Educación de 2012 y para hacer la pre-inscripción para el año escolar 2013 (y como lo reflejan las fotos de este sondeo) “el equipo de trabajo salió a las comunidades a distribuir volantes informativos”⁶⁰⁰. La actividad resultó muy efectiva, ya que 650 personas de Los Achiotés, El Guapinol, San Antonio el Ángel, La Choleña, San José del Golfo y El Carrizal asistieron a los festejos⁶⁰¹. No sorprende la información incorrecta de Guatemala, ya que se basa en publicaciones como *Uprising* (que es un blog cuya misión consiste en “identificar y esclarecer las luchas contra el poder corporativo”), *GOLDCORP OUT NEWS* (un “blog llevado por la Coalición Internacional contra la Minería Injusta en Guatemala”) y otros blogs alojados en WordPress.com que presentan como hecho la información que brindan⁶⁰².

181. Por otra parte, es equivocada la reiterada afirmación que hace Guatemala de que algunos empleados de SMCA eran “exmilitares”⁶⁰³ –para insinuar que no resultaban adecuados para realizar actividades de desarrollo social; por ejemplo, el Sr. Morales (director de SMCA) era *tanto* exmilitar como exdirector general de Minería del Ministerio de Energía y Minas⁶⁰⁴. De todas formas, a pesar de

⁵⁹⁶ Informe de SMCA sobre desarrollo de hechos notables, de 2012 (C-0864).

⁵⁹⁷ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 57 y 696.

⁵⁹⁸ Kappes I, párr. 65.

⁵⁹⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 696.

⁶⁰⁰ Informe N.º 023-INFO-cm-PO-2012 de SMCA sobre Programas de Educación de fecha 8 de noviembre de 2012, p. 3 (C-0733).

⁶⁰¹ *Ibid.*

⁶⁰² Kelsey Alford-Jones, “Un bloqueo de carretera se convierte en puerta de entrada a la resistencia en Guatemala”, *Uprising*, 28 de enero de 2013 (R-0207); Goldcorp fuera de Guatemala, p. 7 (C-0867); Comunicado de prensa, “Guatemala: ‘Cascos Azules’ organizados por empresas con fines conflictivos, no pacíficos”, *GoldCorp Out News*, 12 de noviembre de 2012 (R-0041); Q. De León, Condenan a ex militar: trabajador de una empresa minera por amenazas a periodistas (contiene video) de fecha 17 de octubre de 2013 (R-0043); Comunicado de prensa, “La Puya resiste contra los ataques de la empresa Exmingua en San José del Golfo”, *Convergencia*, 14 de noviembre de 2012 (R-0045).

⁶⁰³ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 697.

⁶⁰⁴ Anuario Estadístico Minero de fecha 2008, p. 2 (C-0868).

lo insinuado por Guatemala, el mero hecho de ser exmilitar no provoca que una persona no pueda realizar actividades de divulgación comunitaria.

182. Guatemala también intenta cuestionar la credibilidad del Sr. Kappes directamente, al insistir con que “[su] plan inicial [...] para resolver el bloqueo implicaba [...] sobornar a los manifestantes”⁶⁰⁵. Ello no es cierto. De hecho, Guatemala caracteriza de forma groseramente incorrecta el documento en el que se apoya en respaldo de su afirmación, que es un breve mensaje de correo electrónico del Sr. Kappes al Sr. Morales⁶⁰⁶. En ese mensaje, el Sr. Kappes comenta que eran “los *manifestantes* [quienes] tienen una gran demanda monetaria” y le indicó al Sr. Morales “[no] aceptar nada”⁶⁰⁷. Acto seguido el Sr. Kappes manifestó que “el dinero que les demos saldr[ía] de nuestro fondo del programa social general [...]. Por ello creo que no les sentaría muy bien a las *comunidades de la cercanía más próxima a la mina*, ya que sus programas se verían reducidos en consecuencia”⁶⁰⁸. Lejos de un “plan inicial” de sobornar a los manifestantes, el Sr. Kappes de hecho estaba resuelto a *no ceder* ante las exigencias de dinero de los manifestantes, dada su preocupación por brindarles el máximo apoyo a *verdaderos miembros de la comunidad* de las cercanías del Proyecto.

183. Como queda entonces claro y como lo comenta la Sra. Mendoza, “[l]as comunidades de influencia no formularon” conflictos desde el inicio de las consultas del EIA hasta “casi seis meses después de que se otorgara la licencia de explotación a Exmingua y dos meses después que comenzara la construcción”⁶⁰⁹. La posterior “oposición se dio por parte de personas que no eran representativas de las comunidades locales”⁶¹⁰ que “recurri[eron] a la violencia contra los trabajadores del proyecto”⁶¹¹ como parte de “una agenda política e ideológica particular que busca bloquear cualquier proyecto de inversión minera en el país que implique el uso o extracción de recursos naturales[...] [y] que busca cambiar el modelo de desarrollo del país”⁶¹², con su oposición “a cualquier acuerdo alcanzado entre Estado, comunidades y compañías extranjeras”⁶¹³.

⁶⁰⁵ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 721.

⁶⁰⁶ Correo electrónico de D. Kappes a S. Morales (SMCA) y otros de fecha 11 de marzo de 2012 (C-0099).

⁶⁰⁷ *Ibid.*, (énfasis añadido).

⁶⁰⁸ *Ibid.*

⁶⁰⁹ Mendoza, párrs. 42-43.

⁶¹⁰ *Ibid.*, párr. 43.

⁶¹¹ *Ibid.*, párr. 47.

⁶¹² *Ibid.*, párrs. 47-49.

⁶¹³ *Ibid.*, párr. 49.

184. Como lo confirma la Sra. Mendoza, “[f]rente a este tipo de oposición y resistencia sistémica, cualquier esfuerzo de resolución de conflictos es inútil, ya que el objetivo de [la oposición] no es resolver un conflicto” y eso “excede las capacidades, responsabilidades y buena voluntad de cualquier compañía de inversión como Exmingua”⁶¹⁴. De todas formas, Exmingua “mantuvo, así, un esfuerzo activo para comprometerse con la comunidad, incluso cuando no pudo operar”⁶¹⁵ y “[u]na evaluación del programa de gestión social de Exmingua [...] permite concluir que la información que [Exmingua] proporcionó a la comunidad, su proceso de consulta y las actividades de participación comunitaria que llevó a cabo fueron significativas y permitieron el establecimiento de una relación de confianza con las autoridades, los líderes sociales y las comunidades circundantes”⁶¹⁶.

4. La mina Progreso VII demostró tener un gran potencial y Exmingua se preparaba para ampliar las operaciones

185. En el Memorial, los Demandantes exponen la forma en que ellos y Exmingua desarrollaron y operaron la mina tras una demora de más de dos años ocasionada por el bloqueo de 2012-2014, y describieron los planes de ampliación que tenía Exmingua en el momento en que se cerró la mina en mayo de 2016⁶¹⁷. Específicamente, los Demandantes describieron que diseñaron, construyeron y enviaron a Guatemala una planta de procesamiento que se instaló en Tambor⁶¹⁸ y que Exmingua finalizó la construcción en el sitio (incluidas las escombreras y cuatro estanques de relaves)⁶¹⁹. También demostraron que Exmingua inició la extracción en tres pozos abiertos en Progreso VII a partir de octubre de 2014, según la secuencia diseñada por ellas y mediante el uso de un proceso de flotación para la recuperación de la planta, a la vez que recababa datos de minería⁶²⁰.

186. Luego, los Demandantes expusieron los resultados de la extracción efectuada por Exmingua, que, en los dos pozos de Guapinol Sur, coincidía con sus expectativas basadas en los datos y las pruebas, y la explotación en Poza del Coyote produjo un resultado aún mejor de lo esperado⁶²¹. Las Demandantes también describieron que siguieron incorporando constantes mejoras al enfoque minero de Exmingua y al funcionamiento de la planta para mejorar la recuperación⁶²². Por último, señalaron que Exmingua

⁶¹⁴ Mendoza, párr. 55.

⁶¹⁵ *Ibid.*, párr. 63.

⁶¹⁶ *Ibid.*, párr. 62.

⁶¹⁷ Memorial de los Demandantes, párrs. 54-66; Kappes I, párrs. 95-126.

⁶¹⁸ Memorial de los Demandantes, párr. 55; Kappes párr. 68.

⁶¹⁹ Memorial de los Demandantes, párrs. 55-59; Kappes I, párrs. 100-101.

⁶²⁰ Memorial de los Demandantes, párrs. 56 y 60-64; Kappes I, párrs. 102-105.

⁶²¹ Memorial de los Demandantes, párr. 63; Kappes I, párr. 106.

⁶²² Memorial de los Demandantes, párrs. 63-64; Kappes I, párrs. 105, 107 y 111-112.

hizo su primer envío de concentrado en diciembre de 2014 y siguió haciendo envíos hasta el cierre, con un total de 67 envíos y una ganancia de aproximadamente USD 12 millones por la venta de oro durante este período⁶²³.

187. En el Memorial de Contestación, Guatemala mayormente no cuestiona el desarrollo y la operación de la mina en el período 2014-2016 según lo expuesto por los Demandantes (y tampoco podría cuestionarlo). Sin embargo, aduce que ciertos aspectos de las operaciones tuvieron menos éxito que lo demostrado por los Demandantes o incluso fueron ilegales⁶²⁴. En particular, aduce que se exageraron la capacidad de procesamiento y la tasa de recuperación de Exmingua⁶²⁵. Se trata de alegaciones incorrectas.

188. *Primero*, Guatemala critica a los Demandantes por supuestamente exagerar la capacidad de procesamiento de Exmingua, o “*feed capacity*”⁶²⁶. Con ello, Guatemala pone en duda la veracidad de los datos aportados por los Demandantes y reflejados en los Datos de Resumen Diario de octubre de 2014–mayo de 2016, al señalar que ese documento “sin duda fue creado para los propósitos de este caso” e indicar que esos resúmenes diarios “ni siquiera registran cuánta materia prima se procesó, y los turnos aparecen y después desaparecen”⁶²⁷. Guatemala también pone en duda que los Demandantes y Exmingua hayan efectuado actualizaciones o modificaciones a la planta de flotación de la empresa para mejorar su tasa de procesamiento⁶²⁸. Por último, Guatemala afirma que Exmingua solamente estaba autorizada para procesar 150 toneladas de oro por día, con lo cual operó fuera de la ley al superar esa cantidad y no podía esperar seguir operando a ese nivel o incrementar dicha tasa, tal como los Demandantes y SRK presuponen que lo habría hecho Exmingua⁶²⁹. Se trata de afirmaciones incorrectas.

189. Por empezar, contrariamente a lo alegado por Guatemala sin fundamento, los datos incluidos en el Datos de Resumen Diario de octubre de 2014–mayo de 2016 son confiables⁶³⁰. El Resumen se basa en datos correspondientes a las operaciones de la planta recabados diariamente en esa misma época

⁶²³ Memorial de los Demandantes, párrs. 65-66; Kappes I, párrs. 120; SRK I, párrs. 27.

⁶²⁴ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 790-796.

⁶²⁵ *Ibid.*, párrs. 790-796.

⁶²⁶ *Ibid.*, párrs. 790-793.

⁶²⁷ *Ibid.*, párr. 790.

⁶²⁸ *Ibid.*, párr. 792; *ver también* OP N.º 6, de fecha 15 de marzo de 2021, Anexo B, Pedido 38, p. 59.

⁶²⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 793.

⁶³⁰ Kappes II, párr. 69.

y lo elaboró poco después de la clausura de las operaciones de Exmingua en mayo de 2016 el gerente de la planta, que compiló los datos de la tasa de procesamiento de los informes diarios⁶³¹.

190. La afirmación de Guatemala de que la mina procesaba aproximadamente 200 toneladas de mineral bruto por día y que no tenía la capacidad técnica necesaria para procesar una mayor cantidad de toneladas⁶³² también es incorrecta. Entre junio y diciembre de 2015, la tasa de procesamiento mensual promedio de la planta se ubicó de manera constante por sobre 200 tpd (“tpd”), con alrededor de 220 tpd logradas con cierto nivel de constancia y una tasa de procesamiento mensual promedio de casi 230 tpd lograda en marzo de 2016⁶³³. Por otra parte, los datos *diarios reales* confirman que había un logro razonablemente constante de 225 tpd de procesamiento diario y hubo una serie de ocasiones en que se superaron las 250 tpd tanto en marzo como en abril de 2016⁶³⁴.

191. Estos tonelajes ya se habían logrado en las primeras etapas de vida de la mina y, tal como lo confirman tanto el Sr. Kappes como SRK, es razonable dar por sentado que la tasa de procesamiento de la planta podría haberse incrementado con el tiempo, si así se hubiera querido⁶³⁵. Con seguridad, tal como lo explica SRK, no había ningún impedimento técnico para lograr una mayor tasa de procesamiento⁶³⁶. De hecho, los Demandantes habían diseñado la planta Tambor con un rendimiento operativo de procesamiento de 200-240 tpd y la consideraban capaz de lograr una capacidad de procesamiento mucho mayor⁶³⁷. En efecto, en marzo de 2016, el informe de un consultor profesional externo que visitó el sitio para evaluar la planta señaló que, si bien originalmente ésta no tenía capacidad en el circuito de flotación, los Demandantes y Exmingua abordaron el tema y progresivamente incrementaron la capacidad con la incorporación de celdas de flotación⁶³⁸.

192. Tampoco es cierta la otra alegación de Guatemala según la cual Exmingua no estaba autorizada para operar a una tasa superior a 150 tpd⁶³⁹. Guatemala basa su afirmación en el hecho de que el EIA

⁶³¹ Correo electrónico de D. Kappes a R. Adams (Exmingua), de fecha 24 de marzo de 2017 (C-0721) (donde se explica la metodología para la preparación del resumen y se reenvía un correo electrónico de J. Hernández (Exmingua, gerente de planta) a D. Kappes, de fecha 1 de junio de 2016 (al que se adjunta Datos de Resumen Diario de Plantas de octubre de 2014 – de mayo de 2016); Kappes II, párr. 69.

⁶³² Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 791-792.

⁶³³ SRK II, párrs. 44-45, Figura 3-1; Datos de Resumen Diario de Plantas de octubre de 2014 – de mayo de 2016 (C-0125).

⁶³⁴ SRK II, párrs. 46-47, Figura 3-2; Datos de Resumen Diario de Plantas de octubre de 2014 – de mayo de 2016 (C-0125).

⁶³⁵ SRK II, párr. 47; Kappes II, párrs. 67-70.

⁶³⁶ SRK II, párr. 48; Kappes II, párrs. 67-70.

⁶³⁷ Kappes II, párr. 68; Criterios de diseño de fecha 31 de agosto de 2010, Sección 1.7 (C-0126) (donde se indica una tasa normal para el molino de 200 tpd y una tasa de diseño de 240 tpd).

⁶³⁸ SRK II, párr. 58; Bill A. Hancock, “Informe del viaje a Tambor. Revisión del proceso y programas químicos”, *Argo Consulting*, 17-18 de marzo de 2016, p. 1 (C-0869).

⁶³⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 793.

menciona una tasa *nominal* de procesamiento de 150 tpd⁶⁴⁰, pero pasa por alto que el EIA también menciona una tasa de procesamiento de *diseño* de 200 tpd⁶⁴¹ y, de todas formas, interpreta incorrectamente la importancia del primer término. Se trata de términos técnicos para el diseño de plantas de procesamiento, en que “nominal” denota el rendimiento típico y “diseño” incorpora un margen de funcionamiento a efectos de permitir la variabilidad del yacimiento y las perturbaciones del proceso⁶⁴². Ninguno de estos términos constituye un “límite” como lo sostiene falsamente Guatemala⁶⁴³.

193. Ello queda respaldado por el hecho de que el MARN y el MEM realizaron una serie de inspecciones en el sitio Progreso VII durante las cuales reconocieron que Exmingua procesaba más de 150 tpd sin criticarla ni recomendar cambios a la tasa de procesamiento de la planta (mientras que sí efectuaron varias otras recomendaciones, como lo destaca Guatemala⁶⁴⁴). Por ejemplo, tras la inspección de febrero de 2015 que, según sostiene Guatemala, identificó varias áreas de incumplimiento, el MEM reconoció que la mina estaba “removiendo 200 a 250 toneladas de mineral” y “procesando 200 toneladas diarias”⁶⁴⁵. Tras la inspección posterior de noviembre de 2015, el MARN observó que “[p]or la capacidad de la planta, se continúa explotando alrededor de 200-250 toneladas diarias”⁶⁴⁶, y el MEM señaló que Exmingua estaba extrayendo y procesando 200 a 250 toneladas de material por día⁶⁴⁷. Ninguno de los dos entes regulatorios indicó que debiera reducirse la tasa de extracción y procesamiento. Por ende, Guatemala era claramente consciente del alcance de las operaciones de Exmingua en el momento en que se las estaba llevando adelante y no consideró que fueran excesivas ni ilícitas.

194. *Segundo*, Guatemala cuestiona la tasa de recuperación metalúrgica de la planta de flotación de Exmingua y pone en duda que los Demandantes y Exmingua hayan realizado mejoras o modificaciones

⁶⁴⁰ *Ibid.*, párr. 793; EIA de Progreso VII, p. 92 (C-0082).

⁶⁴¹ EIA de Progreso VII, pp. 72 y 92 (C-0082). El EIA de Progreso VII también señala que las presas de colas podían soportar una tasa de procesamiento de 200tpd. *Ver ibid.*, pp. 577 y 587-588 (C-0082); Ampliaciones al EIA de Progreso VII, de fecha 1 de abril de 2011, p. 186 (C-0089).

⁶⁴² SRK II, párr. 50.

⁶⁴³ *Ibid.*

⁶⁴⁴ *Ver supra* Sección II.C.2.

⁶⁴⁵ Inspección del MEM de febrero de 2015, pp. 5, 11 y 19 (C-0627).

⁶⁴⁶ Inspección del MARN de febrero de 2015, p. 3 (C-0629).

⁶⁴⁷ Inspección del MEM de febrero de 2015, pp. 6, 10 y 23 (C-0628) (donde se señala una “extracción diaria de 200 a 250 toneladas” y que la planta “es alimentada [...] por 240 toneladas por día” y se encuentra “en funcionamiento con una alimentación diaria de 240 toneladas de mineral”).

a la planta para mejorar su tasa de recuperación de oro⁶⁴⁸. Los cuestionamientos de Guatemala son injustificados.

195. Los Demandantes empezaron a diseñar y construir un laboratorio y una planta modular de procesamiento por flotación inmediatamente después de adquirir la participación de Radius en Exmingua en 2008, con pruebas integrales de flotación y el uso de muestras de mineral de Tambor para obtener una alta tasa de recuperación⁶⁴⁹. Como resultado de su trabajo de diseño y prueba, cuando terminaron de construir la planta en las instalaciones de KCA en Reno en el año 2010, se había logrado una tasa de recuperación de 90%⁶⁵⁰. Después de concluir las pruebas y construcción de la planta, los Demandantes la transportaron a Guatemala por partes en marzo de 2012⁶⁵¹, y la instalaron en Tambor tras la finalización de las obras de construcción en noviembre de 2014⁶⁵².

196. Los comentarios de Guatemala de que la tasa promedio de recuperación de *todo* el período de operación de la planta fue de 62%⁶⁵³ es engañosa, dado que los datos correspondientes a dicho período incluyen episodios de incremento de la planta, así como momentos en los que ésta no funcionó de forma constante⁶⁵⁴. Los datos demuestran que, con el tiempo, la planta mostró una clara tendencia al aumento de las tasas de recuperación⁶⁵⁵. En efecto, Guatemala pasa por alto que los datos más recientes de desempeño de la planta de enero a mayo de 2016 muestran que mejoraba constantemente su tasa de recuperación, que promediaba aproximadamente 77% a lo largo de abril y principios de mayo de 2016⁶⁵⁶, alcanzando en ocasiones una tasa de recuperación de 90% en 2016⁶⁵⁷, y con una clara tendencia al aumento de la recuperación⁶⁵⁸. Ello obedecía a los esfuerzos realizados por los Demandantes y Exmingua, que siguieron actualizando y modificando la planta de flotación para adaptarse al procesamiento e incremento de su recuperación. Por ejemplo, actualizaron el diseño y la configuración

⁶⁴⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 794-795.

⁶⁴⁹ Memorial de los Demandantes, párr. 55.

⁶⁵⁰ Kappes I, párr. 110; Kappes II, párr. 63.

⁶⁵¹ Documentación de envío de la planta de flotación, de fecha 21 de marzo de 2012 (C-0870).

⁶⁵² Kappes I, párrs. 60 y 97.

⁶⁵³ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 795.

⁶⁵⁴ SRK II, párrs. 56-57, Figura 3-3.

⁶⁵⁵ *Ibid.*, párrs. 56-57, Figura 3-3.

⁶⁵⁶ *Ibid.*, párrs. 56-57, Figura 3-3.

⁶⁵⁷ Kappes II, párr. 63; Kappes I, párr. 111; SRK II, párrs. 58-60; correo electrónico de D. Kappes a D. Kappes y Tambor, de fecha 7 de mayo de 2016 (C-0131) (al que se adjunta el correo electrónico de Laboratorio Tambor KCA a D. Kappes y otros de fecha 7 de mayo de 2016, al que se adjuntan los resultados de laboratorio de fecha 6 de mayo de 2016 que indican una recuperación de 92%); listado diario de ley de alimentación y colas de la planta en octubre de 2014 a mayo de 2016 (donde se indica que, en función de la ley recuperada (es decir, la ley de alimentación menos la ley de colas) dividida por la ley de alimentación, se estaría cerca de una recuperación de 80% en marzo-abril de 2016) (C-0125).

⁶⁵⁸ SRK II, párrs. 58-60.

de la columna de flotación⁶⁵⁹ y revisaron el proceso y los programas químicos utilizados en la planta, lo cual se realizó con la ayuda de un consultor profesional⁶⁶⁰.

D. Guatemala destruyó las inversiones de los Demandantes

197. Como lo demostraron los Demandantes en el Memorial, habían invertido una cantidad considerable de tiempo, esfuerzo y dinero para adquirir Exmingua, obtener la licencia de explotación para el área Progreso VII, iniciar la extracción y el procesamiento de oro y coordinar para la venta de su concentrado de oro. Tras un año y medio de extracción, y mientras Exmingua se preparaba para ingresar a la próxima fase de extracción subterránea, encargar más tareas de exploración y obtener la licencia de explotación para Santa Margarita, Guatemala clausuró ilícitamente las operaciones de Exmingua al suspender su licencia de explotación Progreso VII⁶⁶¹. A principios de 2016, la sentencia dictada por la Corte Suprema el 11 de noviembre de 2015 y la negativa inicial del MEM a aceptarla dieron lugar a una nueva ola de protestas que le impidieron a Exmingua trasladar insumos al sitio y provocaron que les resultara imposible a sus consultores llevar adelante los estudios sociales necesarios para el EIA a efectos de obtener la licencia de explotación para el área Santa Margarita⁶⁶². Luego Guatemala acusó injustamente a Exmingua y sus empleados de cometer delitos y le confiscó el concentrado⁶⁶³. Hasta el día de hoy, Guatemala no llevó adelante las consultas que, según determinó la Corte, son necesarias para que recobre vigencia la licencia de explotación de Exmingua, con lo cual inutilizó la licencia Progreso VII y dio por tierra con cualquier posibilidad de que Exmingua pueda obtener la licencia de explotación para el área Santa Margarita.

198. Guatemala no desacredita ninguno de estos hechos en el Memorial de Contestación, como se demuestra en detalle a continuación.

⁶⁵⁹ Correo electrónico de Daniel Kappes a Exmingua, de fecha 26 de junio de 2015 (C-0871).

⁶⁶⁰ SRK II, párrs. 58-60; Bill A. Hancock, “Informe del viaje a Tambor. Revisión del proceso y programas químicos”, *Argo Consulting*, 17-18 de marzo de 2016 (C-0869).

⁶⁶¹ Memorial de los Demandantes, párrs. 69-115 y 133-142.

⁶⁶² Memorial de los Demandantes, párrs. 116-124.

⁶⁶³ Memorial de los Demandantes, párrs. 125-132.

1. Las cortes guatemaltecas concedieron amparos manifiestamente ilícitos con los que dispusieron la suspensión de la licencia de explotación de Exmingua

199. Tal como consta en el Memorial de los Demandantes, el 11 de noviembre de 2015 la Corte Suprema otorgó un amparo provisional por el cual suspendió la licencia de explotación de Exmingua⁶⁶⁴. La sentencia de la Corte Suprema no contenía razonamiento alguno, salvo para afirmar, a modo de conclusión infundada, que “las circunstancias del caso lo hacen aconsejable”⁶⁶⁵. Cabe recordar que Exmingua no fue parte en el proceso y ni siquiera estaba en ese momento notificada de la acción planteada⁶⁶⁶. A la empresa se la notificó oficialmente de la causa y la sentencia dictada más de tres meses después, y apeló entonces de inmediato la sentencia de la Corte Suprema ante la Corte de Constitucionalidad⁶⁶⁷.

200. El 5 de mayo de 2016, la Corte de Constitucionalidad declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto por Exmingua y confirmó el amparo provisional de la Corte Suprema por el cual suspendió la licencia de explotación de la empresa, pero con la siguiente modificación: “con la salvedad de precisar que el Estado de Guatemala, por medio del [MEM] podrá hacer recobrar la vigencia de la licencia de explotación minera en el momento en que realice y concluya, a la brevedad posible, el procedimiento de consulta previa e informada, establecido en el Convenio 169 [...]”⁶⁶⁸. Al igual que la sentencia de la Corte Suprema de fecha 11 de noviembre de 2015, la sentencia de la Corte de Constitucionalidad del 5 de mayo de 2016 no ofrecía ningún tipo de explicación o análisis en respaldo de la suspensión ni de la modificación.

201. De inmediato, Exmingua presentó un pedido de ampliación y aclaración con miras a que se le aclarara exactamente cuándo recobraría el uso de su licencia⁶⁶⁹. La Corte de Constitucionalidad denegó el pedido de Exmingua tres días después al declarar, sin ningún tipo de explicación, que “tal

⁶⁶⁴ Corte Suprema de Guatemala, Expediente N.º 1592-2014, sentencia de fecha 11 de noviembre de 2015, p. 1 [p. 1 ENG] (C-0004); *ver también* Memorial de los Demandantes, párrs. 74-87.

⁶⁶⁵ Corte Suprema de Guatemala, Expediente N.º 1592-2014, sentencia de fecha 11 de noviembre de 2015, p. 1 [p. 1 ENG] (C-0004); *ver también* Memorial de los Demandantes, párr. 86.

⁶⁶⁶ Cédula de notificación a Exmingua, de fecha 22 de febrero de 2016 (C-0470); *ver también infra*, Sección II.D.1.a(i); Memorial de los Demandantes, párrs. 87 y 277-279; Fuentes I, párrs. 94 y 184; Fuentes II, párr. 106.

⁶⁶⁷ Recurso interpuesto por Exmingua el 23 de febrero de 2015 contra la sentencia dictada por la Corte Suprema (C-0005); *ver también* Memorial de los Demandantes, párr. 88; Fuentes I, párr. 94.

⁶⁶⁸ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 795-2016 y 1380-2016, Sentencia de fecha 5 de mayo de 2016, p. 4 [pp. 2-3 ENG] (C-0143); *ver también* Memorial de los Demandantes, párr. 89.

⁶⁶⁹ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 795-2016 y 1380-2016, Solicitud de ampliación y aclaración interpuesta por Exmingua, de fecha 6 de mayo de 2016, párrs. 6 y 9 (C-0538); *ver también* Memorial de los Demandantes, párr. 90.

pronunciamiento [del 5 de mayo de 2016] es claro en cuanto al momento y forma en que podrá recobrar la vigencia la licencia de explotación minera relacionada”⁶⁷⁰. El 8 de junio de 2017, Exmingua también solicitó a la Corte de Constitucionalidad que revoque su sentencia del 5 de mayo de 2016, pero la Corte también denegó ese pedido, una vez más sin ninguna explicación, ya que se limitó a señalar que, “a juicio de esta Corte, permanecen las circunstancias que hacen aconsejable mantener esa protección temporal”⁶⁷¹.

202. Mientras tanto, el 28 de junio de 2016, la Corte Suprema dictó el amparo definitivo, mediante el cual ordenó que continuara la suspensión de la licencia de explotación de Exmingua, determinó que el MEM había violado el derecho a la consulta de los pueblos indígenas y dispuso que “el [MEM] deberá determinar el procedimiento a seguir para realizarse la consulta a través de aquel medio que permita recabar de manera fidedigna la opinión de los pueblos que pudiera resultar perturbados [...]”⁶⁷². La Corte también le instruyó al MEM “resolver conforme a derecho y a lo aquí considerado, respetando los derechos y garantías de los representados de la entidad postulante” y “acatar lo resuelto dentro del plazo de tres días hábiles siguientes de haber recibido la ejecutoria y sus antecedentes [...]”⁶⁷³. El 30 de junio de 2016, Exmingua recurrió la sentencia ante la Corte de Constitucionalidad⁶⁷⁴.

203. El 4 de agosto de 2016, la Corte de Constitucionalidad celebró una audiencia pública sobre el recurso de apelación interpuesto por Exmingua contra la sentencia de amparo definitivo dictada por la Corte Suprema el 28 de junio de 2016⁶⁷⁵.

204. El 5 de octubre de 2017, la Corte de Constitucionalidad denegó la petición de Exmingua de revocar su sentencia del 5 de mayo de 2016⁶⁷⁶. Una vez más, el fallo no contenía razonamiento alguno,

⁶⁷⁰ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 795-2016 y 1380-2016, Sentencia del 9 de mayo de 2016 sobre la solicitud de ampliación y aclaración de Exmingua, p. 4 [p. 2 ENG] (C-0554); *ver también* Memorial de los Demandantes, párr. 90.

⁶⁷¹ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Resolución sobre los recursos interpuestos contra la sentencia de amparo de fecha 5 de octubre de 2017 (C-0563); *ver también* Memorial de los Demandantes, párr. 165.

⁶⁷² Corte Suprema de Guatemala, Expediente N.º 1592-2014, sentencia de fecha 28 de junio de 2016, pp. 31-32 [p. 18 ENG] (C-0144); *ver también* Memorial de los Demandantes, párrs. 91-92; Fuentes I, párr. 98; Fuentes II, párr. 104.

⁶⁷³ Corte Suprema de Guatemala, Expediente N.º 1592-2014, sentencia de fecha 28 de junio de 2016, p. 33 [p. 19 ENG] (C-0144).

⁶⁷⁴ Recurso de apelación de Exmingua, de fecha 30 de junio de 2016, contra la sentencia de la Corte Suprema del 28 de junio de 2016 (C-0475); *ver también* Memorial de los Demandantes, párr. 93; Fuentes I, párr. 98.

⁶⁷⁵ *Ver* Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 3207-2016 y 3344-2016, Solicitud de Exmingua, de fecha 4 de abril de 2018 para que se resuelva sobre el sobre el recurso, párr. 1 (C-0544) (en referencia a la audiencia pública celebrada el 4 de agosto de 2016); *ver también* Memorial de los Demandantes, párr. 96.

⁶⁷⁶ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 3207-2016 y 3344-2016, Resolución de fecha 5 de octubre de 2017 por la que se rechazó el pedido de revocatoria de Exmingua, p. 1 [p. 1 ENG] (C-0563).

salvo que, “a juicio de esta Corte, permanecen las circunstancias que hacen aconsejable mantener esa protección temporal”⁶⁷⁷.

205. Al no haber obtenido sentencia sobre el recurso interpuesto después de 18 meses, el 4 de abril de 2018 Exmingua le solicitó a la Corte de Constitucionalidad que se pronunciara, para lo cual invocó el artículo 66 de la Ley de Amparo, en virtud del cual la Corte de Constitucionalidad debe pronunciarse dentro de los cinco días calendario de celebrada la audiencia⁶⁷⁸. En su petición, Exmingua señaló que, si bien la sentencia dictada por la Corte el 5 de mayo de 2016 permitía al MEM levantar la suspensión de su licencia de explotación una vez realizadas y finalizadas las consultas previstas en el Convenio 169 de la OIT “a la brevedad posible”, la suspensión seguía vigente “en detrimento de trabajadores, proveedores, accionistas y representantes de [Exmingua], cuya inversión de capital favorece también a las propias comunidades aledañas al proyecto”⁶⁷⁹. Exmingua también destacó que la suspensión continuada “ha generado daños y perjuicios severos y graves [a Exmingua], provocando un incumplimiento a la obligación del Estado de crear las condiciones adecuadas para promover la inversión de capitales nación[al]es y extranjeros”⁶⁸⁰. Sin embargo, Exmingua se vio obligada a esperar más de dos años más para que se pronunciara la Corte de Constitucionalidad.

206. El 28 de mayo de 2020, la Corte de Constitucionalidad dictó una resolución mediante la cual solicitaba al MEM presentar, en el plazo de tres días, un “informe circunstanciado [...] respecto de las actuaciones realizadas con relación al cumplimiento de lo decidido en auto de cinco de mayo de dos mil dieciséis, dictado por este Tribunal”⁶⁸¹. Sin que Exmingua lo supiera en ese momento, el 11 de junio de 2020 el MEM le presentó un informe a la Corte en el que aportaba la cronología de las actuaciones realizadas por dicho Ministerio desde 2016 para prepararse para las consultas, lo que incluía la comunicación con las comunidades locales⁶⁸². Dicho informe le fue notificado a Exmingua recién el 3

⁶⁷⁷ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 3207-2016 y 3344-2016, Resolución de fecha 5 de octubre de 2017 por la que se rechazó el pedido de revocatoria de Exmingua, p. 1 [p. 1 ENG] (C-0563).

⁶⁷⁸ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 3207-2016 y 3344-2016, Solicitud de Exmingua, de fecha 4 de abril de 2018 para que se resuelva sobre el sobre el recurso, párr. 2 (C-0544). Como lo señala el profesor Fuentes, se espera que las sentencias de amparo se dicten de manera expedita, visto el objetivo de la regla de los cinco días. Fuentes I, párr. 154; *ver también* Memorial de los Demandantes, párr. 96; *Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad*, art. 66 (C-0146).

⁶⁷⁹ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 3207-2016 y 3344-2016, Solicitud de Exmingua, de fecha 4 de abril de 2018 para que se resuelva sobre el sobre el recurso, párrs. 3-4 (C-0544).

⁶⁸⁰ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 3207-2016 y 3344-2016, Solicitud de Exmingua, de fecha 4 de abril de 2018 para que se resuelva sobre el sobre el recurso, párr. 4 (C-0544).

⁶⁸¹ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 3207-2016 y 3344-2016, Resolución de fecha 28 de mayo de 2016, p. 1 [p. 1 ENG] (C-0553).

⁶⁸² Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 3207-2016 y 3344-2016, Informe del MEM de fecha 10 de junio de 2011, presentado a la Corte de Constitucionalidad el 11 de junio de 2020 como Carta del MEM del 9 de junio de 2020 (C-0872).

de marzo de 2021 —más de ocho meses después, durante la etapa de producción de documentos del presente Arbitraje, a pesar de los reiterados pedidos e intentos de Exmingua de obtener el informe o, siquiera, algún tipo de información respecto de si se lo había o no presentado⁶⁸³.

207. El 23 de junio de 2020 (unas pocas semanas antes de que los Demandantes presentaran el Memorial), a Exmingua se le notificó la sentencia del 11 de junio de 2020 por la cual la Corte de Constitucionalidad denegaba la apelación interpuesta por aquella contra la sentencia dictada por la Corte Suprema cuatro años antes⁶⁸⁴. En la sentencia del 11 de junio de 2020, la Corte de Constitucionalidad denegó el recurso de apelación promovido por Exmingua contra la sentencia de la Corte Suprema del 28 de junio de 2016, con lo cual confirmó la suspensión continuada de la licencia de explotación de Exmingua pero también la modificó a efectos de, entre otras cosas, ordenarle al MEM realizar las consultas previstas en el Convenio 169 de la OIT dentro de un plazo de 12 meses sobre la base de las pautas indicadas en la sentencia de la Corte e imponer condiciones adicionales para que a Exmingua se le permitiera reanudar sus operaciones, como se detalla a continuación⁶⁸⁵.

208. En lo referente a las consultas, la Corte de Constitucionalidad le ordenó específicamente al MEM:

- “[D]eterminar [...] los datos demográficos de la población indígena que previsiblemente será afectada con la licencia de explotación ‘Progreso VII Derivada’, a efecto de establecer quiénes pueden ser considerados titulares del derecho de consulta previsto en el Convenio 169 [de la OIT] [...] en el plazo de *15 [] días*, contados a partir del momento en el que este fallo cause firmeza”⁶⁸⁶;
- Realizar el proceso de consulta y, para ello, “seguir lo dispuesto en el citado Convenio 169 y como complemento, las pautas descritas en el presente fallo”⁶⁸⁷;
- “[A]gotar [...] el proceso de consulta establecido en el Convenio 169 [...] [dentro del] plazo de **doce meses**, contado a partir de que adquiera firmeza este fallo”⁶⁸⁸;

⁶⁸³ Ver Memorial de los Demandantes, párr. 134.

⁶⁸⁴ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 3207-2016 y 3344-2016, Notificación de la sentencia del 11 de junio de 2020, de fecha 23 de junio de 2020 (C-0495); ver también Memorial de los Demandantes, párr. 135; Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 3207-2016 y 3344-2016, sentencia de fecha 11 de junio de 2020 (C-0145).

⁶⁸⁵ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 3207-2016 y 3344-2016, sentencia de fecha 11 de junio de 2020, pp. 84-90 [pp. 42-45 ENG] (C-0145).

⁶⁸⁶ *Ibid.*, p. 85 [p. 42 ENG] (énfasis añadido).

⁶⁸⁷ *Ibid.*,

⁶⁸⁸ *Ibid.*, pp. 85-86 [pp. 42-43 ENG] (énfasis en el original).

- En ese “lapso [deberá] rendir informes trimestrales detallados, en los que especifique los avances del proceso de consulta”⁶⁸⁹; y
- “Finalizado el plazo, [...] rendir informe completo y exhaustivo del proceso ante el Tribunal de Amparo de primera instancia, responsable de la verificación del cumplimiento de lo resuelto, a efecto de que, previa audiencia a todas las partes intervinientes en el proceso de consulta, se determine el cumplimiento de lo ordenado en la presente sentencia”⁶⁹⁰.

209. Además de la finalización de las consultas contempladas en el Convenio 169 de la OIT, la Corte de Constitucionalidad también impuso las condiciones siguientes para que Exmingua se le permitiera retomar las operaciones en virtud de la licencia de explotación:

- “Agotado el proceso de consulta y en caso se determinara que la ejecución del proyecto correspondiente a la licencia ‘Progreso VII Derivada’ no amenaza la existencia de la población indígena asentada en el área de influencia del proyecto en mención, la entidad minera podrá reanudar sus actividades [...]”⁶⁹¹.
- “Condiciones para la continuación de los trabajos de explotación derivado de la licencia de explotación ‘Progreso VII Derivada’: si el resultado de la consulta al pueblo indígena asentado en el área de influencia del proyecto con licencia ‘Progreso VII Derivada’, permitiera determinar que la ejecución de labores no afecta la existencia del citado colectivo humano, para la continuación de actividades, debe atenderse las directrices siguientes: una vez agotado el proceso de consulta, el Ministerio de Energía y Minas, dentro del plazo de quince (15) días, deberá dictar todas las resoluciones que sean necesarias para lograr la efectividad de los acuerdos a los cuales pudieran haber arribado las partes derivado de ese proceso consultivo, debiendo acoplar todas las condiciones de la licencia con el objeto de viabilizar el efectivo cumplimiento de los acuerdos alcanzados. Las decisiones contenidas en esas resoluciones podrán incidir en las condiciones de la licencia. Una vez emitidas las resoluciones sobre los extremos antes indicados, la entidad minera podrá iniciar inmediatamente sus actividades”⁶⁹².

210. Como quedó demostrado en el Memorial de los Demandantes y en los dictámenes periciales del profesor Fuentes, y como se demostrará también a continuación, las sentencias de la Corte Suprema y la Corte de Constitucionalidad guatemaltecas, que concedieron y confirmaron amparos que disponían la suspensión de la licencia de explotación de Exmingua, violaron gravemente los derechos procesales

⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 86 [p. 43 ENG].

⁶⁹⁰ *Ibid.*, p. 86 [p. 43 ENG].

⁶⁹¹ *Ibid.*, p. 87 [p. 43 ENG].

⁶⁹² *Ibid.*, p. 90 [p. 45 ENG].

fundamentales y de debido proceso de Exmingua y sus derechos sustantivos adquiridos con arreglo al derecho guatemalteco, y discriminaron a la empresa⁶⁹³.

a. Las cortes guatemaltecas violaron gravemente los derechos procesales fundamentales y de debido proceso de Exmingua

211. En el Memorial, con el respaldo del dictamen pericial del profesor Fuentes, los Demandantes demostraron que los procesos judiciales llevados adelante en Guatemala en torno de la licencia de explotación Progreso VII de Exmingua y que afectaron dicha licencia estuvieron manchados por una serie de graves defectos procesales en manifiesta violación de normas obligatorias del derecho guatemalteco y en fundamental desconocimiento de los derechos de debido proceso de Exmingua. Ello provocó la afectación de los derechos adquiridos de Exmingua y su estado de indefensión legal – resultado que, no por casualidad, coincidía con el hecho de haber Guatemala, *de facto* y por motivaciones políticas, suspendido el otorgamiento de nuevas licencias y las operaciones al amparo de licencias existentes hasta tanto el Congreso guatemalteco sancionara una nueva ley de minería, cosa que no ha hecho⁶⁹⁴.

i. La Corte Suprema de Justicia de Guatemala omitió reiteradamente notificar a Exmingua de manera oportuna, con lo cual violó su derecho de audiencia

212. Como se demostró en el Memorial de los Demandantes, con el respaldo del dictamen pericial del profesor Fuentes, la Corte Suprema violó el derecho de audiencia de Exmingua en virtud de los artículos 5, 34 y 35 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad (“Ley de Amparo”) al (i) no notificarle oportunamente la acción de amparo, mediante la cual, el 28 de agosto de 2014, CALAS impugnó la validez de la licencia de explotación de la empresa, y (ii) no trasladarle los documentos judiciales conexos, incluido el amparo provisional dictado por la Corte Suprema el 11 de noviembre de 2015 sino recién el 22 de febrero de 2016, dieciocho meses después de iniciada la acción de amparo por CALAS y más de tres meses *después* de que la Corte Suprema le ordenara al MEM suspender la licencia de explotación de Exmingua⁶⁹⁵. El profesor Fuentes concluyó que ello era a “todas luces violatorio de la Ley de Amparo” y la “sentencia [de la Corte Suprema] violó los derechos de defensa y al debido proceso [de Exmingua], ya que la Corte Suprema de Justicia otorgó un amparo

⁶⁹³ Memorial de los Demandantes, párrs. 70-96, 103-115, 133-142 y 274-312; Fuentes I, párrs. 89-184; Fuentes II, párrs. 103-162.

⁶⁹⁴ Memorial de los Demandantes, párrs. 136-139 y 276-295; Fuentes I, párrs. 106-162; Fuentes II, párrs. 106 y 110-159.

⁶⁹⁵ Memorial de los Demandantes, párrs. 87 y 277-279; Fuentes I, párrs. 94 y 183; *ver también* Fuentes II, párr. 106.

provisional que afectó los derechos de Exmingua antes de que Exmingua estuviese participando en el proceso de amparo”⁶⁹⁶.

213. El perito de Guatemala, profesor Richter, se limita a negar la existencia de violación tal y toma citas selectivas de los artículos 34 y 35 de la Ley de Amparo, sin ofrecer ningún tipo de análisis⁶⁹⁷. Como lo señala el profesor Fuentes, dichas disposiciones confirman que la Corte Suprema estaba obligada a dar audiencia a Exmingua dentro de las 48 horas de haber efectuado el MEM su presentación en el proceso⁶⁹⁸, a lo cual el MEM procedió el 5 de septiembre de 2014⁶⁹⁹, más de un año antes de que, el 11 de noviembre de 2015, la Corte Suprema dictara el amparo provisional por el cual ordenó al MEM suspender la licencia de explotación de Exmingua⁷⁰⁰.

ii. Las cortes guatemaltecas hicieron caso omiso del requisito de temporalidad impuesto en la Ley de Amparo, con lo cual violaron el principio constitucional de seguridad jurídica

214. Como quedó demostrado en el Memorial de los Demandantes, con el respaldo del dictamen pericial del profesor Fuentes, al admitir a trámite la acción de amparo de CALAS contra el MEM, la Corte Suprema y la Corte de Constitucionalidad desatendieron por completo lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Amparo, que exige que dicha acción se presente dentro de los 30 días de la fecha en que la parte afectada sea notificada o tome conocimiento de la medida que pretenda impugnar⁷⁰¹. Como lo explicó el profesor Fuentes, ese plazo prescriptivo existe en virtud de los principios constitucionales de seguridad y certeza jurídicas⁷⁰². En efecto, la Corte de Constitucionalidad determinó, respecto del artículo 20 de la Ley de Amparo, que, “cuando no se cumple con la temporalidad, el Tribunal queda impedido para examinar el fondo del asunto”⁷⁰³. En cambio, la Corte Suprema y la Corte de

⁶⁹⁶ Fuentes I, párrs. 94 y 184; Memorial de los Demandantes, párr. 277. La Ley de Amparo obliga a las partes de un proceso de amparo a informar a la corte si tienen conocimiento de que algún tercero tenga un “interés directo” en el resultado del asunto, en cuyo caso la corte deberá darle audiencia. Ley de Amparo, art. 34 (C-0416). La Ley de Amparo también dispone que las notificaciones deben efectuarse, como máximo, el día después de la fecha de la decisión correspondiente. Ley de Amparo, art. 5 (C-0416).

⁶⁹⁷ Richter, párr. 136.

⁶⁹⁸ Fuentes II, párr. 106.

⁶⁹⁹ Respuesta del MEM a la solicitud de amparo nuevo de CALAS, de fecha 5 de septiembre de 2014 (C-0465); Memorial de los Demandantes, párr. 72.

⁷⁰⁰ Corte Suprema de Guatemala, Expediente N.º 1592-2014, sentencia de fecha 11 de noviembre de 2015 (C-0004); Memorial de los Demandantes, párr. 74.

⁷⁰¹ Memorial de los Demandantes, párrs. 76, 137 y 281-286; Fuentes I, párrs. 110-123; *ver también* Fuentes II, párrs. 114-125; Ley de Amparo, art. 20 (C-0416).

⁷⁰² Fuentes I, párr. 110.

⁷⁰³ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente N.º 3173-2016, sentencia de fecha 17 de octubre de 2016, p. 11 [p. 2 ENG] (C-0489); Fuentes I, párr. 111; *ver también* Fuentes II, párr. 117.

Constitucionalidad admitieron la acción de CALAS a pesar del hecho de habérsela presentado (el 28 de agosto de 2014) más de cuatro años después de realizado en junio de 2010 el proceso de consulta a efectos del EIA y más de tres años después de que el MEM hubiera publicado el edicto sobre la solicitud de licencia de explotación en trámite de Exmingua en el Diario Oficial el día 22 de junio de 2011, que surtía efecto de notificación de la solicitud a terceros y generaba la presunción de conocimiento público de la misma⁷⁰⁴.

215. En el Memorial de Contestación, Guatemala no cuestiona lo anterior, pero afirma que el plazo de 30 días no se aplica en casos de “inconstitucionalidad continuada”⁷⁰⁵. Guatemala se remite al Dictamen de Richter para afirmar además que la Corte de Constitucionalidad ha mantenido esta postura “a lo largo del desarrollo jurisprudencial en materia de consulta a pueblos indígenas”⁷⁰⁶. El Dictamen de Richter remite a una serie de sentencias de la Corte de Constitucionalidad que supuestamente respaldan la postura de que el plazo prescriptivo previsto en el artículo 20 de la Ley de Amparo no resulta de aplicación en casos de “agravio continuado”, en los que con la acción de amparo se impugna una omisión, como la omisión de realizar las consultas previstas en el Convenio 169 de la OIT⁷⁰⁷.

216. Como lo observa el profesor Fuentes, “[s]i bien el texto del citado Artículo 20 contempla determinadas excepciones, no dispone ninguna para casos en los que la materia objeto de reclamación sea una omisión, y las sentencias de la Corte de Constitucionalidad citadas en el Dictamen de Richter no indican lo contrario”⁷⁰⁸. Por otra parte, el Dictamen de Richter reconoce que ni la ley ni la doctrina ofrecen una definición consagrada de qué constituye un “agravio continuado”⁷⁰⁹.

217. El profesor Fuentes señala además que la Corte de Constitucionalidad dictó las 11 sentencias citadas en el Dictamen de Richter entre 2015 y 2020, y que las dos decisiones más antiguas ni siquiera mencionan el artículo 20 de la Ley de Amparo ni abordan, por lo demás, el tema de la temporalidad⁷¹⁰. La tercera y cuarta sentencias, que la Corte dictó en noviembre de 2015 y enero de 2016, respectivamente, “sí abordan el tema de la temporalidad, pero no sustentan la lógica de que la omisión genere un agravio continuado”⁷¹¹. Como lo explica el profesor Fuentes, los peticionantes en esas

⁷⁰⁴ Fuentes I, párrs. 15-18; Memorial de los Demandantes, párrs. 33, 38 y 282; *ver también* Fuentes II, párrs. 118-119.

⁷⁰⁵ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 127.

⁷⁰⁶ *Ibid.*, párr. 127 (donde se remite a Richter, párrs. 83-84).

⁷⁰⁷ Richter, párr. 84.

⁷⁰⁸ Fuentes II, párr. 120 (énfasis añadido).

⁷⁰⁹ Richter, párr. 84, nota al pie n.º 57; Fuentes II, párr. 119.

⁷¹⁰ Fuentes II, párrs. 120-121.

⁷¹¹ *Ibid.*, párr. 121.

acciones impugnaron licencias de exploración que habían vencido, pero los titulares de las mismas habían solicitado una prórroga, en trámite ante el MEM⁷¹². En estas circunstancias específicas, la Corte determinó “que los peticionantes tenían un interés continuado en pedir un amparo por el que se ordenara al MEM llevar adelante consultas antes de conferir la prórroga solicitada”⁷¹³. Así pues, fue recién después de la sentencia dictada por la Corte Suprema el 11 de noviembre de 2015 respecto del amparo presentado por CALAS que afectó a Exmingua que la Corte de Constitucionalidad dio un giro y comenzó a desatender el plazo prescriptivo de 30 días en casos similares, en los que se debatía la falta de realización de las consultas del Convenio 169 de la OIT por parte del MEM⁷¹⁴.

218. El profesor Fuentes confirma que, con este apartamiento de su jurisprudencia consagrada, la Corte de Constitucionalidad destendió el principio constitucional de la seguridad jurídica⁷¹⁵. Violó también el artículo 49(c) de la Ley de Amparo, que contiene una disposición explícita respecto de la impugnación de una omisión y que dispone que, en casos tales, la corte ha de guiarse por “los principios generales del derecho, la costumbre, los precedentes para otros casos, [y] la analogía de otros reglamentos y la equidad [...]”⁷¹⁶.

219. Como ya lo había explicado el profesor Fuentes en su Primer Dictamen, estas decisiones también desatendieron el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial, que dispone que, “[c]uando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu”⁷¹⁷. En consecuencia, el profesor Fuentes concluyó que “la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad debieron haber aplicado el [...] Artículo 20, cuyo tenor literal es claro”⁷¹⁸.

220. El Dictamen de Richter busca neutralizar esta conclusión al afirmar que la regla de interpretación prevista en el artículo 10 no se aplica a las normas supraconstitucionales y constitucionales, a las que se las ha de interpretar según sus propias reglas⁷¹⁹. Sin embargo, como lo explica el profesor Fuentes, se trata de una postura defectuosa dado que no existen reglas especiales tales en el derecho guatemalteco; más bien, “el Artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial es el único conjunto existente de normas codificadas que abordan la interpretación de las normas legales y

⁷¹² *Ibíd.*

⁷¹³ *Ibíd.*,

⁷¹⁴ *Ibíd.*, párr. 122.

⁷¹⁵ *Ibíd.*

⁷¹⁶ *Ibíd.*, párr. 123; Ley de Amparo, art. 49(c) (C-0416).

⁷¹⁷ Ley del Organismo Judicial, art. 10 (C-0415); Fuentes I, párr. 121; *ver también* Fuentes II, párr. 125.

⁷¹⁸ Fuentes II, párr. 124.

⁷¹⁹ Richter, párr. 143; *ver también* Fuentes II, párr. 125.

comprende los métodos constitucionales claves de interpretación, entre ellos la interpretación exegética, teleológica, sistemática y extensiva”⁷²⁰. Por otra parte, como lo señala el profesor Fuentes, de conformidad con el artículo 4(2) de la Ley del Organismo Judicial, “[l]os actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de las normas que se hubiere tratado de eludir”⁷²¹.

221. A la luz de lo anterior, es incorrecto y engañoso que Guatemala señale en el Memorial de Contestación que la Corte de Constitucionalidad ha confirmado la inaplicabilidad del plazo de 30 días del artículo 20 “a lo largo de[su] desarrollo jurisprudencial en materia de consulta a pueblos indígenas”⁷²².

iii. Las cortes guatemaltecas desatendieron el requisito obligatorio de agotamiento de los recursos previsto en la Ley de Amparo

222. Como quedó demostrado en el Memorial de los Demandantes, con el respaldo del dictamen pericial del profesor Fuentes, la Corte Suprema y la Corte de Constitucionalidad admitieron la acción de amparo de CALAS en violación del 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”⁷²³. Como lo destacó el profesor Fuentes en su Primer Dictamen, un amparo es de carácter “extraordinario” y es procedente “[s]olamente cuando, agotada, la vía correspondiente, subsisten la amenaza, restricción o violación de un derecho”⁷²⁴. En efecto, la Corte Suprema inicialmente rechazó la acción intentada por CALAS por este mismo motivo⁷²⁵ pero la Corte de Constitucionalidad revirtió la decisión en alzada y determinó que CALAS no disponía de ningún recurso administrativo⁷²⁶. Como lo explicó el profesor Fuentes en el Primer Dictamen, el razonamiento seguido por la Corte de Constitucionalidad para exceptuar a CALAS del requisito de

⁷²⁰ Fuentes II, párr. 125.

⁷²¹ *Ibid.*; Ley del Organismo Judicial, art. 4(2) (C-0415).

⁷²² Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 127.

⁷²³ Memorial de los Demandantes, párrs. 75, 137 y 287; Fuentes I, párrs. 124-133; *ver también* Fuentes II, párrs. 126-145; Ley de Amparo, art. 19 (C-0416).

⁷²⁴ Fuentes I, párr. 125 (donde se cita de Mauro Roderico Chacón Corrado, *El amparo constitucional en Guatemala*, Revista IUS, vol. 5, n.º 27 Puebla enero/junio 2011, p. 165 [p. 2 ENG] (C-0492)); *ver también* Memorial de los Demandantes, párr. 75.

⁷²⁵ Corte Suprema de Guatemala, Expediente N.º 1592-2014, Sentencia de fecha 5 de septiembre de 2014, p. 4 [p. 3 ENG] (C-0466); *ver también* Memorial de los Demandantes, párr. 287; Fuentes I, párr. 127; Fuentes II, párr. 126.

⁷²⁶ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente N.º 5769-2014, Resolución de fecha 3 de noviembre de 2015, pp. 4-6 [pp. 1-2 ENG] (C-0468); *ver también* Fuentes I, párr. 128; Fuentes II, párr. 126.

agotamiento de los recursos fue “claramente errad[o]”, porque CALAS no aprovechó la oportunidad de oponerse en el proceso de participación pública antes de que el MEM le otorgara la licencia de explotación a Exmingua ni inició una acción de reposición del otorgamiento de esa licencia en sede contencioso-administrativa⁷²⁷.

223. En el Memorial de Contestación, Guatemala simplemente parafrasea el pronunciamiento de la Corte de Constitucionalidad y niega sumariamente los argumentos de los Demandantes sin ofrecer ningún tipo de análisis⁷²⁸. El Dictamen de Richter afirma que “[n]o es exigible el agotamiento previo de ningún recurso, cuando el postulante no ha sido legalmente emplazado en el proceso dentro del cual se originó el acto que denuncia como agravante”⁷²⁹. El Dictamen de Richter afirma luego que “[n]o hay obligación de agotar recursos, cuando el acto cuestionado afecta derechos de terceros ajenos al proceso en que aquel fue emitido, al carecer de la oportunidad de defensa [...]”⁷³⁰. Según el profesor Richter, CALAS no estaba obligada a agotar ningún recurso dado que “CALAS [...] no ha intervenido en el proceso administrativo de otorgamiento de la licencia minera Progreso VII Derivada en calidad de parte, por ende, no ha sido notificada de ninguna de las actuaciones acaecidas dentro del mismo”⁷³¹. Por otra parte, según el profesor Richter, “frente a la falta de consulta a los pueblos indígenas respecto del proyecto minero de explotación Progreso VII Derivada, no existía medio de impugnación o mecanismo legal ordinario establecido en ley por conducto del cual pudiera objetarse dicha actitud omisa”⁷³².

224. Como lo señala el profesor Fuentes, además de ser circular, este argumento también pasa por alto el hecho indiscutido de que, en el caso que nos ocupa, el MEM sí notificó públicamente la solicitud de licencia de explotación Progreso VII de Exmingua, primero en 2010 y luego, nuevamente, en 2011, lo cual “tenía efecto de notificación a terceros, que le informaba al público del procedimiento administrativo de otorgamiento de la referida licencia e invitaba a cualquiera que se considerara interesado a manifestar sus opiniones y, en su caso, su oposición al proyecto”⁷³³. En consecuencia, como

⁷²⁷ Fuentes I, párrs. 129-133; Memorial de los Demandantes, párrs. 75 y 287; *ver también* Fuentes II, párrs. 126 y 128-135.

⁷²⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 125-126.

⁷²⁹ Richter, párr. 77.

⁷³⁰ *Ibid.*

⁷³¹ *Ibid.*

⁷³² *Ibid.*, párr. 86.

⁷³³ Fuentes II, párr. 128; *ver también ibid.*, párr. 118; Fuentes I, párrs. 12-18 y 130; Memorial de los Demandantes, párrs. 33 y 37-38; Edicto del EIA de Progreso VII publicado en Siglo XXI y Al Día de 27 de mayo de 2010 (C-0083); Carta de Exmingua al MEM de fecha 22 de junio de 2011 (a la que se adjunta una copia de los edictos publicados) (C-0134).

concluye el profesor Fuentes, CALAS fue notificada del proceso administrativo al que por derecho podía presentarse⁷³⁴.

225. Por otra parte, como lo explicó el profesor Fuentes en su Primer Dictamen y como lo confirma en el Segundo Dictamen, CALAS efectivamente tenía a su disposición los recursos ordinarios para impugnar el otorgamiento de la licencia de explotación por parte del MEM⁷³⁵. *Primero*, CALAS podría haber participado en el proceso de oposición al amparo del artículo 47 de la Ley de Minería antes de que el MEM otorgara la licencia⁷³⁶. *Segundo*, posteriormente CALAS podría 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 Administrativo⁷³⁷. Como lo explica el profesor Fuentes, de conformidad con el artículo 15 de dicha Ley, el alcance de la sentencia de reposición es el examen de la medida impugnada en su totalidad⁷³⁸. *Tercero*, de no prosperar el recurso de reposición de CALAS, ésta tenía también la posibilidad de iniciar un proceso contencioso administrativo con arreglo al artículo 19 de esa Ley⁷³⁹.

226. Está fuera de discusión que CALAS no intentó ninguno de estos recursos ordinarios disponibles antes de iniciar la acción de amparo. En consecuencia, como lo explica el profesor Fuentes, de conformidad con el artículo 153 de la Ley del Organismo Judicial, “la decisión del MEM de otorgar la licencia de explotación adquirió carácter definitivo y ya no se la podía impugnar”⁷⁴⁰.

227. Como lo explica además el profesor Fuentes, el requisito de agotar los recursos se desprende no solamente del artículo 19 de la Ley de Amparo, sino también de su artículo 10, que dispone que una acción de amparo resulta procedente únicamente “*después* de que el peticionante hubiere agotado todos los procedimientos administrativos contemplados por la ley, y aun así subsiste la amenaza, restricción o violación de los derechos garantizados por la Constitución y las leyes”⁷⁴¹. También se desprende del principio de seguridad jurídica que, como lo determinó la Corte de Constitucionalidad, “se concreta mediante la observancia de otros principios, tales como, el del debido proceso, el de legalidad, de

⁷³⁴ Fuentes II, párrs. 129 y 135.

⁷³⁵ Fuentes I, párrs. 129-133; Fuentes II, párrs. 126 y 128-135; *ver también* Memorial de los Demandantes, párrs. 75 y 287.

⁷³⁶ Fuentes I, párrs. 129-130 y 133; Fuentes II, párrs. 126 y 128-129; *ver también* Memorial de los Demandantes, párrs. 75 y 287.

⁷³⁷ Fuentes I, párr. 133; Fuentes II, párrs. 130-131; *ver también* Memorial de los Demandantes, párr. 287.

⁷³⁸ Fuentes I, párr. 133; Fuentes II, párr. 131; *ver también* Memorial de los Demandantes, párr. 287.

⁷³⁹ Fuentes I, párr. 133; Fuentes II, párr. 132; *ver también* Memorial de los Demandantes, párr. 287.

⁷⁴⁰ Fuentes II, párrs. 135-136; *ver también* Fuentes I, párr. 21; Memorial de los Demandantes, párrs. 33 y 76.

⁷⁴¹ Fuentes II, párr. 137 (énfasis añadido).

irretroactividad y el de taxatividad, cuyos soportes lo constituyen la cosa juzgada, la prescripción y la caducidad, entre otros”⁷⁴².

228. El profesor Richter aduce también que el requisito de agotar los recursos no resulta aplicable a las acciones en que se alega una omisión, como la omisión del MEM de realizar las conductas previstas en el Convenio 169 de la OIT⁷⁴³. El profesor Richter cita 13 sentencias de la Corte de Constitucionalidad en sustento de sus dichos⁷⁴⁴.

229. Sin embargo, como lo señala el profesor Fuentes, seis de estas sentencias ni siquiera abordan el requisito de agotamiento de los recursos⁷⁴⁵. Cabe diferenciar otras cuatro decisiones, ya que se refieren a impugnaciones de decisiones de consejos municipales respecto de las cuales los peticionantes, que eran terceros, no disponían de un recurso de reposición en virtud del artículo 157 del Código Municipal, a diferencia de los recursos previstos en la Ley de Minería, que están disponibles para terceros⁷⁴⁶.

230. Solamente en tres de las 13 sentencias citadas en el Dictamen de Richter la Corte de Constitucionalidad efectivamente determinó que el requisito de agotamiento de los recursos no se aplicaba en casos en que se impugnaba la falta de realización de consultas por parte del MEM⁷⁴⁷. Como lo advierte el profesor Fuentes, estas tres sentencias, dictadas todas en 2017 y 2018, “marcan un cambio abrupto y decisivo en la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad, por las cuales esta Corte inaplicó la ley, se apartó de sus propios precedentes jurisprudenciales y se excedió de su función al tomar el rol del Organismo Legislativo, al único que le correspondía decretar la ley que debe regular la implementación de las consultas en los términos del Convenio 169 de la OIT”⁷⁴⁸.

231. Al respecto, el profesor Richter sostiene que el artículo 43 de la Ley de Amparo autoriza a la Corte de Constitucionalidad a desarrollar por vía de jurisprudencia reglas procesales, requisitos de procedencia y excepciones referentes a procesos de amparo⁷⁴⁹. Sin embargo, como lo señala el profesor Fuentes, las innovaciones jurisprudenciales “son poco comunes y extrem[a]s, pero se dieron con relativa

⁷⁴² *Ibid.*, párr. 136 (donde se cita de Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente N.º 4833-2013, Sentencia de fecha 5 de marzo de 2014, p. 9 [p. 1 ENG] (C-0427)).

⁷⁴³ Richter, párrs. 77 y 87.

⁷⁴⁴ *Ibid.*, notas al pie n.º 53 y 70-80.

⁷⁴⁵ Fuentes II, párr. 139.

⁷⁴⁶ *Ibid.*

⁷⁴⁷ *Ibid.*, párr. 140.

⁷⁴⁸ *Ibid.*

⁷⁴⁹ Richter, párr. 144.

frecuencia durante la Séptima Magistratura de la Corte de Constitucionalidad, que abarcó el período de 2016 a 2021”⁷⁵⁰. En su discurso de toma de posesión el 14 de abril de 2021, el actual presidente de la Corte de Constitucionalidad criticó esta novedad y destacó que, de conformidad con el artículo 43 de la Ley de Amparo, todo apartamiento de la jurisprudencia de la propia Corte “debe ser producto de una innovación debidamente razonada y no resultado de una aplicación selectiva, casuística o caprichosa”⁷⁵¹.

iv. Las cortes guatemaltecas desatendieron el requisito obligatorio de la legitimación previsto en la Ley de Amparo

232. Como se demostró en el Memorial de los Demandantes, con el respaldo de la opinión pericial del profesor Fuentes, al aceptar la acción de amparo de CALAS contra el MEM, la Corte Suprema y la Corte de Constitucionalidad desatendieron la regla consagrada por la que se rige la legitimación en virtud del 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, dado que CALAS no tenía un interés personal o directo en el asunto⁷⁵². Ambas Cortes procedieron de este modo por sobre las reiteradas objeciones opuestas por Exmingua respecto de la legitimación de CALAS, el MEM y la Procuraduría General⁷⁵³.

233. En el Memorial de Contestación, Guatemala no aborda este tema y se limita a señalar en una única oración que la Corte de Constitucionalidad concluyó que CALAS tenía legitimación⁷⁵⁴.

234. En su dictamen, el profesor Richter reconoce que, para que proceda una acción de amparo, el requisito de la legitimación es “indispensable [...] [para] que torne[] viable el análisis y pronunciamiento de fondo pretendido”⁷⁵⁵. En particular, el Dictamen de Richter señala que, “dado el carácter personal del amparo, nadie puede presentar acción de esta naturaleza en nombre de otro, es

⁷⁵⁰ Fuentes II, párr. 142.

⁷⁵¹ Roberto Molina Barreto, “La función del Tribunal Constitucional en el Sistema Republicano de Gobierno”, Discurso de toma de posesión como presidente de la Corte, 14 de abril de 2021, pp. 9-10 [p. 3 ENG] (C-0671); *ver también* Fuentes II, párr. 143; Ley de Amparo, art. 43 (C-0416) (“Doctrina legal. La interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos de la misma Corte. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad podrá separarse de su propia jurisprudencia, *razonando la innovación*, la cual no es obligatoria para los otros tribunales, salvo que lleguen a emitirse tres fallos sucesivos contestes en el mismo sentido”) (énfasis añadido).

⁷⁵² Memorial de los Demandantes, párrs. 77, 138 y 288-289; Fuentes I, párrs. 134-142; *ver también* Fuentes II, párrs. 146-150.

⁷⁵³ Memorial de los Demandantes, párr. 288; Fuentes I, párrs. 135-136; *ver también* Fuentes II, párr. 148.

⁷⁵⁴ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 124.

⁷⁵⁵ Richter, párr. 88.

decir, no existe acción popular, salvo lo establecido en el artículo 25 de la ley de la materia, respecto del Procurador de los Derechos Humanos y el Ministerio Público”⁷⁵⁶.

235. Según se aplica específicamente a CALAS, el profesor Richter reconoce también que, “para la procedencia del conocimiento de fondo de la acción intentada por CALAS, dicha entidad refirió un agravio que debe derivar o devenir del acto que expresamente se ha señalado como acto reclamado”⁷⁵⁷. Luego el Dictamen de Richter incluye una cita de una sentencia de la Corte de Constitucionalidad del año 2004, en que se explicó que el agravio “deber ser directo, lo que significa, en línea recta, sin intermediarios” y que “la falta de este vínculo vicia totalmente la procedencia de la referida acción constitucional y, por ende, imposibilita al tribunal de amparo, entrar a conocer del fondo propio del asunto [...]”⁷⁵⁸.

236. El profesor Richter se remite luego a dos sentencias de la Corte de Constitucionalidad dictadas en 2016 y 2018 para afirmar que dicha Corte, en “*una de las últimas innovaciones* en este tema,” “ampli[ó] la facultad de instar [un amparo] sin que se evidencie en forma expresa un agravio personal y directo o, según sea el caso, que la persona que comparezca posea la representación legal de una colectividad o la encomienda de la defensa de derechos difusos [...]”⁷⁵⁹. Así, el profesor Richter reconoce que, en estas sentencias, la Corte de Constitucionalidad *no* siguió la jurisprudencia consagrada y alcanzó conclusiones directamente contradictorias del derecho. Reconoce además que la Corte de Constitucionalidad “no lo ha referido expresamente [a esta legitimación activa ampliada] como doctrina legal”, sino que la aplicó *únicamente* en casos específicos planteados por CALAS⁷⁶⁰. En efecto, como ya se señaló en el Memorial de los Demandantes y lo dijo el profesor Fuentes, CALAS inició los casos mencionados *después* de iniciar el caso referente a Exmingua⁷⁶¹. Al pronunciarse primero sobre estos casos iniciados después, y basarse luego en esas mismas decisiones en sustento de su decisión en el caso de Exmingua, la Corte siguió su propio camino⁷⁶².

⁷⁵⁶ *Ibíd.*, párr. 89.

⁷⁵⁷ *Ibíd.*, párr. 70 (énfasis añadido).

⁷⁵⁸ *Ibíd.*, párr. 71 (donde se cita de Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente N.º 525-2004, sentencia de fecha 12 de mayo de 2004, pp. 2-3 [pp. 1-2 ENG] (MR-021)); *ver también* Fuentes II, párr. 149.

⁷⁵⁹ Richter, párr. 90; *ver también* Fuentes II, párr. 150.

⁷⁶⁰ Richter, párr. 91; *ver también* Fuentes II, párr. 150.

⁷⁶¹ Memorial de los Demandantes, párrs. 133 y 289; Fuentes I, párr. 141.

⁷⁶² Memorial de los Demandantes, párrs. 133 y 289; *ver también* Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 3207-2016 y 3344-2016, sentencia de fecha 11 de junio de 2020, pp. 28-31 [pp. 14-16 ENG] (C-0145).

v. Las cortes guatemaltecas desatendieron la falta de legitimación pasiva del MEM

237. Como quedó demostrado en el Memorial de los Demandantes, con el respaldo del dictamen pericial del profesor Fuentes, al aceptar el amparo de CALAS contra el MEM, la Corte Suprema y la Corte de Constitucionalidad desconocieron el hecho de que el MEM no tenía legitimación pasiva en esa acción. Ello obedece a 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 MEM⁷⁶³.

238. Guatemala ni siquiera menciona este tema en el Memorial de Contestación⁷⁶⁴.

239. Como lo señala el profesor Fuentes, el Dictamen de Richter no niega que, de conformidad con el artículo 9 de la Ley de Amparo, el Congreso puede ser objeto de una acción de amparo⁷⁶⁵. Sin embargo, el profesor Richter adopta la postura más estrecha de que era el MEM, y no el Congreso, quien debía ser la parte denunciada en la acción de amparo planteada por CALAS, dado que “la falta de emisión de disposición normativa o reglamentaria que determine el procedimiento de consulta [...] no guard[a] relación con los hechos denunciados, ni [es] lo expresamente controvertido [...]”⁷⁶⁶. El profesor Fuentes examina la decisión de la Corte de Constitucionalidad del 11 de junio de 2020 y advierte que la sentencia misma contradice directamente esa afirmación⁷⁶⁷.

240. La sentencia de la Corte describe específicamente el “[a]cto reclamado” como el “otorgamiento de una licencia de explotación minera [...] [a Exmingua] sin haber realizado el procedimiento de consulta [...]” en supuesta violación del Convenio 169 de la OIT⁷⁶⁸. Como lo advierte el profesor Fuentes, la única defensa de fondo del MEM era que no tenía autoridad legal para llevar adelante esas consultas, y cualquier intento de realizarlas habría supuesto una extralimitación en sus facultades⁷⁶⁹. A pesar de que la falta de sanción de una ley que reglamente el derecho a la consulta por parte del Congreso constituía entonces el núcleo de la disputa planteada ante las Cortes en la acción de amparo de CALAS,

⁷⁶³ Memorial de los Demandantes, párrs. 77 y 290-291; Fuentes I, párrs. 143-152; *ver también* Fuentes II, párrs. 151-155.

⁷⁶⁴ *Ver* Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 123-128.

⁷⁶⁵ Fuentes II, párr. 152; Richter, párr. 92; *ver también* Ley de Amparo, art. 9 (C-0416).

⁷⁶⁶ Richter, párr. 93.

⁷⁶⁷ Fuentes II, párr. 153.

⁷⁶⁸ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 3207-2016 y 3344-2016, sentencia de fecha 11 de junio de 2020, pp. 1-2 [p. 1 ENG] (C-0145); Fuentes II, párr. 153.

⁷⁶⁹ Fuentes II, párr. 153; Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 3207-2016 y 3344-2016, sentencia de fecha 11 de junio de 2020, p. 18 [pp. 8-9 ENG] (C-0145).

la Corte Suprema y la Corte de Constitucionalidad permitieron la procedencia de la acción contra el MEM⁷⁷⁰.

241. En efecto, fue contradictorio que la Corte de Constitucionalidad admitiera la acción contra el MEM, vista la anterior jurisprudencia constante de la Corte en no menos de diez sentencias dictadas en un lapso de más de diez años en las que determinó que era “responsabilidad institucional” del Congreso sancionar leyes que implementaran el derecho a las consultas en los términos del Convenio 169 de la OIT e instó expresamente al Congreso a cumplir esa responsabilidad⁷⁷¹.

242. Esto también fue contradictorio a la luz del hecho de que la Corte de Constitucionalidad le impidió reiteradamente al Poder Ejecutivo llenar la laguna normativa. En 2011, por ejemplo, la Corte determinó que la reglamentación propuesta por el presidente de Guatemala era inconstitucional porque el Gobierno no les había brindado a las poblaciones indígenas una oportunidad suficiente de participar en el proceso de elaboración de la reglamentación⁷⁷². Y más adelante, en 2020, la Corte de Constitucionalidad rechazó una solicitud de opinión consultiva que le efectuara el presidente de Guatemala respecto de la constitucionalidad de una nueva propuesta reglamentaria, y determinó que, si bien en virtud de la Constitución estaba facultada para emitir una opinión consultiva respecto de un tratado, convenio o proyecto legislativo, no tenía esa facultad respecto de un proyecto reglamentario, y sugería que el Gobierno elevara en cambio un proyecto normativo al Congreso⁷⁷³.

vi. La Corte de Constitucionalidad guatemalteca demoró excesivamente su pronunciamiento en el caso atinente a la licencia de Exmingua

243. Como quedó demostrado en el Memorial de los Demandantes, con el respaldo del dictamen pericial del profesor Fuentes, al demorar prácticamente cuatro años en emitir su pronunciamiento sobre el recurso interpuesto por Exmingua, la Corte de Constitucionalidad violó el principio constitucional de seguridad jurídica y el derecho a un juicio rápido, así como los plazos específicos impuestos en la Ley

⁷⁷⁰ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 3207-2016 y 3344-2016, sentencia de fecha 11 de junio de 2020, p. 18 [pp. 8-9 ENG] (C-0145).

⁷⁷¹ Ver Fuentes II, párrs. 57-69; ver también Richter, párr. 155, nota al pie n.º 105 (donde se reconoce que la Corte de Constitucionalidad en 10 casos ha “exhorta[do] al Congreso [...] para efectivizar el derecho de consulta de los pueblos indígenas, referido en los artículos 6 y 15 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, se legisle sobre la forma cómo deben desarrollarse esos procedimientos consultivos, quién debe ser el órgano convocante y el que desarrolle la consulta, quiénes podrán participar, el momento en que debe realizarse y los efectos de los resultados obtenidos”).

⁷⁷² Fuentes II, párrs. 62-63; Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente N.º 1072-2011, sentencia de fecha 24 de noviembre de 2011, pp. 1 y 11-12 (C-0659); Ministerio de Trabajo y Previsión Social, Guatemala, Proyecto de Reglamento para el Proceso de Consulta Pública, de fecha 23 de febrero de 2011, art. 1 (C-0657).

⁷⁷³ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente N.º 306-2020, Sentencia de fecha 7 de julio de 2020, pp. 22-23 [pp. 2-4 ENG] (C-0660).

de Amparo⁷⁷⁴. Como lo confirmó el profesor Fuentes, ello supuso un “retraso excesivo” tanto en virtud de dichos criterios como en comparación con la práctica real de la Corte, en que “actuó de manera dispar, para desventaja de Exmingua, al pronunciarse sobre casos similares mucho más rápido, incluso cuando todas las apelaciones contra las respectivas sentencias de amparo se presentaron ante dicha Corte después de la de Exmingua”⁷⁷⁵.

244. En el Memorial de Contestación, Guatemala afirma que la demora de cuatro años en que incurrió la Corte de Constitucionalidad para pronunciarse sobre el recurso interpuesto por Exmingua estuvo justificada⁷⁷⁶. Según Guatemala, la demora fue razonable, dada la cantidad de casos en trámite ante la Corte de Constitucionalidad, ya que durante este período la Corte enfrentó acontecimientos “trascendentes” y debido a la renovación de sus integrantes en abril de 2016⁷⁷⁷. En este sentido, el Dictamen de Richter señala una serie de “particularidades” “que han influenciado en el tiempo y la forma en que se sustanció la alzada”, incluidas recusaciones, la no aprobación de proyectos, la elaboración de nuevos proyectos, correcciones, problemas de salud de los magistrados y la “emergencia mundial del COVID”⁷⁷⁸.

245. Como lo señala el profesor Fuentes, “[s]in embargo, nada de ello justifica la demora”⁷⁷⁹. Guatemala ni siquiera empieza a explicar ni, mucho menos, justifica cómo es que dichas “particularidades” no demoraron de modo similar los procesos de los casos *Oxec*, *Minera San Rafael* y *CGN*. Como se demostró en el Memorial de los Demandantes y lo confirmó el profesor Fuentes, todos estos casos son comparables al de Exmingua en términos de las cuestiones de fondo y procesales involucradas, y los recursos de amparo en esos casos se presentaron *después* del de Exmingua, pero la Corte igualmente los resolvió antes del de ésta y en plazos considerablemente menores que en el caso de Exmingua⁷⁸⁰.

246. Específicamente, en el caso *Oxec*, la Corte de Constitucionalidad demoró *menos de cinco meses* en dictar la sentencia del 26 de mayo de 2017 sobre el recurso interpuesto por *Oxec* contra la sentencia

⁷⁷⁴ Memorial de los Demandantes, párrs. 139 y 292-294; Fuentes I, párrs. 153-162; *ver también* Fuentes II, párrs. 156-159.

⁷⁷⁵ Fuentes I, párr. 162 (énfasis añadido); Memorial de los Demandantes, párrs. 139 y 292-293.

⁷⁷⁶ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 69-74 y 410-417.

⁷⁷⁷ *Ibid.*, párrs. 70 y 413-414.

⁷⁷⁸ Richter, párr. 137.

⁷⁷⁹ Fuentes II, párr. 158.

⁷⁸⁰ Memorial de los Demandantes, párrs. 292-293; Fuentes I, párrs. 159-162; recurso de Exmingua, de fecha 30 de junio de 2016 contra la sentencia de amparo definitivo de la Corte Suprema de fecha 28 de junio de 2016 en el Expediente N.º 1592-2014 (C-0475).

de la Corte Suprema del 4 de enero de 2017⁷⁸¹. En el caso *Minera San Rafael*, la Corte de Constitucionalidad demoró *menos de un año* en dictar la sentencia del 3 de septiembre de 2018 sobre el recurso interpuesto por Minera San Rafael contra la sentencia de la Corte Suprema del 8 de septiembre de 2017⁷⁸². Y en el caso *CGN*, la Corte de Constitucionalidad demoró *menos de 16 meses* en dictar la sentencia del 18 de junio de 2020 sobre el recurso interpuesto por CGN contra la sentencia de la Corte Suprema del 9 de enero de 2019⁷⁸³. Sin embargo, en el caso de Exmingua, la Corte de Constitucionalidad demoró prácticamente *cuatro años* en dictar la sentencia del 11 de junio de 2020 sobre el recurso interpuesto por Exmingua contra la sentencia de la Corte Suprema del 28 de junio de 2016⁷⁸⁴.

247. Guatemala afirma que el motivo por el cual la Corte de Constitucionalidad le dio prioridad al caso de *Minera San Rafael* fue que “dos comunidades con intereses opuestos, una a favor de la actividad minera y la otra en contra de ella se instalaron a acampar frente al edificio de la Corte de Constitucionalidad, ejerciendo presión social, y a veces, violencia física y psicológica”⁷⁸⁵. Guatemala afirma también que ello “complic[ó]” otros casos en los que el mismo magistrado (el juez Bonerge Amílcar Mejía Orellana) también se desempeñó como ponente, incluso en el caso de Exmingua⁷⁸⁶. Si las protestas y la violencia que se produjeron frente al edificio de la Corte efectivamente la llevaron a dar prioridad al caso *Minera San Rafael*, entonces ello plantea serios interrogantes en cuanto a la independencia de los jueces de la Corte de Constitucionalidad y la falta de voluntad de Guatemala de proteger a sus jueces ante presiones externas. Por otra parte, dado que el caso *Minera San Rafael* y el caso de Exmingua involucran las mismas cuestiones procesales y de fondo, el hecho de que el mismo

⁷⁸¹ Ver Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 90-2017, 91-2017 y 92-2017, sentencia de fecha 26 de mayo de 2017, pp. 1 y 111 (C-0441) (por la que se declara sin lugar el recurso de apelación interpuesto por Oxeo contra la sentencia de la Corte Suprema de fecha 4 de enero de 2017); ver también Memorial de los Demandantes, párrs. 104-110.

⁷⁸² Ver Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente N.º 4785-2017, Sentencia de fecha 3 de septiembre de 2018, pp. 1 y 542 [pp. 1 y 29 ENG] (C-0459) (por la que se declara sin lugar el recurso de apelación interpuesto por Minera San Rafael contra la sentencia de la Corte Suprema de fecha 8 de septiembre de 2017); apelación de Minera San Rafael de fecha 26 de septiembre de 2017 contra la sentencia de amparo definitivo de la Corte Suprema en el Expediente N.º 1076-2017 (C-0573); ver también Memorial de los Demandantes, párrs. 111-114.

⁷⁸³ Ver Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente N.º 697-2019, sentencia de fecha 18 de junio de 2020, pp. 1 y 266 (C-0496) (por la que se declaró parcialmente sin lugar el recurso de apelación interpuesto por CGN contra la sentencia de la Corte Suprema de fecha 9 de enero de 2019); ver también Memorial de los Demandantes, párr. 115.

⁷⁸⁴ Ver Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 3207-2016 y 3344-2016, sentencia de fecha 11 de junio de 2020, pp. 1 y 84-85 [pp. 1 y 42 ENG] (C-0145) (por la que se declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto por Exmingua contra la sentencia de la Corte Suprema de fecha 28 de junio de 2016); ver también recurso de Exmingua, de fecha 30 de junio de 2016 contra la sentencia de amparo definitivo de la Corte Suprema de fecha 28 de junio de 2016 en el Expediente N.º 1592-2014 (C-0475).

⁷⁸⁵ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 71.

⁷⁸⁶ *Ibid.*, párr. 71.

juez se haya desempeñado como ponente en ambos casos debería haber expeditado el caso de Exmingua también, en lugar de “complica[rlo]”⁷⁸⁷. Ello resulta especialmente así si, como sostiene Guatemala, “la Corte de Constitucionalidad mantuvo la misma posición” “en todas las decisiones posteriores en materia de minería y consulta a los pueblos indígenas” desde su sentencia del 5 de mayo de 2016 en la que confirmó el amparo provisional otorgado por la Corte Suprema el 11 de noviembre de 2015 en el caso iniciado por CALAS respecto de los derechos de Exmingua⁷⁸⁸.

248. Lo anterior confirma que la demora de cuatro años en que incurrió la Corte de Constitucionalidad para pronunciarse sobre el recurso de Exmingua fue injustificada y excesiva.

b. Las cortes guatemaltecas violaron manifiestamente los derechos sustantivos adquiridos de Exmingua

249. Como quedó demostrado en el Memorial de los Demandantes, con el respaldo del dictamen pericial del profesor Fuentes, los procesos judiciales llevados adelante en Guatemala respecto de la licencia de explotación de Exmingua correspondiente a Progreso VII también se vieron manchados por flagrantes violaciones de los derechos sustantivos adquiridos de Exmingua, en violación de los principios de seguridad jurídica, proporcionalidad, igualdad ante la ley y debido proceso legal, así como el derecho de propiedad y la libertad de comercio e industria⁷⁸⁹.

250. En respuesta, en el Memorial de Contestación Guatemala aborda extensamente el tema de que el Convenio 169 de la OIT integra el derecho guatemalteco, que “[l]as autoridades y cortes guatemaltecas están obligadas a interpretar y aplicar el derecho de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” y que “[l]a Corte de Constitucionalidad ha reconocido la existencia y obligatoriedad del derecho a consulta previa”⁷⁹⁰. Ese análisis es irrelevante, a la vez que Guatemala no aborda los puntos relevantes planteados en el Memorial de los Demandantes con el respaldo del profesor Fuentes, como resumiremos brevemente a continuación.

251. *Primero*, años después de haberle otorgado a Exmingua la licencia de explotación Progreso VII en 2011, en cumplimiento del derecho guatemalteco tal como estaba vigente y lo aplicaba Guatemala en ese momento, Guatemala “cambi[ó] todas las reglas del juego” al exigir retroactivamente un nuevo proceso de consulta y suspender indefinidamente la licencia⁷⁹¹. Específicamente, en 2010 y 2011

⁷⁸⁷ *Ver ibid.*, Memorial de Contestación, párr. 71.

⁷⁸⁸ *Ibid.*, párr. 74.

⁷⁸⁹ Memorial de los Demandantes, párrs. 140 y 296-305; Fuentes I, párrs. 163-184; *ver también* Fuentes II, párrs. 160-162.

⁷⁹⁰ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 79-118.

⁷⁹¹ Memorial de los Demandantes, párrs. 297-300; Fuentes I, párrs. 165-170.

Exmingua cumplió todos los requisitos vigentes en ese momento con arreglo al derecho guatemalteco al solicitar y obtener la licencia de explotación Progreso VII⁷⁹². Ello incluyó preparar el EIA, que, entre otras cosas, contenía estudios sociales que supusieron un proceso de participación pública, examinado y aprobado por el MARN⁷⁹³.

252. En efecto, entre 2008 y 2015, Guatemala adoptó pública y oficialmente la postura de que, al no haber una norma que reglamente específicamente el proceso de consulta con arreglo al Convenio 169 de la OIT, el proceso de participación pública previsto en la Ley de Minería y el Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental satisfacía el requisito de realizar consultas del Convenio 169 de la OIT⁷⁹⁴. En el mismo año en que a Exmingua se le otorgó la licencia de explotación, 2011, la Corte de Constitucionalidad también confirmó que, hasta tanto el Congreso sancionara una ley que reglamentara específicamente las consultas a los pueblos indígenas, bastaba con la realización de consultas con arreglo a la normativa vigente⁷⁹⁵. En estas circunstancias, no era congruente con los

⁷⁹² Memorial de los Demandantes, párrs. 29-39 y 297; Fuentes I, párrs. 9-22.

⁷⁹³ Memorial de los Demandantes, párrs. 29-37 y 297; Fuentes I, párrs. 10-19.

⁷⁹⁴ Memorial de los Demandantes, párr. 297; Fuentes I, párr. 52; *ver también* Conferencia Internacional del Trabajo, 99ª reunión, 2010, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III, Parte 1A), p. 884 [p. 768 ENG] (CL-0281) (donde queda reflejada la postura planteada por Guatemala, representada por el MEM, en 2008, en los términos siguientes: “[S]e encuentra en la imposibilidad de realizar consultas de conformidad con el Convenio debido a la falta de una regulación específica sobre esta materia. Indica, además, que ante la inexistencia de tal normativa el Ministerio debe cumplir con la Ley de Minería actualmente en vigor que ‘contempla una serie de requisitos que debe cumplir el interesado en obtener una licencia minera y que una vez satisfechos imponen a la administración –no facultan– la obligatoriedad de otorgar la licencia’. Señala igualmente que el Ministerio ha instado a los interesados en obtener licencias a tener acercamientos con las comunidades indígenas e informarles a cabalidad sobre sus proyectos. La Comisión toma nota de que, según la memoria del Gobierno, se creó una mesa de diálogo entre el Gobierno y representantes de las comunidades afectadas para analizar la situación”); 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 N.º 20/14 de fecha 3 de abril de 2014, párr. 19 (CL-0225) (donde queda reflejada la postura planteada por Guatemala el 13 de noviembre de 2010, en los términos siguientes: “[S]egún el ordenamiento interno, corresponde a la entidad interesada en obtener un derecho minero, la presentación del EIA realizado por consultores certificados por el MARN y con base en los términos de referencia elaborados por dicho Ministerio. Afirma que, una vez obtenido el resultado del EIA, emitió los avisos públicos a través de edictos en idiomas español y mam. Indica que si bien cualquier persona interesada podía oponerse, los peticionarios ni ninguna otra persona lo hicieron. En cuanto al proceso de consulta, sostiene que ‘es incuestionable el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados’, conforme a los tratados ratificados por Guatemala y a la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad. Indica que, en virtud de ello, *el MARN indicó a la empresa la obligatoriedad de desarrollar un proceso de participación pública, conforme al artículo 74 del Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental (Acuerdo Gubernativo 431-2007), el cual se llevó adelante plenamente. Expresa que si bien no se denomina ‘consulta’, ‘sí es un proceso previo en el que se ‘informó que se desarrollaría un proyecto minero’*”) (énfasis añadido); Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Petición 1118-11, *Comunidad Maya Q’eqchi’ Agua Caliente c. Guatemala*, Informe de Admisibilidad N.º 30-17 de fecha 18 de marzo de 2017, párr. 29 (CL-0282) (donde queda reflejada la postura planteada por Guatemala el 7 de mayo de 2015 en los términos siguientes: “En cuanto a la consulta previa, sostiene que los artículos 15 de la Ley de Minería y 33 del Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental ordenan hacer público el estudio de impacto ambiental previo al otorgamiento de la licencia de explotación, con lo cual se cumplió. Señala que ‘*si bien no es un mecanismo idóneo de consulta, de conformidad con el Convenio de la [OIT] sí constituye un mecanismo de información previo para que cualquier persona pueda presentar la oposición que considere oportuna*’. Alega el Estado que la CGN cumplió los requisitos para el otorgamiento de la licencia”) (énfasis añadido); Fuentes II, párrs. 73-77.

⁷⁹⁵ Fuentes II, párr. 78 (donde se cita Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente N.º 1072-2011, sentencia de fecha 24 de noviembre de 2011, p. 10 [p. 10 ENG] (C-0659).

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”⁷⁹⁶.

253. *Segundo*, al suspender indefinidamente la licencia de Exmingua y, con ello, imponerle ilegítimamente las graves consecuencias de la supuesta falta de implementación de las obligaciones internacionales de la propia Guatemala, ésta también violó el principio constitucional de proporcionalidad, dado que podría haber realizado las consultas sin suspender la licencia, como lo hizo en otros casos, en particular en el caso *Oxec*⁷⁹⁷. En efecto, en el caso *Minera San Rafael*, la magistrada de la Corte Suprema Valdés Quezada, en su voto disidente, aplicó el principio de proporcionalidad para concluir que no era adecuado ni necesario suspender las operaciones mineras para que el MEM llevara adelante las consultas ni durante el transcurso de las mismas⁷⁹⁸. De modo similar, en el caso *CGN*, la jueza de la Corte de Constitucionalidad Ochoa Escribá, en su voto concurrente, expresó su desacuerdo con la suspensión continua de las operaciones en ese caso, por considerarla contraria al fallo de la Corte de Constitucionalidad en *Oxec*⁷⁹⁹.

254. Al igual que en *Oxec*, para que el MEM llevara adelante las consultas no era necesario suspender las operaciones mineras de Exmingua, tal como lo explica el profesor Fuentes, especialmente dado que ésta ya había realizado consultas en el contexto de los estudios sociales exigidos para el EIA⁸⁰⁰. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad confirmó explícitamente la suspensión continua hasta tanto se finalizaran las consultas realizadas por el MEM y, además, prorrogó indefinidamente la suspensión hasta tanto se determinara que la licencia no supone una amenaza para la existencia de las poblaciones indígenas de los alrededores⁸⁰¹.

255. Como lo confirmó la magistrada de la Corte de Constitucionalidad Araujo Bohr en su voto concurrente en la sentencia del 11 de junio de 2020 referente a Exmingua, el derecho a las consultas

⁷⁹⁶ Fuentes párr. 168; Memorial de los Demandantes, párr. 297

⁷⁹⁷ Memorial de los Demandantes, párrs. 301-305; Fuentes I, párrs. 171-184; Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 90-2017, 91-2017 y 92-2017, sentencia de fecha 26 de mayo de 2017, p. 101 (C-0441); *ver también* Ley de Amparo, art. 49 (C-0416) (que contempla el dictado de una decisión revocatoria de la medida cuestionada).

⁷⁹⁸ Corte Suprema de Guatemala, Expediente N.º 1076-2017, Voto disidente de la magistrada Silvia Patricia Valdés Quezada, sentencia de fecha 27 de julio de 2017, pp. 2-3 (C-0498) (caso *San Rafael*).

⁷⁹⁹ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente N.º 697-2019, voto concurrente de la magistrada Dina Josefina Ochoa Escribá en la sentencia de fecha 18 de junio de 2020, p. 1 (C-0496); *ver también* Fuentes I, párr. 180.

⁸⁰⁰ Fuentes I, párr. 178.

⁸⁰¹ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 3207-2016 y 3344-2016, sentencia de fecha 11 de junio de 2020, pp. 77 y 87 [pp. 38-39 y 43 ENG] (C-0145); Fuentes I, párr. 177.

previstas en el Convenio 169 de la OIT “no implica un derecho de veto, ni su resultado será necesariamente alcanzar un acuerdo para lograr el consentimiento”⁸⁰². Señaló que sus pares de la Corte no tomaron esto en consideración, “al decidir suspender las actividades de explotación minera, mientras se efectúa la consulta, se conculcaron los derechos de propiedad, libertad de industria y comercio de Progreso VII”⁸⁰³. En efecto, si hacer que el MEM llevara adelante consultas adicionales cumplía un fin público tan importante como para afectar desproporcionadamente los derechos adquiridos de Exmingua, el MEM debería haberlas iniciado y concluido hace ya años –cuando las Cortes le ordenaron por primera vez proceder a ello, y como lo hizo en el caso *Oxec*. Que no lo haya hecho confirma el carácter desproporcionado de la decisión de la Corte.

256. En un intento más de alejar la atención de las violaciones de los derechos adquiridos de Exmingua que cometió, Guatemala afirma en dos oraciones y sin remisión a ningún tipo de fuente de doctrina o jurisprudencia que Exmingua no tenía ningún derecho adquirido en función del otorgamiento de la licencia de explotación Progreso VII, dado que “la figura de la confianza o expectativa legítima no goza de reconocimiento en el derecho guatemalteco”⁸⁰⁴. En el Dictamen de Richter se formula una afirmación general similar, también sin ofrecer ninguna fuente de doctrina o jurisprudencia en respaldo de la misma⁸⁰⁵. Como lo señala el profesor Fuentes, el profesor Richter no aborda la explicación detallada del concepto y sus bases constitucionales aportada por aquel en su Primer Dictamen, incluidas las “cinco sentencias de la Corte de Constitucionalidad en las que se reconoce el principio de confianza legítima no solo como parte de la legislación guatemalteca, sino también como manifestación fundamental del Estado Constitucional de Derecho en Guatemala”⁸⁰⁶. Para evitar dudas al respecto, el profesor Fuentes desarrolla la explicación en su Segundo Dictamen, en el que concluye lo siguiente:

La protección de la confianza legítima comienza con el respeto y la preservación de las reglas de juego, como así también la palabra empeñada de buena fe y basada en la objetividad, la veracidad y la decencia, que es la esencia del principio ‘pacta sunt servanda’ (los acuerdos están hechos para cumplirse). Además, la protección de la confianza legítima es inherente a la observancia y ejercicio plenos de los derechos a la seguridad jurídica, a la igualdad ante la ley, de defensa, al debido proceso y a la

⁸⁰² Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 3207-2016 y 3344-2016, voto concurrente de la magistrada María de los Ángeles Araujo Bohr en la sentencia de fecha 11 de junio de 2020, p. 94 [p. 48 ENG] (C-0145); *ver también* Fuentes I, párr. 181.

⁸⁰³ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 3207-2016 y 3344-2016, voto concurrente de la magistrada María de los Ángeles Araujo Bohr en la sentencia de fecha 11 de junio de 2020, p. 94 [p. 48 ENG] (C-0145); *ver también* Fuentes I, párr. 181.

⁸⁰⁴ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 122.

⁸⁰⁵ Richter, párrs. 20 y 59-60.

⁸⁰⁶ Fuentes II, párrs. 32-33; Fuentes I, párrs. 37-48.

protección (tutela) judicial efectiva, conforme lo establecido en los Artículos 2, 4, 12 y 203(1) de la Constitución⁸⁰⁷.

257. En la medida en que los Demandantes reclaman en el presente Arbitraje por las violaciones de los derechos adquiridos de Exmingua cometidas por Guatemala, resulta sorprendente advertir que la defensa legal de Guatemala descaradamente desconoce los principios fundamentales del Estado de Derecho que están claramente consagrados en su propia Constitución.

c. Las cortes guatemaltecas discriminaron a Exmingua

258. Tal como quedó demostrado en el Memorial de los Demandantes, con el respaldo del dictamen pericial del profesor Fuentes, los tribunales guatemaltecos discriminaron a Exmingua al conferirle un trato menos favorable que a empresas comparables de titularidad guatemalteca y extranjera, en particular Oxec, S.A. y Oxec II, S.A (“Oxec”), Minera San Rafael, S.A. (“Minera San Rafael”) y Compañía Guatemalteca de Níquel (“CGN”), con el dictado de sentencias antes de la sentencia de Exmingua (como se describió precedentemente) y al permitirles seguir operando mientras se llevaban adelante las consultas sociales⁸⁰⁸.

259. Tal como quedó demostrado en el Memorial de los Demandantes, con el respaldo del dictamen pericial del profesor Fuentes, los tribunales guatemaltecos discriminaron a Exmingua al conferirle un trato menos favorable que a empresas comparables de titularidad guatemalteca y extranjera, en particular Oxec, Minera San Rafael y CGN, con el dictado de sentencias antes de la sentencia de Exmingua (como se describió precedentemente) y al permitirles seguir operando mientras se llevaban adelante las consultas sociales⁸⁰⁹.

260. Específicamente, la Corte de Constitucionalidad le permitió a Oxec seguir operando mientras el MEM llevaba adelante las consultas, pero insistió en confirmar la suspensión de Exmingua aun cuando ésta planteó la reposición en vistas de la decisión de *Oxec*⁸¹⁰.

⁸⁰⁷ Fuentes II, párr. 50.

⁸⁰⁸ Memorial de los Demandantes, párrs. 306-311; Fuentes I, párrs. 159-162, 177-178 y 183; Fuentes II, párr. 159. Oxec es de propiedad directa/legal de Energy Resources Capital Corp, inversor panameño y de propiedad indirecta/beneficiosa de un inversor guatemalteco, mientras que Minera San Rafael es de titularidad de Pan American Silver Corp (“PSA”), y CGN es de propiedad de Soloway Investment Group, GmbH (“Soloway”), que son, respectivamente, un inversor canadiense y un inversor suizo. Ver *infra* Sección III.A.3.a, F.

⁸⁰⁹ Memorial de los Demandantes, párrs. 306-311; Fuentes I, párrs. 159-162, 177-178 y 183; Fuentes II, párr. 159.

⁸¹⁰ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 3207-2016 y 3344-2016, resolución que no hace lugar al pedido de revocación del amparo planteado por Exmingua, de fecha 5 de octubre de 2017 (C-0563).

261. En el Memorial de Contestación, Guatemala afirma que los casos de Oxec y Exmingua no son comparables, dado que el proyecto Oxec consiste en centrales hidroeléctricas, que se rigen por la normativa aplicable al sector energético en lugar de la correspondiente al sector minero⁸¹¹. Guatemala sostiene también que, a diferencia de lo que ocurre con la minería, la generación de energía eléctrica constituye un cometido esencial del Estado⁸¹². Afirma además que Oxec “es realmente comparable con otros proyectos hidroeléctricos que entraron en operación y fueron sujetos a control de constitucionalidad con posterioridad [...] [los cuales] no fueron objeto de suspensión [...]”⁸¹³. En los hechos, dice Guatemala, Oxec era “de una conflictividad social menor” a la de Exmingua⁸¹⁴.

262. Sin embargo, ninguna de estas distinciones tiene relevancia. En ambos casos, los hechos claves son los mismos: el MEM había otorgado ya licencias de conformidad con las leyes y reglamentaciones vigentes, y posteriormente se impugnó la validez de esas licencias en función de que el MEM no había llevado adelante las consultas previstas en el Convenio 169 de la OIT. En efecto, Guatemala reconoce que a Oxec y otros proyectos hidroeléctricos les ha brindado un trato preferencial en comparación con los proyectos mineros, pero no explica por qué para las consultas es necesaria la suspensión en estos últimos y no en los primeros. El argumento de Guatemala nos hace cuestionar por qué no es posible realizar las consultas mientras los proyectos mineros siguen operando, siendo que, aparentemente, se las puede realizar mientras los proyectos hidroeléctricos siguen operando. El argumento de Guatemala queda contradicho también por la sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad en *Cementos Progreso*, que fue un caso referente a un proyecto minero en que la Corte dispuso realizar las consultas previstas en el Convenio 169 de la OIT, pero sin ordenar la suspensión de las operaciones del proyecto⁸¹⁵.

263. El otro argumento de Guatemala de que la generación de energía eléctrica, a diferencia de la minería, constituye un cometido esencial del Estado es ilógico, ya que los Demandantes no cuestionan la falta de suspensión en el caso *Oxec*. Por el contrario, lo que aducen los Demandantes es que, al igual que en el caso *Oxec*, la suspensión no era necesaria ni adecuada en el caso de Exmingua, como se expuso precedentemente⁸¹⁶. Como lo explicó el profesor Fuentes, la Corte “no necesitaba suspender las

⁸¹¹ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 134.

⁸¹² *Ibid.*, párr. 135.

⁸¹³ *Ibid.*, párr. 136 (en referencia a los casos *Corrientes del Rio, La Vega I, La Vega II* y *RENACE*).

⁸¹⁴ *Ibid.*, párr. 137.

⁸¹⁵ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente N.º 3878-2007, sentencia de fecha 21 de diciembre de 2009, pp. 1-2 y 37 (C-0497).

⁸¹⁶ *Ver supra*, Sección II.D.1.b.

operaciones de Exmingua para que se implementaran las consultas públicas que supuestamente estaban pendientes, máxime considerando que Exmingua ya había realizado consultas en relación a estudios social[es] para su EIA, y sobre la base de las cuales se había aprobado su licencia de explotación”⁸¹⁷. Tal como son las cosas, la licencia de Exmingua lleva suspendida más de cinco años y el MEM ni siquiera ha iniciado las consultas correspondientes, si bien inició y concluyó las consultas atinentes a Oxec en un lapso de siete meses⁸¹⁸. Si efectivamente evitar el malestar social fuera la prioridad para Guatemala, cabría esperar que llevara adelante las consultas con la mayor rapidez posible.

264. Como se demostró en el Memorial de los Demandantes y se expuso precedentemente, la demora de casi cuatro años en que incurrió la Corte de Constitucionalidad para pronunciarse sobre el recurso interpuesto por Exmingua no solamente fue excesiva sino discriminatoria, dado que la Corte siguió fallando de manera mucho más expedita respecto de recursos promovidos en otros casos que planteaban las mismas cuestiones jurídicas pero que se presentaron con posterioridad al de Exmingua⁸¹⁹. Ya este solo hecho es un claro indicador de que la excesiva demora en que se incurrió en el caso de Exmingua fue arbitraria y estuvo motivada por un sesgo de nacionalidad y por la interferencia política⁸²⁰. En efecto, como lo señala el profesor Fuentes, “en virtud del Artículo 77(a) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad, se presume que ese retraso es malicioso y se debe demostrar que no lo es”⁸²¹. Como se demostró precedentemente, Guatemala ni remotamente refuta esta presunción⁸²².

265. Con su licencia de explotación suspendida durante ya más de cinco años, Exmingua sufre incertidumbre y afectación constantes, ya que la sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad el 11 de junio de 2020 no solamente confirmó indefinidamente la suspensión, sino que también le impuso una nueva exigencia adicional y onerosa que debe cumplir incluso después de concluidas las consultas por el MEM⁸²³. Específicamente, la Corte determinó que Exmingua solamente podría retomar sus operaciones una vez que el MEM hubiera finalizado las consultas y “en caso se determinara que la ejecución del proyecto correspondiente a la licencia ‘Progreso VII Derivada’ no amenaza la existencia

⁸¹⁷ Fuentes I, párr. 178; Memorial de los Demandantes, párr. 303.

⁸¹⁸ Memorial de los Demandantes, párr. 191; Memoria del Informe Final de Consultas Públicas del MEM de fecha 11 de diciembre de 2017 (C-0561); María Rosa Bolaños, “El MEM completa consultas con 11 comunidades para el caso Oxec”, *La Prensa Libre* (C-0562).

⁸¹⁹ Memorial de los Demandantes, párrs. 133 y 139; *ver también supra*, Sección II.D.1.a.vi; Fuentes I, párrs. 159-162; Fuentes II, párr. 159.

⁸²⁰ Memorial de los Demandantes, párr. 133.

⁸²¹ Fuentes II, párr. 159; Ley de Amparo, art. 77(a) (C-0416).

⁸²² *Ver supra*, Sección II.D.1.a.vi.

⁸²³ Memorial de los Demandantes, párr. 141.

de la población indígena asentada en el área de influencia del proyecto en mención”, como se detalló ya precedentemente⁸²⁴.

266. Como lo explicó el profesor Fuentes en el Primer Dictamen, ello significa que la Corte dispuso que debían cumplirse dos condiciones antes de que Exmingua pudiera retomar las operaciones de la licencia Progreso VII: además de realizar y finalizar el MEM las consultas, “debe acreditarse fehacientemente que la licencia minera de Progreso VII Derivada no amenaza la existencia de la población indígena asentada en el área de influencia del proyecto en mención”⁸²⁵. Como también lo explicó el profesor Fuentes, esto “podría demandar cualquier cantidad de investigaciones, estudios y opiniones. Todo esto podría retrasar la reanudación de las actividades mineras por tiempo indefinido, en detrimento, por supuesto, de los derechos adquiridos de Exmingua”⁸²⁶. Como lo señaló el profesor Fuentes, la Corte de Constitucionalidad no impuso una condición suspensiva adicional tal en los casos *Oxec, Minera San Rafael* o *CGN*⁸²⁷.

267. Asimismo, en la sentencia en la que dispuso la suspensión continuada de la licencia de explotación Escobal de *Minera San Rafael* durante el período de consultas, la Corte de Constitucionalidad le ordenó expresamente al MEM realizar el proceso de consulta “inmediatamente”, y explicó que “[l]a inmediatez en la realización del proceso de consulta se ordena con el objeto de que transcurra el menor tiempo posible para el reinicio de las actividades de la entidad minera”⁸²⁸. En la sentencia del 11 de junio de 2020 referente a la licencia de explotación de Exmingua, la Corte de Constitucionalidad no expresó urgencia o inquietud tal en cuanto a permitir la reanudación de las operaciones en el “menor tiempo posible”.

⁸²⁴ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 3207-2016 y 3344-2016, sentencia de fecha 11 de junio de 2020, p. 87 [p. 43 ENG] (C-0145); *ver supra* Sección II.D.1.

⁸²⁵ Fuentes I, párr. 177; Memorial de los Demandantes, párrs. 141 y 310.

⁸²⁶ Fuentes I, párr. 177; Memorial de los Demandantes, párrs. 141 y 311.

⁸²⁷ Fuentes I, párr. 177; Memorial de los Demandantes, párrs. 141 y 311; *ver también* Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 90-2017, 91-2017 y 92-2017, sentencia de fecha 26 de mayo de 2017, p. 101 [p. 4 ENG] (C-0441) (por la que se ordena al MEM realizar las consultas previstas en el Convenio 169 de la OIT dentro de los 12 meses y se permite mantener las operaciones de Oxec y Oxec II durante dicho plazo); Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente N.º 475-2017, Sentencia de fecha 3 de septiembre de 2018, p. 550 [p. 33 ENG] (C-0459) (donde se permite a Minera San Rafael reanudar las operaciones en virtud de la licencia de explotación Escobal al concluir el MEM las consultas previstas en el Convenio 169 de la OIT y una vez dictadas las resoluciones que hagan efectivo el resultado de dichas consultas); Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente N.º 697-2019, sentencia de fecha 18 de junio de 2020, pp. 268 y 274 [p. 3-4 ENG] (C-0496) (por la que se ordena al MEM realizar las consultas previstas en el Convenio 169 de la OIT dentro de los 18 meses y se dispone la suspensión continuada de la licencia de explotación de CGN durante dicha suspensión).

⁸²⁸ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente N.º 475-2017, Sentencia de fecha 3 de septiembre de 2018, pp. 545-546 [p. 31 ENG] (C-0459).

268. En el Memorial de Contestación, Guatemala sencillamente niega que se le hayan impuesto a Exmingua condiciones más onerosas, para lo cual afirma de modo general que la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad en materia del derecho a las consultas ha sido constante desde 2009, pero no aborda el fallo efectivo de la Corte de Constitucionalidad ni las observaciones formuladas por los Demandantes al respecto⁸²⁹.

2. Luego de defender la emisión de la Licencia, el MEM dio marcha atrás y suspendió la Licencia de Explotación y la Credencial de Exportación de Exmingua

269. Como explicaron los Demandantes en su Memorial, en un principio, el MEM no dictó una orden por la que se suspendiera la licencia de Exmingua después de la sentencia de la Corte Suprema de 11 de noviembre de 2015 por la que se concedía a CALAS el amparo provisional y, por el contrario, afirmó que la sentencia de la Corte Suprema “no tenía fundamento” ya que la licencia de explotación se había concedido casi cuatro años antes, en 2011, y en ese momento no había sido impugnada⁸³⁰. Asimismo, los Demandantes explicaron que, en respuesta a una solicitud de la Corte Suprema del 2 de marzo de 2016 de presentar un informe sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento al amparo provisional, el MEM explicó que era “imposible” cumplir con la sentencia, porque el MEM ya había concedido una licencia a Exmingua⁸³¹.

270. No obstante, como explicaron luego los Demandantes, el MEM posteriormente dio marcha atrás y, el 10 de marzo de 2016, emitió la Resolución N.º 1202 por la que se suspendía el derecho de Exmingua a explotar oro y plata y a vender localmente o transformar dicho material⁸³². Los Demandantes explicaron también que, el 3 de mayo de 2016, el MEM emitió la Resolución N.º 146, suspendiendo la Credencial de Exportación de Exmingua, a pesar de que era válido hasta el 23 de octubre de 2016 y estaba sujeto a prórrogas anuales automáticas y de que el amparo provisional de la Corte Suprema no afectaba las actividades de exportación de Exmingua⁸³³.

271. En su Memorial de Contestación, Guatemala *omite por completo cualquier referencia* al cambio de postura del MEM con respecto a la sentencia de la Corte Suprema del 11 de noviembre de 2015 y, por el contrario, simplemente alega que la suspensión por parte del MEM de la licencia de

⁸²⁹ Ver Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 129-138.

⁸³⁰ Memorial de los Demandantes ¶ 97.

⁸³¹ *Ibid.*

⁸³² *Ibid.* ¶ 98.

⁸³³ *Ibid.* ¶ 99.

explotación de Exmingua para Progreso VII “se realizó en cumplimiento de” la sentencia de la Corte Suprema⁸³⁴. Asimismo, Guatemala afirma llanamente, en una subsección de apenas cuatro oraciones que carece de cualquier fundamento, que la suspensión de la licencia de exportación de Exmingua por parte del MEM fue “temporaria y razonable”⁸³⁵. En este sentido, Guatemala sostiene que los Demandantes “no se esmeran [...] en fundamentar su demanda” de que la licencia de exportación fue suspendida indebidamente y que, en todo caso, “[c]ualquier error jurídico [...] fue rectificado” por la posterior revocación de la Resolución N.º 146 por parte del MEM⁸³⁶. Sin embargo, como se demuestra a continuación, el hecho de que Guatemala no abordara el cambio de postura del MEM no oculta el significado implícito de este punto: que el MEM entendía que la orden de suspensión de la Corte Suprema era arbitraria, pero aun así procedió a suspender la licencia de explotación de Exmingua. Además, las aseveraciones de Guatemala con respecto a la Resolución N.º 146 son incorrectas.

272. *En primer lugar*, Guatemala no abordó la postura del MEM de que la sentencia de la Corte Suprema del 11 de noviembre de 2015 “no tenía fundamento” y que era “imposible” cumplirla, ni el cambio abrupto de postura del MEM y su emisión de la Resolución N.º 1202⁸³⁷. El silencio de Guatemala acentúa la naturaleza arbitraria de la revocación del MEM.

273. De hecho, el MEM expresó en reiteradas ocasiones su desacuerdo con la sentencia de la Corte Suprema. El 1 de marzo de 2016, el Director de la Unidad de Asesoría Jurídica del MEM, Rogelio Zarceño, remarcó en una entrevista que el amparo no tenía fundamento porque “se presentó en el 2014 y se pidió que suspendiera el otorgamiento de la licencia, pero ésta ya se había otorgado desde el 2011” y, por lo tanto, el amparo no había sido presentado dentro del plazo prescrito de 30 días⁸³⁸. Zarceño mencionó además que “[l]a Corte Suprema [...] manda a que suspendamos el otorgamiento, pero si ya está consumado el acto... ya no se puede hacer más”⁸³⁹. Asimismo, el 10 de marzo de 2016, el MEM observó, en una presentación formal ante la Corte Suprema, que “[e]l otorgamiento del amparo provisional no encuadra en las actuaciones administrativas” y que “queda sin materia el amparo”,

⁸³⁴ Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 543.

⁸³⁵ *Ibid.* ¶ 349.

⁸³⁶ *Ibid.*

⁸³⁷ María Rosa Bolaños, “MEM no suspenderá el proyecto”, *La Prensa Libre* del 1 de marzo de 2016, p. 1 (C-0006); Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Expediente N.º 1592-2014, presentación del MEM con respecto al cumplimiento del amparo provisional, 10 de marzo de 2016, p. 2 (C-0008); *ver también* Natiana Gándara, “CIG insta al MEM a no ceder ante medidas de presión”, *La Prensa Libre* del 11 de marzo de 2016 (C-0007).

⁸³⁸ María Rosa Bolaños, “MEM no suspenderá el proyecto”, *La Prensa Libre* del 1 de marzo de 2016, p. 1 (C-0006).

⁸³⁹ *Ibid.* p. 2.

“imposibilitando su cumplimiento”⁸⁴⁰. El MEM también indicó que “no es posible ejecutar [la orden] [...] por el tiempo que ha transcurrido desde que se otorgó la licencia”⁸⁴¹.

274. No obstante, *el mismo día* que el MEM presentó este escrito ante la Corte Suprema, indicando que “no [era] posible” cumplir con la sentencia del 11 de noviembre de 2015, y menos de diez días después de la entrevista al Director de la Unidad de Asesoría Jurídica del MEM, quien declaró que la sentencia “quedó sin materia”, el MEM emitió la Resolución N.º 1201 mediante la cual suspendió la licencia de explotación de Exmingua⁸⁴². No sorprende que Guatemala no haya producido ningún documento relevante en respuesta a la solicitud de los Demandantes de “los documentos y las comunicaciones enviadas por el personal del MEM [con respecto al hecho de que] [el MEM] cambiara su postura y emitiera la Resolución N.º 1202” –no tuvo tiempo suficiente para crear esos documentos. De hecho, la única inferencia razonable es que el MEM *no* cambió su opinión de que la sentencia de la Corte Suprema “no tenía fundamento” y era contraria a la jurisprudencia y los principios establecidos, pero aun así emitió la orden de suspensión.

275. Particularmente, el cambio repentino por parte del MEM fue posterior a una semana de protestas en contra de la minería por parte de activistas frente a las oficinas del MEM en la Ciudad de Guatemala⁸⁴³. El 3 de marzo de 2016, dichos activistas, liderados por representantes de *CALAS* y Milton Carrera (quien, como se mencionó anteriormente, estuvo involucrado en el ataque a Gálvez), establecieron un campamento permanente en frente del edificio, bloquearon la entrada y exigieron que el Ministro Juan Pelayo Castañón emitiera una orden que suspendiera la licencia de Exmingua⁸⁴⁴. Los activistas también quemaron una efigie del Ministro Castañón y amenazaron con “[bloquear] toda la capital” si no se cumplía con su pedido de suspensión de la licencia minera de Exmingua⁸⁴⁵.

276. *En segundo lugar*, la suspensión de la licencia de exportación de Exmingua por parte del MEM no fue “razonable” ni “temporaria”⁸⁴⁶, y Guatemala también se equivoca cuando asevera que los

⁸⁴⁰ Corte Suprema de Guatemala, Expediente N.º 1592-2014, presentación del Ministerio de Energía y Minas con respecto al cumplimiento del amparo provisional, 10 de marzo de 2016, p. 2 (C-0008).

⁸⁴¹ *Ibid.* p. 3 (C-0008).

⁸⁴² Memorial de los Demandantes ¶ 98; Resolución N.º 1202 del MEM del 10 de marzo de 2016 (C-0139).

⁸⁴³ Resolución N.º 1202 del MEM del 10 de marzo de 2016 (C-0139).

⁸⁴⁴ Joel Suncar, “Manifestantes de la Puya toman la diagonal 17 frente al MEM”, *La Prensa Libre* del 4 de marzo de 2016 (C-0874); Geovani Contreras, “Pobladores de La Puya continuarán en protesta”, *La Prensa Libre* del 13 de marzo de 2016 (C-0009).

⁸⁴⁵ Joel Suncar, “Manifestantes de la Puya toman la diagonal 17 frente al MEM”, *La Prensa Libre* del 4 de marzo de 2016 (C-0874); Jerson Ramos y José Rosales, “Manifestantes de La Puya queman muñeco del ministro de Energía”, *La Prensa Libre* del 26 de marzo de 2016 (C-0010).

⁸⁴⁶ Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 349.

Demandantes “no se esmeran [...] en fundamentar su demanda [en el Memorial]” de que “el MEM suspendió de manera arbitraria la licencia de exportación de Progreso VII”⁸⁴⁷. Contrariamente a lo alegado por Guatemala, el amparo provisional de la Corte Suprema no guardaba relación alguna con las actividades de exportación de Exmingua y no existía fundamento legal alguno para que el MEM suspendiera la licencia de exportación de Exmingua, como explicaron los Demandantes y confirmó el Profesor Fuentes⁸⁴⁸. De hecho, la Resolución N.º 146 no explica de manera alguna su relación con la sentencia de la Corte Suprema del 11 de noviembre de 2015⁸⁴⁹. La Resolución N.º 146 meramente indica que “CONSIDERANDO que la Corte Suprema [...] en resolución de fecha once de noviembre del año dos mil quince [...] ordenó a este Ministerio suspender el otorgamiento de la *licencia de explotación*” y “CONSIDERANDO que [...] la resolución número un mil doscientos dos [...] resolvió dejar en suspenso el derecho exclusivo *de explotar* los productos mineros denominados oro y plata, así como la facultad de disponer de dichos productos proveniente del derecho en mención, para *venta local* [...]”, el MEM “DECLARA SUSPENDER [...] la Credencial de Exportación”⁸⁵⁰. Por lo tanto, a pesar de reconocer que la orden de la Corte Suprema se refería únicamente a la licencia de explotación y al derecho de Exmingua de vender sus productos *localmente*, el MEM decidió suspender su licencia de exportación de todas maneras.

277. Asimismo, si bien Exmingua solicitó que el MEM revocara la Resolución N.º 146 tres días luego de su emisión, el MEM permaneció inactivo durante más de cinco meses⁸⁵¹. Fue recién el 24 de octubre de 2016, *un día después de que la Credencial de Exportación de Exmingua hubiera vencido*, que el MEM revocó la Resolución⁸⁵². El MEM claramente no tenía intención alguna de revocar la Resolución N.º 146 mientras la licencia de exportación de Exmingua permaneciera vigente. Además, Exmingua no podía tampoco renovar su licencia de exportación mientras ésta permaneciera suspendida. Así, el MEM privó a Exmingua de su capacidad de exportar el concentrado que había extraído y procesado, y que esperaba enviar, en virtud de su permiso de exportación preexistente, sin poder solicitar la renovación de dicho permiso luego de su vencimiento. Por lo tanto, la Resolución N.º 146 no implicaba una suspensión razonable ni temporaria.

⁸⁴⁷ *Ibid.*

⁸⁴⁸ *Ver, p. ej.*, Memorial de los Demandantes ¶¶ 99, 221, 231-232; Fuentes I ¶ 54.

⁸⁴⁹ Resolución N.º 146 del MEM del 3 de mayo de 2016 (C-0140); Resolución N.º 5194 del MEM del 24 de octubre de 2016 (C-0142-SPA/ENG); Memorial de los Demandantes ¶ 99.

⁸⁵⁰ Resolución N.º 146 del MEM del 3 de mayo de 2016 (C-0140) (énfasis añadido).

⁸⁵¹ Resolución N.º 5194 del MEM del 24 de octubre de 2016 (C-0142).

⁸⁵² Resolución N.º 5194 del MEM del 24 de octubre de 2016 (C-0142); Licencia de exportación del 25 de septiembre de 2015 (C-0911).

278. *En tercer lugar*, el error jurídico del MEM no fue “rectificado” mediante la revocación de la Resolución N.º 146 por parte del MEM⁸⁵³. Por el contrario, como revela el momento en que el MEM revocó la Resolución N.º 146, fue dilatado *precisamente* para evitar que Exmingua continuara exportando su producto, lo cual no podía hacer desde que se emitió la Resolución N.º 146. Por lo tanto, la aseveración de Guatemala de que “[c]ualquier error jurídico que los Demandantes alegan que ha cometido el MEM al revocar la licencia fue rectificado por [la revocación de la Resolución N.º 146]” dista mucho de la verdad.

3. Guatemala suspendió de facto la Licencia de Exploración de Exmingua para Santa Margarita e impidió que Exmingua obtuviera una Licencia de Explotación

279. Como explican los Demandantes en su Memorial, las acciones de Guatemala con respecto a la licencia de explotación de Exmingua para Progreso VII tuvieron graves repercusiones para los derechos de Exmingua en virtud de su licencia de exploración de Santa Margarita y su solicitud pendiente de la licencia de explotación de Santa Margarita⁸⁵⁴. Específicamente, los Demandantes explicaron que la suspensión *de jure* indefinida de la licencia de explotación de Exmingua para Progreso VII tuvo el efecto *de facto* de suspender indefinidamente la licencia de exploración de Exmingua para Santa Margarita⁸⁵⁵. 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. Por consiguiente, como continuaron explicando los Demandantes, los fallos judiciales que suspendían indefinidamente la licencia de explotación de Exmingua para Progreso VII e impedían que Exmingua pudiera producir hasta que el MEM completara las consultas privaron a la licencia de exploración de Exmingua para Santa Margarita de todo valor, ya que habría sido irrazonable que un inversionista desarrollara actividades de exploración o que alguien le asignara valor a dicha licencia de exploración cuando ya no había prospecto alguno de obtener una licencia de

⁸⁵³ Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 349.

⁸⁵⁴ Memorial de los Demandantes ¶ 116; Cesión condicional de derechos mineros del 21 de noviembre de 2000 (C-0041); Ampliación de contrato de cesión condicional de derechos mineros del 4 de octubre de 2001 (C-0042); Oficio N.º 016 enviado por el MEM el 1 de febrero de 2005 (C-0043); Resolución de ampliación de área de la Licencia de Santa Margarita del 22 de febrero de 2008 (C-0044); Formulario de solicitud de licencia de explotación para Santa Margarita del 19 de enero de 2009 (C-0070).

⁸⁵⁵ Memorial de los Demandantes ¶¶ 116-124; Kappes I ¶¶ 141-143.

explotación⁸⁵⁶. Este resultado, según explican los Demandantes, se corresponde con la moratoria *de facto* de Guatemala en el otorgamiento de nuevas licencias de exploración o explotación⁸⁵⁷.

280. Los Demandantes también explican que, si bien Exmingua había iniciado una acción de amparo solicitando la asistencia del Estado para garantizar el acceso de Exmingua a su sitio, el MEM igualmente emitió la Resolución N.º 4056 el 21 de diciembre de 2016, ordenando a Exmingua que presentara el EIA para la licencia de Santa Margarita en un plazo de 30 días⁸⁵⁸. Como también explican los Demandantes, el 22 de marzo de 2017, Exmingua notificó al MEM que no había sido posible concluir el EIA de Santa Margarita porque el acceso a la zona se encontraba bloqueado y no se podían realizar las consultas para los estudios sociales del EIA debido a las amenazas de los manifestantes⁸⁵⁹. Exmingua solicitó entonces al MEM que suspendiera el requisito de presentación del EIA hasta que “ya no haya un impedimento que resulte en una imposibilidad física y material de cumplir”⁸⁶⁰. El MEM no respondió a esta solicitud y, el 7 de abril de 2017, Exmingua presentó su EIA para Santa Margarita al MARN sin la sección sobre estudios sociales⁸⁶¹.

281. Luego, como continúan explicando los Demandantes, el MEM rechazó la solicitud de Exmingua y nuevamente le ordenó presentar el EIA para Santa Margarita en un plazo de 30 días⁸⁶². Exmingua interpuso un recurso administrativo contra esta decisión, arguyendo que las leyes mineras de Guatemala no permiten al MEM imponer un plazo de 30 días para la presentación de un EIA aprobado, pero el recurso fue rechazado⁸⁶³. Los Demandantes también explicaron que, el 7 de noviembre de 2017, Exmingua volvió a escribir al MEM informándole que aún no podía completar las consultas debido al bloqueo, y reiteró su solicitud de suspensión de este requisito del EIA hasta que cesara el impedimento⁸⁶⁴. Asimismo, los Demandantes explicaron que el MEM le ordenó de todas maneras a Exmingua “regularizar” su solicitud de licencia de explotación para Santa Margarita en un plazo de 30 días, pero que, debido a las continuas protestas y amenazas, Exmingua no pudo cumplir con esta solicitud, lo cual resultó en que se archivara su solicitud de licencia⁸⁶⁵.

⁸⁵⁶ Memorial de los Demandantes ¶ 124.

⁸⁵⁷ Memorial de los Demandantes ¶ 124; Kappes I ¶ 143.

⁸⁵⁸ Memorial de los Demandantes ¶ 119.

⁸⁵⁹ *Ibid.* ¶ 120.

⁸⁶⁰ *Ibid.*

⁸⁶¹ *Ibid.* ¶ 121.

⁸⁶² *Ibid.* ¶ 122

⁸⁶³ *Ibid.*

⁸⁶⁴ Memorial de los Demandantes ¶ 122.

⁸⁶⁵ *Ibid.* ¶ 123.

282. En su Memorial de Contestación, Guatemala alega que la Corte de Constitucionalidad no suspendió *de facto* la licencia de exploración de Exmingua para Santa Margarita⁸⁶⁶. En este sentido, Guatemala sostiene que “la decisión de la Corte de Constitucionalidad no tuvo impacto en la licencia de exploración o explotación de Santa Margarita”⁸⁶⁷, “[n]o habiendo una suspensión ordenada por el gobierno de los trabajos de exploración de Exmingua, no tiene ni pies ni cabeza que Exmingua suspenda sus propias operaciones”⁸⁶⁸.

283. Guatemala también alega en su Memorial de Contestación que “[s]i bien los Demandantes alegan que los bloqueos en 2016 impidieron su esfuerzo por realizar la[s] consulta[s], no hay pruebas que demuestren que dicho bloqueo haya efectivamente ocurrido” y que, en este sentido, “[l]os Demandantes tampoco han demostrado cómo se les impidió [...] realizar el estudio social necesario para Santa Margarita”⁸⁶⁹. Guatemala sostiene asimismo que los Demandantes “no dan ninguna explicación de por qué la decisión del MEM fue arbitraria” y, por lo tanto, “[colocan] a Guatemala en una situación en la que se le dificulta saber a qué responder en la presentación de los Demandantes”⁸⁷⁰. Guatemala también afirma que las solicitudes de los Demandantes al MARN “demuestra[n] la voluntad de Exmingua [...] de no cumplir con la legislación de Guatemala” porque “claramente el MEM no podía dispensar [...] un requisito [...] que le exige la existencia de un EIA para poder otorgar el permiso de explotación”⁸⁷¹. Como se demuestra a continuación, estas aseveraciones son infundadas.

284. *En primer lugar*, el argumento de Guatemala de que la Corte de Constitucionalidad no suspendió *de facto* la licencia de exploración de Exmingua para Santa Margarita es erróneo. Luego de la suspensión *de jure* indefinida por parte de la Corte de Constitucionalidad de la licencia de explotación de Exmingua para Progreso VII, habría sido jurídica y económicamente imprudente que Exmingua continuara las actividades de exploración en el sitio de Santa Margarita. De hecho, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha resuelto desde entonces que *tanto* la licencia de exploración *como* la licencia de explotación preexistentes se suspenderían de no realizarse las consultas lideradas por el Estado⁸⁷².

⁸⁶⁶ Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 362.

⁸⁶⁷ *Ibid.* ¶ 363.

⁸⁶⁸ *Ibid.* ¶ 527.

⁸⁶⁹ *Ibid.* ¶¶ 241, 361, 457; *ver también ibid.* ¶ 250 (donde se afirma que “no hay evidencia alguna” que demuestre que dichas protestas bloquearan el acceso al sitio del Proyecto en 2016).

⁸⁷⁰ *Ibid.* ¶ 357.

⁸⁷¹ Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 451.

⁸⁷² Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, Expediente N.º 4785-2017 del 3 de septiembre de 2018 (C-0459).

285. *En segundo lugar*, las afirmaciones de Guatemala de que no existen pruebas de que hubiera ocurrido un bloqueo de la mina en 2016 y de que los Demandantes no demostraron que el desarrollo de los estudios sociales se vio obstruido son incorrectas. Como explica Kappes, “una nueva ola de protestas [se empezó] a producir a comienzos de 2016” que “[superaba] ampliamente” las protestas esporádicas que ocurrieron luego de que se levantara el bloqueo en 2014 y antes de las sentencias de la Corte⁸⁷³. De hecho, los bloqueos realizados durante este período obligaron a “los empleados de Exmingua [...] a ingresar a la mina a pie recorriendo un camino de 5 kilómetros desde San José del Golfo, que también era utilizado para transportar combustible y equipos a la planta”⁸⁷⁴. Kappes explica también que estas “nuevas manifestaciones y bloqueos [...] impidieron [...] a nuestros consultores ingresar a las instalaciones y a las zonas aledañas para realizar tareas de consultoría de manera segura para la Evaluación de Impacto Ambiental de Santa Margarita”⁸⁷⁵.

286. De hecho, como reflejan las notificaciones de reunión y manifestación de MadreSelva al Gobierno, estas nuevas protestas ocurrieron prácticamente *todos los días*, durante las 24 horas del día, desde el 21 de enero de 2016 hasta al menos el 30 de abril de 2018⁸⁷⁶. El 18 de enero de 2016, MadreSelva notificó al Gobierno que “los días 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31 de enero de 2016, a partir de las 00:00 horas” se realizaría una manifestación “en los Municipios de San José del Golfo y San Pedro Ayampuc [...] [para] expresar la oposición [...] al Proyecto Minero”⁸⁷⁷. La carta de MadreSelva del 22 de marzo de 2018 indicaba, de manera similar, que durante los días “1, 2, 3, 4, 5, 6,

⁸⁷³ Kappes I ¶ 138; Kappes II ¶ 75; *ver también* Memorial de los Demandantes ¶ 117.

⁸⁷⁴ Kappes II ¶ 75.

⁸⁷⁵ *Ibid.*

⁸⁷⁶ *Ver, p. ej.*, Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 18 de enero de 2016 (C-0875); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 8 de febrero de 2016 (C-0876); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 18 de febrero de 2016 (C-0877); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 26 de febrero de 2016 (C-0878); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 8 de marzo de 2016 (C-0879); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 18 de marzo de 2016 (C-0881); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 30 de marzo de 2016 (C-0882); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 8 de abril de 2016 (C-0883); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 19 de abril de 2016 (C-0884); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 28 de abril de 2016 (C-0885); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 6 de mayo de 2016 (C-0886); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 20 de mayo de 2016 (C-0887); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 31 de mayo de 2016 (C-0888); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 9 de junio de 2016 (C-0889); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 17 de junio de 2016 (C-0890); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 29 de junio de 2016 (C-0927); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 29 de julio de 2016 (C-0891); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 16 de agosto de 2016 (C-0892); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 29 de agosto de 2016 (C-0928); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 13 de septiembre de 2016 (C-0929); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 28 de septiembre de 2016 (C-0893); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 13 de octubre de 2016 (C-0894); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 3 de noviembre de 2016 (C-0895); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 9 de diciembre de 2016 (C-0930); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 28 de febrero de 2018 (C-0931); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 22 de marzo de 2018 (C-0896).

⁸⁷⁷ Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 18 de enero de 2016 (C-0875).

7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 de abril [...] se estará realizando una Reunión Pública y Manifestación Pacífica”, “concluyendo el día 30 de abril de 2018 a las 23 horas con 59 minutos”⁸⁷⁸. Durante el período intermedio se enviaron numerosas cartas de ese estilo al Gobierno⁸⁷⁹.

287. El 7 de marzo de 2016, CALAS envió una notificación similar al Gobierno indicando que “se han establecido con carácter de PERMANENTES (24:00 horas del día y por plazo indeterminado) las [...] manifestaciones [...] [e]n las afueras del edificio central del Ministerio de Energía y Minas [...] [y en el] Municipio de San Pedro Ayampuc”⁸⁸⁰. Como menciona CALAS, estas manifestaciones se realizaban “para [protestar y] exigir que el Ministro de Energía y Minas acate el amparo [...] de la Corte Suprema de Justicia”⁸⁸¹.

288. Como explicó Exmingua al MEM en marzo de 2017, estos manifestantes realizaban “intimidaciones [...], lo cual pon[ía] en riesgo a [su] personal y a los gestores ambientales”, “se [sufrió] un bloqueo al acceso al [proyecto]”⁸⁸² y sus consultores “ya no quieren ir al mismo por proteger su integridad física”⁸⁸³. El hecho de que los consultores de Exmingua tuvieran miedo y, por ende, no pudieran realizar las consultas está justificado: estos mismos manifestantes habían tomado de rehenes a dos guardias de seguridad de Exmingua⁸⁸⁴; un grupo en el que “todos porta[ban] [...] machetes” había

⁸⁷⁸ Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 22 de marzo de 2018 (C-0896).

⁸⁷⁹ Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 18 de enero de 2016 (C-0875); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 8 de febrero de 2016 (C-0876); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 18 de febrero de 2016 (C-0877); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 26 de febrero de 2016 (C-0878); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 8 de marzo de 2016 (C-0879); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 18 de marzo de 2016 (C-0881); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 30 de marzo de 2016 (C-0882); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 8 de abril de 2016 (C-0883); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 19 de abril de 2016 (C-0884); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 28 de abril de 2016 (C-0885); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 6 de mayo de 2016 (C-0886); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 20 de mayo de 2016 (C-0887); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 31 de mayo de 2016 (C-0888); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 9 de junio de 2016 (C-0889); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 17 de junio de 2016 (C-0890); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 29 de junio de 2016 (C-0927); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 29 de julio de 2016 (C-0891); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 16 de agosto de 2016 (C-0892); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 29 de agosto de 2016 (C-0928); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 13 de septiembre de 2016 (C-0929); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 28 de septiembre de 2016 (C-0893); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 13 de octubre de 2016 (C-0894); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 3 de noviembre de 2016 (C-0895); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 9 de diciembre de 2016 (C-0930); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 28 de febrero de 2018 (C-0931); Notificación de Reunión y Manifestación de Madre Selva del 22 de marzo de 2018 (C-0896).

⁸⁸⁰ Notificación de Reunión y Manifestación de CALAS del 7 de marzo de 2016 (C-0880).

⁸⁸¹ *Ibid.*

⁸⁸² Carta de Exmingua al MEM, a la que se adjunta el Acta Notarial del 21 de marzo de 2012 (C-0013).

⁸⁸³ *Ibid.*

⁸⁸⁴ Informe de la Policía Nacional Civil de Guatemala (PNC), Oficio N.º 164-2016/REF/JJGD/dl del 10 de mayo de 2016 (R-0117) (donde se menciona que “en la entrada principal del proyecto [...] se encontraban dos personas retenidas por un grupo

“interceptado” a dos trabajadores de Exmingua “cuando retornaban a pie a sus domicilios después de finalizar sus jornadas de trabajo”, “[los habían] amenazado con un arma de fuego” y “les [habían dicho] que si volvían a pasar por ese lugar, los eliminarían físicamente, por ser trabajadores de la minería”⁸⁸⁵; y enviaron a un total de *dieciséis* personas al hospital con lesiones, entre ellas “[t]rauma de [c]ráneo”, “contusion[es] encefálica[s]”, “contusión de tórax”, “heridas corto contundentes en rostro”, “[trauma] corto contundente en pierna izquierda” y una “herida corto contundente en cuero cabelludo”⁸⁸⁶. Asimismo, ese mismo mes, otro grupo de estos manifestantes, que también amenazaron con “atarlo y quemarlo [a Gálvez] vivo”, armaron un muñeco de tamaño real del Ministro de Energía y Minas de ese entonces (con camisa y corbata incluidas) y lo prendieron fuego, avivando las brasas con un palo⁸⁸⁷.

289. *En tercer lugar*, la afirmación de Guatemala de que los Demandantes no explicaron la arbitrariedad de la decisión del MEM de ordenar a Exmingua presentar el EIA de Santa Margarita en un plazo de 30 días también es errónea. Los Demandantes explicaron en su Memorial que la orden del MEM era tanto ilegítima como irrazonable⁸⁸⁸. Específicamente, como observaron los Demandantes, la Ley de Minería no le permite al MEM imponer un plazo de 30 días para la presentación de un EIA; Exmingua tenía una acción de amparo pendiente ante los tribunales guatemaltecos; un notario público había certificado la resistencia en el sitio del Proyecto; y la solicitud de suspensión de Exmingua se ajustaba al Artículo 50 de la Ley del Organismo Judicial de Guatemala, el cual establece que “[l]os plazos no corren por legítimo impedimento calificado o notorio”⁸⁸⁹. Además, Exmingua ya había presentado su EIA al MARN para la solicitud para la licencia de explotación de Santa Margarita, con copia al MEM, con la excepción de la sección sobre estudios sociales⁸⁹⁰.

290. La mala fe demostrada por el MEM al imponer un plazo de 30 días es todavía más evidente si consideramos que al MARN le tomó *casi un año* revisar el EIA de Exmingua para Progreso VII en 2010-2011⁸⁹¹. Sin dudas, el MEM era consciente del tiempo necesario para que el MARN revisara y

de 50 personas aproximadamente, integrantes del grupo de [...] tenían retenidas a los señores: Edgar Leonel Álvarez y Julio Cesar Coc Álvarez, ambos guardias de seguridad privada de la empresa ORION”).

⁸⁸⁵ Informe de la Policía Nacional Civil de Guatemala (PNC), Oficio N.º 164-2016/REF/JJGD/dl del 10 de mayo de 2016, p. 2 (R-0117).

⁸⁸⁶ *Ibid.* p. 6.

⁸⁸⁷ Jerson Ramos y José Rosales, “Manifestantes de La Puya queman muñeco del ministro de Energía”, *La Prensa Libre* del 26 de marzo de 2016 (C-0010).

⁸⁸⁸ Memorial de los Demandantes ¶¶ 116-124.

⁸⁸⁹ *Ibid.*; Fuentes ¶ 78; Ley del Organismo Judicial de Guatemala, Arts. 23, 50 (C-0415).

⁸⁹⁰ Memorial de los Demandantes ¶ 121.

⁸⁹¹ EIA de Progreso VII (C-0082); Resolución N.º 1010-2011 del MARN del 23 de mayo de 2011, p. 3 (C-0212).

aprobara el EIA de Exmingua para Santa Margarita, y aun así se aferró a su plazo inventado⁸⁹². Contrariamente a lo sostenido por Guatemala en el sentido de que “se le dificulta saber a qué responder” por la supuesta falta de argumentación, parece, por el contrario que a Guatemala *se le dificulta qué responder*, lo que resalta aun más la naturaleza arbitraria de sus acciones.

291. *En cuarto lugar*, la aseveración de Guatemala de que las solicitudes de los Demandantes al MEM “demuestra[n] la voluntad de Exmingua [...] de no cumplir con la legislación de Guatemala” es incorrecta. Contrariamente a la caracterización de Guatemala, los Demandantes no solicitaron que el MEM los “dispensar[a]” del “requisito [...] de un EIA para poder otorgar el permiso de explotación”⁸⁹³. Tampoco sugieren los Demandantes que “el MARN o el MEM deberían derogar esta regla” o “derogar [esta] ley sustantiva”⁸⁹⁴. Exmingua simplemente solicitó que el MEM “suspend[iera] [...] *la petición de presentación de la copia del estudio de impacto ambiental [...] hasta que se desaparezca la causal de impedimento [...]*”⁸⁹⁵. En otras palabras, Exmingua reconoció que debía presentar un EIA aprobado al MEM, pero simplemente le solicitó al MEM que suspendiera la orden de que Exmingua presentara el EIA en un plazo de 30 días, ya que “se ha sufrido de bloqueo al acceso al [proyecto]”⁸⁹⁶. Sin la asistencia de Guatemala para apaciguar las protestas y ante el plazo arbitrario del MEM, Exmingua se vio imposibilitada de completar su solicitud para la licencia de explotación de Santa Margarita, y la mayor parte de la documentación quedó así olvidada en los archivos del MARN. La confluencia de estos dos factores estaba, no fortuitamente, en línea con la moratoria *de facto* del Estado sobre el otorgamiento de nuevos derechos mineros.

4. La licencia de Exmingua continúa suspendida más de cinco años después

292. Hace exactamente un año, en su sentencia del 11 de junio de 2020, la Corte de Constitucionalidad ordenó al MEM “agotar [...] el proceso de consulta establecido en [el Convenio 169 de la OIT] [...] en el plazo de *doce meses*, contado a partir de que adquiera firmeza este fallo”⁸⁹⁷. A la fecha, el MEM no ha tomado ninguna medida para comenzar siquiera el proceso de consulta ordenado por la Corte.

⁸⁹² Cédula N.º 497 del MEM a Exmingua, a la que se adjunta la Resolución N.º 4056 del 21 de diciembre de 2016 (C-0012); Cédula N.º 5099 del MEM a Exmingua, a la que se adjunta la Resolución N.º 1191 del 5 de abril de 2017 (C-0014).

⁸⁹³ Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 451.

⁸⁹⁴ *Ibid.* ¶¶ 359-360.

⁸⁹⁵ Carta de Exmingua al MEM, a la que se adjunta el Acta Notarial del 21 de marzo de 2012 (C-0013).

⁸⁹⁶ *Ibid.*

⁸⁹⁷ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 3207-2016 y 3344-2016, Sentencia del 11 de junio de 2020, pp. 85-86 [pp. 42-43 ENG] (C-0145) (énfasis en el original).

293. Guatemala alega vagamente y sin ofrecer explicación o prueba respaldatoria alguna que ello se debe a que la sentencia de la Corte de Constitucionalidad del 11 de junio de 2020 “todavía no ha quedado firme”⁸⁹⁸. En su declaración testimonial, el Viceministro Pérez Ramírez menciona que hay un recurso de aclaración presentado por el MARN ante la Corte de Constitucionalidad pendiente de resolución, pero no da mayores detalles, como la fecha en que se presentó el recurso o su contenido⁸⁹⁹. Notoriamente, Guatemala no adjuntó ninguna copia de ningún recurso de aclaración a su Memorial de Contestación. Un informe de prensa publicado el 15 de enero de 2021 menciona comentarios atribuidos al Ministro de Energía y Minas que sugieren que el proceso de consultas de Progreso VII no había comenzado porque la sentencia de la Corte de Constitucionalidad todavía no había quedado firme debido a un recurso de aclaración y ampliación pendiente de resolución⁹⁰⁰. Sin embargo, los Demandantes recibieron el recurso de aclaración del MARN del 1 de septiembre de 2020 recién el 9 de abril de 2021, cuando Guatemala lo presentó por orden del Tribunal en este Arbitraje⁹⁰¹.

294. Como explica el Profesor Fuentes, el recurso de aclaración o ampliación conforme a los Artículos 69-71 de la Ley de Amparo es el único recurso disponible contra una sentencia de amparo recurrida como la de la Corte de Constitucionalidad del 11 de junio de 2020⁹⁰². De conformidad con el Artículo 71 de la Ley de Amparo, el recurso de aclaración o ampliación debe presentarse dentro de las 24 horas de notificada la sentencia, y la Corte debe pronunciarse dentro de las 48 horas⁹⁰³. Como se menciona en el Memorial de los Demandantes, Exmingua fue notificada de la sentencia de la Corte de Constitucionalidad del 11 de junio de 2020 el día 23 de junio de 2020⁹⁰⁴. En su recurso de aclaración del 1 de septiembre de 2020, el MARN manifiesta que fue notificado de dicha sentencia recién el 31 de agosto de 2020⁹⁰⁵. Resulta inexplicable que la Corte de Constitucionalidad haya notificado la sentencia al MARN más de dos meses después de haber notificado a Exmingua, dado que la parte dispositiva de

⁸⁹⁸ Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 638.

⁸⁹⁹ Pérez ¶ 13.

⁹⁰⁰ Rosa María Bolaños, “Tras casi 4 años suspendida, inicia proceso de preconsulta a comunidades por mina San Rafael”, *Prensa Libre* del 15 de enero de 2021, p. 5 [p. 3 ENG] (C-0897).

⁹⁰¹ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 3207-2016 y 3344-2016, Recurso de Aclaración del MARN del 1 de septiembre de 2020 (C-0668); Carta de los abogados de Guatemala a los abogados de los Demandantes del 9 de abril de 2021; Auto Acordado N.º 6 del 15 de marzo de 2021 ¶¶ 13-15 y Anexo A.

⁹⁰² Fuentes II ¶ 102.

⁹⁰³ Ley de Amparo, Art. 71 (C-0416).

⁹⁰⁴ Memorial de los Demandantes ¶ 135; Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 3207-2016 y 3344-2016, Notificación del 23 de junio de 2020 de la sentencia del 11 de junio de 2020 (C-0495).

⁹⁰⁵ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 3207-2016 y 3344-2016, Recurso de Aclaración del MARN del 1 de septiembre de 2020, p. 1 (C-0668).

la sentencia contiene una serie de órdenes dirigidas al MARN que requieren de su accionar⁹⁰⁶. Asimismo, la sentencia fue publicada en la prensa, funcionarios gubernamentales hicieron declaraciones públicas sobre la sentencia poco después de dictada⁹⁰⁷ y los Demandantes presentaron una copia de la sentencia junto a su Memorial en este Arbitraje en julio de 2020. No queda, entonces, lugar a dudas que todo el Gobierno de Guatemala, incluido el MARN, estaba al tanto de la sentencia, y es injustificable que la Corte haya demorado la notificación oficial sin más que el claro objeto de retrasar la implementación de su propio fallo.

295. Asimismo, el argumento de Guatemala de que la sentencia del 11 de junio de 2020 no contenía sorpresas ni elementos inusuales, sino que, por el contrario, era perfectamente coherente con las sentencias previas dictadas por la Corte de Constitucionalidad en materia de procesos de consultas conforme al Convenio 169 de la OIT⁹⁰⁸ es incongruente con la postura del Gobierno de que se requiere una aclaración o ampliación a los efectos de la implementación de dicho fallo. De hecho, según informa la prensa, el MEM ya ha comenzado el proceso de consultas para Minera San Rafael⁹⁰⁹. Como en el caso de Exmingua, la Corte de Constitucionalidad había ordenado al MARN tomar una serie de medidas en su sentencia de apelación de amparo con respecto a la licencia de explotación de Minera San Rafael para Escobal⁹¹⁰.

296. Efectivamente, el motivo esgrimido por el MARN para solicitar la aclaración no tiene sentido. Como explica el Profesor Fuentes, conforme al Artículo 70 de la Ley de Amparo, una parte puede solicitar la aclaración cuando “los conceptos de un auto o de una sentencia, sean oscuros, ambiguos o contradictorios”⁹¹¹. En su recurso de aclaración, el MARN sostiene que la sentencia de la Corte de Constitucionalidad era inconsistente ya que le ordenaba coordinar medidas ambientales en San Pedro Ayampuc y San José del Golfo, a pesar de que el EIA de Progreso VII se había aprobado únicamente para San Pedro Ayampuc⁹¹². Esta afirmación es artificiosa. Si bien la mina Progreso VII está ubicada

⁹⁰⁶ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 3207-2016 y 3344-2016, Sentencia del 11 de junio de 2020, pp. 88-89 [p. 44 ENG] (C-0145) (en virtud de la cual se ordena al MARN que tome una serie de medidas).

⁹⁰⁷ Ver, p. ej., Rosa María Bolaños, “Explotación de minerales metálicos está suspendida en Guatemala, tras 3 sentencias de la CC”, *Prensa Libre* del 26 de junio de 2020 (C-0898).

⁹⁰⁸ Ver Memorial de Contestación de la Demandada ¶¶ 130-132.

⁹⁰⁹ Rosa María Bolaños, “Tras casi 4 años suspendida, inicia proceso de preconsulta a comunidades por mina San Rafael”, *Prensa Libre* del 15 de enero de 2021, p. 1 [p. 1 ENG] (C-0897); “*Pre-consultation for Pan American Silver’s Escobal begins this month*” (Comienza este mes preconsulta para Escobal de Pan American Silver), *Mining.com* del 6 de abril de 2021 (C-0899).

⁹¹⁰ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente N.º 4785-2017, Sentencia del 3 de septiembre de 2018, pp. 547-548 [pp. 31-32 ENG] (C-0459).

⁹¹¹ Ley de Amparo, Art. 70 (C-0416); Fuentes II ¶ 102.

⁹¹² Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 3207-2016 y 3344-2016, Recurso de Aclaración del MARN del 1 de septiembre de 2020, pp. 3-4 (C-0668).

en San Pedro Ayampuc, el EIA consideraba también los impactos sociales y ambientales en los pueblos y asentamientos cercanos, incluido San José del Golfo⁹¹³. Dado que había aprobado el EIA, el MARN tenía, por supuesto, pleno conocimiento de esto. El único motivo posible para que el MARN presentara este recurso de aclaración era el de crear una justificación para retrasar el comienzo del proceso de consultas y, así, suspender indefinidamente las operaciones de Exmingua.

297. Asimismo, como mencionamos y como confirmó el Profesor Fuentes, la Corte de Constitucionalidad debe pronunciarse sobre el recurso de aclaración o ampliación *dentro de las 48 horas*⁹¹⁴. Además, la Corte de Constitucionalidad parece ajustarse a esta norma, como denota el hecho de que rechazó con celeridad el recurso de ampliación y aclaración presentado por Exmingua con respecto a su sentencia del 5 de mayo de 2016 dentro del plazo de tres días corridos⁹¹⁵. Incluso si se ignora la injustificable demora de la Corte en notificar oficialmente al MARN de su sentencia del 11 de junio de 2020 (permitiéndole así al MARN evadir el plazo de 24 horas dentro del cual se deben presentar los recursos de aclaración), la solicitud del MARN se presentó el 1 de septiembre de 2020, y la Corte de Constitucionalidad debería, por tanto, haberse pronunciado a más tardar el 3 de septiembre de 2020. No obstante, más de nueve meses después, dicho recurso continúa pendiente de resolución, ofreciéndole a Guatemala otra conveniente excusa creada por ella misma para evadir sus obligaciones y mantener intacta la suspensión indefinida de la licencia de Exmingua.

298. Asimismo, independientemente de la finalidad de la sentencia de la Corte del 11 de junio de 2020, el MEM estuvo obligado a completar las consultas desde que la Corte Suprema y la Corte de Constitucionalidad se lo ordenaran en 2015. En su sentencia de noviembre de 2015, mediante la cual otorga el amparo provisional, la Corte Suprema suspendió la licencia de Exmingua mientras permanecieran pendientes las consultas por parte del MEM; si bien ese fallo de la Corte no le ordenaba expresamente al MEM llevar a cabo las consultas, dicha orden debía estar implícita en su objeto, como manifiesta CALAS al solicitar la suspensión por medio de un amparo provisional para “la restitución del derecho de consulta”⁹¹⁶. En su sentencia del 5 de mayo de 2016, donde rechaza los recursos de Exmingua y el MEM contra el amparo provisional de la Corte Suprema del 11 de noviembre de 2015, la Corte de Constitucionalidad no solo confirmó la suspensión de la licencia de Exmingua, sino que

⁹¹³ Ver EIA de Progreso VII, pp. 58-59 (C-0082).

⁹¹⁴ Ley de Amparo, Art. 71 (C-0416); Fuentes II ¶ 102.

⁹¹⁵ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 795-2016 y 1380-2016, Sentencia del 9 de mayo de 2016 sobre el recurso de ampliación y aclaración presentado por Exmingua, p. 4 [p. 3 ENG] (C-0554); ver también Memorial de los Demandantes ¶ 90.

⁹¹⁶ Solicitud de Amparo Nuevo de CALAS del 29 de agosto de 2014, pp. 19-20 [p. 12 ENG] (C-0137).

además explicitó la obligación del MEM de llevar a cabo las consultas, fallando que el MEM “podrá hacer recobrar la vigencia de la licencia de explotación minera en el momento en que realice y concluya, a la brevedad posible, el procedimiento de consulta previa e informada, establecido en el Convenio 169 [de la OIT]”⁹¹⁷.

299. Como explica el Profesor Fuentes, de conformidad con la Ley de Amparo, una decisión en apelación emitida por la Corte de Constitucionalidad en una acción de amparo es definitiva, salvo que se presente oportunamente una solicitud de aclaración o ampliación⁹¹⁸. En este caso, no se presentó ningún recurso de aclaración o ampliación con respecto a la sentencia de la Corte de Constitucionalidad sobre el amparo provisional, el cual la Corte claramente consideraba plenamente vigente cuando rechazó, el 5 de octubre de 2017, el recurso de revocatoria de dicha sentencia presentado por Exmingua, manifestando que “permanecen las circunstancias que hacen aconsejable mantener esa protección temporal”⁹¹⁹. El informe del MEM presentado a la Corte el 11 de junio de 2020 confirma esta interpretación, ya que se refiere reiteradamente a la obligación del MEM conforme a las órdenes de la Corte Suprema y de la Corte de Constitucionalidad de realizar las consultas conforme al Convenio 169 de la OIT⁹²⁰.

300. Por consiguiente, luego de que el MEM haya estado obligado durante más de cuatro años a realizar las consultas, no tiene sentido que Guatemala arguya en su Memorial de Contestación de diciembre de 2020 que el MEM no puede hacerlo porque la sentencia de la Corte de Constitucionalidad del 11 de junio de 2020 no se encuentra firme. Como revela el informe del MEM, el MEM efectivamente comenzó a contactar a las comunidades locales inmediatamente después de dictada la sentencia de la Corte de Constitucionalidad del 5 de mayo de 2016 a fin de intentar establecer un proceso acordado para llevar a cabo las consultas. El informe también revela el motivo notoriamente distinto esgrimido por el MEM para su falta de avance en la preparación de las consultas desde comienzos de 2017:

[E]l rechazo en reiteradas ocasiones por parte de los miembros que conforman el denominado Movimiento de Resistencia Pacífica La Puya, y la inasistencia de los diversos actores tanto municipales como comunitarios, convocados por este Ministerio, ha dificultado la verificación efectiva de un proceso de diálogo y participación

⁹¹⁷ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 795-2016 y 1380-2016, Sentencia del 5 de mayo de 2016, p. 4 [p. 4 ENG] (C-0143); *ver también* Memorial de los Demandantes ¶ 89.

⁹¹⁸ Fuentes II ¶ 102.

⁹¹⁹ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 3207-2016 y 3344-2016, Auto del 5 de octubre de 2017 donde se rechaza el recurso de revocatoria presentado por Exmingua, p. 1 [p. 1 ENG] (C-0563).

⁹²⁰ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 3207-2016 y 3344-2016, Informe del MEM del 10 de junio de 2011, presentado ante la Corte de Constitucionalidad el 11 de junio de 2020 con la Carta de presentación del MEM del 9 de junio de 2020, pp. 4, 7, 12, 15 (C-0872).

comunitaria para establecer una ruta de trabajo, tendiente al desarrollo de la Consulta de Conformidad con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales⁹²¹.

301. El informe indica que, en las reuniones que el MEM organizó a fin de preparar las consultas, los participantes que se identificaron como parte de La Puya no estaban interesados en las consultas, sino en eliminar los proyectos mineros por completo⁹²². Por contraste, como también demuestra el informe, en enero y febrero de 2017, los representantes autorizados del COCODES de 19 aldeas locales se reunieron por separado con el Viceministro de Desarrollo Sostenible del MEM, o intentaron reunirse con él, “para manifestar su apoyo al derecho minero Progreso VII Derivada”⁹²³.

302. En su declaración testimonial, Pérez, Viceministro de Desarrollo Sostenible del MEM, no menciona nada de esto. Por el contrario, manifiesta en general y sin ofrecer prueba alguna que “el Poder Ejecutivo está desarrollando actualmente un proyecto de Reglamento que incluya lineamientos para la realización de las consultas con los Pueblos Indígenas y que se pueda utilizar como Acuerdo Gubernamental”⁹²⁴. No obstante, Pérez no menciona que la Corte de Constitucionalidad ya había declarado inconstitucional en 2011 el proyecto de reglamento para el proceso de consulta pública propuesto por el Poder Ejecutivo, y que el año pasado rechazó una solicitud de dictamen sobre la constitucionalidad de un nuevo proyecto de dicho reglamento presentada por el Presidente de Guatemala⁹²⁵. Asimismo, Pérez ignora que, desde 2007, la Corte de Constitucionalidad ha hecho hincapié en la necesidad de que el Poder Legislativo promulgue dicho reglamento, e incluso le ha ordenado hacerlo, aunque sin éxito⁹²⁶.

303. La declaración testimonial de Pérez contrasta marcadamente con las recientes declaraciones públicas vertidas por el exministro y el ministro actual de Energía y Minas. Como indicó a la prensa el exministro de Energía y Minas: “Lamentablemente, durante el gobierno anterior no se hizo nada, no se

⁹²¹ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 3207-2016 y 3344-2016, Informe del MEM del 10 de junio de 2011, presentado ante la Corte de Constitucionalidad el 11 de junio de 2020 con la Carta de presentación del MEM del 9 de junio de 2020, p. 15 (C-0872).

⁹²² Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 3207-2016 y 3344-2016, Informe del MEM del 10 de junio de 2011, presentado ante la Corte de Constitucionalidad el 11 de junio de 2020 con la Carta de presentación del MEM del 9 de junio de 2020, p. 12 (C-0872).

⁹²³ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 3207-2016 y 3344-2016, Informe del MEM del 10 de junio de 2011, presentado ante la Corte de Constitucionalidad el 11 de junio de 2020 con la Carta de presentación del MEM del 9 de junio de 2020, pp. 9, 10 (C-0872).

⁹²⁴ Pérez ¶ 15.

⁹²⁵ Ver Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente N.º 1072-2011, Sentencia del 24 de noviembre de 2011, pp. 1, 11-12 (C-0659); Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente N.º 306-2020, Sentencia del 7 de julio de 2020, pp. 22-23 [p. 4 ENG] (C-0660); ver también Fuentes II ¶¶ 62-64.

⁹²⁶ Ver Fuentes I ¶¶ 50-51; Fuentes II ¶¶ 54, 57-69.

avanzó con nada, y eso obviamente afecta las inversiones⁹²⁷. Y en una entrevista reciente, el actual Ministro de Energía y Minas Alberto Pimentel declaró lo siguiente con respecto a la suspensión de la licencia de explotación de Minera San Rafael para Escobal:

[E]l proyecto minero el Escobal [...] se cree que puede generar en torno al 1% del producto interno bruto [nacional]. [...] Nacionales, estaríamos hablando de un entorno a los 6 mil millones de Quetzales. Eso hoy no se está generando, porque evidentemente [...] la mina está suspendida, pero el impacto es aún mayor, porque asociado al cierre de la mina o la suspensión de la mina, [...] una economía que se preparó para atender a los trabajadores [...], ha sufrido. [...] [N]uestras estimaciones es que tenemos un potencial para que esta actividad en específico pudiera superar el torno al 4 o 5% del PIB [nacional]. Por eso es importante que generemos de esa certeza en las inversiones, que podamos aprovechar nuestra riqueza como país⁹²⁸.

304. En referencia a las sentencias de la Corte de Constitucionalidad en los casos Oxec, Minera San Rafael, CGN y Exmingua, el Ministro Pimentel manifestó lo siguiente:

Yo tampoco entiendo las razones que dieron a las cortes a suspender estos procesos, sobre todo cuando está muy claro que el obligado a aplicar a realizar la consulta es el gobierno. En este caso, el gobierno de la república de Guatemala. [Y] de hecho entiendo menos cuando esta misma Corte de Constitucionalidad en un caso que jurídicamente así del tipo, falló de forma distinta me refiero al caso de la hidroeléctricas Oxec I y Oxec II donde [la Corte] manda el Ministerio de Energía y Minas a llevar a cabo el proceso de consulta pero claramente estipula que no siendo el inversionista el culpable de la falta de consulta, pues [...] no se va a suspender el proceso. Lo cierto es que luego viene la sentencia del Escobal y luego han venido dos empresas más indignas, las últimas tres me refiero a los procesos mineros, donde sí han suspendido el derecho. Al final, aunque no lo entiendan, lo que sí le puedo decir es que, en un estado de derecho, las decisiones de las cortes se acatan, y al Ministerio de Energía y Minas se le ha correspondido la obligación de suspender los derechos en tanto reales de las consultas⁹²⁹.

305. En su discurso inaugural del 14 de abril de 2021, el actual Presidente de la Corte de Constitucionalidad, Roberto Molina Barreto, también criticó la politización de las recientes sentencias de la Corte en materia del derecho de consulta conforme al Convenio 169 de la OIT, en virtud de las cuales se penalizó injustamente a las empresas que habían cumplido con la ley:

⁹²⁷ “Pre-consultation for Pan American Silver’s Escobal begins this month” (Comienza este mes preconsulta para Escobal de Pan American Silver), *Mining.com* del 6 de abril de 2021 (C-0899).

⁹²⁸ Transcripción de la entrevista de Canal Antigua #Alas845 con Alberto Pimentel del 5 de abril de 2021, p. 2 (Minutos 18:33-20:05) (C-0900).

⁹²⁹ Transcripción de la entrevista de Canal Antigua #Alas845 con Alberto Pimentel del 5 de abril de 2021, pp. 1-2 (Minutos 17:07-18:13) (C-0900).

“[L]a función que debe corresponder al Tribunal Constitucional es la de generar el menor impacto negativo posible, --no provocar más desempleo y la separación de familias, con el cierre de empresas, pero a la vez, coadyuvar con la conservación del medio ambiente, sin mermar la recaudación tributaria--, entre otros elementos; lo que parece no haber sido tomado en cuenta, principalmente en la aplicación del Convenio 169 de la OIT, pues siendo inevitable la explotación de recursos e innegable el derecho de consulta a los pueblos, *lo que sí resulta inaceptable es la ideologización y politización de los procesos*. El Tribunal Constitucional, insisto, debe ser metodoso y abstenerse de hacer acopio de esos estándares internacionales en materia de derechos humanos “a conveniencia y a la medida”. [...] Si bien el artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad faculta al Tribunal Constitucional para poder separarse de su propia jurisprudencia, *ello debe ser producto de una innovación debidamente razonada y no resultado de una aplicación selectiva, casuística o caprichosa*. Por ello, considero de vital importancia que en la Octava Magistratura se fortalezca la Unidad de Jurisprudencia y Gaceta de la Corte, a efecto de poder llevar a cabo una revisión cuidadosa de los *diferentes criterios emitidos* y una eficaz y verdadera clasificación de los fallos, la jurisprudencia y doctrina legal sentada, para hacerla verdaderamente accesible y comprensible al usuario⁹³⁰.

306. Molina, el Presidente de la Corte de Constitucionalidad, profundizó su crítica en una entrevista, de la siguiente manera:

[E]n materia de derechos humanos, específicamente el que más ha sido controversial es la aplicación del Convenio 169 de la OIT porque *allí ha habido muchos problemas, muchos fallos contradictorios*. Muchas resoluciones que *en unos sí cierran, en otros no cierran las empresas*, y eso causa otra serie de problemas como el desempleo, la separación de familias porque van a buscar un futuro en otros países y creo yo que allí pues que ha habido una serie de problemas, pero, van a disculpar, que yo sí insista, pero esto es lo que ha sido causado por esta última magistratura, porque *en circunstancias iguales, resuelven en forma diferente*. ¿Por qué lo digo? Porque es innegable el derecho de los Estados de aprovechar sus recursos naturales, siempre y cuando se respete también, esto que es innegable, el derecho de consulta de los pueblos. Pero lo que ha sido malinterpretado es qué es, en qué consiste este procedimiento de consulta y, por supuesto, innegable que se debe de cuidar el medio ambiente.

Entonces esto ha creado una situación que muchas veces es ajeno a las empresas o a las comunidades alrededor de los proyectos. Sino que es un lío de interés de grupos sociales que incluso han podido manipular situaciones y que pareciera que viven de conflicto social y provocan polarización y provocan que un tribunal ya se meta en situaciones que no le competen. Y como le digo cuando hay una contradicción de fallos, parece que se está politizando los procesos de consulta porque el que es obligado a

⁹³⁰ Roberto Molina Barreto, “La función del tribunal constitucional en el sistema republicano de gobierno”, Discurso de instalación como Presidente del Tribunal del 14 de abril de 2021, pp. 9-10 [pp. 9-10 ENG] (C-0671) (énfasis añadido).

consultar es el Estado a través de los órganos competentes. Y, eso pues obviamente provoca cuándo sí hay cierres y cuándo no hay cierres, pues provoca inseguridad jurídica en todos los temas, falta de certeza jurídica, eso deprime la inversión en el país y provoca una serie de conflictividades lamentables, puestas y a veces, mucho de las resoluciones tomadas muy arbitrariamente y en forma caprichosa⁹³¹.

307. El trato dispar de Guatemala para con Exmingua es innegable⁹³². En el caso *Oxec*, ejemplo, la Corte de Constitucionalidad emitió lineamientos para el desarrollo de las consultas, permitió la continuación de las operaciones mientras se completaban las consultas, y, apenas un mes después del fallo de la Corte de Constitucionalidad, el MEM informó que había ejecutado un plan de consultas para el proyecto *Oxec*⁹³³. Seis meses más tarde, el MEM completó las consultas con 11 comunidades en el área de influencia del proyecto *Oxec*⁹³⁴. Como reconoció el Ministro Pimentel, la sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad en el caso *Oxec* contrasta con sus fallos en los casos San Rafael, CGN y Exmingua en la medida en que la Corte permitió que procedieran las consultas sin suspender la operación de los proyectos de *Oxec*, a pesar de que los casos revestían todos la misma naturaleza.

308. El trato de Guatemala para con Exmingua también difiere de su trato para con *Minera San Rafael* y *CGN*. Como mencionamos, el proceso de consulta de la licencia de explotación de *Minera San Rafael* para Escobal ya ha comenzado⁹³⁵, mientras que Guatemala continúa demorando el comienzo de las consultas para la licencia de explotación de Exmingua. En el caso de CGN, la Corte de Constitucionalidad ordenó la suspensión de la licencia de explotación de Fénix el 18 de junio de 2019 y, el 18 de junio de 2020, dictó una sentencia definitiva mediante la cual mantuvo la suspensión y ordenó al MEM llevar a cabo las consultas en un plazo de 18 meses⁹³⁶. A pesar de estas sentencias, según consta, la mina continuó operando durante 19 meses más, hasta el 2 de febrero de 2021, cuando

⁹³¹ Transcripción de la entrevista de Canal Antigua con Roberto Molina Barreto, Presidente de la Corte de Constitucionalidad, del 15 de abril de 2021, (Minuto 15.00) (C-0901) (énfasis añadido).

⁹³² Ver Memorial de los Demandantes ¶¶ 103, 107-115.

⁹³³ Memorial de los Demandantes ¶¶ 107-108; ver también Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes Acumulados N.º 90-2017, 91-2017 y 92-2017, Sentencia del 26 de mayo de 2017, p. 101 [p. 4 ENG] (C-0441); ver también Solicitud de Exmingua a la Corte de Constitucionalidad del 8 de junio de 2017 (C-0555) (donde se solicita la revocación de la sentencia de la Corte del 5 de mayo de 2016 que confirmó el amparo provisional, alegando cambios en las circunstancias en virtud de la sentencia de la Corte en el caso *Oxec*).

⁹³⁴ Memorial de los Demandantes ¶ 108.

⁹³⁵ Rosa María Bolaños, “Tras casi 4 años suspendida, inicia proceso de preconsulta a comunidades por mina San Rafael”, *Prensa Libre* del 15 de enero de 2021, p. 1 [p. 1 ENG] (C-0897); “Pre-consultation for Pan American Silver’s Escobal begins this month” (Comienza este mes preconsulta para Escobal de Pan American Silver), *Mining.com* del 6 de abril de 2021 (C-0899).

⁹³⁶ Memorial de los Demandantes ¶ 115; Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente N.º 697-2019, Sentencia del 18 de junio de 2020, pp. 87, 269, 274 [pp. 3, 4 ENG] (C-0496).

el MEM notificó a CGN que la licencia se encontraba suspendida⁹³⁷. En el caso de Exmingua, la Corte Suprema ordenó la suspensión de la licencia de explotación de Exmingua el 11 de noviembre de 2015, y el MEM notificó la suspensión a Exmingua cuatro meses más tarde, el 18 de marzo de 2016⁹³⁸.

309. Como demostramos, el intento de Guatemala de justificar su trato discriminatorio culpando a los disturbios sociales no puede prosperar, ya que constituye un intento pobremente enmascarado de atribuir la responsabilidad de su propia falta de implementación del requisito de consulta conforme al Convenio 169 de la OIT durante los últimos 25 años a Exmingua y, en última instancia, a los Demandantes. Las operaciones de Exmingua han estado suspendidas durante más de cinco años, sin que las consultas hayan siquiera comenzado. Claramente, por ende, la suspensión no es necesaria para realizar las consultas, por lo que la ésta es desproporcionada, arbitraria y discriminatoria.

5. Guatemala inició acciones penales sin fundamento contra Exmingua

310. Poco después de emitir la orden de suspensión en marzo de 2016, Guatemala inició acciones penales infundadas contra Exmingua, incautó su concentrado de oro y se negó a restituirlo durante casi cuatro años, como se detalla en el Memorial de los Demandantes⁹³⁹ y a continuación.

a. Guatemala orquestó un operativo encubierto con Exmingua como objetivo

311. Como demostramos en el Memorial de los Demandantes, el 9 de mayo de 2016, cuatro días después de que la Corte de Constitucionalidad determinara que la licencia de explotación de Exmingua para Progreso VII recobraría vigencia únicamente luego de que el MEM llevara a cabo las consultas, el Ministerio Público orquestó un operativo encubierto que involucraba a la Procuraduría General de la Nación, la Fiscalía de Delitos Contra el Ambiente, la Dirección de Investigaciones Criminalísticas y el MEM, durante el cual detuvo y registró un vehículo ocupado por cuatro trabajadores de Exmingua, detuvo a los trabajadores e incautó 19 bolsas de concentrado de oro⁹⁴⁰.

⁹³⁷ Declaración oficial de Solway Investment Group con respecto a la suspensión de la Licencia del Proyecto Fénix del 20 de junio de 2020 (actualizada el 8 de febrero de 2021) (C-0902).

⁹³⁸ Memorial de los Demandantes ¶¶ 97-98; Resolución N.º 1202 del Ministerio de Energía y Minas del 10 de marzo de 2016 (C-0139) (con notificación a Exmingua el 18 de marzo de 2016); Corte Suprema de Guatemala, Expediente N.º 1592-2014, Sentencia del 11 de noviembre de 2015, p. 1 [p. 1 ENG] (C-0004).

⁹³⁹ Memorial de los Demandantes ¶¶ 125-132; *ver también* Fuentes I ¶¶ 185-193; Fuentes II ¶¶ 163-167.

⁹⁴⁰ Memorial de los Demandantes ¶ 126; Policía Nacional Civil de Guatemala, Informe de Investigación del 9 de mayo de 2016 (C-0148); *ver también* Asiento en el Registro 359-2017 del Almacén de Evidencias del Almacén Central Judicial del Poder Judicial de Guatemala del 27 de julio de 2017 (R-0125) (donde se registra la recepción de 19 bolsas de concentrado de oro); Memorial de Contestación de la Demandada Nota al pie N.º 578.

312. En su Memorial de Contestación, Guatemala hace hincapié como una “cuestión de gran importancia [...] que aquí no se ha realizado ninguna “operación encubierta” para detener a los empleados de Exmingua que llevaban el concentrado [...] mientras que lo que aquí sucedió fue un simple control carretero que resultó en la determinación de que las personas involucradas podían estar incurriendo en un delito en flagrancia”⁹⁴¹.

313. La alegación de Guatemala ignora las pruebas que la contradicen, específicamente el informe de investigación presentado ante el tribunal el 9 de mayo de 2016 por la Policía Nacional Civil de Guatemala, el cual se refiere expresamente a un “operativo policial encubierto” iniciado a instancias de la Fiscalía de Delitos Contra el Ambiente del Ministerio Público⁹⁴². El informe especifica lo siguiente:

[H]oy (09/05/2016) siendo las 10:00 horas se montó un operativo Policial encubierto [...] donde se encuentra una bodega de almacenamiento de minerales de oro y plata, siendo las 10:30 horas am, sale de dicha bodega el vehículo tipo pick-up [...], por lo que se le marcó el alto respectivo para identificación y registro así como las personas que lo abordan⁹⁴³.

En lugar de una parada de tránsito de rutina, este fue claramente un operativo planeado en el contexto de una investigación penal por parte de una rama especializada de las autoridades guatemaltecas de aplicación de la ley.

314. Contrariamente a lo que alega Guatemala en su Memorial de Contestación en el sentido de que este “control” “resultó en la determinación de que las personas involucradas podían estar incurriendo en un delito en flagrancia”, la posterior acción penal iniciada contra los cuatro trabajadores, acusándolos de explotación ilegal de recursos naturales, fue desestimada al día siguiente por el Juzgado Cuarto de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente (“Juzgado Cuarto de Primera Instancia Penal”)⁹⁴⁴. Ese juzgado también ordenó que se notificara al Ministerio Público “para que se investigue en cuanto a la detención de los sindicados por una posible detención ilegal”⁹⁴⁵. El Ministerio Público apeló esta sentencia, pero el recurso de apelación también fue desestimado, en vista de lo cual

⁹⁴¹ Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 354.

⁹⁴² Policía Nacional Civil de Guatemala, Informe de Investigación del 9 de mayo de 2016, pp. 1-2 [p. 2 ENG] (C-0148).

⁹⁴³ *Ibid.*, pp. 1-2 [p. 2 ENG].

⁹⁴⁴ *Ver* Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente, Expediente N.º 242-2016, Sentencia del 11 de mayo de 2018, p. 1 [p. 1 ENG] (C-0545) (citando la sentencia del 10 de mayo de 2016 del Juzgado Cuarto de Primera Instancia Penal).

⁹⁴⁵ *Ver* Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente, Expediente N.º 242-2016, Sentencia del 11 de mayo de 2018, p. 1 [p. 1 ENG] (C-0545) (citando la sentencia del 10 de mayo de 2016 del Juzgado Cuarto de Primera Instancia Penal).

el Ministerio Público interpuso acciones ante la Corte Suprema y la Corte de Constitucionalidad, las cuales resultaron en la confirmación de la inocencia de los trabajadores⁹⁴⁶.

315. A pesar de los arrestos y la incautación absolutamente infundados, la desestimación del caso al día siguiente y la posterior desestimación de todos los recursos de apelación para julio de 2019, el concentrado incautado se restituyó apenas unas semanas antes de la presentación de esta Réplica, en abril de 2021, como se explica a continuación⁹⁴⁷.

b. Guatemala incautó más concentrado sin causa y se negó a restituirlo durante casi cuatro años

316. Como también se indica en el Memorial de los Demandantes, además de arrestar a los cuatro trabajadores e incautar el concentrado que transportaban, el 6 de junio de 2016, el Auxiliar Fiscal del Ministerio Público, actuando bajo una orden emitida el día anterior por el Juzgado Cuarto de Primera Instancia Penal y acompañado por representantes del MEM y la policía, registró y secuestró el yacimiento minero y la planta de Exmingua⁹⁴⁸. La inspección resultó en la incautación de grandes cantidades del concentrado de oro de Exmingua⁹⁴⁹.

317. En su Memorial de Contestación, Guatemala afirma que los Demandantes habían omitido mencionar que una parte importante del concentrado se encontraba en las instalaciones de Exmingua y que “[h]asta la última información disponible, Exmingua no había solicitado al Juzgado Cuarto de

⁹⁴⁶ Memorial de los Demandantes ¶ 127, 129-131; *ver también* Corte Suprema de Guatemala, Expediente N.º 1464-2016, Sentencia del 2 de julio de 2019, pp. 1-2 [pp. 1-2 ENG] (C-0509) (“el Ministerio Público [...] promovió acción constitucional contra [...] la resolución de veintiséis de mayo de dos mil dieciséis [del Juzgado Cuarto de Primera Instancia Penal]; [...] la Cámara de Amparo y Antejuicio de la Corte Suprema de Justicia denegó la relacionada acción, por notoriamente improcedente, en sentencia de veinticinco de mayo de dos mil diecisiete; [...] el Ministerio Público [...] apeló el fallo anterior; [...] la Corte de Constitucionalidad en sentencia de treinta de enero de dos mil dieciocho, declaró con lugar el recurso de apelación instado, y como consecuencia, revocó la sentencia subida en grado, otorgó el amparo solicitado por el Ministerio Público, dejó en suspenso en cuanto al reclamante el auto de veintiséis de mayo de dos mil dieciséis, emitido por la autoridad cuestionada que constituye el acto reclamado, ordenando que ésta dicte nueva resolución congruente con lo considerado, fijándole para el efecto el plazo y apercibimiento respectivos; [...] en cumplimiento a lo ordenado por la Corte de Constitucionalidad, la Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente dictó la resolución de once de mayo de dos mil dieciocho, en la que declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público”); *ibid.* p. 8 [p. 5 ENG] (en virtud de la cual se desestima el recurso de apelación del Ministerio Público, concluyendo que la resolución del 11 de mayo de 2018 estaba “en cumplimiento a lo ordenado por la Corte de Constitucionalidad”); Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente, Expediente N.º 242-2016, Sentencia del 11 de mayo de 2018 (C-0545) (en virtud de la cual se desestima la acción del Ministerio Público).

⁹⁴⁷ *Ver también* Memorial de los Demandantes ¶ 127; Kappes I ¶ 140.

⁹⁴⁸ Memorial de los Demandantes ¶ 128; Juzgado Cuarto de Primera Instancia Penal, Expediente N.º C-01069-2016-00228, Auto del 5 de junio de 2016 (C-0547); Ministerio Público, Informe del 6 de junio de 2016 (C-0549).

⁹⁴⁹ Memorial de los Demandantes ¶ 128; Juez de Paz de San José del Golfo, Expediente N.º C-01069-2016-00228, Resolución N.º 008-2016 del 24 de junio de 2016 (C-0548) (informe de inspección del almacén de Exmingua y pesaje de las bolsas de concentrado incautadas); Ministerio Público, Informe del 6 de junio de 2016 (C-0549).

Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente la devolución del concentrado de oro [*sic*]”⁹⁵⁰.

318. Estas afirmaciones son manifiestamente incorrectas. El Memorial de los Demandantes claramente menciona que “a pesar de la destitución de los cargos penales contra los trabajadores de Exmingua y de los continuos esfuerzos de Exmingua por liberar su concentrado, las 19 bolsas de concentrado de oro incautadas el 9 de mayo de 2016 y el concentrado de oro ubicado en el lugar y secuestradas después de la orden del 5 de junio de 2016 siguen confiscadas”⁹⁵¹. El Memorial de los Demandantes también hace referencia a la solicitud presentada por Exmingua el 22 de enero de 2020 ante el Juzgado Cuarto de Primera Instancia Penal requiriendo la liberación de sus instalaciones, equipos y maquinaria, incluido el concentrado de oro (más de 10 meses antes de que Guatemala presentara su Memorial de Contestación en este Arbitraje)⁹⁵².

319. Guatemala intenta también distraer la atención del secuestro ilegítimo del concentrado refiriéndose a los “bienes secuestrados” cuya restitución la Corte o el Ministerio Público permitió en 2018⁹⁵³. Como muestran los documentos citados por Guatemala, estos objetos eran computadoras secuestradas de las oficinas de Exmingua el 7 de junio de 2016, cuya restitución había sido solicitada por el abogado de Exmingua⁹⁵⁴. Estos documentos denotan los continuos esfuerzos de Exmingua para recuperar sus bienes secuestrados.

320. Asimismo, Guatemala alega, sin prueba alguna, que “la investigación penal todavía sigue abierta y sigue siendo conducida por las Autoridades competentes en Guatemala”⁹⁵⁵.

321. Esta alegación también es manifiestamente incorrecta. En la audiencia que finalmente se llevó a cabo el 25 de marzo de 2021 (luego de reiteradas postergaciones por parte de Guatemala) con respecto a la solicitud de liberación del concentrado, entre otras cuestiones, presentada por Exmingua, el

⁹⁵⁰ Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 356; *ver también ibid.* ¶ 526.

⁹⁵¹ Memorial de los Demandantes ¶ 132.

⁹⁵² *Ibid.* ¶ 132; *ver también* Solicitud de Exmingua del 22 de enero de 2020 para el levantamiento del cierre, des-inmovilización de equipos y liberación de maquinaria, presentada ante el Juzgado Cuarto de Primera Instancia Penal el 31 de enero de 2020 en el Expediente N.º 01069-2016-00228 (C-0454).

⁹⁵³ Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 356, Nota al pie N.º 577.

⁹⁵⁴ Juzgado Cuarto de Primera Instancia Penal, Expediente N.º 1069-2016-00228, Auto del 27 de abril de 2018 (R-0122) (en virtud del cual se ordena la restitución de las computadoras a solicitud del abogado de Exmingua); Fiscalía de Delitos Contra el Ambiente, Expediente N.º 0109-2016-00228, Auto del 4 de junio de 2018 al Juzgado Cuarto de Primera Instancia Penal (R-0123) (en virtud del cual se solicita el dictado de una nueva orden judicial para la restitución de las computadoras porque la orden original identificaba incorrectamente el almacén judicial donde se encontraban las computadoras).

⁹⁵⁵ Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 355; *ver también ibid.* ¶ 525 (“[L]a investigación todavía continúa”).

Ministerio Público confirmó que “no tiene más diligencias que realizar ahí y que ya se realizaron las diligencias oportunas dentro del presente proceso”⁹⁵⁶. La Corte expresó su acuerdo:

Tal como fue solicitado. Se levanta la clausura de los locales [...] Porque no tiene razón de ser. Ya no hay investigación que practicar en este proceso y es en este proceso en donde se clausuró. Así también se levanta la inmovilización de la maquinaria, equipos, materiales y herramientas que se encuentran dentro de ese inmueble, porque también ya no tiene razón de estar inmovilizado porque se inmovilizan para determinar ciertos medios de investigación, pero el Ministerio Público no tiene que realizar ninguna investigación sobre esos objetos. Y también se solicitó la devolución de 11 sacos que fueron secuestrados en ese mismo momento de la diligencia en virtud que son de la representada, pues no se ha violentado ese derecho de propiedad⁹⁵⁷.

322. En su impugnación del recurso de apelación del Procurador General, el Ministerio Público señaló también que “por tener nosotros de manera innecesaria bienes muebles o inmuebles bien sea clausurados o inmovilizados, pudiendo correr el riesgo incluso de incurrir en el delito de abuso de autoridad o entorpecer el acceso a la propiedad privada. [...] [S]i no se hubiesen realizado las diligencias de investigación necesarias para poder acreditar alguna acción penal dentro del presente proceso, pues la verdad sería reprochable a todas luces porque ya estamos superados en años para poder traer aquí a la Judicatura un caso concreto y fuerte”⁹⁵⁸. El Ministerio Público añadió que “no podemos inventarnos acciones y no podemos endilgar una acción o un incumplimiento del Estado a una persona que pues básicamente llenó los requisitos [...]”⁹⁵⁹. La Corte expresó su acuerdo, hizo lugar a la solicitud de Exmingua y desestimó el recurso de apelación del Procurador General (respaldado por CALAS), resolviendo que el Estado había tenido más de tres años para determinar si Exmingua había cometido algún delito, lo cual “es tiempo en demasía para investigar”⁹⁶⁰.

323. Al admitir la solicitud de Exmingua, la Corte ordenó “aperturar el inmueble clausurado [y ordenó] la desinmovilización para entregársele a la representada los productos que fueron

⁹⁵⁶ Juzgado Cuarto de Primera Instancia Penal, Expediente N.º 1069-2016-00228, Transcripción de la audiencia del 25 de marzo de 2021, p. 6 [p. 6 ENG] (C-0677); Juzgado Cuarto de Primera Instancia Penal, Expediente N.º 1069-2016-00228, Auto del 3 de marzo de 2020 (C-0903) (en virtud del cual se pospone la audiencia del 3 de marzo de 2020 al 28 de julio de 2020); *ver también* Fuentes II ¶ 164.

⁹⁵⁷ Juzgado Cuarto de Primera Instancia Penal, Expediente N.º 1069-2016-00228, Transcripción de la audiencia del 25 de marzo de 2021, p. 6 [p. 6 ENG] (C-0677); *ver también* Fuentes II ¶ 164.

⁹⁵⁸ Juzgado Cuarto de Primera Instancia Penal, Expediente N.º 1069-2016-00228, Transcripción de la audiencia del 25 de marzo de 2021, p. 10 [p. 10 ENG] (C-0677); *ver también* Fuentes II ¶ 166-167.

⁹⁵⁹ Juzgado Cuarto de Primera Instancia Penal, Expediente N.º 1069-2016-00228, Transcripción de la audiencia del 25 de marzo de 2021, p. 10 [p. 10 ENG] (C-0677); *ver también* Fuentes II ¶ 166-167.

⁹⁶⁰ Juzgado Cuarto de Primera Instancia Penal, Expediente N.º 1069-2016-00228, Transcripción de la audiencia del 25 de marzo de 2021, p. 12 [p. 12 ENG] (C-0677); *ver también* Fuentes II ¶ 166-167.

requeridos”⁹⁶¹. La Corte también ordenó que “va a ser entregado en calidad de depósito porque la maquinaria, el equipo que está documentado en el Acta de allanamiento, lo cual se devolverá, también los 11 sacos solicitados”⁹⁶². Como explica el Profesor Fuentes, el razonamiento de la Corte confirma la explicación de la ley que ofreció en su Primer Dictamen, específicamente que “en virtud de los Artículos 200, 201 y 202 del Código Procesal Penal, los objetos secuestrados deben devolverse a su tenedor legítimo tan pronto como dejen de requerirse”⁹⁶³. De hecho, la Corte determinó que “como ya se estableció en los artículos descriptos, pues ya en demasía el tiempo no puede estar cerrado un inmueble [...] y no existe razón de ser de que estén clausurados los locales, de que estén inmovilizadas las maquinarias y que los objetos que fueron encontrados [...]”⁹⁶⁴.

324. El 14 de abril de 2021, la Corte emitió un fallo a solicitud de Exmingua, ordenando al MEM y al Ministerio Público reabrir el inmueble el 21 de mayo de 2021⁹⁶⁵. Como explica Kappes en su declaración testimonial, la restitución del concentrado es solo la primera de varias medidas necesarias para mitigar el daño causado por su secuestro⁹⁶⁶. Estas medidas incluyen ajustar la humedad del concentrado, el cual ha estado almacenado los últimos años, para garantizar que su nivel de humedad sea el adecuado y reempaquetarlo en bolsas y contenedores para envío para su exportación para la venta⁹⁶⁷. Exmingua también deberá obtener un nuevo certificado u otro permiso para exportar el concentrado. Asimismo, deberá asegurarse de que el comprador con quien había acordado continúe dispuesto a pagar por el concentrado que iba a comprar hace más de cinco años o, de lo contrario, encontrar otro comprador⁹⁶⁸.

325. Inmediatamente después de que la Corte ordenara la restitución del concentrado, la Procuraduría General de la Nación incautó las cuentas bancarias de Exmingua con motivo de la falta de pago de una multa impuesta por el MEM a Exmingua en 2016 por haber continuado con las operaciones

⁹⁶¹ Juzgado Cuarto de Primera Instancia Penal, Expediente N.º 1069-2016-00228, Transcripción de la audiencia del 25 de marzo de 2021, p. 7 [p. 7 ENG] (C-0677); *ver también* Fuentes II ¶ 165.

⁹⁶² Juzgado Cuarto de Primera Instancia Penal, Expediente N.º 1069-2016-00228, Transcripción de la audiencia del 25 de marzo de 2021, p. 7 [p. 7 ENG] (C-0677); *ver también* Fuentes II ¶ 165.

⁹⁶³ Fuentes II ¶ 166; *ver también* Fuentes I ¶ 191.

⁹⁶⁴ Juzgado Cuarto de Primera Instancia Penal, Expediente N.º 01069-2016-00228, Transcripción de la audiencia del 25 de marzo de 2021, pp. 6-7 [pp. 6-7 ENG] (C-0677); *ver también* Fuentes I ¶ 192; Fuentes II ¶ 166.

⁹⁶⁵ Juzgado Cuarto de Primera Instancia Penal, Expediente N.º 01069-2016-00228, Auto del 14 de abril de 2021, p. 1 [p. 1 ENG] (C-0678); *ver también* Fuentes II ¶ 167.

⁹⁶⁶ Kappes II ¶ 77.

⁹⁶⁷ *Ibid.* ¶ 78.

⁹⁶⁸ *Ibid.*

después del 18 de marzo de 2016, hasta mayo de 2016⁹⁶⁹. Esta incautación es irrazonable y desproporcional, ya que no considera el hecho de que Exmingua necesita las cuentas bancarias incautadas para pagar por el cumplimiento de sus obligaciones actuales de monitoreo ambiental en la mina y para mantener sus oficinas y personal⁹⁷⁰. Además, ello agrava innecesariamente el conflicto ante este Tribunal, ya que constituye un intento de penalizar a Exmingua forzando la suspensión de sus operaciones, que es el centro de este conflicto⁹⁷¹. Asimismo, dado que Exmingua tiene las operaciones suspendidas desde 2016 y no percibe ingresos, pagar la multa implicaría que los Demandantes tengan que continuar invirtiendo en Guatemala, lo que ha destruido su inversión. De hecho, los Demandantes se verían en la situación insostenible de pagarle a Guatemala solo para luego tener que aumentar el monto de su reclamo en virtud de este Arbitraje.

III. DERECHO

A. Jurisdicción

1. La objeción de ilegalidad planteada por Guatemala es improcedente

326. De manera irresponsable, la Demandada plantea en su Memorial de Contestación una objeción jurisdiccional de ilegalidad completamente infundada⁹⁷². La Demandada alega extensamente que el Tribunal no tiene jurisdicción en virtud del CAFTA-DR sobre los reclamos relativos a una inversión ilegítima⁹⁷³. La Demandada pretende después resumir casos donde los tribunales han desestimado reclamos luego de concluir que la demandante obtuvo su inversión a través de corrupción o fraude⁹⁷⁴.

⁹⁶⁹ *Ibid.* ¶ 79; Resolución N.º 384 del MEM del 16 de noviembre de 2016, p. 3 (C-0904) (en virtud de la cual se impone una multa de GTQ 280.000 a Exmingua por incumplimiento de la Resolución N.º 1202 del MEM del 10 de marzo de 2016, notificada a Exmingua el 18 de marzo de 2016 (C-0139)). El MEM posteriormente desestimó el recurso de revocatoria de la Resolución N.º 1202 presentado por Exmingua, y la Corte Suprema y la Corte de Constitucionalidad desestimaron los recursos de amparo y apelación interpuestos por Exmingua. *Ver* Recurso de revocatoria presentado por Exmingua el 24 de enero de 2017 (C-0905); Resolución del MEM en virtud de la cual se desestima el recurso de revocatoria presentado por Exmingua del 5 de septiembre de 2017 (C-0906); Corte Suprema de Guatemala, Expediente N.º 587-2016, Sentencia del 10 de mayo de 2016 (C-0907) (en virtud de la cual se desestima el recurso de amparo presentado por Exmingua dado que el procedimiento de amparo pendiente de resolución iniciado por CALAS involucraba la misma cuestión); Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente N.º 6095-2017, Sentencia del 19 de febrero de 2018 (C-0908) (en virtud de la cual se desestima el recurso de apelación presentado por Exmingua).

⁹⁷⁰ Kappes II ¶ 79.

⁹⁷¹ *Ver* Corte Suprema de Guatemala, Expediente N.º 587-2016, Sentencia del 10 de mayo de 2016 (C-0907) (en virtud de la cual se desestima el recurso de amparo presentado por Exmingua contra la Resolución N.º 1202 del MEM dado que el procedimiento de amparo pendiente de resolución iniciado por CALAS involucraba la *misma cuestión*).

⁹⁷² La supuesta reserva de derechos de la Demandada (Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 220) para “plantear objeciones en defensa de las demandas en cualquier fase futura de este Arbitraje, incluidas, entre otras, las objeciones a la jurisdicción del Tribunal o la admisibilidad de las demandas, a las ilegalidades relacionadas con la constitución y explotación de la inversión [sic]” es ineficaz. *Ver* Regla 41 de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

⁹⁷³ *Ver* Memorial de Contestación de la Demandada ¶¶ 164-167, 183-199.

⁹⁷⁴ *Ver ibid.* ¶¶ 168-182.

Luego se queja de las supuestas deficiencias del EIA de Exmingua para Progreso VII aprobado por el MARN⁹⁷⁵, y sostiene erróneamente que el permiso de construcción de Exmingua no era válido⁹⁷⁶. Finalmente, la Demandada declara que “los Demandantes constantemente violaron las leyes de Guatemala, o como mínimo demostraron una voluntad constante de ignorar el ordenamiento legal de Guatemala”⁹⁷⁷. Como se demuestra a continuación, la objeción de ilegalidad planteada por la Demandada es improcedente por una cuestión de hecho y de derecho.

a. La objeción de ilegalidad de Guatemala es improcedente por una cuestión de derecho

327. *En primer lugar*, la Demandada asume, sin ofrecer prueba alguna, que la ilegalidad de la inversión constituye un impedimento jurisdiccional conforme al CAFTA-DR. A diferencia de la definición de “inversión” en otros tratados de inversión, incluidos varios de los cuales Guatemala es parte⁹⁷⁸, el Artículo 10.28 del CAFTA-DR no restringe la definición de inversión a aquellas realizadas “de conformidad con la legislación interna” del Estado receptor⁹⁷⁹. El CAFTA-DR tampoco incluye disposición alguna que establezca una cláusula de “legalidad”. En circunstancias como estas, los tribunales han concluido correctamente que las cuestiones relativas a la legalidad de la inversión no son relevantes a los efectos de la jurisdicción del tribunal. Por ejemplo, el tribunal en *Achmea c. Eslovaquia* resolvió que, dado que el TBI Países Bajos-Eslovaquia no contenía ninguna “cláusula de legalidad”, el tratado debía interpretarse “sin inferir el requisito de que no debe haber violación alguna de la legislación del Estado receptor en la realización de la inversión”⁹⁸⁰.

⁹⁷⁵ *Ver ibid.* ¶¶ 200-207.

⁹⁷⁶ *Ver ibid.* ¶¶ 208-214.

⁹⁷⁷ *Ibid.* ¶¶ 215-219.

⁹⁷⁸ *Ver, p. ej.*, TBI Guatemala-Finlandia del 12 de abril de 2005, Art. 1.1 (CL-0360) (“El término “inversión” significa todo tipo de activos *establecidos o adquiridos* por un inversionista de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante *de conformidad con la legislación y reglamentación* de la última Parte Contratante”) (énfasis añadido); TBI Guatemala-Rusia del 27 de noviembre de 2013, Art. I(2) (CL-0361) (“‘Inversiones’ son todo tipo de activos en propiedad *invertidos* por los inversionistas de una Parte Contratante en el territorio del Estado de la otra Parte Contratante, *de conformidad con la legislación* del Estado de la última Parte Contratante”) (énfasis añadido).

⁹⁷⁹ *Ver* CAFTA-DR, Art. 10.28 (CL-0001). Las referencias de la Demandada a las disposiciones de la Ley de Inversión Extranjera de Guatemala (*ver* Memorial de Contestación de la Demandada ¶¶ 164, 183) son erróneas, ya que los Demandantes se respaldan exclusivamente en el CAFTA-DR como fundamento de la jurisdicción del Tribunal.

⁹⁸⁰ *Achmea B.V. (antes Eureka B.V.) c. República Eslovaca [I]*, Caso CPA N.º 2008-13, Laudo Definitivo del 7 de diciembre de 2012 ¶ 171 (CL-0268) (“[E]l Tribunal considera que resulta perfectamente razonable interpretar los términos del Artículo I(a) sin inferir el requisito de que no debe haber violación alguna de la legislación del Estado receptor en la realización de la inversión, para que la inversión esté protegida por el Tratado”); *ver también MNSS B.V. y Recupero Credito Acciaio N.V. c. Montenegro*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/12/8, Laudo del 4 de mayo de 2016 ¶ 212 (CL-0015) (“El Tribunal no considera que el TBI establezca el requisito de que las inversiones deben haberse efectuado de conformidad con la legislación de Montenegro”); *Bear Creek Mining Corp. c. República del Perú*, Caso CIADI N.º ARB/14/21, Laudo, 30 de noviembre de 2017 ¶¶ 319-320 (CL-0139) (“[E]l Tribunal no puede importar un requisito que limite su jurisdicción cuando dicho límite no sea especificado por las partes”).

328. El intento de Guatemala de inferir una cláusula de “legalidad” del Artículo 10.28 del CAFTA-DR⁹⁸¹ es inapropiado. De hecho, el Artículo 10.28 define “inversión” como “*todo* activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión” e incluye una lista no exhaustiva de las “formas que puede adoptar una inversión”⁹⁸². La expresión “licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna”, sobre la cual Guatemala basa su errada interpretación⁹⁸³, aparece en esta lista no exhaustiva; no importa una cláusula de “legalidad” al Tratado. La referencia que hace Guatemala a la nota al pie 10 del Artículo 10.28 y al Artículo 10.14(1) como fundamento de su forzada interpretación⁹⁸⁴ tampoco es convincente. La nota al pie 10 confirma que el modificador “otorgados de conformidad con la legislación interna” se relaciona con la naturaleza de los derechos conferidos al inversionista en virtud de la licencia, autorización o permiso en cuestión, y no al procedimiento a través del cual se confieren dichos derechos⁹⁸⁵. Además, si bien el Artículo 10.14(1) establece que la disposición de trato nacional del CAFTA-DR no prohíbe a las Partes adoptar medidas que requieran que “las inversiones cubiertas se constituyan conforme a las leyes y regulaciones de la Parte”, Guatemala no especifica ninguna medida de esa naturaleza que afecte a las inversiones de los Demandantes⁹⁸⁶.

329. Asimismo, Guatemala malinterpreta el caso *RDC c. Guatemala*, el único caso que cita en el que un tribunal considerara si el Artículo 10.28 contiene una cláusula de “legalidad” implícita⁹⁸⁷. Según Guatemala, “[e]l Tribunal de RDC, al enfrentarse a una definición de inversión en el DR-CAFTA”, “tuvo la oportunidad de discutir el Artículo 10.28 (g)” y sostuvo que “[e]s de esperar que las

⁹⁸¹ Memorial de Contestación de la Demandada ¶¶ 188-194.

⁹⁸² CAFTA-DR, Art. 10.28 (CL-0001).

⁹⁸³ Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 189.

⁹⁸⁴ *Ibid.* ¶ 192.

⁹⁸⁵ Ver CAFTA-DR, Art. 10.28, Nota al pie N.º 10 (CL-0001) (“El 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. Entre las licencias, autorizaciones, permisos o instrumentos similares que no tienen las características de una inversión están aquellos que no generan derechos protegidos conforme a la legislación interna”).

⁹⁸⁶ Ver *Bear Creek Mining Corp. c. República del Perú*, Caso CIADI N.º ARB/14/21, Laudo, 30 de noviembre de 2017, ¶ 319 (CL-0139) (“En este contexto, la siguiente redacción del Artículo 816 del TLC reviste particular relevancia: ‘Nada en el Artículo 803 se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener una medida que prescriba formalidades especiales, conexas al establecimiento de una inversión cubierta, como el requerimiento que las inversiones se constituyan legalmente conforme a la legislación o regulación de la Parte, [...]’. Por consiguiente, el Artículo 816 identifica el requisito de legalidad como una ‘formalidad especial’ que el Estado receptor tiene derecho a adoptar si así lo desea. Ya que en ningún lugar del TLC ni en el expediente existe una disposición de derecho expresa o implícita en el sentido de que Perú utilizara esta opción, solamente se puede concluir que no existe requisito jurisdiccional alguno de que la inversión de la Demandante se constituyera legalmente en virtud del derecho del Perú”).

⁹⁸⁷ Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 190.

inversiones realizadas en un país cumplan con los requisitos legales pertinentes”⁹⁸⁸. No obstante, contrariamente a la errónea caracterización de Guatemala, el tribunal de *RDC* expresó su “acuerdo con la Demandante” “en que ‘conferido de conformidad con el derecho interno’ *no* es una característica de la inversión para calificar como tal, sino una condición de su validez bajo el derecho interno”⁹⁸⁹. El tribunal añadió también que “[i]ncluso si las acciones [del ente gubernamental] con respecto a [la inversión de la demandante] fueron actos *ultra vires* (no conformes al derecho interno), los principios de la justicia deberían impedir al gobierno oponer infracciones de su propia legislación como excepción jurisdiccional cuando [...] [el gobierno] las pasó por alto y [...] avaló una inversión que no se ajustaba a su derecho”⁹⁹⁰.

330. Las referencias de Guatemala a los casos *Inceysa c. El Salvador* y *Salini c. Marruecos* también son erróneas⁹⁹¹. El tribunal de *Inceysa* interpretaba el TBI El Salvador-España, el cual contenía una “cláusula de legalidad” expresa en su cláusula de “promoción y admisión de inversiones”⁹⁹². De manera similar, el tribunal de *Salini* interpretaba el TBI Italia-Marruecos, el cual también contenía una “cláusula de legalidad” expresa⁹⁹³.

331. *En segundo lugar*, incluso asumiendo hipotéticamente que el Tratado contiene una cláusula de legalidad, la sugerencia de la Demandada de que *cualquier* ilegalidad, fraude o mala fe por parte de los Demandantes privaría al Tribunal de jurisdicción o tornaría inadmisibles los reclamos de los Demandantes es incorrecta. Como numerosos tribunales arbitrales y autores han confirmado, los requisitos jurisdiccionales relativos a la legalidad de una inversión o a la conducta de una demandante se aplican únicamente al *establecimiento* de la inversión, y no a las infracciones de la legislación del Estado receptor luego de realizada la inversión. En este sentido, el tribunal de *Fraport c. Filipinas* explicó que “[s]i, al momento de iniciar la inversión, se ha cumplido con la legislación del estado receptor, las alegaciones vertidas por el estado receptor de violaciones a su legislación en el curso de la inversión, a modo de justificación para la acción del estado con respecto a la inversión, podrían constituir una defensa a las violaciones sustantivas del TBI alegadas, pero no podrían privar de su

⁹⁸⁸ *Ibid.* ¶ 190 (citando a *Railroad Development Corp. c. República de Guatemala*, Caso CIADI N.º ARB/07/23, Segunda Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción, 18 de mayo de 2010 ¶ 140 (RL-0127)).

⁹⁸⁹ *Railroad Development Corp. c. República de Guatemala*, Caso CIADI N.º ARB/07/23, Segunda Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción, 18 de mayo de 2010 ¶ 140 (RL-0127) (énfasis añadido).

⁹⁹⁰ *Ibid.* (comillas internas omitidas).

⁹⁹¹ Memorial de Contestación de la Demandada ¶¶ 191, 193.

⁹⁹² Ver TBI El Salvador-España del 14 de febrero de 1995, Art. 2(1) (CL-0362) (“Cada Parte Contratante [...] admitirá estas inversiones conforme a sus disposiciones legales”) (énfasis añadido).

⁹⁹³ Ver TBI Italia-Marruecos del 18 de julio de 1990, Art. 1(1) (CL-0363) (“el término ‘inversión’ significa todas las categorías de bienes invertidos [...] de conformidad con las leyes y reglamentaciones de dicha Parte”) (énfasis añadido).

jurisdicción a un tribunal que actúa en virtud de la autoridad del TBI”⁹⁹⁴. El tribunal de *Metal-Tech c. Uzbekistán* sostuvo de manera similar que la cláusula de “legalidad” únicamente “requiere que la inversión sea legal cuando se la establece inicialmente”⁹⁹⁵.

332. Ninguno de los casos de inversión citados por la Demandada respalda su postura de que cualquier supuesta conducta ilegítima *posterior* al establecimiento de una inversión priva al tribunal de su jurisdicción o torna el reclamo inadmisibles⁹⁹⁶. La doctrina citada por la Demandada reconoce, similarmente, que la conducta indebida de un inversionista posterior a la fecha de realización de la inversión es irrelevante a la cuestión de jurisdicción o admisibilidad⁹⁹⁷. De hecho, la Demandada cita un artículo del Árbitro Douglas para sostener que los reclamos son inadmisibles cuando “la inversión *fue obtenida* [i] por medios ilícitos como la tergiversación fraudulenta o la corrupción, [ii] con un propósito ilegal como el de llevar a cabo un comercio de mercaderías falsificadas, [iii] en violación de una disposición del tratado que requiera la aprobación de las autoridades del Estado anfitrión”⁹⁹⁸. Ninguna de estas situaciones se asemeja al caso que nos ocupa.

⁹⁹⁴ *Fraport AG c. República Filipina*, Caso CIADI N.º ARB/03/25, Laudo del 16 de agosto de 2007 ¶ 345 (RL-0144) (anulado por otros motivos).

⁹⁹⁵ *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, Caso CIADI N.º ARB/10/3, Laudo del 4 de octubre de 2013 ¶ 193 (RL-0142) (en virtud del cual el tribunal resuelve que carecería de jurisdicción únicamente si la inversión hubiera sido *realizada* ilegítimamente, a pesar de que la definición de inversión del TBI establecía que la inversión debía ser realizada *e implementada* de conformidad con la legislación del Estado receptor).

⁹⁹⁶ Memorial de Contestación de la Demandada ¶¶ 168-179; *ver. p. ej., Gustav F.W. Hamester GmbH c. República de Ghana*, Caso CIADI N.º ARB/07/24, Laudo del 18 de junio de 2010 (RL-0139) (“[N]inguna inversión estará protegida *si ha sido creada* en violación de los principios nacionales o internacionales de buena fe; por medio de corrupción, fraude o conducta engañosa; o *si su misma creación* constituye un uso indebido del sistema [...]. Tampoco estará protegida *si se hace* en violación de las leyes del Estado anfitrión”) (énfasis añadido) (citado en el Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 166); *Inceysa Vallisoletana c. República de El Salvador*, Caso CIADI N.º ARB/03/26, Laudo del 2 de agosto de 2006 ¶ 237 (RL-0147) (en virtud del cual se desestima el reclamo cuando la demandante cometió “violaciones a las bases fundamentales de la licitación que hizo posible que ella *hiciera la inversión* que generó la controversia que hoy nos ocupa”) (énfasis añadido) (mencionado en el Memorial de Contestación de la Demandada ¶¶ 171-173). La Demandada también le dedica un párrafo al caso *Azinian c. México*, alegando que “México objetó la competencia del tribunal sobre la base de las supuestas declaraciones falsas de los demandantes [...]”, a pesar de que no existe indicio alguno en el Laudo de que México haya planteado una objeción jurisdiccional, y de que el caso tampoco fue desestimado por falta de jurisdicción (sino por falta de mérito). *Ver ibid.* ¶ 178; *Robert Azinian et al. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/97/2, Laudo del 1 de noviembre de 1999 (CL-0144).

⁹⁹⁷ Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 166, n. 261; Zachary Douglas, *The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration (El alegato de ilegalidad en el arbitraje de tratados de inversión)*, ICSID REVIEW, vol. 29, N.º 1 (2014), p. 185 (RL-0137) (“[H]ay consenso absoluto en la jurisprudencia y es un consenso que se puede avalar: las alegaciones de ilegalidad relativas al uso de los activos que comprenden la inversión por el nacional extranjero deben considerarse como una excepción al mérito del reclamo”); Cameron A. Miles, *Corruption, Jurisdiction and Admissibility in International Investment Claims (Corrupción, Jurisdicción y Admisibilidad en las Demandas por Inversiones Internacionales)*, vol. 3 (2012) JOURNAL OF INTERNATIONAL DISPUTE SETTLEMENT 329, 351ff., p. 361 (RL-0138) (“Como demuestra *Fraport*, los requisitos de legalidad no están relacionados con la conducta indebida del inversionista con posterioridad a la realización de la inversión”).

⁹⁹⁸ Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 168 (citando a Zachary Douglas, “*The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration*” (*El alegato de ilegalidad en el arbitraje de tratados de inversión*), ICSID REVIEW, vol. 29, N.º 1 (2014), p. 179 (RL-0137)).

333. En este punto, la Demandada ni siquiera alega, y mucho menos prueba, una ilegalidad en la realización de la inversión de los Demandantes. Los Demandantes hicieron su inversión cuando compraron por primera vez acciones en Exmingua el 19 de junio de 2009⁹⁹⁹. Guatemala no solo alega que esta compra de acciones violara la legislación guatemalteca en ningún sentido, sino que reconoce en su Memorial de Contestación que Exmingua está debidamente constituida de conformidad con la legislación de Guatemala al afirmar que CGN y Minera San Rafael “[s]iguen siendo entidades guatemaltecas, *debidamente constituidas conforme a las leyes de Guatemala*, al igual que Oxec y *Exmingua*”¹⁰⁰⁰. Por el contrario, las alegaciones de “ilegalidad” de la Demandada se refieren a supuestas violaciones de las leyes guatemaltecas que tuvieron lugar *luego* del establecimiento de la inversión de los Demandantes, incluidas (i) las supuestas declaraciones falsas vertidas por Exmingua en el EIA de Progreso VII¹⁰⁰¹; (ii) su supuesta falta de un permiso de construcción válido¹⁰⁰²; (iii) y varias otras supuestas instancias de “violación de las leyes” por parte de Exmingua, incluidas la operación de la planta con una producción superior al supuesto límite del EIA¹⁰⁰³, infracciones a las leyes ambientales y la falta de suspensión de las actividades inmediatamente después de la sentencia dictada por la Corte de Guatemala en noviembre de 2015¹⁰⁰⁴.

334. Específicamente, si bien los Demandantes hicieron su inversión en Guatemala en 2009 cuando adquirieron las acciones de Exmingua y se convirtieron en accionistas mayoritarios de Exmingua y, por ende, en titulares y beneficiarios indirectos de las licencias de exploración obtenidas por Exmingua en ese entonces, Exmingua no presentó el EIA de Progreso VII al MARN hasta el 31 de mayo de 2010¹⁰⁰⁵, no comenzó la construcción hasta enero de 2012¹⁰⁰⁶, no puede haber cometido las supuestas infracciones ambientales ni haber supuestamente operado por encima de las restricciones de producción hasta luego de haber comenzado a operar en octubre de 2014¹⁰⁰⁷, y no puede haber “realizad[o] en forma ilegal” “la explotación de los recursos naturales” hasta diciembre de 2015¹⁰⁰⁸. Estas supuestas “violaciones”

⁹⁹⁹ Registro de Acciones de Exmingua, Título N.º 3 (C-0072).

¹⁰⁰⁰ Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 259 (énfasis añadido).

¹⁰⁰¹ *Ibid.* ¶¶ 200-207, 216.

¹⁰⁰² *Ibid.* ¶¶ 208-214 y 216.

¹⁰⁰³ *Ibid.* ¶ 216.

¹⁰⁰⁴ *Ibid.* ¶¶ 216-218.

¹⁰⁰⁵ EIA de Progreso VII del 31 de mayo de 2010 (C-0082).

¹⁰⁰⁶ Memorial de los Demandantes ¶ 39; Kappes I ¶ 57.

¹⁰⁰⁷ Resumen Diario de la Planta de octubre 2014 – mayo 2016 (C-0125); Datos de mina de Guapinol South para el período comprendido entre noviembre de 2014 y octubre de 2015 (C-0123); Memorial de los Demandantes ¶ 60; Kappes I ¶ 102.

¹⁰⁰⁸ Memorial de Contestación de la Demandada ¶ 355; *ver también ibid.* ¶ 216.

ocurrieron todas mucho después de que los Demandantes hicieran su inversión y, por lo tanto, incluso si fueran reales, que no es el caso, no sustentaría una objeción jurisdiccional o de admisibilidad.

335. El caso *Churchill Mining c. Indonesia* citado por Guatemala tampoco la respalda. Guatemala alega que el tribunal de *Churchill Mining* “sostuvo que las demandas derivadas de derechos basados en el fraude o la falsificación que un demandante ignoró deliberada o irrazonablemente son inadmisibles” y concluye a partir de ello que “[e]l hecho de que un inversor no actúe con la debida diligencia es motivo para rechazar su demanda”¹⁰⁰⁹. No obstante, como se ha demostrado, no existe alegación alguna, y mucho menos pruebas, de que los reclamos de los Demandantes resulten del fraude o una falsificación, pues evidentemente no es así. Asimismo, omitir la debida diligencia no es ilegal, y la jurisprudencia no sugiere lo contrario. En cambio, en casos como *Churchill Mining y Alasdair Ross c. Costa Rica*, también citado por Guatemala, las inversiones de las demandantes habían sido realizadas de manera ilegítima¹⁰¹⁰. En ambos casos, las demandantes alegaban su ignorancia de este hecho, y los tribunales concluyeron que incluso si la ignorancia pudiera constituir una excusa (que no fue lo que se decidió), los reclamos eran igualmente inadmisibles en razón de la ilegalidad en la realización de la inversión, no por una falta de debida diligencia¹⁰¹¹. Por el contrario, el tratamiento de la cuestión de la debida diligencia por parte de los tribunales en estos casos es incidental¹⁰¹².

¹⁰⁰⁹ *Ibid.* ¶ 180.

¹⁰¹⁰ *Ver Churchill Mining y Planet Mining Pty Ltd c. República de Indonesia*, Caso CIADI N.º ARB/12/14 y 12/40, Laudo del 6 de diciembre de 2016 ¶¶ 510-511 (RL-0151) (“Los hechos establecidos [...] revelan la existencia de un esquema fraudulento a gran escala implementado para obtener cuatro áreas de concesión minera de carbón [...]”) (énfasis añadido); *Alasdair Ross Anderson et al. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/07/3, Laudo del 19 de mayo de 2010 ¶ 55 (RL-0153) (“[E]l hecho de que [los Demandantes] obtuvieron la propiedad del activo en violación a la Ley Orgánica del Banco Central significa que su propiedad no estaba de acuerdo con las leyes de Costa Rica y que por lo tanto cada uno de sus depósitos y relaciones resultantes con Villalobos no constituían una ‘inversión’ en el marco del TBI”).

¹⁰¹¹ *Ver Churchill Mining y Planet Mining Pty Ltd c. República de Indonesia*, Caso CIADI N.º ARB/12/14 y 12/40, Laudo del 6 de diciembre de 2016 ¶¶ 528-529 (RL-0151) (“[E]l Tribunal no puede dejar de sostener que todas las reclamaciones que tiene ante sí son inadmisibles. Esta conclusión se deriva de los hechos [...] que demuestran que los reclamos se basan en documentos falsificados para implementar un fraude dirigido a la obtención de derechos mineros. [...] La inadmisibilidad se aplica a todas las reclamaciones planteadas en este arbitraje, porque todo el proyecto EKCP es una empresa ilegal afectada por múltiples falsificaciones y todas las reclamaciones se relacionan con la EKCP”) (énfasis añadido); *Alasdair Ross Anderson et al. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/07/3, Laudo del 19 de mayo de 2010 ¶ 55 (RL-0153) (“Toda la transacción [...] fue ilegal porque violó la Ley Orgánica del Banco Central. Si la transacción mediante la cual los Villalobos adquirieron el depósito fue ilegal, se deduce que la adquisición por cada Demandante del activo resultante [...] tampoco fue conforme a la ley de Costa Rica”) (énfasis añadido).

¹⁰¹² *Ver Churchill Mining y Planet Mining Pty Ltd c. República de Indonesia*, Caso CIADI N.º ARB/12/14 y 12/40, Laudo del 6 de diciembre de 2016 ¶ 529 (RL-0151) (“La inadmisibilidad se aplica a todas las reclamaciones [...] porque todo el proyecto EKCP es una empresa ilegal [...] Esto se ve respaldado además por la falta de diligencia de las Demandantes [...]”) (énfasis añadido); *Alasdair Ross Anderson et al. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/07/3, Laudo del 19 de mayo de 2010 ¶ 55 (RL-0153) (“Costa Rica [...] tiene un interés fundamental en asegurar el respeto de su legislación. [...] Al mismo tiempo, una práctica de inversión prudente requiere que cualquier inversionista ejerza la debida diligencia antes de comprometer fondos para una propuesta de inversión en particular”) (énfasis añadido).

336. En este caso, no existe ninguna alegación de ilegalidad en la realización de la inversión. Por lo tanto, los Demandantes, no podrían haber “descubierto” y evitado ilegalidad alguna realizando la debida diligencia. En todo caso, los Demandantes sí realizaron la debida diligencia antes de hacer su inversión¹⁰¹³. No hay fundamento jurídico alguno que sustente la objeción jurisdiccional planteada por la Demandada sobre la base de la ilegalidad.

b. Guatemala no ha demostrado ninguna ilegalidad por parte de los Demandantes

337. Además de los defectos en el umbral que contiene la objeción de la Demandada demostrados anteriormente, Guatemala no ha logrado sustanciar sus alegaciones de ilegalidad de ningún modo.

338. *En primer lugar*, la Demandada hace una acusación disparatada de que los Demandantes hicieron declaraciones fraudulentas porque “[l]os Demandantes [sic] alegaron que prepararon y presentaron el EIA en estricto cumplimiento de [las leyes y el reglamento aplicables]”¹⁰¹⁴, que el EIA contenía “promesas específicas...de que se iban [sic] a ajustar a estándares medioambientales de nivel internacional”¹⁰¹⁵ y que “las autoridades [sic] de Exmingua específicamente firmaron una declaración jurada mediante la cual se comprometieron a cumplir las leyes medioambientales de Guatemala”¹⁰¹⁶. Guatemala afirma que estas fueron declaraciones falsas porque “los problemas con el EIA son manifiestos”¹⁰¹⁷ y porque los “[e]specialistas internacionales” –es decir, el Sr. Robinson y el Dr. Moran (tal como mencionó SLR)– “concluyeron en forma unánime que todas las licencias otorgadas a Exmingua debían ser suspendidas, debido a que el EIA carecía de estudios fundamentales de aguas subterráneas y superficiales, y tergiversaba los efectos ambientales negativos de los proyectos”¹⁰¹⁸.

339. Como primera cuestión, estas supuestas “deficiencias”¹⁰¹⁹ no constituyen “ilegalidades”. De hecho, Guatemala ni siquiera intenta indicar qué leyes fueron supuestamente violadas por Exmingua (mucho menos por *los Demandantes*) al presentar este EIA supuestamente deficiente. En cualquier caso, la queja de Guatemala es absurda ya que, como los Demandantes han explicado, Exmingua y su

¹⁰¹³ *Ver supra* Hechos § II.B.2; Kappes II ¶¶ 14-21.

¹⁰¹⁴ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 205.

¹⁰¹⁵ *Ibid*, párr. 204.

¹⁰¹⁶ *Ibid*, párr. 204.

¹⁰¹⁷ *Ibid*, párr. 206.

¹⁰¹⁸ *Ibid*, párr. 206; Comunicado de prensa, Publicación de informe condenatorio sobre la mina de San José del Golfo, Comisión Guatemalteca de Derechos Humanos (*Guatemalan Commission on Human Rights*) del 22 de febrero de 2013 (R-0111); Comunicado de prensa, Comisión Guatemalteca de Derechos Humanos, La licencia de la mina El Tambor debería suspenderse, 15 de febrero de 2013 (R-0050); Informe del Dr. Robert Moran del 22 de mayo de 2014 (R-0051).

¹⁰¹⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 64, 738, 754.

consultora, GSM, realizaron evaluaciones ambientales integrales, *que el MARN aprobó*¹⁰²⁰. El EIA contenía más de 900 páginas e incluía una descripción detallada del entorno físico, biológico, socio-económico y cultural (incluidos estudios geológicos e hidrológicos de importancia), las actividades de Exmingua, los impactos ambientales del Proyecto y un plan integral de gestión ambiental¹⁰²¹. La DIGARN del MARN llevó a cabo una revisión completa del EIA y solicitó información complementaria (que Exmingua le proporcionó)¹⁰²². Si el EIA era deficiente en algún aspecto –aunque no lo era– el recurso a disposición de Guatemala era rechazarlo y desaprobarlo.

340. Al ser claramente consciente de este hecho inconveniente (y fatal), Guatemala distorsiona la realidad y afirma que Exmingua “tergiversó” información en su EIA con respecto al impacto de la mina sobre el medio ambiente y el cumplimiento de normas internacionales¹⁰²³. Sin embargo, Guatemala cae en su propia trampa al insistir, a su vez, en que estos problemas eran “manifiestos”;¹⁰²⁴ si efectivamente el EIA eran tan “manifiestamente” deficiente, entonces habría sido rechazado por los especialistas del MARN que lo revisaron y aprobaron. La Demandada no logra explicar cómo ha identificado estos problemas “manifiestos” recién en el presente Arbitraje, una década después de la aprobación del EIA.

341. Asimismo, tal como ya fue demostrado, lejos de ser “independientes”, los “especialistas” que criticaron el EIA fueron contratados por ONG que se oponen ideológicamente a la minería para escribir informes críticos sobre los EIA correspondientes a los cuatro proyectos mineros de propiedad extranjera que ya habían sido aprobados¹⁰²⁵. En cualquier caso, las supuestas “tergiversaciones” son perentorias y no pueden ser motivo de reclamo –por ejemplo, que las “actividades [de Exmingua] ‘se planificarán y ejecutarán con los más altos estándares de gestión ambiental y social’” y que Exmingua “se esforzará por desarrollar el proyecto ‘de manera responsable tanto en el campo ambiental como social’”¹⁰²⁶. La Demandada no solo ha sido incapaz de probar que Exmingua haya violado alguna ley vinculada con

¹⁰²⁰ *Ver supra* Sección II.B.1; Resolución del MARN N.º 1010-2011 del 23 de mayo de 2011, p. 5 (C-0212).

¹⁰²¹ *Ver supra* Sección II.B.1; EIA de Progreso VII (C-0082).

¹⁰²² *Ver supra* Sección II.B.1; Solicitud de Ampliaciones al EIA de Progreso VII del 22 de marzo de 2011 (C-0087); Ampliaciones al EIA de Progreso VII del 1 de abril de 2011 (C-0089).

¹⁰²³ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 734-754.

¹⁰²⁴ *Ibid.*, párr. 206.

¹⁰²⁵ Programa del Seminario Internacional sobre “*Extractive Industries and Sustainable Development?*” del 7 de abril de 2016, p. 6 (C-0820). Tal como fue señalado anteriormente, los expertos en minería de Guatemala en el presente arbitraje no poseen experiencia en las ciencias ambientales y, simplemente, se limitan a repetir las conclusiones señaladas por el Dr. Moran y el Sr. Robinson en sus informes y afirman que concuerdan con tales conclusiones, sin ofrecer un análisis independiente de ninguno de los temas planteados. *Ver supra* Sección II.B.1.

¹⁰²⁶ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 734-735.

obligaciones ambientales o sociales, sino que, además, toda violación posterior no convertiría a esas declaraciones previas en declaraciones falsas respecto de las que podría presentarse un reclamo.

342. *En segundo lugar*, además de haber ocurrido mucho después de que los Demandantes hicieran su inversión y sin haber implicado a *los Demandantes* en ningún hecho ilícito, la afirmación de la Demandada de que Exmingua violó el Código Municipal al construir la mina sin una licencia de construcción válida del Municipio de San Pedro Ayampuc¹⁰²⁷ carece de fundamento y no hace más que exponer la conducta discriminatoria, arbitraria e ilícita de los órganos municipales y judiciales de Guatemala. Para respaldar sus acusaciones, la Demandada se refiere a la decisión de un tribunal guatemalteco y a registros municipales¹⁰²⁸ para luego afirmar, sin ningún sustento ni evidencia, que los documentos de Exmingua que confirman la existencia de una licencia válida fueron falsificados¹⁰²⁹.

343. No obstante, tal como los Demandantes han explicado, después de que Exmingua obtuvo la aprobación de su EIA y una licencia de explotación para Progreso VII, solicitó una licencia de construcción al Municipio de San Pedro Ayampuc el 8 de noviembre de 2011¹⁰³⁰. Pocos días después, el 15 de noviembre de 2011, se le otorgó la licencia¹⁰³¹. Esto consta en el Acta de la sesión del Concejo Municipal de San Pedro Ayampuc, donde quedó registrada la aprobación de la licencia por parte del Concejo, así como prueba del pago por parte de Exmingua de la tasa correspondiente¹⁰³². Además, el Sr. Kappes observa: “[l]as obras se realizaron en las instalaciones, a plena vista y empleando pesados equipos de construcción, entre enero y marzo de 2012, y posteriormente entre mediados y fines de 2014. En ningún momento durante ese periodo ni el alcalde ni ningún otro funcionario de la Municipalidad de San Pedro Ayampuc formularon alguna objeción frente a la construcción realizada por Exmingua ni tampoco realizaron manifestación alguna en el sentido de que Exmingua estuviese llevando a cabo la construcción sin el correspondiente permiso”¹⁰³³. En realidad, no fue si no hasta fines de 2014, cuando los alcaldes auxiliares de dos pueblos ubicados dentro del Municipio de San Pedro Ayampuc (pero no

¹⁰²⁷ *Ver ibíd.*, párrs. 208-214.

¹⁰²⁸ Sentencia del Juzgado Tercero de Primera Instancia Civil de Guatemala, dictada el 13 de julio de 2015, Exp. 01050-2014-00871 (R-0064); Certificado emitido por el Alcalde del Municipio de San Pedro Ayampuc del 23 de marzo de 2012 (R-0115); Informe del Municipio de San Pedro Ayampuc del 20 de noviembre de 2020 (R-0116).

¹⁰²⁹ Informe Técnico del MARN del 23-27 de febrero de 2015 (R-0105).

¹⁰³⁰ *Ver supra* Sección II.C.1; Memorial de los Demandantes, párr. 39; Kappes I, párr. 56; Solicitud de licencia de construcción por parte de Exmingua del 8 de noviembre de 2011 (C-0091).

¹⁰³¹ *Ver supra* Sección II.C.1; Memorial de los Demandantes, párr. 39; Kappes I, párr. 56; Licencia de construcción del 15 de noviembre de 2011 (C-0092).

¹⁰³² Solicitud de licencia de construcción por parte de Exmingua del 8 de noviembre de 2011 (C-0091); Licencia de construcción – Acta de la sesión del Concejo Municipal de San Pedro Ayampuc del 15 de noviembre de 2011 (C-0092); Comprobante de pago de la tasa correspondiente a la licencia de construcción del 21 de diciembre de 2011 (C-0093).

¹⁰³³ Kappes II, párr. 31; *ver también supra* Sección II.C.1.

el Alcalde del Municipio) presentaron un amparo, que surgió la falsa acusación de que nunca se le había otorgado una licencia de construcción a Exmingua¹⁰³⁴.

344. Los procesos que siguieron, donde intervino el CALAS como tercero interesado solo semanas después de que la Corte Suprema hubiera suspendido el proceso de amparo de CALAS presentado contra el MEM,¹⁰³⁵ estuvieron plagados de irregularidades. En particular, aunque Exmingua presentó el certificado del Acta del Concejo Municipal y el recibo de pago de la tasa de construcción, el Municipio de San Pedro Ayampuc presentó al Juzgado un fragmento distinto del acta de una sesión del Concejo Municipal que no contenía ninguna mención del otorgamiento de una licencia de construcción a Exmingua¹⁰³⁶. En una sentencia desprovista de todo análisis, el Juzgado concluyó, en una única oración, que “la contradicción entre las actas relacionadas es más que evidente y derivado de ello, la entidad minera no posee licencia de construcción”¹⁰³⁷. Asimismo, la sentencia no incluye ninguna impugnación por parte del Municipio en cuanto a la autenticidad del recibo de pago de la tasa correspondiente a la licencia, ni refleja ninguna consideración por parte del Juzgado acerca de su peso probatorio¹⁰³⁸.

345. Además, aunque el Municipio manifestó en *noviembre de 2020* que no podía localizar en sus archivos ningún registro del otorgamiento de una licencia de construcción a Exmingua, el *27 de enero de 2021*, el Municipio certificó que había recibido el pago de la tasa correspondiente a la licencia de construcción el 21 de diciembre de 2011, lo que confirma el relato de Exmingua¹⁰³⁹. Por otra parte, Guatemala no reconoce, y mucho menos explica, de qué modo la afirmación realizada por el MARN en su Informe Técnico de febrero de 2015 que confirmaba que Exmingua había obtenido todos los “permisos, autorizaciones o licencias” y, específicamente, que Exmingua “c[ontaba] con [una] . . . licencia de construcción otorgada por las municipalidades de San Pedro Ayampuc y San José del Golfo”¹⁰⁴⁰ puede ser congruente con la ficción que presenta en este Arbitraje.

346. La Demandada tampoco ha proporcionado ninguna prueba de la supuesta “falsificación”¹⁰⁴¹ que ahora alega, y el Juzgado Municipal tampoco llegó a dicha conclusión. La Corte de Constitucionalidad, a su vez, se negó siquiera a emitir una opinión al respecto, y anuló la orden del

¹⁰³⁴ Ver *supra* Sección II.C.1; Kappes II, párr. 32.

¹⁰³⁵ Ver *supra* Sección II.C.1; Sentencia de la Corte Suprema del 5 de septiembre de 2014 (C-0466).

¹⁰³⁶ Ver *supra* Sección II.C.1.

¹⁰³⁷ Sentencia del 13 de julio de 2015, dictada en el Caso N.º 01050-2014-00871 por el Juzgado Tercero de Primera Instancia Civil de Guatemala, p. 28 (R-0064); ver también *supra* Sección II.C.1.

¹⁰³⁸ Ver *supra* Sección II.C.1.

¹⁰³⁹ *Ibid.*

¹⁰⁴⁰ Informe Técnico del MARN del 23-27 de febrero de 2015, pp. 7, 63 (R-0105).

¹⁰⁴¹ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 216.

tribunal inferior de remitir el asunto al Ministerio Público para que este iniciara una investigación penal¹⁰⁴².

347. *En tercer lugar*, el popurrí de alegaciones restantes que hace la Demandada sobre las supuestas violaciones constantes del derecho guatemalteco por parte de los Demandantes¹⁰⁴³ también carece de todo sustento y evidencia. En este sentido, Guatemala está en desacuerdo con el índice de rendimiento de producción de la planta de procesamiento, al afirmar que “[l]os Demandantes dejaron en claro a las autoridades que planeaban una mina que operaría a 150 toneladas por día”¹⁰⁴⁴ y que “Exmingua no tenía un plan de mina que previera minar más de 150 toneladas por día”¹⁰⁴⁵. Guatemala argumenta, además, que “la auditoría conducida por el MARN demuestra que Exmingua estaba seria y sustancialmente fuera de cumplimiento con las aprobaciones y condiciones del EIA y del Plan de Gestión Ambiental (EMP)”¹⁰⁴⁶. Asimismo, la Demandada denuncia que Exmingua “tampoco acató la Decisión de Amparo Provisional dictada por la Corte Suprema” y que “toda explotación posterior al 1 de diciembre de 2020 [momento en que Exmingua recibió la notificación de la Decisión] constituye una explotación ilegal de recursos naturales”¹⁰⁴⁷. Todas estas afirmaciones no pueden prosperar.

348. En cuanto a la capacidad de la planta de procesamiento, tal como ya fue señalado, el EIA se refiere a un rendimiento de producción *nominal* de 150 tpd, y un rendimiento de producción *de diseño* de 200 tpd¹⁰⁴⁸. Como explica SRK, “nominal” denota el rendimiento típico, mientras que “de diseño” incorpora un margen operativo correspondiente a la variabilidad del yacimiento y a posibles interrupciones del proceso¹⁰⁴⁹. Por otra parte, el MARN y el MEM *reconocieron en reiteradas oportunidades* durante sus inspecciones que Exmingua estaba procesando más de 150 toneladas de mineral por día –por ejemplo, al afirmar que la mina estaba “removiendo de 200 a 250 toneladas de mineral”¹⁰⁵⁰, “procesando 200 toneladas diarias”¹⁰⁵¹ y que la planta “es [] alimentada por [] 240 toneladas por día” y “se encuentra en funcionamiento con una alimentación diaria de 240 toneladas de

¹⁰⁴² *Ver supra* Sección II.C.1; Fuentes II, párr. 27.

¹⁰⁴³ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 207, 215-216; *ver también ibid* párrs. 736, 754.

¹⁰⁴⁴ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 736.

¹⁰⁴⁵ *Ibid*, párr. 807.

¹⁰⁴⁶ *Ibid*, párr. 207.

¹⁰⁴⁷ *Ibid*, párr. 216.

¹⁰⁴⁸ *Ver supra* Sección II.C.4.

¹⁰⁴⁹ SRK II, párr. 50; *ver también* Kappes II, párr. 68; *supra* Sección II.C.4.

¹⁰⁵⁰ Inspección del MEM de febrero de 2015, pp. 5, 11, 19 (C-0627); *ver también supra* Sección II.C.4.

¹⁰⁵¹ Inspección del MEM de febrero de 2015, pp. 5, 11, 19 (C-0627); *ver también supra* Sección II.C.4.

mineral¹⁰⁵²— sin criticarla, sin multar a Exmingua y sin recomendar cambios en el índice de procesamiento de la planta¹⁰⁵³. No existió ninguna violación y la doctrina de los actos propios impide que Guatemala ahora pretenda argumentar lo contrario.

349. La acusación de Guatemala de violaciones ambientales también carece de mérito. De hecho, la afirmación de la Demandada de que la auditoría del MARN demostró un incumplimiento sustancial ni siquiera está respaldada por una cita a algún documento¹⁰⁵⁴. En todo caso, como ya explicaron los Demandantes, Exmingua tomaba muy en serio sus responsabilidades ambientales y, poco después de haber comenzado la construcción en 2012, empleó a un equipo de 16 personas y cuatro contratistas independientes (incluido el fundador del Centro de Estudios Ambientales de la Universidad del Valle de Guatemala y quien recibió la Medalla Presidencial del Medio Ambiente en 2007) para garantizar su cumplimiento en materia ambiental¹⁰⁵⁵. Exmingua también contrató a ARNC, una empresa dedicada a cuestiones del medio ambiente registrada en el MARN, 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, empresa que determinó que Exmingua cumplía con la normativa ambiental¹⁰⁵⁶.

350. Además, tal como explicaron los Demandantes, las inspecciones de febrero de 2015 llevadas a cabo por el MARN y el MEM en las que se basa Guatemala arribaron a conclusiones que no son poco habituales en una inspección inicial posoperativa¹⁰⁵⁷. Asimismo, Guatemala se mantiene engañosamente en silencio con respecto a las inspecciones posteriores, de noviembre de 2015, que señalaban que Exmingua había abordado casi todos los problemas encontrados y en las que tanto el MARN como el MEM señalaron que quedaban solo seis y cuatro ítems pendientes, respectivamente¹⁰⁵⁸. Asimismo, frente a la afirmación de Guatemala de que el MARN “inició un procedimiento legal contra Exmingua” como consecuencia de su incumplimiento ambiental, Guatemala ofrece como respaldo un

¹⁰⁵² Inspección del MEM de febrero de 2015, pp. 6, 10, 23 (C-0628); Inspección del MARN de noviembre de 2015, p. 3 (C-0629); *ver también supra* Sección II.C.4.

¹⁰⁵³ *Ver supra* Sección II.C.4.

¹⁰⁵⁴ *Ver* Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 207.

¹⁰⁵⁵ *Ver supra* Sección II.B.2; Kappes I, párrs. 57-58; Kappes II, párr. 34; Contrato para la Realización de Estudio de Impacto Ambiental para el Proyecto Minero Santa Margarita Derivada, que adjunta la Propuesta Técnica Económica del 23 de junio de 2009, p. 21 (C-0079); EIA de Santa Margarita, pp. 21-22 (C-0081); EIA de Progreso VII, p. 49 (C-0082).

¹⁰⁵⁶ *Ver supra* Sección II.B.2; Informe de ARNC sobre el monitoreo del agua y del aire correspondiente al segundo trimestre de julio de 2014, pp. 28, 77 (C-0844); Informe de ARNC sobre la calidad del aire y el agua de julio-septiembre de 2014 con fecha octubre de 2014, pp. 29, 66 y 88 (C-0845).

¹⁰⁵⁷ *Ver supra* Sección II.C.2; Informe Técnico del MARN del 23-27 de febrero de 2015 (R-0105); Informe del MEM sobre la Inspección realizada el 23-27 de febrero de 2015 del 12 de marzo de 2015 (C-0627).

¹⁰⁵⁸ *Ver supra* Sección II.B.2; Informe del MARN sobre la Inspección del 26 de noviembre de 2015, p. 21 (C-0629); Informe del MEM sobre la Inspección del 26 de noviembre de 2015, p. 26 (C-0628).

documento de una página¹⁰⁵⁹ claramente creado por el MARN para documentar su supervisión regulatoria de Exmingua a la luz de los procesos judiciales que estaban llevándose adelante en ese momento¹⁰⁶⁰. Nunca se realizó ninguna audiencia de este supuesto procedimiento administrativo y Exmingua nunca fue multada ni recibió ninguna otra sanción por un supuesto incumplimiento en materia ambiental¹⁰⁶¹.

351. Por último, la afirmación realizada por Guatemala de que Exmingua operó de forma ilícita con posterioridad al 1 de diciembre de 2020¹⁰⁶² es incorrecta. Exmingua no era parte del caso ante la Corte Suprema que culminó con un amparo provisional y, por lo tanto, la Corte no dictó ninguna sentencia que tuviera un efecto directo sobre Exmingua¹⁰⁶³. Por su parte, no fue hasta el 10 de marzo de 2016 que el MEM emitió una orden de suspensión¹⁰⁶⁴. Por lo tanto, no existe ningún motivo para aseverar que Exmingua operó de forma ilícita entre diciembre de 2015 y marzo de 2016. En cuanto a las operaciones de Exmingua realizadas entre marzo y mayo de 2016, el MEM impuso una multa¹⁰⁶⁵. Incluso si se aceptara, en aras de la discusión, que Exmingua cometió una infracción al haber operado durante ese periodo de dos meses, una violación menor de esa índole no podría tener ningún efecto sobre el reclamo de los Demandantes¹⁰⁶⁶. Asimismo, la determinación de si la suspensión indefinida de la licencia de Exmingua cumple o no con las obligaciones de Guatemala en virtud del Tratado es el objeto mismo de la presente controversia, y todo supuesto incumplimiento con la medida impugnada no puede dar lugar al rechazo de un reclamo en virtud del tratado.

¹⁰⁵⁹ Documento MARN N.º 475-2016/DCL/EOGP/mirf del 24 de febrero de 2016 (R-0187).

¹⁰⁶⁰ *Ver supra* Sección II.B.2.

¹⁰⁶¹ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 769.

¹⁰⁶² *Ibid*, párr. 216.

¹⁰⁶³ Fuentes I, párrs. 89-96; Solicitud de amparo nuevo por parte del CALAS del 29 de agosto de 2014 (C-0137-SPA/ENG).

¹⁰⁶⁴ *Ver supra* Sección II.D.2.

¹⁰⁶⁵ MEM, Resolución N.º 384 del 16 de noviembre de 2016, p. 3 (C-0904).

¹⁰⁶⁶ Incluso cuando la violación ocurra *al momento de hacer la inversión*, una infracción menor no puede despojar a un tribunal de jurisdicción. *Ver, p. ej., Bear Creek Mining Corp. c. República del Perú*, Caso CIADI N.º ARB/14/21, Laudo del 30 de noviembre de 2017, párr. 332 (CL-0139) (“Cuando la conducta supuestamente ilícita es menor, procesal o un error de buena fe, el inversionista puede aún aprovechar las protecciones en virtud del tratado, y el tribunal puede considerar el fondo sustantivo del caso. Solo las violaciones serias del derecho nacional que fueron decisivas para la decisión del Estado receptor de permitir la inversión pueden justificar una conclusión de inadmisibilidad”); *Tokios Tokelés c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/02/18, Decisión sobre Jurisdicción del 29 de abril de 2004, párr. 86 (CL-0017) (donde se sostiene que “excluir a una inversión sobre la base de este tipo de errores menores sería incongruente con el objeto y propósito del Tratado”); *Desert Line Projects LLC c. República de Yemen*, Caso CIADI N.º ARB/05/17, Laudo del 6 de febrero de 2008 (CL-0216), párr. 116 (donde se cita el caso *Fraport c. Filipinas I*: “[c]uando la cuestión es si la inversión se realiza de conformidad con la ley del estado receptor, es posible esbozar argumentos considerables en favor de interpretar la jurisdicción en razón de la materia de una forma más liberal que es generosa para el inversor. En algunas circunstancias, la ley en cuestión del estado receptor puede no ser del todo clara y es posible que se cometan errores de buena fe”).

2. La objeción sobre protección y seguridad plenas planteada por los Demandantes no prescribió

352. Tal como explicaron los Demandantes durante la etapa de objeciones preliminares del presente procedimiento, su reclamo de protección y seguridad plenas (“PSP”) no se basa en un único incumplimiento continuo ni surge de hechos que ocurrieron en 2012¹⁰⁶⁷. En realidad, el reclamo de PSP de los Demandantes involucra la violación específica por parte de la Demandada de la obligación de otorgar PSP ante las protestas y los bloqueos que surgieron a principios de 2016, casi dos años después desde el comienzo de las operaciones mineras de Exmingua. Por lo tanto, dicho reclamo es oportuno¹⁰⁶⁸. Tal como explicaron los Demandantes en profundidad, ello se debe a que, a los fines de evaluar la oportunidad de un reclamo, es “posible y apropiado...separar una serie de eventos en componentes distintos”¹⁰⁶⁹ y los tribunales pueden considerar medidas anteriores a una fecha crítica como antecedentes de hecho y contexto, sin que ello implique ir en contra del plazo de prescripción establecido en el Tratado¹⁰⁷⁰.

353. Además, los Demandantes explicaron que no alegan ningún incumplimiento ni persiguen una reparación en relación con la demora causada por las protestas de 2012 en el inicio de las actividades mineras¹⁰⁷¹. Los Demandantes también explicaron que, incluso si se considerara, a los fines del plazo de prescripción, que las protestas correspondientes comenzaron en 2012, el reclamo no prescribiría, ya que el plazo de prescripción solo comienza a correr desde la fecha en que un incumplimiento continuo deja de existir¹⁰⁷² y, en cualquier caso, el plazo de prescripción se renovó con los continuos incumplimientos que ocurrieron desde 2016 en adelante¹⁰⁷³.

354. En 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

¹⁰⁶⁷ Memorial de Contestación de Objeciones Preliminares de los Demandantes (“Memorial de Contestación de OP de los Demandantes”), párrs. 116-128; Dúplica de Objeciones Preliminares de los Demandantes (“Dúplica de OP de los Demandantes”), párrs. 136-144; *ver también* Decisión sobre Objeciones Preliminares, párrs. 210-214.

¹⁰⁶⁸ Memorial de Contestación de OP de los Demandantes, párrs. 116-128; Dúplica de OP de los Demandantes, párrs. 136-144; *ver también* Decisión sobre Objeciones Preliminares, párrs. 210-214.

¹⁰⁶⁹ Memorial de Contestación de OP de los Demandantes, párr. 107 (donde se cita *Clayton*, Laudo sobre Jurisdicción, párrs. 266-269 (CL-0088)); Dúplica de OP de los Demandantes, párr. 145.

¹⁰⁷⁰ Memorial de Contestación de OP de los Demandantes, párr. 109 (donde se cita *Eli Lilly*, párr. 172 (RL-0040), *Mondev*, párr. 70 (RL-0018)); Dúplica de OP de los Demandantes, párr. 145.

¹⁰⁷¹ Memorial de Contestación de OP de los Demandantes, párrs. 116-128; Dúplica de OP de los Demandantes, párrs. 136-144; *ver también* Decisión sobre Objeciones Preliminares, párrs. 210-214.

¹⁰⁷² Memorial de Contestación de OP de los Demandantes, párrs. 110-112 (donde se cita *Mobil*, párr. 155 (CL-0090); *UPS*, párr. 30 (CL-0037); y *Nissan*, párrs. 57, 285, 329 (CL-0078)); Dúplica de OP de los Demandantes, párrs. 136-144; *ver también* Decisión sobre Objeciones Preliminares, párrs. 210-214.

¹⁰⁷³ Memorial de Contestación de OP de los Demandantes, párrs. 113-115, 128 (donde se cita *UPS c. Canadá*, Laudo sobre el Fondo, párr. 28 (CL-0037)); Dúplica de OP de los Demandantes, párr. 145.

consecuencia de la demora en las actividades de explotación del sitio Progreso VII¹⁰⁷⁴. Luego, el Tribunal observó que la cuestión jurisdiccional requiere una investigación de los hechos relativos, particularmente, a “todo bloqueo relevante, todo acceso relevante al sitio a pesar de los bloqueos y toda apelación relevante para obtener asistencia del Estado”¹⁰⁷⁵. Además, el Tribunal señaló que otra investigación relevante consiste en determinar si los hechos posteriores a 2016 “involucraron nuevos actos u omisiones por parte del Estado, o simplemente continuaciones de actos u omisiones anteriores del Estado (o efectos derivados de ellos)”¹⁰⁷⁶. En consecuencia, el Tribunal invitó a las Partes a “volver sobre estas cuestiones legales en sus memoriales posteriores, en el contexto de un expediente probatorio más completo”¹⁰⁷⁷.

355. En su Memorial de Contestación, Guatemala renovó su objeción a la jurisdicción del Tribunal con respecto al reclamo sobre PSP de los Demandantes¹⁰⁷⁸. Guatemala afirma que el Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR prohíbe los reclamos presentados tres años después de que la parte demandante “tuvo conocimiento por primera vez” de la violación y la pérdida¹⁰⁷⁹ y que “[u]na violación resultante de una conducta continuada no cambia este principio”. Para respaldar esa afirmación, Guatemala se basa en el caso *Corona Materials c. República Dominicana, Berkowitz c. Costa Rica y Ansung c. China*¹⁰⁸⁰. Además, basándose en *Mondev c. Estados Unidos*, Guatemala asegura que “un efecto continuado de una medida [no] establece el plazo de prescripción”¹⁰⁸¹. Guatemala concluye entonces que el reclamo sobre PSP de los Demandantes prescribió porque los Demandantes tuvieron “conocimiento por primera vez” de los hechos que dan lugar al reclamo en 2012, “aun si la imposibilidad de los Demandantes de

¹⁰⁷⁴ Decisión sobre Objeciones Preliminares, párr. 228.

¹⁰⁷⁵ *Ibid.*, párr. 226.

¹⁰⁷⁶ *Ibid.*, párr. 226.

¹⁰⁷⁷ *Ibid.*, párr. 227.

¹⁰⁷⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 226-254. La acusación de Guatemala de que los Demandantes han “engaña[do] a Guatemala y al Tribunal” al presentar un “nuevo reclamo de protección y seguridad” –que surge de la imposibilidad de los Demandantes de usar “el laboratorio de la mina para servir a otros proyectos”– que es “inaceptable” porque los Demandantes no reclaman “daños separados como consecuencia de protestas y bloqueos posteriores en el sitio de Progreso VII, ya que la licencia de Exmingua estaba suspendida” es otra imprecisión hiperbólica. Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 221-225. Los Demandantes señalaron en su Memorial que los bloqueos impidieron a Exmingua utilizar sus instalaciones de laboratorio *in situ* –ni siquiera pudieron ingresar al sitio– que era su derecho. Memorial de los Demandantes, párr. 258; *ver también* Fuentes I, párr. 71. Tal como señala la propia Guatemala, los Demandantes no reclaman ningún daño como consecuencia de esta violación y, por lo tanto, no han hecho ningún reclamo separado en este sentido. En cuanto al argumento planteado por la Demandada de que los Demandantes no han logrado plantear un argumento sólido *prima facie* para el reclamo de falta de protección y seguridad plenas (Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 247-251), *ver infra* Sección III.D.

¹⁰⁷⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 226-235.

¹⁰⁸⁰ *Ibid.*, párrs. 229-234.

¹⁰⁸¹ *Ibid.*, párr. 235.

llevar a cabo un EIA es vista como un efecto que se sintió en 2016”¹⁰⁸². Asimismo, Guatemala argumenta que el reclamo de los Demandantes relativo a las protestas de 2016 “no tiene sustento en la evidencia” y que “no hay evidencia alguna que demuestre que dichas protestas ocurrieron”¹⁰⁸³. Tal como se demostrará a continuación, la nueva objeción de Guatemala carece de todo fundamento.

356. *En primer lugar*, contrariamente a la afirmación de la Demandada, el reclamo de los Demandantes no va en contra del plazo de prescripción de tres años establecido en el Artículo 10.18.1¹⁰⁸⁴. Al esbozar este argumento, la Demandada ignora la postura principal de los Demandantes con respecto a su reclamo sobre PSP, que es que los hechos que dieron lugar al incumplimiento *comenzaron* en 2016 –como una serie de protestas distintas y fundamentalmente diferentes que surgieron con posterioridad a la decisión adoptada por la Corte Suprema de Guatemala de otorgar un amparo contra el MEM y el rechazo inicial del MEM de suspender la licencia de Exmingua en respuesta a dicha decisión.

357. *En segundo lugar*, la aseveración de Guatemala de que una conducta continua no puede alterar la fecha crítica a los fines de un reclamo en virtud del Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR es incorrecta. Todos los casos en los que se basa Guatemala para respaldar su afirmación involucraban una única medida, que daba lugar a un incumplimiento y un daño que estaban fuera del plazo de prescripción y, por lo tanto, no eran oponibles. En el caso *Corona Materials c. República Dominicana*, por ejemplo, el reclamo estaba vinculado con el rechazo por parte del Ministerio de Medio Ambiente de otorgar una licencia, un acto que había ocurrido antes de la fecha crítica¹⁰⁸⁵. El tribunal rechazó el argumento de la demandante de que la falta de reconsideración por parte de la demandada de la solicitud de licencia era un “incumplimiento autónomo” porque concluyó que ese hecho no produjo “consecuencias separadas en su inversión distintas de aquellas que ya se habían originado a causa de la decisión inicial”¹⁰⁸⁶. En este sentido, en el caso *Berkowitz c. Costa Rica*, el tribunal rechazó el argumento de las demandantes de que la falta de una compensación inmediata y adecuada por parte de la demandada como consecuencia de la expropiación de las propiedades residenciales de las demandantes eran “violaciones continuas” porque no eran “susceptibles de acción independiente y separables de la conducta anterior a

¹⁰⁸² *Ibid*, párrs. 239-244.

¹⁰⁸³ *Ibid*, párrs. 245, 249-250.

¹⁰⁸⁴ *Ver ibid*, párrs. 226-238.

¹⁰⁸⁵ *Corona c. República Dominicana*, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expeditas de la Demandada, párrs. 219, 237 (RL-0002).

¹⁰⁸⁶ *Corona c. República Dominicana*, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expeditas de la Demandada, párr. 212 (RL-0002).

la entrada en vigor en que se encuentran profundamente enraizadas”, que era la emisión de un decreto de expropiación¹⁰⁸⁷.

358. Por su parte, en el caso *Ansung c. China*, la demandante impugnó la conducta de la demandada en relación con su inversión en un proyecto para la construcción de un campo de golf y varios edificios que incluían la falta de conminación por parte de la demandada de una operación ilegal de un campo de golf cercano y el aumento del precio acordado por los derechos de uso del terreno¹⁰⁸⁸. La demandante argumentó que su reclamo se había materializado “solo después de que su expectativa y su plan para el campo de golf de 27 hoyos se habían frustrado por completo” que, según argumentó, había ocurrido con posterioridad a la fecha límite porque el Estado no le había entregado el resto del terreno para la segunda etapa del proyecto y por la venta de sus acciones del proyecto¹⁰⁸⁹. Sin embargo, el tribunal concluyó que resultaba claro, a partir de los escritos presentados por la demandante, que el reclamo de la demandante se había materializado antes de la fecha límite, cuando la demandante tomó la decisión de “deshacerse de toda” su inversión “a fin de evitar mayores pérdidas”¹⁰⁹⁰. Así, el tribunal concluyó que esa fue la fecha en la que la demandante tuvo conocimiento por primera vez del hecho de que había sufrido una pérdida o un daño, y la conducta o inacción adicional en la que la demandante intentó basarse con posterioridad a la fecha límite no resultaba en un nuevo daño o una nueva pérdida independiente de aquel o aquella que ya había ocurrido¹⁰⁹¹. Los hechos de estos tres casos no guardan relación alguna con los hechos del presente caso.

359. Por el contrario, y en congruencia con los hechos del caso que nos ocupa, *Grand River c. Estados Unidos* involucró la impugnación contra un acuerdo de conciliación marco que había sido concluido hacía más de tres años antes de que comenzara el arbitraje, así como la impugnación a una obligación de depositar fondos en garantía en virtud de una ley que había sido sancionada dentro del período de tres años¹⁰⁹². El tribunal determinó que la impugnación al acuerdo de conciliación marco había prescrito, mientras que la impugnación a la obligación legal no, a pesar de que las leyes de

¹⁰⁸⁷ *Aaron C. Berkowitz y otros c. República de Costa Rica*, Caso CIADI N.º UNCT/13/2, Laudo Provisional (Corregido) del 30 de mayo de 2017, párrs. 252, 264 (RL-0038); ver también *ibid*, párrs. 270, 286 (donde se decidió que otros reclamos no habían prescrito).

¹⁰⁸⁸ *Ansung Housing Co., Ltd c. República Popular de China*, Caso CIADI N.º ARB/14/25, Laudo del 9 de marzo de 2017, párrs. 44, 46 (RL-0103).

¹⁰⁸⁹ *Ibid*, párr. 93.

¹⁰⁹⁰ *Ibid*, párr. 107.

¹⁰⁹¹ *Ibid*, párrs. 109-110.

¹⁰⁹² *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. y otros c. Estados Unidos de América*, TLCAN, CNUDMI, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción del 20 de julio de 2006 (“*Grand River c. Estados Unidos*, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción”), párrs. 81-87 (RL-0039).

depósitos en garantía fueron contempladas y sancionadas de conformidad con el acuerdo prescripto¹⁰⁹³. Tal como resaltó el tribunal de *Grand River*, el plazo de prescripción no debe “interpretarse como un impedimento para la consideración del fondo de los reclamos presentados adecuadamente que impugnan [una acción separada del Estado] dentro de los tres años desde la presentación del reclamo y que supuestamente causó un daño significativo, aun si esas disposiciones se relacionan con eventos anteriores”¹⁰⁹⁴. Este es el principio aplicable en el presente caso.

360. En tercer lugar, la afirmación de Guatemala de que el efecto continuo de una medida no puede restablecer el plazo de prescripción en virtud del Artículo 10.18.1 CAFTA-DR es incorrecta. Si bien Guatemala se basa en el caso *Mondev c. Estados Unidos* en este sentido¹⁰⁹⁵, el tribunal de *Mondev* señaló que “los eventos o la conducta anteriores a la entrada en vigor de una obligación correspondiente al Estado receptor pueden ser relevantes a la hora de determinar si el Estado ha violado la obligación posteriormente”¹⁰⁹⁶, que respalda la postura de los Demandantes de que el predicado fáctico de un reclamo es distinto de la ocurrencia del incumplimiento y del sufrimiento de un daño que surge de tal incumplimiento.

361. En cualquier caso, la postura de Guatemala tampoco se corresponde con las decisiones de los tribunales y otras cortes internacionales. En el caso *UPS c. Canadá*, por ejemplo, el tribunal del TLCAN que interpretó el mismo plazo de prescripción establecido en el CAFTA-DR reconoció que “las conductas continuas constituyen incumplimientos de obligaciones legales y renuevan el plazo de prescripción en consecuencia”¹⁰⁹⁷. El tribunal explicó que “[e]l uso del término ‘tener conocimiento por primera vez’ no supone lo contrario, ya que eso lógicamente significaría que el conocimiento de la conducta supuestamente ofensiva junto con el conocimiento del daño hace que el plazo de prescripción eche a correr, aun si el inversor posteriormente adquiriera más información que confirma la conducta o permite calcular el daño con mayor precisión”¹⁰⁹⁸. En el mismo sentido, el tribunal de *Feldman c.*

¹⁰⁹³ *Ibid.*, párrs. 81-87.

¹⁰⁹⁴ *Ibid.*, párrs. 86-87; ver también *William Ralph Clayton y otros c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad del 17 de marzo de 2015 (“Clayton c. Canadá, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad”), párrs. 266-269 (CL-0088) (donde se observa que a los fines de evaluar el momento en que se presenta un reclamo, es “posible y apropiado (...) separar una serie de eventos en componentes distintos...”); *The Electricity Company of Sofia y Bulgaria (Bélgica c. Bulgaria)*, Objeción Preliminar, Sentencia del 4 de abril de 1939, CPII Serie A/B N.º 77, párr. 87 (CL-0089) (“Es cierto que una controversia puede presuponer la existencia de alguna situación o hecho anterior, pero no es posible asumir que la controversia surge en relación con esa situación o hecho. (...) Son los actos posteriores [sobre los que la Corte tiene jurisdicción] los que forman el punto central del argumento y deben considerarse como constitutivos de los hechos respecto de los cuales surgió la diferencia”).

¹⁰⁹⁵ Ver Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 235.

¹⁰⁹⁶ *Mondev c. Estados Unidos*, Laudo Definitivo, párr. 70 (RL-0018).

¹⁰⁹⁷ *UPS c. Canadá*, Laudo sobre el Fondo, párr. 28 (CL-0037).

¹⁰⁹⁸ *Ibid.*

México aceptó el reclamo de la demandante por lucro cesante durante un periodo posterior a la entrada en vigencia del TLCAN, aunque el reclamo se relacionaba con medidas que habían sido adoptadas por México antes de la entrada en vigencia del tratado¹⁰⁹⁹. Tal como señaló el tribunal, “si ha habido un curso permanente de acción de la parte demandada iniciado antes del 1.º de enero de 1994 [es decir, la fecha de entrada en vigencia del TLCAN] y continuado después de esa fecha y que, por lo tanto, ‘se convirtieron en violaciones’ [...] del Capítulo XI del TLCAN [...] esa parte posterior al 1.º de enero de 1994 de la supuesta actividad de la parte demandada *sí está* sujeta a la jurisdicción del Tribunal”¹¹⁰⁰. Lo anterior es conforme al derecho internacional, tal como ha sido aplicado por otros tribunales internacionales¹¹⁰¹.

362. Si bien Guatemala argumenta que el enfoque adoptado en el caso *UPS* ha sufrido críticas, tal como los Demandantes han demostrado, también ha tenido respaldo. Cabe destacar que solo dos de las Partes del CAFTA-DR han expresado su desacuerdo con los tribunales de los casos *UPS* y *Feldman* en sus presentaciones de parte no contendiente¹¹⁰².

363. A la luz de los principios establecidos anteriormente, la objeción jurisdiccional de la Demandada no puede prosperar porque los Demandantes han presentado pruebas sustanciales de que

¹⁰⁹⁹ *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN, Caso CIADI N.º ARB(AF)/99/1, Laudo sobre el Fondo del 16 de diciembre de 2002, párr. 199 (CL-0093); ver también *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN, Caso CIADI N.º ARB(AF)/99/1, Decisión Provisional acerca de Cuestiones Jurisdiccionales Preliminares del 6 de diciembre de 2000 (“*Marvin Roy c. México*, Laudo sobre Jurisdicción”), párr. 43 (CL-0094).

¹¹⁰⁰ *Marvin Roy c. México*, Laudo sobre Jurisdicción, párr. 62 (CL-0094) (énfasis en el original).

¹¹⁰¹ Ver, p. ej., *Agrotexim Hellas S.A. y otros c. Grecia*, Decisión de la Comisión del 12 de febrero de 1992 (“*Agrotexim c. Grecia*, Decisión de la Comisión”), DR 72, pp. 5, 9 (CL-0095) (donde se sostiene que “los reclamos de los demandantes se relacionan con una situación continua y, en tales circunstancias, el período de seis meses corre desde que finaliza la situación en cuestión”); *Varnava y otros c. Turquía*, Gran Sala, Demandas N.º 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 y 16073/90, Sentencia del 18 de septiembre de 2009, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2009, párr. 159 (CL-0096) (“Sin embargo, se ha sostenido que el plazo de prescripción de seis meses no aplica como tal a las situaciones continuas (se omiten las citas); ello se debe a que, si hay un incumplimiento continuo, el plazo de prescripción vuelve a iniciarse cada día y no será hasta que la situación deje de existir que el período definitivo de seis meses transcurrirá hasta su finalización”); *Cone c. Rumania*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Demanda N.º 35935/02), Sentencia del 24 de junio de 2008, párr. 22 (CL-0097-FR/ENG) (“[C]uando la supuesta violación consiste en una situación continua, el plazo de seis meses solo comenzará desde el momento en que la situación continua llega a su fin”) (se omiten las citas); Consejo de Europa/Conseil De L’Europe, Anuario del Convenio Europeo de Derechos Humanos/Annuaire de la Convention Europeenne des Droits de L’homme, vol. 34 (1991), sobre *De Becker c. Bélgica*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Demanda N.º 214/56 (9 de junio de 1958), p. 244 (CL-0098) (“[C]uando la Comisión recibe una demanda concerniente a (...) un estado permanente (...) el problema del plazo de seis meses especificado en el Artículo 26 solo puede surgir una vez que ese estado de las cosas ha dejado de existir; mientras que en el presente caso, es exactamente como si la supuesta violación se repitiera día tras día, evitando de este modo que el plazo de seis meses transcurra”); *McDaid y otros c. Reino Unido*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Demanda N.º 25681/94 del 9 de abril de 1996, p. 5 (CL-0099) (“En la medida en que los demandantes denuncien que son víctimas de una violación continua a la que no puede aplicarse el periodo de seis meses, la Comisión desea recordar que el concepto de ‘situación continua’ se refiere a un estado de las cosas que opera mediante actividades continuas por parte del Estado que mantienen el estado de víctimas de los demandantes”).

¹¹⁰² Ver Réplica de OP de la Demandada, párr. 78; Presentación de Parte No Contendiente de los Estados Unidos del 19 de febrero de 2021, párrs. 2-6; Presentación de Parte No Contendiente de Costa Rica del 19 de febrero de 2021, párrs. 4-18.

su reclamo de PSP surge de la falta de protección por parte de la Demandada de la inversión de los Demandantes frente a las protestas y los bloqueos que comenzaron a principios de 2016¹¹⁰³. De hecho, las protestas de 2016 son fundamentalmente distintas a las protestas de 2012, que causaron una demora de dos años en las operaciones de Exmingua, pero que finalizaron en mayo de 2014 cuando la policía nacional de Guatemala atravesó el bloqueo y desalojó a los protestantes del sitio¹¹⁰⁴. Mientras que las 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*)¹¹⁰⁵, 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*)¹¹⁰⁶. La similitud en el tipo de acto u omisión que puede dar lugar a más de un incumplimiento en distintos momentos no puede justificar la fusión de incumplimientos tan dispares.

364. La distinción entre las protestas que comenzaron en 2012 y aquellas que surgieron en 2016, y el daño independiente derivado de cada una, no hace más que confirmarse con la propia caracterización que hace Guatemala de las protestas de 2012, que describe como haber estado “en oposición a los esfuerzos [de Exmingua de abrir la mina] [...] cit[ando] preocupaciones ambientales, *en especial* la de garantizar que las actividades mineras no contamin[aran] su agua”¹¹⁰⁷. Por el contrario, las pruebas reflejan que las protestas de 2016 (cuya existencia Guatemala incluso niega)¹¹⁰⁸ surgieron de una matriz fáctica diferente vinculada con el otorgamiento de un amparo por parte de la Corte Suprema, al que el MEM se opuso, y la posterior negativa por parte del MEM de suspender la licencia de Exmingua, tal como había ordenado la Corte¹¹⁰⁹.

365. En particular, tal como los Demandantes han explicado anteriormente, con posterioridad a la orden impartida por la Corte Suprema el 11 de noviembre de 2015, el MEM se negó a ejecutar dicha

¹¹⁰³ Ver *supra* Sección II.D.3; ver también Memorial de los Demandantes, párr. 118; Kappes I, párr. 139; Kappes II, párr. 75.

¹¹⁰⁴ Memorial de los Demandantes, párrs. 40-53; Kappes I, párrs. 63-92.

¹¹⁰⁵ Memorial de los Demandantes, párrs. 40-53; Kappes I, párrs. 63-92.

¹¹⁰⁶ Ver *supra* Sección II.D.3; ver también Memorial de los Demandantes, párrs. 117-118; Kappes I, párr. 138; Kappes II, párr. 75.

¹¹⁰⁷ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 711-712 (énfasis añadido).

¹¹⁰⁸ *Ibid*, párr. 250.

¹¹⁰⁹ Ver María Rosa Bolaños, “MEM no suspenderá proyecto”, *Prensa Libre*, 1 de marzo de 2016 (C-0006); Natiana Gándara, “CIG insta al MEM a no ceder ante medidas de presión”, *Prensa Libre*, 11 de marzo de 2016 (C-0007); Geovani Contreras, “Pobladores de La Puya continuarán en protesta”, *Prensa Libre*, 13 de marzo de 2016 (C-0009); Jerson Ramos y José Rosales, “Manifestantes de La Puya queman muñeco del ministro de Energía”, *Prensa Libre*, 26 de marzo de 2016 (C-0010); Nelton Rivera, “El nuevo campamento de la resistencia pacífica de La Puya”, *Prensa Comunitaria Km. 169*, 19 de mayo de 2019 (C-0011).

orden, asegurando que carecía de “sustancia”, que la licencia había sido concedida en 2011 sin ninguna impugnación en ese momento y que, en consecuencia, el otorgamiento de la licencia había sido consumado¹¹¹⁰. El MEM también presentó un petitorio ante la Corte Suprema en el que solicitaba aclaraciones respecto de las acciones que debía tomar en virtud de la sentencia¹¹¹¹.

366. En aplicación de la sentencia de la Corte Suprema, en enero de 2016, Madre Selva, en coordinación con el CALAS, inició las protestas que ocurrieron casi todos los días desde el 21 de enero de 2016 hasta por lo menos el 30 de abril de 2018, tanto en las oficinas del MEM *como* en el sitio del Proyecto¹¹¹². Tal como demuestra la carta enviada por el CALAS al Gobierno, esas protestas habían surgido como respuesta directa a la negativa del MEM a suspender la licencia de explotación de Exmingua. En su carta del 7 de marzo de 2016, el CALAS señala que las “manifestaciones han sido establecidas con [] PERMANENTE y por tiempo indeterminado) . . . [e]n las inmediaciones del *edificio central del Ministerio de Energía y Minas*...[y en el] *Municipio de San Pedro Ayampuc* [] *frente a las instalaciones del proyecto* (...) para protestar [y] *exigir que el Ministro de Energía y Minas obedezca la protección [el amparo] [de] la Corte Suprema de Justicia, que fue otorgada a las comunidades por la extensión de la licencia de explotación minera en sus territorios*”¹¹¹³. Milton Carrera (un miembro de Madre Selva que estuvo involucrado en el ataque al Sr. Gálvez¹¹¹⁴) señaló, además, que las protestas habían sido organizadas porque el “ministro [de Energía y Minas] Juan Pelayo Castañón [] no quiere

¹¹¹⁰ Ver *supra* Sección II.D.2; María Rosa Bolaños, “MEM no suspenderá proyecto”, *Prensa Libre*, 1 de marzo de 2016 (C-0006); Natiana Gándara, “CIG insta al MEM a no ceder ante medidas de presión”, *Prensa Libre*, 11 de marzo de 2016 (C-0007).

¹¹¹¹ Ver *supra* Sección II.D.2; Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Caso N.º 1592-2014, presentación del Ministerio de Energía y Minas en relación con el cumplimiento del amparo provisional del 10 de marzo de 2016, p. 5 (C-0008).

¹¹¹² Ver *supra* Sección II.D.3; Notificación de Reclamos de Madre Selva del 18 de enero de 2016 (C-0875); Notificación de Reclamos de Madre Selva del 8 de febrero de 2016 (C-0876); Notificación de Reclamos de Madre Selva del 18 de febrero de 2016 (C-0877); Notificación de Reclamos de Madre Selva del 26 de febrero de 2016 (C-0878); Notificación de Reclamos de Madre Selva del 8 de marzo de 2016 (C-0879); Notificación de Reclamos de Madre Selva del 18 de marzo de 2016 (C-0881); Notificación de Reclamos de Madre Selva del 30 de marzo de 2016 (C-0882); Notificación de Reclamos de Madre Selva del 8 de abril de 2016 (C-0883); Notificación de Reclamos de Madre Selva del 19 de abril de 2016 (C-0884); Notificación de Reclamos de Madre Selva del 28 de abril de 2016 (C-0885); Notificación de Reclamos de Madre Selva del 6 de mayo de 2016 (C-0886); Notificación de Reclamos de Madre Selva del 20 de mayo de 2016 (C-0887); Notificación de Reclamos de Madre Selva del 31 de mayo de 2016 (C-0888); Notificación de Reclamos de Madre Selva del 9 de junio de 2016 (C-0889); Notificación de Reclamos de Madre Selva del 17 de junio de 2016 (C-0890); Notificación de Reclamos de Madre Selva del 29 de junio de 2016 (C-0927); Notificación de Reclamos de Madre Selva del 29 de julio de 2016 (C-0891); Notificación de Reclamos de Madre Selva del 16 de agosto de 2016 (C-0892); Notificación de Reclamos de Madre Selva del 29 de agosto de 2016 (C-0928); Notificación de Reclamos de Madre Selva del 13 de septiembre de 2016 (C-0929); Notificación de Reclamos de Madre Selva del 28 de septiembre de 2016 (C-0893); Notificación de Reclamos de Madre Selva del 13 de octubre de 2016 (C-0894); Notificación de Reclamos de Madre Selva del 3 de noviembre de 2016 (C-0895); Notificación de Reclamos de Madre Selva del 9 de diciembre de 2016 (C-0930); Notificación de Reclamos de Madre Selva del 28 de febrero de 2018 (C-0931); Notificación de Reclamos de Madre Selva del 22 de marzo de 2018 (C-0896); Notificación de Reclamos de CALAS del 7 de marzo de 2016 (C-0880).

¹¹¹³ Notificación de Reclamos del CALAS del 7 de marzo de 2016 (C-0880) (énfasis añadido).

¹¹¹⁴ Gálvez, párr. 14.

cerrarla [a la mina], cuando la orden de la Corte es clara y dice que es cierre de operaciones”¹¹¹⁵. En consecuencia, los protestantes exigían que “el Ministerio de Energía y Minas [...] suspenda las operaciones en el proyecto minero”¹¹¹⁶.

367. El 21 de diciembre de 2016, el MEM –en *medio de estas protestas*– emitió la Resolución N.º 4056 sin ningún fundamento, donde ordenaba a Exmingua que presentara el EIA correspondiente al Proyecto Santa Margarita dentro de los 30 días¹¹¹⁷. Tal como Exmingua explicó al MEM, a causa de las constantes protestas y bloqueos de acceso al sitio, Exmingua y su consultor no tuvieron “acceso al [Proyecto]” para completar las consultas locales del EIA debido a “intimidaciones” de parte de las comunidades que protestaban contra el Proyecto que “pon[ían] en riesgo” al personal de Exmingua y al de los gestores ambientales¹¹¹⁸.

368. En consonancia con lo establecido en el caso *Grand River c. Estados Unidos*, las acciones y omisiones de Guatemala en 2016 comprenden medidas independientes suficientes para dar inicio al plazo de prescripción¹¹¹⁹. Este fue particularmente el caso cuando Guatemala *sí intervino* en 2014 para apaciguar las protestas anteriores¹¹²⁰. Como resultado, si bien los actos de Guatemala con respecto a las protestas de 2016 pueden tener algunas similitudes con “eventos anteriores”, el reclamo de los Demandantes contra las medidas adoptadas por Guatemala con respecto a las protestas de 2016 sigue estando “presentado adecuadamente”¹¹²¹. Además, a diferencia de lo que ocurrió en *Corona Materials c. República Dominicana* y *Berkowitz c. Costa Rica*, los actos y omisiones de Guatemala –a saber, su demanda de que Exmingua presentara el EIA de Santa Margarita y, en paralelo, su falta de asistencia para aquietar las protestas– claramente tuvieron “consecuencias separadas en su inversión”¹¹²²; Exmingua fue colocada en una situación en la que no podía obtener la aprobación del EIA para Santa Margarita.

369. El reclamo sobre PSP de los Demandantes surge clara y directamente de la falta de implementación de medidas razonables por parte de la Demandada, desde principios de 2016 con

¹¹¹⁵ Geovani Contreras, “Pobladores de La Puya continuarán en protesta”, *La Prensa Libre*, 13 de marzo de 2016 (C-0009).

¹¹¹⁶ Nelton Rivera, “El nuevo campamento de la resistencia pacífica de La Puya”, *Prensa Comunitaria Km. 169*, 19 de mayo de 2019 (C-0011).

¹¹¹⁷ *Ver supra* Sección II.D.3; Cédula de Notificación N.º 497 del MEM a Exmingua, a la que se adjunta la Resolución N.º 4056, del 21 de diciembre de 2016 (C-0012).

¹¹¹⁸ Carta de Exmingua al MEM, a la que se adjunta el Acta Notarial de fecha 21 de marzo de 2017 (C-0013).

¹¹¹⁹ *Ver supra* Sección II.D; Memorial de los Demandantes, párr. 118; Kappes I, párr. 139; Kappes II, párrs. 72-75.

¹¹²⁰ *Ver supra* Sección II.C; Memorial de los Demandantes, párr. 53; Kappes I, párr. 91.

¹¹²¹ *Grand River c. Estados Unidos*, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción, párrs. 81-87 (RL-0039).

¹¹²² *Corona Materials LLC c. República Dominicana*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/14/3, Laudo de 31 de mayo de 2016, párr. 212 (RL-0002).

posterioridad al fallo de la Corte Suprema, que garantizaran acceso al sitio del Proyecto tanto a los Demandantes como a Exmingua¹¹²³. Este incumplimiento impidió a Exmingua y sus consultores realizar los estudios sociales requeridos para completar el EIA de Santa Margarita, cuya aprobación era necesaria para obtener una licencia de explotación para el área de Santa Margarita¹¹²⁴.

370. Sin embargo, y subsidiariamente, aun *si* el Tribunal considerara que el incumplimiento relevante por el que los Demandantes reclaman daños y perjuicios fue un incumplimiento continuo que comenzó en 2012 (aunque no lo es, por los motivos expuestos anteriormente), el reclamo de los Demandantes no prescribiría porque el plazo de prescripción se renovó con los incumplimientos continuos que ocurrieron a partir de 2016. En este sentido, de forma congruente con *UPS c. Canadá* y *Feldman c. México*, el reclamo sobre PSP de los Demandantes sigue siendo oportuno.

3. El Tribunal tiene jurisdicción con respecto a los reclamos de trato nacional y de nación más favorecida planteados por los Demandantes

371. En su Memorial, los Demandantes explicaron que la Demandada no cumplió con su obligación de concederles, a ellos y a su inversión, un trato nacional y de nación más favorecida al haber otorgado a Exmingua un trato menos favorable que a otras empresas que eran propiedad y estaban bajo el control de nacionales de otros países o, en última instancia, que tenían titulares beneficiarios de nacionalidad guatemalteca¹¹²⁵. Específicamente, los Demandantes demostraron que la Corte de Constitucionalidad de Guatemala sometió a Exmingua a un trato injusto y desfavorable al suspender sus operaciones mientras permitió que Oxec continuara operando hasta que el MEM comenzara y concluyera sus consultas; al imponer condiciones adicionales, onerosas, subjetivas e inciertas solo a Exmingua para que su licencia pudiera recobrar su eficacia; y al demorar su decisión con respecto a la apelación presentada por Exmingua, que, a pesar de haber planteado las mismas cuestiones jurídicas y haber sido presentado antes que otras empresas, demoró muchos años más en resolverse¹¹²⁶. Los Demandantes también demostraron que el MEM concedió un trato menos favorable a los Demandantes y a Exmingua en comparación con otros inversores y sus inversiones en iguales circunstancias al haber completado las consultas de Oxec en pocos meses, mientras que se negó siquiera a comenzar las consultas para Exmingua¹¹²⁷.

¹¹²³ Notificación de Arbitraje, párr. 74.

¹¹²⁴ *Ibid.*

¹¹²⁵ Memorial de los Demandantes, Sección III.E.

¹¹²⁶ *Ibid.*, párrs. 325-327; *ver también ibid.*, párrs. 103-115.

¹¹²⁷ *Ibid.*, párr. 328.

372. En tan solo tres páginas de su Memorial de Contestación, la Demandada plantea dos objeciones jurisdiccionales separadas y de distintos niveles a los reclamos vinculados con el trato nacional (“TN”) y el trato de nación más favorecida (“NMF”). Cada objeción carece de todo mérito.

c. El Tribunal tiene jurisdicción sobre el reclamo de trato nacional planteado por los Demandantes

373. En su Memorial de Contestación, la Demandada argumenta que “todas las acciones (o ‘tratos’) reclamados [por los Demandantes] se tomaron para hacer valer los derechos de las comunidades indígenas”¹¹²⁸ y que, en consecuencia, el reclamo de TN planteado por los Demandantes no está alcanzado por la jurisdicción del Tribunal en virtud de la reserva de Guatemala establecida en el Anexo II del Tratado. Asimismo, la Demandada afirma que esta objeción es aplicable a todos los reclamos de discriminación planteados por los Demandantes (es decir, incluso aquellos presentados por los Demandantes conforme a la disposición de NMF) porque, al igual que Exmingua, Oxec, Minera San Rafael y CGN fueron constituidas de conformidad con el derecho guatemalteco¹¹²⁹. A partir de este hecho, Guatemala concluye equivocadamente que “todas las demandas califican como trato nacional”¹¹³⁰ y que, por lo tanto, están sometidas a esta reserva de TN.

374. *En primer lugar*, la interpretación que realiza Guatemala de la reserva contenida en el Anexo II es errónea en sus fundamentos: esa reserva no descarta la jurisdicción sobre el reclamo de TN de los Demandantes. La Lista del Anexo II de la Demandada establece que, entre otras, con respecto a la obligación de TN de la Demandada, “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”¹¹³¹.

375. Tal como fue desarrollado en el Memorial de los Demandantes y como se explicará a continuación, el reclamo de TN de los Demandantes está basado en el trato dispar recibido por Exmingua de parte del MEM y de los tribunales en comparación con el trato concedido al titular beneficiario final guatemalteco de Oxec con respecto a su inversión. Los Demandantes no impugnan ninguna medida adoptada o mantenida por Guatemala que “otorgue derechos o preferencias a [...]”

¹¹²⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 258.

¹¹²⁹ *Ibid*, párr. 259.

¹¹³⁰ *Ibid*, párr. 259.

¹¹³¹ CAFTA-DR, Anexo II, Lista de Guatemala (CL-0001); *ver también ibid* CAFTA-DR, Art. 10.13.2 (que establece que las obligaciones de trato nacional y de nación más favorecida “no se aplican a cualquier medida que una Parte adopte o mantenga, en relación con los sectores, subsectores o actividades, tal como se indica en su Lista del Anexo II”).

pueblos indígenas”¹¹³². Contrariamente a la afirmación de Guatemala de que “[e]n el presente caso, los reclamos de trato nacional están directamente comprendidos dentro de esa reserva”¹¹³³, la reserva del Anexo II es inoponible.

376. La declaración de la Demandada de que los reclamos de los Demandantes sobre el trato dispar sufrido con respecto a los tiempos de las decisiones de los tribunales así como a la inacción del MEM están exentos conforme al Anexo II porque “el tiempo se dedicó a dar ‘preferencias a las minorías y pueblos indígenas social o económicamente desfavorecidos’, de acuerdo con el texto de la reserva”¹¹³⁴ carece de explicación y de sentido. Al no haber emitido un fallo oportuno con respecto a la apelación presentada por Exmingua –y sí haberlo hecho en el caso de la apelación presentada por Oxec, que planteaba las mismas cuestiones legales y que fue presentada después– Guatemala no dio “prioridad” a los “derechos a la vida y a la integridad de los pueblos indígenas y tribales”¹¹³⁵. En este mismo sentido, al no haber dado inicio –mucho menos finalizado– las consultas en el caso de Exmingua, tal como exigían los tribunales, y al haber comenzado de inmediato y haber concluido en menos de siete meses las consultas en el caso de Oxec, el MEM no dio “prioridad” a los “derechos a la vida y a la integridad de los pueblos indígenas y tribales”¹¹³⁶. La afirmación de la Demandada de que los tribunales suspendieron el proyecto de Exmingua para garantizar que las “operaciones no amenazaran la existencia de la población indígena en las cercanías del proyecto minero”¹¹³⁷ también es incorrecta. Los tribunales no otorgaron un derecho o una preferencia a las poblaciones indígenas al suspender el proyecto de Exmingua hasta que estuvieran finalizadas las consultas del MEM, toda vez que permitieron que los proyectos de Oxec continuaran operando mientras el MEM realizaba las consultas.

377. *En segundo lugar*, desde su última presentación, los Demandantes descubrieron que el titular legal de Oxec es una empresa panameña¹¹³⁸. Si bien Oxec ha sido reportada y es ampliamente conocida como una empresa cuyo titular beneficiario es una familia guatemalteca muy bien conectada, los registros societarios públicos a los que los Demandantes han tenido acceso no revelan lo mismo. En consecuencia, Oxec también puede considerarse –o incluso debería considerarse fundamentalmente– como una empresa de propiedad *extranjera*, en cuyo caso el reclamo de discriminación de los Demandantes basado en un trato dispar concedido a Oxec puede considerarse más apropiadamente como parte de la obligación de NMF, más que de la obligación de conceder un TN. Así, la reserva de

¹¹³² Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 256.

¹¹³³ *Ibid*, párr. 258.

¹¹³⁴ *Ibid*, párr. 258.

¹¹³⁵ *Ibid*, párr. 258.

¹¹³⁶ *Ibid*, párr. 258; Memorial de los Demandantes, párr. 108.

¹¹³⁷ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 258.

¹¹³⁸ Informe de Dun y Bradstreet del 13 de abril de 2021 (C-0990).

la Demandada contenida en el Anexo II correspondiente a los reclamos de trato nacional también es inaplicable por esta razón.

378. *Por último*, el intento de Guatemala de aplicar esta reserva a *todos* los reclamos de discriminación planteados por los Demandantes –incluidos aquellos basados en el trato dispar concedido a Minera San Rafael y CGN– claramente no da en el blanco. Guatemala afirma que “[s]i bien CGN y Mineral San Rafael tienen cada una un propietario extranjero, tales entidades extranjeras son irrelevantes...”¹¹³⁹ porque las empresas locales son “inversores guatemaltecos (nacionales)”¹¹⁴⁰. De esta manera, Guatemala sugiere que los Demandantes solo podrían plantear un reclamo de TN con respecto a esos comparadores, y que ese reclamo está prohibido conforme a la reserva mencionada. Este argumento es claramente equivocado.

379. Si Guatemala estuviera en lo cierto, y la titularidad extranjera de una inversión fuera irrelevante, un inversor cuya inversión fuera una entidad legal nunca podría plantear un reclamo de NMF ya que, por definición, su inversión necesita estar *en Guatemala* y, en consecuencia, tendría nacionalidad guatemalteca. Sin embargo, los Artículos 10.4.1 y 10.4.2 del CAFTA-DR establecen expresamente que la obligación de NMF exige a los Estados conceder a los *inversionistas protegidos y a sus inversiones locales* un trato de NMF *en lo referente al establecimiento y la operación de sus inversiones locales*¹¹⁴¹. Como los Demandantes afirman que se les ha otorgado un trato menos favorable respecto de su inversión guatemalteca en comparación con los titulares de un *tercer Estado* que ostentan inversiones guatemaltecas similares, ese reclamo es un reclamo de NMF, no de TN. En igual sentido, el reclamo de los Demandantes de que Exmingua ha recibido un trato menos favorable que otras inversiones en iguales circunstancias que son propiedad de nacionales de un *tercer Estado* es un reclamo de NMF, no de TN.

d. El Tribunal tiene jurisdicción sobre el reclamo de NMF planteado por los Demandantes

380. La objeción jurisdiccional de Guatemala planteada frente al reclamo de NMF de los Demandantes también es débil. En primer lugar, Guatemala afirma equivocadamente que “no está en absoluto claro si los Demandantes han presentado algún reclamo por trato de NMF” porque erróneamente argumenta que “los Demandantes nunca mencionan a los propietarios extranjeros de Minera San Rafael y CGN –Pan American Silver (Canadá) y el Grupo Soloway (Suiza),

¹¹³⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 259.

¹¹⁴⁰ *Ibid*, párr. 260.

¹¹⁴¹ CAFTA-DR, Art. 10.4.1, 10.4.2 (CL-0001).

respectivamente. Los Demandantes tampoco plantean ninguna similitud entre dichas dos entidades y ellos mismos, que es lo que deben hacer para cumplir la norma NMF¹¹⁴². Luego, Guatemala plantea que, incluso si se considerara que los Demandantes han presentado un reclamo de NMF, dicho reclamo estaría descartado por otra reserva contenida en el Anexo II que, según la incorrecta interpretación de Guatemala, le daría la opción 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”¹¹⁴³. Guatemala desarrolla este argumento señalando que, “[e]n otras palabras, Guatemala se reservó el derecho de otorgar un trato diferente entre los inversores de los Estados Unidos y los de cualquier país que tenga un tratado preexistente con Guatemala”¹¹⁴⁴. A continuación, Guatemala arriba a la conclusión equivocada de que la parte del reclamo de NMF presentado por los Demandantes que se basa en la premisa de un trato menos favorable en comparación con aquel concedido a los titulares suizos de la mina Fenix (CGN) está prohibida por tal reserva, ya que el TBI celebrado entre Suiza y Guatemala es anterior al CAFTA-DR¹¹⁴⁵.

381. *En primer lugar*, contrariamente a lo que afirma la Demandada, los Demandantes han planteado claramente reclamos de NMF. En particular, en la sección sobre NMF de su Memorial, los Demandantes explicaron que las minas operadas por Minera San Rafael y CGN eran de propiedad extranjera¹¹⁴⁶. También explicaron que Exmingua se encontraba en las mismas circunstancias que esas operadoras a los fines de las medidas en cuestión y que los Demandantes estaban en las mismas circunstancias que los titulares extranjeros de esas minas a los efectos de las medidas¹¹⁴⁷. Además, los Demandantes demostraron cómo “[a] pesar de estar en circunstancias similares, las Demandantes y Exmingua recibieron un trato menos favorable, por parte de los tribunales guatemaltecos y el MEM, que Oxec, San Rafael y CGN, y sus respectivos inversionistas, en relación con la operación de la inversión de las Demandantes”¹¹⁴⁸. La supuesta confusión de Guatemala sobre si los Demandantes han planteado un reclamo de NMF y sobre el fundamento de ese reclamo es, en consecuencia, injustificada.

382. *En segundo lugar*, como ya fue explicado, la sugerencia de Guatemala de que los Demandantes no han presentado un reclamo de NMF porque Exmingua, al igual que [Minera San Rafael] y [CGN], son nacionales guatemaltecos, es incorrecta. Los reclamos de los Demandantes de que Guatemala ha

¹¹⁴² Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 262.

¹¹⁴³ *Ibid*, párr. 261.

¹¹⁴⁴ *Ibid*, párr. 261.

¹¹⁴⁵ *Ver ibid*, párr. 263.

¹¹⁴⁶ Memorial de los Demandantes, párr. 323 (sección sobre NMF que hace referencia a otras secciones del Memorial donde se explica la titularidad extranjera de San Rafael y CGN); *ver también ibid*, párrs. 111, 115.

¹¹⁴⁷ Memorial de los Demandantes, párr. 323.

¹¹⁴⁸ *Ibid*; *ver también ibid*, párrs. 325-328 (donde se desarrolla este argumento).

otorgado a Exmingua un trato menos favorable que a inversiones locales en iguales circunstancias que son propiedad de nacionales de un tercer Estado, y que Guatemala ha concedido a los Demandantes un trato menos favorable que a nacionales de un tercer Estado en iguales circunstancias con respecto a la operación de Exmingua, son reclamos de NMF (no de TN).

383. *Por último*, al igual que lo hace con respecto a la reserva contenida en el Anexo II en relación con el reclamo de TN de los Demandantes, Guatemala interpreta de manera manifiestamente errónea esta otra reserva contenida en el Anexo II al argumentar que impide el reclamo de NMF de los Demandantes. La reserva en cuestión establece que “Guatemala se reserva, *vis-à-vis* los Estados Unidos y República Dominicana, el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que acuerde un tratamiento diferente entre países, *bajo cualquier acuerdo internacional bilateral o multilateral* en vigencia o suscrito previo a la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo”¹¹⁴⁹. Así, esta reserva conserva la facultad por parte de la Demandada de otorgar un trato específico en virtud de un tratado anterior sin ofrecer ese mismo trato a inversores y a inversiones protegidas por el CAFTA-DR. El sentido ordinario de los términos del Tratado deja esto en claro, ya que el trato que no necesita extenderse a los inversores estadounidenses o sus inversiones es el trato otorgado *en virtud de*, o en otras palabras, *conforme a*, otro tratado de inversión. Contrariamente al argumento de Guatemala, la reserva no le da rienda suelta para discriminar en todos los casos a los inversores y las inversiones estadounidenses *vis-à-vis* inversores e inversiones protegidas por cualquier tratado anterior al CAFTA-DR.

384. La presentación de los Estados Unidos es congruente con la interpretación de los Demandantes:

Esta reserva se vincula únicamente con el trato diferencial otorgado a un inversor de un tercer Estado de conformidad con alguna disposición de un acuerdo internacional vigente. Es decir, una Parte del CAFTA-DR que haya hecho uso de esta reserva no tiene la obligación de otorgar el mismo trato otorgado *conforme a dicho tratado* a los nacionales de otras Partes del CAFTA-DR. No obstante, esta reserva *no se aplica respecto de tratos diferenciales otorgados a nacionales de terceros Estados salvo ‘según’ -es decir, de acuerdo con- dicho tratado vigente.*¹¹⁵⁰

385. De modo similar, en su comentario sobre el Capítulo 11 del TLCAN, Meg Kinnear, Andrea Bjorklund y John Hannaford explican el significado de una disposición análoga del dicho tratado:

En el Artículo 1108(6), los tres Estados Parte formularon idénticas reservas en virtud del Artículo 1103 *con respecto a sus obligaciones de conformidad con otros tratados bilaterales y multilaterales de inversión* vigentes cuando el TLCAN entró en vigencia.

¹¹⁴⁹ CAFTA-DR, Anexo II, Lista de Guatemala (CL-0001) (énfasis añadido).

¹¹⁵⁰ Presentación de parte no contendiente de los Estados Unidos, párr. 37 (énfasis añadido).

De tal forma, si cualquier Parte otorgó más derechos a inversores de otras naciones, los inversores del TLCAN *no podrán invocar la cláusula del trato de la NMF para gozar de los beneficios de dichas concesiones.*¹¹⁵¹

386. La aseveración de Guatemala de que puede discriminar a los inversores e inversiones de los Estados Unidos a favor de cualquier inversor extranjero y sus inversiones respectivas siempre y cuando Guatemala haya suscripto un tratado de inversión con el Estado al cual pertenece ese inversor extranjero en una fecha anterior a la celebración del CAFTA-DR no se encuentra fundada en el significado llano del texto ni en su objeto.

B. Guatemala expropió las inversiones de los Demandantes de manera ilegítima

387. Como consigna el Memorial de los Demandantes, Guatemala les expropió sus inversiones de manera ilegítima privándolos de la oportunidad de desarrollar y llevar a cabo el Proyecto Tambor y quitándole todo valor a su paquete accionario de Exmingua mediante la suspensión ilegítima, arbitraria y por tiempo indeterminado de la licencia de explotación de Exmingua para Progreso VII, mediante el secuestro del concentrado de oro de Exmingua y mediante la suspensión *de facto* de su licencia de exploración para Santa Margarita. Asimismo, se le impidió a Exmingua obtener la licencia de explotación para Santa Margarita por tiempo indeterminado.¹¹⁵² Los Demandantes acreditaron cómo las medidas de Guatemala resultaron expropiatorias en virtud de los criterios que prevé el Tratado¹¹⁵³ y que dicha expropiación fue ilegítima.¹¹⁵⁴

388. Como respuesta, Guatemala plantea una serie de argumentos defectuosos cuando (i) intenta interpretar las disposiciones del Tratado remitiéndose al derecho interno estadounidense,¹¹⁵⁵ (ii) caracteriza la oportunidad perdida de los Demandantes de llevar a cabo y desarrollar el Proyecto Tambor como un derecho o participación no susceptible de ser expropiado,¹¹⁵⁶ (iii) niega toda eventual responsabilidad por actos expropiatorios de sus tribunales¹¹⁵⁷ y (iv) niega su conducta expropiatoria¹¹⁵⁸ e invoca la doctrina del poder de policía.¹¹⁵⁹ La Demandada también intenta repetir sus argumentos

¹¹⁵¹ MEG KINNEAR, ANDREA KAY BJORKLUND Y JOHN F.G. HANNAFORD, INVESTMENT DISPUTES UNDER NAFTA: AN ANNOTATED GUIDE TO NAFTA, CAPÍTULO 11, pp. 1108-16 (2006) (CL-0338) (énfasis añadido).

¹¹⁵² Memorial de los Demandantes, Sección III.A.

¹¹⁵³ *Ibid.*, Sección III.A.2.

¹¹⁵⁴ *Ibid.*, Sección III.A.3.

¹¹⁵⁵ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 462-464, 470.

¹¹⁵⁶ *Ibid.*, párr. 466.

¹¹⁵⁷ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 467-468, 493-529.

¹¹⁵⁸ *Ibid.*, párrs. 530-586.

¹¹⁵⁹ *Ibid.*, párrs. 471, 568-586.

sobre la pérdida refleja al sostener que los Demandantes no lograron acreditar ninguna interferencia en sus inversiones en Exmingua.¹¹⁶⁰

389. Como se demuestra a continuación, Guatemala no logra bajo ningún concepto eximirse de responsabilidad por expropiar de manera ilegítima las inversiones de los Demandantes transgrediendo el Tratado.

1. Los argumentos de la Demandada sobre la interpretación del Tratado son defectuosos

390. Como consignaron en su Memorial los Demandantes, el Artículo 10.7 del Tratado, que debe interpretarse de conformidad con los Anexos 10-B y 10-C, obliga al Estado a abstenerse de expropiar de manera ilegítima las inversiones de los inversores cubiertos.¹¹⁶¹ Dichas disposiciones deben interpretarse de acuerdo con los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“CVDT”).¹¹⁶²

391. Si bien la Demandada no cuestiona estos planteos fundamentales en su Memorial de Contestación, sostiene que la obligación de expropiación del Tratado debe interpretarse según “los principios y prácticas legales de los Estados Unidos en materia de expropiación”, sobre la base de que “el Artículo 32 de la Convención de Viena instruye a los intérpretes de tratados a considerar las circunstancias de la celebración del tratado” y de que “se debe examinar el contexto histórico en el que se negoció el tratado”.¹¹⁶³ En particular, la Demandada afirma 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” y que, por lo tanto, el Tribunal “está obligado a reconocer e insuflar vida a esa intención”.¹¹⁶⁴ Este planteo es erróneo.

392. *En primer lugar*, la Demandada se refiere de manera confusa a “factores objetivos” conforme el Artículo 31 y al mismo tiempo a “medios complementarios” en virtud del Artículo 32,¹¹⁶⁵ y ni siquiera intenta probar por qué es necesario recurrir a las normas complementarias de interpretación con arreglo al Artículo 32 del CVDT para interpretar el Tratado. El Artículo 32 es una norma secundaria que “no

¹¹⁶⁰ *Ibid.*, párrs. 473-492.

¹¹⁶¹ Memorial de los Demandantes, párrs. 145-146.

¹¹⁶² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Arts. 31 y 32 (CL-0005).

¹¹⁶³ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 463.

¹¹⁶⁴ *Ibid.*, párr. 532; *ver también, p. ej., ibid.*, párrs. 463-464, 468, 470, 532, 538, 540, 568, 575.

¹¹⁶⁵ *Ibid.*, párr. 463.

proporciona un medio alternativo y autónomo de interpretación, sino un complemento para la interpretación regida por los principios previstos en el Artículo 31” y constituye una “excepción” que “debe ser estrictamente limitada”.¹¹⁶⁶ Como indica la disposición:

Se *podrán* acudir a medios de interpretación *complementarios*, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las *circunstancias de su celebración*, para *confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31*, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

(a) deje *ambiguo u oscuro* el sentido; o

(b) conduzca a un resultado *manifiestamente absurdo o irrazonable*.¹¹⁶⁷

La Demandada *no* menciona ninguna circunstancia que ameritaría recurrir a medios complementarios para interpretar las disposiciones sobre expropiación del Tratado.

393. *En segundo lugar*, la Demandada sostiene en relación con la jurisprudencia de la Organización Mundial del Comercio (“OMC”) que, si bien “la práctica de un Estado parte no es concluyente en cuanto al significado del texto del tratado, tampoco es irrelevante”.¹¹⁶⁸ Esta aseveración también es errónea. La jurisprudencia de la OMC invocada por la Demandada se relaciona con la interpretación de listas de compromiso,¹¹⁶⁹ que son “originalmente actos unilaterales que luego forman parte del marco del tratado [de la OMC]”.¹¹⁷⁰ La importancia de la práctica de un Estado parte para interpretar lo que originalmente

¹¹⁶⁶ J. ROMESH WEERAMANTRY, *TREATY INTERPRETATION IN INVESTMENT ARBITRATION* (2012), párr. 4.02 (CL-0339), que cita el Proyecto de Artículos de la CDI sobre el Derecho de los Tratados, reimpresso en *ILC Report on the work of its Eighteenth Session*, 4 de mayo – 19 de julio de 1996, UN Doc. A/6309/Rev.1, p. 223, párr. 19; *ver también Sempra Energy Int’l c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/16, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción del 11 de mayo de 2005, párr. 142 (CL-0072) (“Siendo este [el Artículo 31] el principal medio de interpretación, es el que debe aplicar el Tribunal. Se ha indicado previamente que son los propios términos del Tratado los que optaron por las alternativas que se han discutido, por lo cual ni siquiera cabría recurrir a los medios de interpretación complementarios”); *Enron Corp. y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción (Demanda Adicional) del 2 de agosto de 2004, párr. 32 (CL-0040) (“En vista del texto explícito del Tratado y de su finalidad y objeto, ni siquiera es necesario recurrir a medios complementarios de interpretación, como los trabajos preparatorios, lo cual sólo sería necesario si no hubiera suficientes elementos de interpretación en virtud de la norma estipulada en el Artículo 31 de la Convención”); *Methanex Corp. c. Estados Unidos de América*, Laudo Definitivo del Tribunal sobre Jurisdicción y Fondo del 3 de agosto de 2005, párr. 22 (CL-0379) (“De acuerdo con el Artículo 32, puede recurrirse a medios complementarios de interpretación únicamente en las limitadas circunstancias allí consignadas. Salvo esas situaciones, el enfoque de la Convención de Viena es considerar que el texto del tratado es la expresión auténtica de las intenciones de las partes; y su esclarecimiento, más que una búsqueda amplia de supuestas intenciones de las partes, es el objeto adecuado de la interpretación”).

¹¹⁶⁷ CVDT, Arts. 31 y 32 (CL-0005) (énfasis añadido).

¹¹⁶⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 463.

¹¹⁶⁹ *Ver* Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 463 (que cita CE — Computer Equipment, WT/DS62/AB/RWT/DS67/AB/R WT/DS68/AB/R (5 de junio de 1998), párr. 93. Se explican las “listas de compromiso” en OMC, Schedules of specific commitments and lists of Article II exemptions (CL-0381).

¹¹⁷⁰ ALEXANDER ORAKHELASHVILI, *THE INTERPRETATION OF ACTS AND RULES IN PUBLIC INTERNATIONAL LAW* 477 (OUP 2008), p. 477 (CL-0340).

era un acto *unilateral* no significa que las prácticas unilaterales sean relevantes para interpretar un tratado multilateral como el CAFTA-DR.

394. Las referencias en el CAFTA-DR a la “práctica general y consistente de los *Estados*”, al “derecho internacional consuetudinario” y al “común entendimiento” de las Partes “con respecto a la expropiación”¹¹⁷¹ son elementos adicionales *contra* la posibilidad de invocar la práctica de *cualquier* Estado Parte para informar el significado de los términos del CAFTA-DR, especialmente el Artículo 10.7 y el Anexo 10-C. En consecuencia, los tribunales arbitrales (incluido el Tribunal) correctamente consideraron con escepticismo la prueba unilateral que refleja solo una de las perspectivas de los Estados Parte negociantes a la hora de interpretar tratados internacionales.¹¹⁷²

395. Por consiguiente, carece de todo fundamento el argumento de la Demandada de que el Tribunal debe considerar “los principios legales y la práctica de los EE.UU. en la interpretación de las disposiciones” del Tratado.¹¹⁷³ De hecho, los factores enumerados en el Anexo 10-C(4) para que los tribunales consideren cuándo se produjo una expropiación indirecta son los “mismos factores” que utilizaron los tribunales arbitrales con el objeto de definir las expropiaciones en virtud del derecho internacional consuetudinario¹¹⁷⁴ y “prácticamente todos” los laudos de arbitrajes sobre inversiones

¹¹⁷¹ CAFTA-DR, Anexos 10-B y 10-C (CL-0001) (énfasis añadido).

¹¹⁷² *Ver, p. ej.*, Decisión sobre Objeciones Preliminares, párr. 155 (que señala que “la interpretación de un tratado por parte de un Estado que se circula a efectos de implementación interna y no como documento de negociación compartido con los demás Estados Parte no constituye ‘trabajo preparatorio’ del tratado de conformidad con el Artículo 32 de la CVDT...”); *The Renco Group, Inc. c. República de Perú*, Caso N.º UNCT/13/1, Decisión sobre el Alcance de las Objeciones Preliminares de la Demandada en virtud del Artículo 10.20.4 del 18 de diciembre de 2014, párrs. 225 – 231 (CL-0380) (que destaca que “los tribunales de arbitrajes entre inversores y estados en general toman con cautela los testimonios de funcionarios y negociadores estatales”); *Sempra Energy Int’l c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/16, Laudo del 28 de septiembre de 2007, párr. 385 (CL-0258) (“la postura de un Estado no forma el derecho internacional, menos aún cuando es formulada únicamente por medios de interpretación indirectos o de forma bastante remota o general en lo tocante al Tratado en cuestión”); *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI N.º ARB/10/7, Laudo del 8 de julio de 2016, párr. 476 (CL-0375) (“Sería relativamente novel y posiblemente plantearía inquietudes respecto del debido proceso en casos de arbitrajes de inversión si se le asignara un peso sustancial, y menos aún decisivo, a una declaración unilateral ulterior de un Estado”); *Enron Corp. y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/3, Laudo del 22 de mayo de 2007, párr. 337 (CL-0259) (“Ni aunque esta fuera la interpretación actual de la cláusula por parte de Estados Unidos debería deducirse necesariamente que dicha interpretación rige el Tratado. Lo importante es la intención que tuvieron las partes al firmarlo y esto no confirma la interpretación que se reserva el derecho de incumplir. Aunque esta interpretación fuera compartida actualmente por las partes del Tratado, tampoco se modificarían sus disposiciones. Desde luego, los estados son libres de modificar el Tratado si acuerdan una redacción diferente, pero ello no afectaría los derechos adquiridos en virtud del Tratado por los inversores u otros beneficiarios”); *ver también Apotex c. Estados Unidos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/12/1, Laudo del 25 de agosto de 2014, párr. A.44 (RL-0215) (“Este Tribunal no les debe deferencia alguna a las posturas de la Demandada en tanto Parte del TLCAN... Los criterios de interpretación que se aplican únicamente en el derecho interno estadounidense carecen de relevancia para este Tribunal”).

¹¹⁷³ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 464.

¹¹⁷⁴ *Ver* Simon Baughen, *Expropriation and Environmental Regulation: The Lessons of NAFTA Chapter Eleven*, 18 J. ENC. LAW 207, 227 (2006) (“Al considerar el alcance del Artículo 1110, los Tribunales del TLCAN tuvieron en cuenta tres factores... Estos factores están mencionados específicamente en el ‘entendimiento común’ del capítulo de expropiación del nuevo TBI Modelo de los Estados Unidos y son *los mismos factores que utilizaron los Tribunales en virtud de los TBI para definir expropiaciones de conformidad con el derecho internacional consuetudinario...*”) (énfasis añadido) (CL-0341).

pueden explicarse en relación con el mismo marco.¹¹⁷⁵ En consecuencia, no existe motivo para interpretar el Tratado remitiéndose al derecho estadounidense ni para creer que existe “una carga más pesada a los Demandantes para establecer la expropiación indirecta” en virtud del Tratado en relación con otros tratados que no enumeran expresamente los factores del Anexo 10-C(4).¹¹⁷⁶

2. La oportunidad perdida de los Demandantes es un elemento esencial de sus derechos de propiedad y participaciones protegidos

396. En su Memorial, los Demandantes acreditaron que Guatemala expropió de manera ilegítima sus inversiones en Exmingua privándolos de su oportunidad de desarrollar y llevar a cabo sus Proyectos mineros en Tambor.¹¹⁷⁷ En su Memorial de Contestación, la Demandada ataca a los Demandantes por buscar una “teoría alternativa” de daño directo sobre la base de una “oportunidad perdida de desarrollar el proyecto Tambor”, que, sostiene, constituye una “enmienda tardía e impropcedente del reclamo [de los Demandantes]”.¹¹⁷⁸ Con relación al Anexo 10-C.2 del Tratado, la Demandada sostiene que únicamente los derechos de propiedad o participación son susceptibles de expropiación.¹¹⁷⁹

397. Sobre la base de *Bayview c. México*, la Demandada afirma que “no existen derechos de propiedad cuando... la explotación o el uso de los recursos naturales requiere el otorgamiento de una concesión en virtud de la legislación nacional, y dicha concesión no garantiza la existencia o la permanencia de los recursos naturales”.¹¹⁸⁰ Asimismo, la Demandada asevera que la Ley de Minería de Guatemala no proporciona tal garantía y cita advertencias del Informe Anual de Radius Gold correspondiente a 2011 en el sentido de que los inversores de los Estados Unidos no deben asumir que “una parte o la totalidad de un recurso inferido existe o es económica o legalmente explotable”.¹¹⁸¹ Por fin, Guatemala afirma que la oportunidad perdida implica únicamente “la valoración de los daños, no

¹¹⁷⁵ Ver KENNETH VANDEVELDE, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS (2009), Capítulo 7 sobre ‘The Expropriation provision’, p. 514 (CL-0342) (“Como se indicó anteriormente, el Anexo B del modelo de 2004 dispone que no puede producirse expropiación de ningún tipo si el estado receptor no interfiere en los derechos de propiedad o participaciones del inversor. Asimismo, si dicha injerencia es indirecta, como por ejemplo mediante una regulación, el Anexo B identifica tres factores que deben considerarse para determinar si constituye expropiación indirecta. *Prácticamente todos los laudos pueden explicarse según este marco analítico*”) (énfasis añadido).

¹¹⁷⁶ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 470.

¹¹⁷⁷ Memorial de los Demandantes, párrs. 144, 165-166.

¹¹⁷⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 483.

¹¹⁷⁹ *Ibid.*, párr. 483.

¹¹⁸⁰ *Ibid.*, párr. 485.

¹¹⁸¹ *Ibid.*, párr. 485.

la determinación de si hubo una violación del tratado”.¹¹⁸² Las objeciones de la Demandada carecen de todo fundamento.

398. *En primer lugar*, Guatemala se equivoca cuando afirma que los argumentos de los Demandantes respecto de las oportunidades perdidas son una “teoría alternativa” o una “enmienda tardía e improcedente” de su reclamo.¹¹⁸³ Como establece la *Notificación de Arbitraje* de los Demandantes, “Guatemala expropió la inversión de los Demandantes en Exmingua porque la suspensión estatal de la licencia de explotación para el Proyecto Progreso VII y su *moratoria* ilícita privaron a Exmingua del ejercicio y el goce de sus derechos mineros sobre los Proyectos Progreso VII y Santa Margarita”. Asimismo, respecto de la licencia para Santa Margarita, los Demandantes manifiestan que “no pudieron disfrutar los beneficios de su licencia de exploración y obtener la licencia de explotación a raíz de la *moratoria* ilícita y de que el Estado no protegió su inversión”.¹¹⁸⁴ Los Demandantes solicitaron una indemnización por daños y perjuicios suficiente para resarcirles las oportunidades perdidas de desarrollar y llevar a cabo el Proyecto Tambor.¹¹⁸⁵ El reclamo no sufrió ninguna modificación.

399. *En segundo lugar*, las oportunidades perdidas de los Demandantes de desarrollar en mayor medida el Proyecto 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.¹¹⁸⁶ Como determinaron los tribunales que entendieron en cuestiones vinculadas con el TLCAN, “la noción restrictiva de propiedad como ‘cosa’ material es *obsoleta* y le cedió su lugar a una concepción contemporánea que comprende el control administrativo de los componentes de todo proceso tendiente a generar riqueza”.¹¹⁸⁷ En tal sentido, debe rechazarse la noción indebidamente restrictiva que esgrime

¹¹⁸² *Ibid.*, párr. 491.

¹¹⁸³ *Ibid.*, párr. 483.

¹¹⁸⁴ *Daniel W. Kappes y Kappes, Cassidy & Associates c. República de Guatemala*, Caso CIADI N.º Arb/18/43, Notificación de Arbitraje del 9 de noviembre de 2018 (“Notificación de Arbitraje”), párr. 77.

¹¹⁸⁵ *Ibid.*, párr. 78.

¹¹⁸⁶ Memorial de los Demandantes, párrs. 38, 169.

¹¹⁸⁷ *Methanex c. Estados Unidos*, TLCAN, CNUDMI, Laudo Definitivo sobre Jurisdicción y Fondo del 3 de agosto de 2005, párr. 17 (CL-0379) (énfasis añadido).

Guatemala de derechos de propiedad y participación susceptibles de expropiación conforme el Tratado.¹¹⁸⁸

400. *En tercer lugar*, resulta errónea la invocación por parte de Guatemala de *Bayview c. México* en relación con lo que, según sostiene, es la proposición general de que, a falta de concesión, no existe derecho de propiedad.¹¹⁸⁹ En esa causa, el tribunal desestimó el reclamo por falta de inversión, pues los demandantes no habían efectuado inversión alguna en el Estado demandado. Los demandantes estadounidenses manifestaron, sin éxito, que el agua del Río Grande *en México* constituía su inversión porque cuando llegaba a los Estados Unidos, tenían derecho a cierta cantidad de esa agua en virtud del derecho de Texas.¹¹⁹⁰ Nada dice esto sobre los derechos de propiedad de los Demandantes sobre Exmingua, que son sin duda susceptibles de expropiación. Asimismo, la Demandada ignora que Exmingua *ya* es titular de una licencia de exploración para Santa Margarita,¹¹⁹¹ la cual constituye un derecho de propiedad o participación y, como lo confirmara el Profesor Fuentes, le permite a Exmingua creer de manera legítima que recibirá una licencia de explotación “de acuerdo con el proceso administrativo legítimo vigente”.¹¹⁹² Tampoco este argumento puede desvirtuarse con la información proporcionada en los estados financieros de Radius correspondientes al ejercicio económico 2012 en el sentido de que no existe garantía alguna de que los depósitos minerales se convertirán en reservas, como sugiere Guatemala.¹¹⁹³ Dicha información se proporcionó con arreglo a las normas de la Comisión de Bolsa y Valores de los EE. UU.¹¹⁹⁴ Como se detalla a continuación, la incertidumbre que existe al

¹¹⁸⁸ *Ver Pope & Talbot c. Canadá*, TLCAN, CNUDMI, Laudo Provisional del 26 de junio de 2000, párrs. 96 - 98 (CL-0129) (que afirma que “el acceso al mercado de los Estados Unidos” es un derecho de propiedad protegido en virtud del Artículo 1110 del TLCAN (Expropiación)); *ver también* Jan Paulsson y Zachary Douglas, *Indirect Expropriation in Investment Treaty Arbitrations*, en NORBERT HORN Y STEFAN MICHAEL KROLL (EDS), *ARBITRATING FOREIGN INVESTMENT DISPUTES: PROCEDURAL AND SUBSTANTIVE LEGAL ASPECTS, STUDIES IN TRANSNATIONAL ECONOMIC LAW*, TOMO 19, 152-153 (Kluwer Law International; Kluwer Law International 2004) (RL-0278) (“Los tribunales de tratados de inversión generalmente han favorecido un concepto más amplio de derechos de propiedad”).

¹¹⁸⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 485 (que se refiere a la afirmación del tribunal de *Bayview c. México* de que “la Ley Mexicana de Aguas Nacionales confirma la necesidad del otorgamiento de una concesión para explotar o usar aguas y dispone que una concesión no garantiza la existencia o permanencia del agua objeto de la concesión”).

¹¹⁹⁰ *Bayview Irrigation District et al. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/05/1, Laudo del 19 de junio de 2007, párrs. 116-118 (RL-0233).

¹¹⁹¹ Memorial de los Demandantes, párr. 169.

¹¹⁹² Fuentes II, párrs. 98-99; Fuentes I, párr. 81; Memorial de los Demandantes, párrs. 177-179.

¹¹⁹³ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 485.

¹¹⁹⁴ Antes del 31 de octubre de 2018, las normas de la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos establecían que las empresas mineras allí inscritas podían únicamente “informar sus recursos minerales (a diferencia de las reservas minerales, que tienen más probabilidad de ser explotadas) si así se lo exigía el derecho extranjero o estatal, una diferenciación que la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos había interpretado de manera restrictiva. La rigidez de este enfoque fue blanco de críticas y tuvo efectos extraños, en particular para los inscritos que voluntariamente informaban recursos minerales en otras jurisdicciones”. *Ver* Rebecca Campbell, Jill Concannon, Andrew Weisberg y Doron Loewinget, “SEC Harmonizes its Mining Disclosure Requirements with Global Industry Practice”, *White & Case*, 29 de noviembre de 2018, en <https://www.whitecase.com/publications/alert/sec-harmonizes-its-mining-disclosure-requirements-global-industry-practice>.

respecto a la fecha del Laudo es considerada por SRK y Versant, respectivamente, a los efectos de calcular los recursos minerales de Tambor y los daños y perjuicios de los Demandantes.

401. Por último, el argumento de la Demandada de que las oportunidades perdidas implicarían únicamente la “valoración de los daños, no la determinación de si hubo una violación del tratado”¹¹⁹⁵ es circular e incorrecto. En *Eureka c. Polonia*, por ejemplo, el tribunal resolvió que la oportunidad perdida de adquirir más acciones de una inversión de acuerdo con un contrato constituía expropiación,¹¹⁹⁶ en tanto que, en *Bilcon c. Canadá*, el tribunal sostuvo que se incumplió el trato justo y equitativo cuando las demandantes “no tuvieron una *oportunidad* justa” de hacer evaluar el impacto ambiental de su proyecto de terminal marítima y cantera de manera justa y no arbitraria luego de que se le denegara una licencia a su inversión sobre la base de una causal legal novedosa.¹¹⁹⁷

3. Las medidas judiciales de la Demandada pueden objetarse por expropiatorias

402. Como afirman los Demandantes en su Memorial, los actos u omisiones del poder judicial de un Estado, como los actos de cualquier organismo del Estado, pueden traducirse en expropiaciones.¹¹⁹⁸ En este sentido, los Demandantes explicaron cómo, además de los actos y omisiones de sus organismos ejecutivos y administrativos, los de la justicia guatemalteca también constituyeron expropiación de sus inversiones, en particular mediante la suspensión por tiempo indeterminado de la licencia de explotación de Exmingua.¹¹⁹⁹ Por añadidura, los Demandantes invocaron jurisprudencia que sostiene que los actos del poder judicial también pueden ser expropiatorios.¹²⁰⁰

403. En su Memorial de Contestación, la Demandada sostiene que los actos y omisiones de su poder judicial no se le pueden atribuir, salvo que se resuelva que se produjo denegación de justicia.¹²⁰¹ En tal contexto, Guatemala invoca la opinión separada del Juez Tanaka en *Barcelona Traction*¹²⁰² e intenta distinguir los casos invocados por los Demandantes¹²⁰³ para manifestar que el “peso de la

¹¹⁹⁵ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 491.

¹¹⁹⁶ *Eureka B.C. c. República de Polonia*, CNUDMI, Laudo Parcial del 19 de agosto de 2005, párrs. 239-240 (CL-0125).

¹¹⁹⁷ *William Ralph Clayton, et al. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad del 17 de marzo de 2015, párrs. 603-604, 740 (CL-0088) (énfasis en el original); ver también *William Ralph Clayton et al. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo sobre Daños del 17 de marzo de 2015, párrs. 126, 132-133 (CL-0243).

¹¹⁹⁸ Memorial de los Demandantes, párrs. 148, 157-158.

¹¹⁹⁹ *Ibid.*, párrs. 165-166.

¹²⁰⁰ *Ibid.*, párrs. 157-158 (que cita casos).

¹²⁰¹ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 494-507.

¹²⁰² *Ibid.*, párrs. 493-495.

¹²⁰³ *Ibid.*, párrs. 496, 499, 502, 503-507.

jurisprudencia” está de su lado.¹²⁰⁴ En términos similares, la presentación de parte no contendiente de los Estados Unidos adopta la postura de que las decisiones de la justicia local no pueden considerarse expropiatorias.¹²⁰⁵ Como se analiza en el Memorial¹²⁰⁶ y más profundamente a continuación, estos argumentos son incorrectos.

404. *En primer lugar*, las disposiciones sobre expropiación del Tratado en ningún momento justifican ninguna distinción entre medidas ejecutivas, legislativas o judiciales en cuanto a la evaluación de si constituyen o no actos expropiatorios. De hecho, no existe motivo para imponer una carga más gravosa a fin de acreditar conductas expropiatorias cuando los actos los realiza el poder judicial, como afirma la Demandada.¹²⁰⁷ Tampoco los Demandantes necesitan probar ninguna colusión entre el MEM, el MARN, el CALAS o la Corte Suprema y la Corte de Constitucionalidad para que prospere su reclamo por expropiación indirecta, como sostiene erróneamente la Demandada.¹²⁰⁸ Como explica el Sr. Gharavi:

Los instrumentos legales no distinguen la expropiación judicial de otras formas de expropiación *ni la supeditan a normas distintas o más estrictas* que la expropiación legislativa o ejecutiva. De modo análogo, no se formula tal distinción a los efectos de la atribución entre los poderes judicial, ejecutivo o legislativo ni en relación con la posición del organismo público en la jerarquía según el Artículo 4.1 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional de los Estados por Hechos Ilícitos.¹²⁰⁹

405. Asimismo, la expropiación indirecta se puede llevar a cabo en uno o varios pasos¹²¹⁰ y, por consiguiente, puede considerarse “progresiva”, lo cual se produce a través de una serie de actos u

¹²⁰⁴ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 507.

¹²⁰⁵ Presentación de parte no contendiente de los Estados Unidos, párr. 48.

¹²⁰⁶ Ver Memorial de los Demandantes, párrs. 148, 157-158.

¹²⁰⁷ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 493-511.

¹²⁰⁸ *Ibid.*, párrs. 509-510. De hecho, la Demandada no menciona que en *Rumeli* el tribunal desestimó acusaciones de colusión entre la familia del Presidente de Kazajistán, el beneficiario de la expropiación (Telcom Invest) y los jueces de varias instancias de la justicia kazaja. Ver *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. República de Kazajistán*, Caso CIADI N.º ARB/05/16, Laudo del 29 de julio de 2008, párr. 715 (CL-0147).

¹²⁰⁹ Hamid G. Gharavi, *Discord Over Judicial Expropriation*, 33 (2) ICSID REVIEW 349-357 (2018) (353) (CL-0345) (énfasis añadido); ver también Vid Prislán, *Judicial Expropriation in International Investment Law*, ICLQ 70, enero de 2021, 165–195 (166) (CL-0346) (“desde la perspectiva del derecho internacional contemporáneo, no existe nada que sugiera que las expropiaciones de activos no puedan surgir de actos del poder judicial”); CSABA KOVÁCS, *ATTRIBUTION IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* 56 (Kluwer Law International 2018), p. 102 (CL-0347) (“Tampoco es controvertida en modo alguno la atribución de la conducta del juzgado al Estado en caso de expropiación judicial”).

¹²¹⁰ Memorial de los Demandantes, párr. 148 (que cita casos).

omisiones.¹²¹¹ Los actos y omisiones de cualquier organismo público, incluido el poder judicial, pueden formar parte de una expropiación progresiva. En esos procesos:

Los tribunales no consideraron necesario decidir por separado si los actos del poder judicial fueron adecuados, consideraron insignificante el tema de la adecuación o incluso acogieron favorablemente un reclamo por expropiación pese a la inexistencia de conducta ilícita por parte de la justicia. De modo análogo, cuando la conducta judicial impugnada formaba parte de un acto ilícito complejo compuesto por un conjunto de actos u omisiones atribuibles a distintos organismos públicos, los tribunales se abstuvieron de analizar por separado la adecuación de dicha conducta o incluso acogieron favorablemente reclamos por expropiación en situaciones en que la justicia no había realizado ningún acto ilícito.¹²¹²

Por ejemplo, en *Rumeli c. Kazajistán* (que la Demandada intenta distinguir sobre la base de que los Demandantes supuestamente no plantean ninguna “colusión indebida” entre distintos organismos públicos),¹²¹³ el tribunal resolvió que se produjo una expropiación progresiva que involucraba a los poderes ejecutivo y judicial.¹²¹⁴

406. En las actuaciones de marras, la serie de hechos que constituyen la expropiación indirecta de las inversiones de los Demandantes en Exmingua son consecuencia de los actos y omisiones del ejecutivo (incluidos el Presidente de Guatemala, el MEM, el MARN y la Policía Nacional) y de diversos tribunales guatemaltecos.¹²¹⁵ Por ende, no es necesario que el Tribunal analice por separado la conducta del poder judicial independientemente de toda la cadena de eventos.

407. *En segundo lugar*, son inútiles la invocación por parte de la Demandada de la jurisprudencia de la CIJ y sus intentos de distinguir las causas invocadas por los Demandantes. Por ejemplo, la Demandada recurre a las observaciones del Juez Tanaka en *Barcelona Traction*,¹²¹⁶ si bien fueron

¹²¹¹ Ver, p. ej., *Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/00/9, Laudo del 16 de septiembre de 2003, párr. 20.22 (RL-0100) (“La expropiación progresiva es una forma de expropiación indirecta con una cualidad temporal distintiva en el sentido de que se refiere a la situación en la cual una serie de actos atribuibles al Estado a lo largo de un tiempo culmina en la expropiación del bien”); Informe de la CDI sobre Responsabilidad Internacional de los Estados por Hechos Ilícitos, 53ra Sesión, UN Doc./56/10, reimpreso en (2001) 2(2) Y.B. INT’L L. COMM’N 20, UN Doc. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (los “Artículos de la CDI”), Art. 15(1) (CL-0348) (“El incumplimiento de una obligación internacional por parte de un Estado a través de una serie de actos u omisiones definidos en su totalidad como ilícitos se produce cuando ocurre el acto o la omisión que, junto con los demás actos u omisiones, es suficiente para que se constituya el acto ilícito”).

¹²¹² Vid Prislán, *Judicial Expropriation in International Investment Law*, 70 ICLQ 165, 176 (se omiten las citas internas) (2020) (CL-0346).

¹²¹³ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 509-510.

¹²¹⁴ *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. República de Kazajistán*, Caso CIADI N.º ARB/05/16, Laudo del 29 de julio de 2008, párr. 434 (CL-0147).

¹²¹⁵ Memorial de los Demandantes, párrs. 165-166.

¹²¹⁶ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 494.

formuladas en su opinión separada: la CIJ *no* se pronunció sobre ninguna cuestión de incumplimiento por parte del poder judicial y resolvió que Bélgica carecía de *ius standi* y que el reclamo era improcedente.¹²¹⁷ De hecho, como demuestran las causas invocadas por los Demandantes en su Memorial, la afirmación de la Demandada de que “un Estado no pued[e] ser considerado responsable de los actos de su poder judicial si no se dicta una resolución de denegación de justicia”¹²¹⁸ es incorrecta.¹²¹⁹ En efecto, si bien la Demandada cita algunas causas para respaldar su afirmación, la postura contraria adoptada por los Demandantes “es la más frecuente entre los tribunales arbitrales”.¹²²⁰

408. La invocación por parte de la Demandada de *Azinian c. México* para afirmar que la denegación de justicia es la única causal para responsabilizar a un Estado por los actos de su poder judicial,¹²²¹ además, es errónea. Como revela el fragmento citado por la Demandada, el tribunal de *Azinian* resolvió que “los Demandantes deben acreditar una denegación de justicia o una pretensión de forma para conseguir un fin internacionalmente ilícito”.¹²²² De esta forma, la doctrina se pronunció precisamente contra el tipo de “giro” que quiere darle la Demandada a *Azinian*, pues la causa “no versaba sobre la cuestión [de la expropiación judicial] de manera directa y sus decisiones sobre cuestiones vinculadas son poco claras y... muy específicas respecto de los hechos”.¹²²³ En *Swisslion c. Macedonia*, que la Demandada también intenta distinguir, si bien el tribunal sostuvo que no puede considerarse expropiación una rescisión legítima de un contrato entre un organismo público y un inversor,¹²²⁴ estuvo de acuerdo en principio en que un Estado puede ser responsable de expropiación judicial.¹²²⁵ De hecho,

¹²¹⁷ *Caso de Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Sentencia del 5 de febrero de 1970, párrs. 101-102 (CL-0368).

¹²¹⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 495.

¹²¹⁹ Memorial de los Demandantes, párrs. 157-158 (que cita casos); ver también Hamid G. Gharavi, *Discord Over Judicial Expropriation*, 33 (2) ICSID REVIEW 349, 353 (2018) (CL-0345) (“Los instrumentos legales no distinguen la expropiación judicial de otras formas de expropiación ni la supeditan a normas diferentes o más estrictas que la expropiación legislativa o ejecutiva”).

¹²²⁰ Martin Jarrett, *Extricating the Illegality Requirement from Judicial Expropriation*, MPIL RESEARCH PAPER SERIES NO. 2020-50, p. 4 (que cita casos) (CL-0349).

¹²²¹ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 495-496.

¹²²² *Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/97/2, Laudo del 1 de noviembre de 1999, párr. 99 (CL-0144) (énfasis añadido).

¹²²³ Hamid G. Gharavi, *Discord Over Judicial Expropriation*, 33 (2) ICSID REVIEW 349, 352 (2018) (CL-0345) (“Esta interpretación de *Azinian* no es convincente. En ninguna parte del Laudo el Tribunal realiza una aseveración tan categórica de que la denegación de justicia es la única causal para impugnar la decisión de un tribunal nacional en virtud del derecho internacional. Por el contrario, el Tribunal de la causa citó al Presidente de la Corte Internacional de Justicia cuando confirmó que la responsabilidad del Estado por actos de su poder judicial puede surgir de la decisión de cualquier tribunal municipal que sea claramente incongruente con cualquier norma del derecho internacional”).

¹²²⁴ *Swisslion DOO Skopje c. La Exrepública Yugoslava de Macedonia*, Caso CIADI N.º ARB/09/16, Laudo del 6 de julio de 2012, párr. 314 (CL-0275).

¹²²⁵ *Ibid.*, párr. 310.

otros tribunales consideraron que existía expropiación judicial cuando la justicia invalidó derechos contractuales de manera ilegítima.¹²²⁶

409. De modo similar, la conclusión del tribunal de *Standard Chartered Bank c. Tanzania* sobre los hechos no le quita valor alguno a su reconocimiento de que “las decisiones judiciales que permiten los actos o las omisiones de otros poderes del Estado y que privan al inversor de sus bienes o sus derechos de propiedad también pueden constituir expropiación. Si bien la denegación de justicia en algunos casos puede traducirse en expropiación, de ello no se deduce que la expropiación judicial puede suceder únicamente en caso de denegación de justicia”.¹²²⁷ También fracasan los intentos de la Demandada de distinguir *Saipem c. Bangladesh*,¹²²⁸ dado que ignora la determinación del tribunal de que las expropiaciones que surgen de los actos del poder judicial no necesariamente constituyen denegación de justicia y, por lo tanto, no se exige agotar los remedios locales para que exista expropiación judicial.¹²²⁹ La decisión del tribunal del TLCAN recaída en *Eli Lilly c. Canadá* nuevamente concuerda con la postura de los Demandantes de que “el umbral de ilegitimidad de toda expropiación judicial no es necesariamente la denegación de justicia, sino que puede ser cualquier otro incumplimiento del derecho internacional”.¹²³⁰

410. Asimismo, en *Karkey c. Pakistán*, se rechazó el argumento de Pakistán de que el tribunal solamente podía considerar la decisión de la Corte Suprema pakistaní en el contexto de un reclamo por denegación de justicia:

[El Tribunal] debe analizar si la Sentencia padece algún defecto inaceptable desde el punto de vista del derecho internacional... Los defectos relativos a la cuestión de fondo de la Sentencia, en ciertas circunstancias, pueden constituir violación del derecho internacional. En particular, un tribunal internacional puede decidir no seguir lo exigido en alguna decisión judicial arbitraria que no sea congruente con el derecho internacional.¹²³¹

¹²²⁶ Ver *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI N.º ARB/13/1, Laudo del 22 de agosto de 2017, párrs. 550, 645, 648 (CL-0217).

¹²²⁷ *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI N.º ARB/15/41, Laudo del 11 de octubre de 2019, párr. 279 (CL-0278).

¹²²⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 504-505.

¹²²⁹ *Saipem S.p.A. c. República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI N.º ARB/05/07, Laudo del 30 de junio de 2009, párr. 181 (CL-0145).

¹²³⁰ Sara Mansour Fallah, *Judicial Expropriations – Difficulties in Drawing the Line Between Adjudication and Expropriation*, TRANSNATIONAL DISPUTE MANAGEMENT 1, 12 (2019) (CL-0350).

¹²³¹ *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI N.º ARB/13/1, Laudo del 22 de agosto de 2017, párr. 550 (CL-0217).

El tribunal luego sostuvo que la sentencia de la Corte Suprema pakistani “que declaró nulo *ab initio* el Contrato fue arbitraria... no tiene efectos en el derecho internacional, y el Tribunal no se encuentra obligado por la conclusión de que el Contrato era nulo. Para el Tribunal, no es más que un hecho, atribuible a Pakistán como reconoció la Demandada, que dio inicio a un proceso que desembocó en la privación de los derechos contractuales de Karkey y el secuestro de sus Buques y sus cuentas bancarias”.¹²³² El Tribunal luego determinó que Pakistán había expropiado la inversión de Karkey a través de la sentencia de nulidad *ab initio* del contrato de Karkey.¹²³³ De modo análogo, en las presentes actuaciones, el Tribunal se encuentra facultado para evaluar si las deficiencias del fondo de las decisiones y sentencias impugnadas de la justicia guatemalteca, junto con los atroces actos y omisiones del MEM, el MARN, el Presidente y la Policía Nacional, en su conjunto, constituyen expropiación.

411. *Por último*, aunque fuera correcto el argumento de Guatemala y sus actos expropiatorios pudieran atribuírsele únicamente acreditando denegación de justicia, los Demandantes cumplieron ese requisito.¹²³⁴ Contrariamente a lo que afirma Guatemala,¹²³⁵ las decisiones de sus tribunales (incluida la suspensión de la licencia de explotación de Exmingua) fueron arbitrarias e ilegítimas,¹²³⁶ e igualmente constituyen actos expropiatorios.

4. Las medidas de Guatemala efectivamente expropiaron los derechos vinculados con Santa Margarita

412. En su Memorial, los Demandantes acreditaron que, como parte de la expropiación de su participación en Exmingua, la Demandada privó a Exmingua de todo valor mediante, entre otras cosas, la suspensión *de facto* de la licencia de exploración para Santa Margarita de titularidad de Exmingua e impidiéndole obtener la licencia de explotación para Santa Margarita.¹²³⁷

413. En su Memorial de Contestación, la Demandada sostiene que existe una “ausencia de conducta estatal” en relación con los reclamos de los Demandantes sobre la licencia de Exmingua para Santa Margarita.¹²³⁸ Con respecto a la explicación de los Demandantes de que la negativa del MEM de realizar las consultas ordenadas por la justicia para que vuelva a entrar en vigencia la licencia de Progreso VII de Exmingua tuvo el efecto de suspender *de facto* su licencia de exploración para Santa Margarita y de

¹²³² *Ibid.*, párr. 645.

¹²³³ *Ibid.*, párr. 648.

¹²³⁴ Memorial de los Demandantes, Sección III.D; *Ver infra* Sección III.E.

¹²³⁵ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 511-526.

¹²³⁶ Memorial de los Demandantes, Sección III.D; *Ver infra* Sección III.E.

¹²³⁷ *Ibid.*, párrs. 169-170.

¹²³⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 527-528.

impedirle obtener la licencia de explotación, Guatemala afirma que los Demandantes deberían haberles “pedido a los tribunales de justicia de Guatemala que obliguen al MEM a hacer tales recomendaciones”.¹²³⁹ Estas objeciones carecen de todo fundamento.

414. *En primer lugar*, no existe tal ausencia de conducta estatal. En particular, fue el *Estado* -a través de los tribunales y del MEM- el que suspendió la licencia de explotación de Exmingua para Progreso VII hasta que, entre otras cosas, el MEM haya llevado a cabo las consultas relativas al Convenio 169 de la OIT. Asimismo, el *Estado* -nuevamente a través de sus tribunales- resolvió en la causa *Minera San Rafael* que las licencias de *exploración*, al igual que las de explotación, serían suspendidas por tiempo indeterminado hasta que el MEM realizara las consultas.¹²⁴⁰ Además, incluso sin esa decisión, sería económica y legalmente irracional que un inversor llevara a cabo tareas de exploración si no tuviera expectativas de obtener la licencia de explotación o si toda licencia ya otorgada fuera posteriormente suspendida por tiempo indeterminado. Como tal, fue la acción del *Estado* la directamente responsable de la suspensión *de facto* por tiempo indeterminado de la licencia de exploración de Exmingua para Santa Margarita.

415. Del mismo modo, la acción del *Estado* fue responsable de la incapacidad de Exmingua para obtener la licencia de explotación para Santa Margarita. Como se consignó anteriormente, *durante cinco años*, el MEM no llevó a cabo las consultas exigidas por la justicia en relación con la licencia de explotación de Exmingua para Progreso VII. Dado que no lo iba a hacer para una mina que ya estaba funcionando, es obvio que el MEM tampoco realizaría las consultas para otorgarle a Exmingua la licencia de explotación para Santa Margarita. Incluso suponiendo, a los efectos del debate, que el MEM lo haría *sin* efectuar las consultas, es obvio que la misma licencia tendría el mismo destino que la de Progreso VII.

416. Asimismo, el *Estado* adoptó otras medidas para impedirle a Exmingua obtener su licencia de explotación para Santa Margarita cuando rechazó los pedidos de Exmingua de asistencia y orientación en la realización de sus propias consultas para los estudios sociales necesarios a los efectos de completar su EIA.¹²⁴¹ El MEM luego impuso un plazo arbitrario de 30 días para que Exmingua presente el EIA completo y se negó a prorrogarlo cuando Exmingua explicó que las protestas y bloqueos imposibilitaban el cumplimiento.¹²⁴² Todos estos actos *estatales* fueron congruentes con la moratoria *de facto* para la emisión de nuevas licencias mineras.¹²⁴³ La prueba desmiente la objeción de Guatemala de que los

¹²³⁹ *Ibid.*, párr. 529.

¹²⁴⁰ Memorial de los Demandantes, párr. 169.

¹²⁴¹ *Ver supra* Sección II.D.3; Memorial de los Demandantes, párr. 121.

¹²⁴² *Ver supra* Sección II.D.3; Memorial de los Demandantes, párrs. 122-123.

¹²⁴³ *Ver supra* Sección II.D.3; Memorial de los Demandantes, párrs. 119, 124.

Demandantes no identificaron ningún acto estatal que haya privado de valor a los derechos de propiedad de Exmingua sobre la licencia de Santa Margarita y que le haya imposibilitado obtener la licencia de explotación.

417. *En segundo lugar*, es incorrecta la sugerencia de la Demandada de que no puede ser responsabilizada por la expropiación de la participación en Santa Margarita porque los Demandantes no entablaron ninguna acción ante la justicia guatemalteca con el objeto de obligar al MEM a realizar las consultas. Su argumento tiene por objeto imponer el requisito de que los Demandantes agoten los remedios locales antes de iniciar el procedimiento arbitral, lo cual no tiene fundamento alguno en virtud del Tratado¹²⁴⁴ ni del Convenio del CIADI.¹²⁴⁵ En este sentido,¹²⁴⁶ es ineficaz la invocación por parte de la Demandada de *Generation Ukraine Inc. c. Ucrania*. En esas actuaciones, el tribunal desestimó el reclamo por expropiación del inversor y sostuvo que era poco probable que constituya expropiación el hecho de que una autoridad municipal no haya celebrado contratos de locación modificados cuando esa omisión no había sido cuestionada por el inversor.¹²⁴⁷ No obstante, esa causa ha sido blanco de críticas por la exigencia al demandante de agotar remedios previos¹²⁴⁸ y su enfoque no fue respaldado por otros tribunales del CIADI.¹²⁴⁹ En todo caso, los hechos no son para nada análogos, puesto que el obrar del MEM sí fue cuestionado en sede judicial (por el CALAS) y el MEM está obligado por la justicia a realizar las consultas desde hace más de cinco años. La decisión más reciente fue dictada en junio de 2020 y le da un año al MEM para finalizar las consultas.¹²⁵⁰ Exmingua, en particular, también fue a la justicia contra varios organismos públicos con el objeto de obligarlos a proteger su patrimonio y

¹²⁴⁴ *David Aven y otros c. Costa Rica*, Caso CIADI N.º UNCT/15/3, Laudo Definitivo del 18 de septiembre de 2018, párr. 356 (RL-0031) (“El DR-CAFTA no exige el agotamiento previo de los recursos locales como requisito de admisibilidad para acceder al arbitraje internacional en materia de inversiones”).

¹²⁴⁵ *Ver* Convenio del CIADI, Art. 26.

¹²⁴⁶ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 529.

¹²⁴⁷ *Generation Ukraine Inc. c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/00/9, Laudo del 16 de septiembre de 2003, párrs. 20.31, 20.33 (RL-0100).

¹²⁴⁸ *Helnan Int'l Hotels A/S c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N.º ARB/05/19, Decisión del Comité *ad hoc* del 14 de junio de 2010, párr. 49 (CL-0352) (“El Laudo de *Generation Ukraine*... de algún modo se aparta de la jurisprudencia establecida en virtud del Convenio del CIADI en la revisión de las decisiones administrativas por negar el trato justo y equitativo... No se deduce para nada de la conclusión [del tribunal de *Generation Ukraine*] que, a fin de que prospere cualquier reclamo por falta de trato justo y equitativo sobre la base de una decisión *ministerial*, el inversor tenga la obligación de cuestionar la decisión ante la justicia administrativa local”) (énfasis en el original).

¹²⁴⁹ *Middle East Cement Shipping and Handling Co. SA c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N.º ARB/99/6, Laudo del 12 de abril de 2002, párr. 170 (CL-0137); Rudolf Dolzer, *Local Remedies in International Treaties: A Stocktaking*, en DAVID D. CARON ET AL, PRACTISING VIRTUE: INSIDE INTERNATIONAL ARBITRATION 280, 283 (2015) (CL-0351) (“De tal modo, por primera vez un tribunal había decidido exigir que se agoten los remedios locales en un conflicto contractual, si bien agregó que no existía la obligación de hacerlo... De hecho, la regla de los remedios locales vuelve a deducirse del Convenio del CIADI; en las palabras del comité *ad hoc* de *Helnan*, el Laudo ‘de algún modo se aparta de la jurisprudencia establecida en virtud del Convenio del CIADI’”) (énfasis en el original).

¹²⁵⁰ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Caso N.º 1592-2014, Notificación del 11 de junio de 2020, sentencia del 23 de junio de 2020 (C-0495).

eliminar el bloqueo y así poder realizar las consultas para el EIA de Santa Margarita. De todas formas, se desestimó su amparo porque estaba suspendida su licencia para Progreso VII.¹²⁵¹ Dadas las circunstancias, actúa de mala fe la Demandada cuando sugiere que los Demandantes no pueden considerar expropiatoria la conducta estatal sin antes ir a la justicia para obligar al MEM a cumplir las resoluciones judiciales u obtener asistencia para sus consultas del EIA.

5. La conducta de Guatemala constituye expropiación ilegítima

418. Los Demandantes explican en su Memorial cómo los actos y omisiones de Guatemala constituyeron expropiación indirecta remitiéndose también a los criterios correspondientes previstos en el Anexo 10-C.4 del Tratado.¹²⁵² En particular, los Demandantes demostraron cómo la conducta adoptada por Guatemala les quitó todo su valor a las inversiones en Exmingua privándolas de la oportunidad de desarrollar y llevar a cabo el Proyecto minero en Tambor.¹²⁵³ Asimismo, acreditaron que dicha privación fue lo suficientemente permanente¹²⁵⁴ y constituye una injerencia en sus expectativas razonables y respaldadas por su inversión.¹²⁵⁵ Los Demandantes también demostraron que las medidas de Guatemala fueron ilegítimas y discriminatorias, lo cual confirma su naturaleza expropiatoria.¹²⁵⁶ Por último, los Demandantes destacaron la naturaleza ilegítima de la expropiación por parte de Guatemala, pues Guatemala no los indemnizó y su conducta fue discriminatoria y violatoria del debido proceso y no estuvo motivada por un fin público.¹²⁵⁷

419. En su Memorial de Contestación, Guatemala sostiene que sus medidas no privaron de sus derechos a los Demandantes de manera sustancial¹²⁵⁸ ni tuvieron un efecto permanente¹²⁵⁹ y que los Demandantes no tenían ninguna expectativa inequívoca, razonable, ni respaldada por la inversión.¹²⁶⁰ Sobre la base del Anexo 10-C del Tratado, Guatemala también asegura que las medidas objetadas son actos regulatorios no discriminatorios tendientes a proteger objetivos legítimos de bienestar general y que tiene amplio margen de discreción para aplicarlas.¹²⁶¹

¹²⁵¹ Memorial de los Demandantes, párr. 118.

¹²⁵² *Ibid.*, Sección III.A.

¹²⁵³ *Ibid.*, párrs. 148-158, 167-172.

¹²⁵⁴ *Ibid.*, párrs. 159-164, 186.

¹²⁵⁵ *Ibid.*, párrs. 173-179.

¹²⁵⁶ *Ibid.*, párrs. 180-186.

¹²⁵⁷ *Ibid.*, párrs. 187-200.

¹²⁵⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 531-537.

¹²⁵⁹ *Ibid.*, párrs. 538-555.

¹²⁶⁰ *Ibid.*, párrs. 556-557.

¹²⁶¹ *Ibid.*, párrs. 568-586.

420. Como se prueba a continuación, todos los actos y omisiones de la Demandada, por parte del MEM, del MARN, del Presidente, de la Policía Nacional y de la justicia, entre otros, en su conjunto expropiaron las inversiones de los Demandantes. La expropiación progresiva, como reconoció el tribunal de *Siemens c. Argentina*, se lleva a cabo a lo largo del tiempo, y no hace falta que cada paso tenga efecto expropiatorio por sí mismo:

Por definición, la expropiación progresiva es un proceso, una serie de pasos que tienen como efecto una expropiación. Si el proceso se detiene antes de llegar a ese punto, la expropiación no se produce, lo cual no significa necesariamente que no haya perjuicios. Desde luego, cada paso debe tener un perjuicio, pero por sí mismo puede no ser significativo o considerado un acto ilícito. El último paso de toda expropiación progresiva que inclina la balanza es similar a la gota que rebalsa el vaso. Las gotas anteriores pueden no haber tenido un efecto perceptible, pero son parte del proceso que tuvo ese resultado.¹²⁶²

421. En su intento de aislar su conducta en relación con el secuestro y la incautación ilegítimos del concentrado de oro de Exmingua,¹²⁶³ el enfoque de la Demandada transgrede esta jurisprudencia de larga data.¹²⁶⁴ Además, con su insistencia en la defectuosa premisa de que toda evaluación de las

¹²⁶² *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/8, Laudo del 6 de febrero de 2007, párr. 263 (CL-0159); *ver también Biloune c. Ghana*, CNUDMI, Laudo del 27 de octubre de 1989, párr. 81 (CL-0353) (“Lo que queda claro es que la conjunción de la orden de suspensión de obras, la demolición, la citación, el arresto, la detención, la exigencia de presentar formularios de declaración de activos y la deportación del Sr. Biloune sin la posibilidad de volver a ingresar tuvieron como consecuencia la interrupción irremediable de las obras del proyecto. Dado el papel central del Sr. Biloune en la promoción, financiación y administración de MDCL, su expulsión del país efectivamente le impidió a MDCL continuar con el proyecto. En la opinión del Tribunal, impedirle a MDCL continuar con su proyecto aprobado constituiría expropiación indirecta de sus derechos contractuales sobre el proyecto y, en consecuencia, la expropiación del valor de los derechos del Sr. Biloune sobre MDCL, salvo que las Demandadas puedan acreditar mediante elementos probatorios persuasivos que estos hechos estaban suficientemente justificados”); *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI N.º ARB/96/1, Laudo del 17 de febrero de 2000, párr. 76 (CL-0134) (“Queda claro, no obstante, que una medida o serie de medidas puede constituir expropiación, aunque los pasos individuales del proceso no tengan la intención formal de lograr una expropiación o transferencia de dominio. Lo que debe identificarse es hasta qué punto las medidas adoptadas privaron al propietario del control normal de sus bienes. Un decreto que anuncia un proceso de consideración administrativa y judicial de la cuestión de modo que efectivamente se congela o frustra la posibilidad de que el propietario explote razonablemente el potencial económico del bien puede considerarse el acto de expropiación si el proceso iniciado no se lleva a cabo en un plazo razonable”); *Oxus Gold c. Uzbekistán*, Caso CIADI N.º , Laudo Definitivo del 17 de diciembre de 2015, párr. 740 (CL-0291) (“A diferencia de lo que sucede en las expropiaciones directas, en las cuales el objeto del acto jurídico que implementa la expropiación es justamente expropiar un bien, en el caso de la expropiación indirecta, existe una norma estatal o a veces algún comportamiento cuyo objeto no fue expropiar un bien pero tuvo ese resultado. La expropiación indirecta puede surgir de un único acto o de una serie de actos. En este último caso, se la considera expropiación progresiva, que es un proceso que se prolonga a lo largo del tiempo y abarca una sucesión de medidas que, por separado, no tienen el efecto de quitarle su inversión al inversor pero que, en conjunto, sí producen ese resultado”); *Crystallex Int’l Corp. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/11/2, Laudo del 4 de abril de 2016, párr. 669 (CL-0153) (“La responsabilidad estatal por expropiación progresiva se refleja en el concepto de hecho compuesto, definido en el Artículo 15(1) de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la CDI”).

¹²⁶³ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 524-526.

¹²⁶⁴ *Ver, p. ej.*, Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 554, donde intenta demostrar que no existió privación sustancial indicando que el concentrado de oro incautado constituía una fracción del total de ventas de oro efectuadas por Exmingua a lo largo del año y medio de sus operaciones.

decisiones de la justicia guatemalteca por parte de este Tribunal está permitida solo en el contexto de “una denegación de justicia y colusión”,¹²⁶⁵ la Demandada trata de evadir su responsabilidad internacional meramente porque algunos de los actos en la cadena de la expropiación indirecta fueron actos judiciales.

422. De modo análogo a lo que sucedió en *Vivendi c. Argentina*, la conducta de Guatemala hacia las inversiones de los Demandantes en Exmingua recuerda la “‘campaña’ ilegítima”¹²⁶⁶ que el tribunal había determinado que montó Argentina contra el concesionario extranjero demandante, lo cual, cuando se considera en conjunto, lleva a concluir de forma inexorable que se produjo una expropiación indirecta.

e. Las medidas de la Demandada privaron a los Demandantes de todo el valor de su inversión

423. En su Memorial, los Demandantes explican que Guatemala les quitó todo su valor a sus inversiones en Exmingua suspendiendo por tiempo indeterminado la licencia de explotación para Progreso VII e impidiéndole a Exmingua llevar a cabo operaciones mineras (lo cual interrumpió su única fuente de ingresos), suspendiendo su certificado de exportación, secuestrando de manera ilegítima su concentrado, formulando denuncias penales espurias, suspendiendo *de facto* su licencia de exploración para Santa Margarita e impidiendo la emisión de la licencia de explotación para Santa Margarita.¹²⁶⁷ Los Demandantes también explican que la pérdida de casi todo o todo el valor fue un factor esencial para determinar si se produjo expropiación.¹²⁶⁸

424. En su Memorial de Contestación, la Demandada critica a los Demandantes por invocar causas que, según indica, “giran” en torno a la doctrina de los “efectos únicos”, dado que el Anexo 10-C.4 “insta” al Tribunal “a que considere el carácter de la acción gubernamental de que se trate, lo que incluye, entre otras cosas, evaluar si el Estado o una parte privada se beneficiaron de la supuesta injerencia”.¹²⁶⁹ La Demandada luego invoca la jurisprudencia de los Estados Unidos sobre expropiaciones para afirmar que la disminución del valor de la propiedad “por sí sola” no puede

¹²⁶⁵ *Ibid.*, párrs. 524-526.

¹²⁶⁶ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/97/3, Laudo del 20 de agosto de 2007, párr. 7.4.19 (CL-0142).

¹²⁶⁷ Memorial de los Demandantes, párrs. 167-172.

¹²⁶⁸ *Ibid.*, párrs. 148, 172.

¹²⁶⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 533. En sentido análogo apunta el argumento de los Estados Unidos de que “un perjuicio económico ‘por sí solo no alcanza para determinar que se produjo una expropiación indirecta’”. *Ver* Presentación de parte no contendiente de los Estados Unidos, párr. 43.

establecer una expropiación indirecta y que este principio se aplica de modo similar en el “régimen internacional de inversiones”, remitiéndose a las decisiones recaídas en *Al-Warraq c. Indonesia*, *Pope & Talbot Inc. c. Canadá*, *Enron c. Argentina* y *CMS c. Argentina*.¹²⁷⁰ La Demandada también asevera que, debido a la retención por parte de los Demandantes del “control empresarial sobre Exmingua y sus negocios”, todo fallo de expropiación “fracasar[á]”.¹²⁷¹

425. De hecho, los Demandantes no solo demostraron la destrucción del valor económico de sus inversiones en Exmingua, sino que también acreditaron que los actos y omisiones de Guatemala constituyeron una expropiación ilegítima en relación con los otros factores previstos en el Anexo 10-C.4 y el Artículo 10.7.1 del CAFTA-DR.¹²⁷² Además, los argumentos de la Demandada carecen de todo fundamento, como se demuestra más adelante.

426. *En primer lugar*, como correctamente afirma Christoph Schreuer, “la práctica judicial indica que la gravedad del perjuicio económico es el *criterio decisivo* para determinar si se produjo una expropiación indirecta o medida equivalente a la expropiación”.¹²⁷³ El Profesor Rudolf Dolzer concuerda en que “nadie puede dudar seriamente de que la gravedad de los efectos sobre la condición jurídica y el efecto práctico sobre la capacidad del propietario de utilizar y gozar sus bienes serán *factores centrales* para determinar si cierta medida regulatoria constituye expropiación”.¹²⁷⁴ Como observó el tribunal de *Glamis Gold c. Estados Unidos* al considerar los mismos criterios establecidos en el Anexo 10-C.4:

No obstante, para todas las expropiaciones existe la *investigación fundacional del umbral* de si fue efectivamente expropiado el bien o derecho de propiedad... En caso de expropiaciones indirectas o actos equivalentes a expropiaciones tales como las expropiaciones regulatorias, sin embargo, el análisis del umbral se centra en el grado de injerencia en el derecho de propiedad. Esta *investigación generalmente decisiva* implica dos cuestiones: la gravedad del efecto económico y su duración.¹²⁷⁵

¹²⁷⁰ *Ibid.*, párrs. 535-536 (que cita casos).

¹²⁷¹ *Ibid.*, párr. 537. *Ver también*, Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 476-482, en los cuales reproduce un argumento similar en el sentido de que, dado que Exmingua retuvo el control de sus decisiones administrativas, los Demandantes no tienen fundamentos para sostener que Guatemala interfirió en sus acciones de Exmingua.

¹²⁷² Memorial de los Demandantes, Sección III.A.2.

¹²⁷³ Schreuer, Parte 1 – Rapport, The Concept of Expropriation under the ECT and Other Investment Protection Treaties, Capítulo 3, *Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty*, editado por Clarisse Ribeiro, JurisNet, 2006, 144, 158 (C-0382) (énfasis añadido).

¹²⁷⁴ Rudolf Dolzer, *Indirect Expropriations: New Developments?* 11 N.Y.U. Environmental Law Journal 64, 79 (2002) (C-0383) (énfasis añadido).

¹²⁷⁵ *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, TLCAN/CNUDMI, Laudo del 8 de junio de 2009, párr. 356 (RL-0041) (énfasis añadido). Las partes habían formulado argumentos en relación con el mismo análisis de tres partes establecido en el TBI Modelo de los Estados Unidos de 2004 ante el tribunal.

Por consiguiente, es procedente la invocación de los Demandantes de causas que hacen hincapié en el efecto económico de la medida al evaluar si existió expropiación. De hecho, priorizar el efecto económico de la medida no significa que la existencia de un fin público legítimo sea irrelevante para evaluar si existió expropiación,¹²⁷⁶ de hecho, la “ausencia de fin legítimo le agregaría un elemento de ilicitud que debería traducirse en una indemnización por daños y perjuicios conceptualmente diferente de la compensación y posiblemente más elevada”.¹²⁷⁷ En las actuaciones de marras, los Demandantes acreditaron la naturaleza ilegítima de la expropiación indirecta de la Demandada remitiéndose, entre otras cosas, a la falta de un fin público de su conducta.¹²⁷⁸

427. *En Segundo lugar*, la Demandada se equivoca cuando afirma que el Anexo 10-C.4 “insta” a que el Tribunal “considere el carácter de la acción gubernamental” y que esta investigación incluye “evaluar si el Estado o una parte privada se beneficiaron de la supuesta injerencia”.¹²⁷⁹ Por el contrario, se encuentra “ampliamente aceptado” que puede producirse una expropiación “sin el correspondiente beneficio o ‘apropiación’ por parte del estado”.¹²⁸⁰

428. *En tercer lugar*, la invocación de la Demandada de la jurisprudencia sobre expropiaciones de los Estados Unidos es errónea, pues no se aplica a reclamos por expropiación formulados sobre la base de tratados.¹²⁸¹ En todo caso, aunque el Tribunal evaluara la magnitud del efecto económico remitiéndose al umbral establecido en *Penn Central*,¹²⁸² los Demandantes lograron llevar de manera exitosa la pesada carga de probar que los actos de Guatemala “hacen comercialmente imposible... continuar”¹²⁸³ usando y disfrutando sus inversiones en Exmingua según lo previsto.

429. *En cuarto lugar*, incluso las causas citadas por la Demandada son congruentes con la conclusión de que es clave probar una “privación sustancial” para determinar que existió expropiación indirecta. En *Pope & Talbot Inc. c. Canadá*, por ejemplo, fue determinante para el tribunal que, pese a la injerencia de Canadá, la inversión “continu[ara] exportando cantidades sustanciales de madera blanda a los

¹²⁷⁶ Ver Memorial de los Demandantes, Sección III.A.3.

¹²⁷⁷ Schreuer, Part 1 – Rapport, The Concept of Expropriation under the ECT and Other Investment Protection Treaties, Capítulo 3, *Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty*, editado por Clarisse Ribeiro, JurisNet, 2006, pp. 144–58 (C-0382).

¹²⁷⁸ Memorial de los Demandantes, párrs. 197-200.

¹²⁷⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 533.

¹²⁸⁰ AUGUST REINISCH & CHRISTOPH SCHREUER, INTERNATIONAL PROTECTION OF INVESTMENTS: THE SUBSTANTIVE STANDARDS, CUP 2020 71 (CL-0384). Ver también, Memorial de los Demandantes, párr. 148, nota al pie N.º 364 (que cita casos).

¹²⁸¹ Ver *supra* Sección III.B.1.

¹²⁸² *Penn Central Transportation Co. c. Ciudad de Nueva York*, 438 U.S. 104 (1978) (RL-0238).

¹²⁸³ *Ibid.*

Estados Unidos y generando utilidades sustanciales por esas ventas”.¹²⁸⁴ En las presentes actuaciones, los Demandantes demostraron cómo las operaciones de Exmingua fueron totalmente paralizadas a raíz de los actos y las omisiones de Guatemala,¹²⁸⁵ un resultado muy distinto de las “utilidades sustanciales” que llevaron a decidir que no existió expropiación indirecta en *Pope & Talbot*.

430. Asimismo, son erróneos los intentos de la Demandada de invocar selectivamente la decisión recaída en *Al-Warraq c. Indonesia* afirmando que el tribunal no determinó que haya existido expropiación porque el inversor demandante no había sido “total ni parcialmente privado... de [sus] acciones de Bank Century”, de “sus derechos básicos en el ejercicio de su titularidad” de las acciones ni de su “efectivo control” sobre las acciones,¹²⁸⁶ pues la Demandada no se da cuenta de que esa fue la redacción utilizada en el Artículo 10(1) del tratado de la OCI que el tribunal debía interpretar.¹²⁸⁷

431. *Por fin*, el control de los Demandantes sobre Exmingua carece de relevancia para acreditar que sufrieron una expropiación indirecta. Como confirman los Profesores Schreuer y Dolzer, “todo enfoque que analice exclusivamente el control de la totalidad de la inversión será incapaz de contemplar la expropiación de derechos específicos de los que goza el inversor”.¹²⁸⁸ De hecho, “la pérdida de control es... un factor subsidiario a la destrucción de valor”.¹²⁸⁹ Esto lo aclara el Tratado, que exige “una investigación factual, caso por caso”, lo cual implica considerar *múltiples* factores para determinar si existió expropiación indirecta.¹²⁹⁰ De tal manera, en muchos casos los tribunales resolvieron que existió

¹²⁸⁴ *Pope & Talbot Inc. c. Canadá*, TLCAN, CNUDMI, Laudo Provisional del 26 de junio de 2000, párrs. 101-102 (CL-0129).

¹²⁸⁵ Memorial de los Demandantes, párrs. 167-172.

¹²⁸⁶ *Hesham T. M. Al Warraq c. República de Indonesia*, CNUDMI, Laudo Definitivo del 15 de diciembre de 2014, párr. 524 (CL-0273) (se omite el énfasis), invocado en el Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 536.

¹²⁸⁷ *Ibid.*, párr. 291 (que cita el Tratado de la OCI, Artículo 10(1), “El estado receptor no podrá adoptar ni permitir que se adopten medidas, ya sea por sí mismo o a través de sus organismos, instituciones y autoridades, que pudieran directa o indirectamente afectar la titularidad del capital o la inversión del inversor privándolo total o parcialmente de dicha titularidad o de la totalidad o parte de sus derechos básicos o del ejercicio de sus derechos sobre la titularidad, posesión o utilización de su capital o de su control efectivo sobre la inversión, su administración, su uso, el goce de sus utilidades, la realización de sus beneficios y la garantía de su desarrollo y crecimiento”).

¹²⁸⁸ RUDOLF DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER, *PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* 118 (2^{da} ed., 2012) (CL-0131) (“Desde luego el control es un aspecto importante en el análisis de las expropiaciones. No obstante, el ejercicio continuo del control por parte del inversor en sí mismo no es necesariamente el único criterio. La cuestión se vuelve obvia cuando un estado receptor *priva al inversor de manera sustancial del valor de su inversión y el inversor termina controlando una entidad cuyo valor no es muy superior al de una cáscara de la inversión previa*. De esta manera queda ilustrada la importancia de un análisis que comprenda criterios además del control, como el uso y beneficio económico. Todo intento de definir una expropiación indirecta sobre la base de un único factor probablemente no lleve a un resultado satisfactorio. En particular, *un enfoque que analice exclusivamente el control de la totalidad de la inversión no podrá contemplar la expropiación de derechos específicos de los que goza el inversor*”) (énfasis añadido).

¹²⁸⁹ CNUCYD, *EXPROPRIATION*, p. 67 (CNUCYD, Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012) (CL-0132). *Ver Sempra c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/16, Laudo del 28 de septiembre de 2007, párr. 285 (CL-0258) (“Para determinar que se produjo expropiación indirecta... el inversor ya no debería tener bajo su control la operación comercial o el valor de la empresa debería haber sido prácticamente destruido”).

¹²⁹⁰ CAFTA-DR, Anexo 10-C.4 (CL-0001).

expropiación indirecta a pesar de que el inversor retuvo el control de su inversión. Por ejemplo, en *CME c. República Checa*, el tribunal sostuvo que

Es irrelevante la postura de la República Checa de que los actos del Consejo de Medios no privaron al Demandante de su patrimonio porque no hubo secuestro físico de los bienes por parte del Estado o porque la Licencia original otorgada a CET 21 siempre estuvo en poder del Licenciatario original y no fue modificada. Lo que sí fue modificado y de hecho destruido fue la inversión del Demandante y de su antecesor de conformidad con la protección del Tratado. Lo que fue destruido fue el valor comercial de la inversión en ČNTS a raíz de la coerción ejercida por el Consejo de Medios contra ČNTS en 1996 y su colusión con el Dr. Železný en 1999.¹²⁹¹

El tribunal de *Bahgat c. Egipto* también sostuvo que la posesión por parte del demandante de acciones de sus subsidiarias locales no “obsta a la posibilidad de considerar que las medidas [de la demandada] contra [el demandante] constituyen expropiación indirecta”.¹²⁹²

f. La sustancial privación de los Demandantes no es efímera

432. Como lo establece su Memorial, la sustancial privación de los Demandantes cumple el criterio de permanencia para constituir expropiación indirecta.¹²⁹³ Como explicaron los Demandantes, a la fecha de presentación de su Memorial, la licencia de explotación de Exmingua para Progreso VII llevaba suspendida cuatro años, su licencia de exploración para Santa Margarita llevaba suspendida *de facto* el mismo plazo, Exmingua no podía obtener la licencia de explotación para Santa Margarita y su concentrado seguía incautado ilegítimamente.¹²⁹⁴ Los Demandantes acreditaron cómo este nivel de privación fue de tal naturaleza que constituye expropiación.¹²⁹⁵

433. En su Memorial de Contestación, la Demandada argumenta que su conducta impugnada únicamente comprende medidas temporales que no son suficientes para determinar que existió una expropiación indirecta¹²⁹⁶ porque la licencia de explotación Progreso VII de Exmingua supuestamente solo se suspendió, no se revocó¹²⁹⁷. Luego procede a objetar que los Demandantes caracterizaran esta

¹²⁹¹ *CME Czech Republic B.C. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial del 13 de septiembre de 2001, párr. 591 (CL-0052).

¹²⁹² *Mohamed Abdel Raouf Bahgat c. República Árabe de Egipto*, Caso CPA N.º 2012-07, Laudo Definitivo del 23 de diciembre de 2019, párr. 227 (CL-0343); ver también, *Eureko B.C. c. República de Polonia*, CNUDMI, Laudo Parcial del 19 de agosto de 2005, párrs. 239-243 (CL-0125).

¹²⁹³ Memorial de los Demandantes, párrs. 159-164.

¹²⁹⁴ *Ibid.*, párrs. 165-166, 172.

¹²⁹⁵ *Ibid.*, párrs. 159-163, 172.

¹²⁹⁶ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 538-555.

¹²⁹⁷ *Ibid.*, párrs. 543-548.

suspensión como de período indefinido sobre la base de que el Acuerdo de la Corte de Constitucionalidad del 11 de junio de 2020 “contempla explícitamente la ‘reanudación de las obras’ . . . una vez satisfechas las condiciones”, que incluyen, entre otras cosas, plazos para que el MEM realice consultas con el pueblo indígena impactado por el Proyecto El Tambor¹²⁹⁸. Sin duda a sabiendas de que es innegable que el MEM *no* ha cumplido con los plazos establecidos por la Corte, en su Memorial de Contestación, Guatemala llega al punto de culpar a los Demandantes al advertir que Exmingua podría exigir judicialmente que el MEM actúe¹²⁹⁹. Finalmente, para respaldar su argumento de que la privación de los Demandantes no duró lo suficiente como para constituir una expropiación, Guatemala nuevamente invoca la jurisprudencia estadounidense¹³⁰⁰ y se refiere a casos donde los tribunales consideraron que no se cumplió con el requisito de permanencia¹³⁰¹. Los argumentos de la Demandada son incorrectos, como veremos a continuación.

434. *En primer lugar*, la Demandada no puede alegar que el Acuerdo de la Corte es de suspensión en vez de revocación para defenderse del reclamo de expropiación de los Demandantes. Tal como ya han demostrado los Demandantes en su Memorial, “no existe un plazo establecido para que las medidas que constituyen una expropiación gradual produzcan tal efecto. Ello dependerá de las circunstancias específicas del caso”¹³⁰². En las circunstancias de este caso, durante el tiempo que pasó desde la presentación del Memorial de los Demandantes, la licencia de explotación Progreso VII de Exmingua siguió suspendida y el MEM ni siquiera ha avanzado para completar las consultas que se le ordenó que realizara¹³⁰³. Tampoco ha cambiado nada con respecto a la suspensión de hecho de Santa Margarita, y los actos posteriores de la Demandada relativos al concentrado incautado y las cuentas bancarias congeladas únicamente reafirman la naturaleza ilícita de su conducta¹³⁰⁴. Esto asimismo confirma que la privación completa de valor sufrida por los Demandantes no es temporal.

435. Por otro lado, tal como han demostrado los Demandantes en su Memorial haciendo referencia a las decisiones en los casos *Tza Yap Shum c. Perú* y *Wena Hotels c. Egipto*, la posterior reestructuración o incluso el retorno de una inversión no necesariamente quita que una expropiación indirecta no sea

¹²⁹⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 545.

¹²⁹⁹ *Ibid.*, párr. 546.

¹³⁰⁰ *Ibid.*, párrs. 538, 540, 542.

¹³⁰¹ *Ibid.*, párrs. 539-540.

¹³⁰² *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/12, Laudo del 14 de julio de 2006, párr. 313 (CL-0149); *ver también*, Memorial de los Demandantes, párr. 159.

¹³⁰³ *Ver ut supra* Sección II.D.4.

¹³⁰⁴ *Ver ut supra* Sección II.D; *ver ut supra* Secciones II.D.3, II.D.5.

efímera¹³⁰⁵. De hecho, en este caso, *no* existen indicios de que Exmingua recuperará el uso de sus licencias y podrá disfrutar de los beneficios de su concentrado mediante su exportación¹³⁰⁶. En efecto, el argumento esgrimido por Guatemala de que Exmingua debería iniciar un proceso contra el MEM para que cumpla con sus obligaciones legales¹³⁰⁷ es un reconocimiento implícito de que el MEM no tiene intención de realizar las consultas y restaurar las licencias de Exmingua y, a su vez, esto demuestra que la conducta ilícita del Estado no es efímera.

436. *En segundo lugar*, la invocación por parte de la Demandada de jurisprudencia estadounidense y casos sobre tratados de inversión es irrelevante. Por un lado, como ya hemos explicado, la jurisprudencia estadounidense no tiene importancia para la interpretación del Tratado¹³⁰⁸. Por otro lado, los casos sobre tratados de inversión invocados por Guatemala tampoco avalan su postura.

437. Como se indica en el Memorial, los tribunales en controversias sobre inversiones han determinado que la pérdida de control de bienes por un año¹³⁰⁹ y la suspensión de una licencia por cuatro meses¹³¹⁰ eran de duración suficiente para constituir una expropiación. Como ejemplo adicional, en el caso *Belokon c. República Kirguisa*, el tribunal concluyó que la imposición de un régimen de administración e incautación a Manas Bank (la inversión de la demandante) “por un período

¹³⁰⁵ Memorial de los Demandantes, párrs. 162-163.

¹³⁰⁶ *Ver, Valeri Belokon c. República Kirguisa*, CNUDMI, Laudo del 24 de octubre de 2014, párrs. 207-208 (CL-0355) (determinaciones fácticas de lavado de dinero contra Manas Bank que el tribunal consideró pero finalmente desestimó) (“La Demandada no ofreció ninguna garantía al Tribunal de que esta administración temporal finalizará pronto. Por el contrario, el Tribunal entiende que la administración temporal debe imponerse mientras se encuentre en curso una investigación contra la Demandante y el personal del banco Manas... la Demandada no ha podido brindar argumentos jurídicos para la continua aplicación del régimen de incautación contra Manas Bank. De hecho, no hay motivos para esperar que esta incautación de Manas Bank termine en el futuro previsible”).

¹³⁰⁷ *Ver* Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 546.

¹³⁰⁸ *Ver ut supra* Sección III.A.1

¹³⁰⁹ *Ver Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH y otros c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/08/8, Laudo del 1 de marzo de 2012, párr. 300 (CL-0356) (“Como ya se ha explicado, el Tribunal ha concluido que el telegrama que instruyó a [X] no permitir que el buque abandonara las aguas territoriales de Ucrania y la continuación de las prohibiciones de viaje para el año siguiente constituían actos soberanos de la Demandada. Estos actos imposibilitaron a los Demandantes acceder al activo esencial de su inversión, es decir, el buque, y controlarlo y, por ende, privaron a los Demandantes de sus derechos contractuales a utilizar el activo. Si bien la Demandada afirma que cualquier privación fue tan solo temporal porque la prohibición de viaje se levantó luego de *un* año, el daño a la inversión ya se había producido para ese entonces. Se canceló una temporada entera de navegación y el negocio de los Demandantes sufrió un daño sustancial que no hacía razonablemente previsible que pudieran retomar sus operaciones como si nada hubiera sucedido. En efecto, para ese entonces, dos de los Demandantes se encontraban en proceso de insolvencia, e incluso si esas entidades hubieran permanecido solventes, no es razonable asumir que los clientes habrían estado dispuestos a trabajar con ellas a la luz de esos sucesos”). *Ver también Wena Hotels Ltd c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N.º ARB/98/4, Laudo del 8 de diciembre de 2000, párr. 99 (CL-0151). La Demandada parece hacer una interpretación selectiva del caso *Wena* que la beneficie al argumentar que el “factor dominante” no era que hubo una privación de un año, sino que “el gobierno, a través de EHC, tuviera la posesión de la propiedad”. *Ver* Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 541.

¹³¹⁰ *Ver Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N.º ARB/99/6, Laudo del 12 de abril de 2002, párr. 107 (CL-0137).

indeterminado de al menos cuatro años” constituía una expropiación indirecta¹³¹¹. Cabe remarcar que, en ese caso, el Banco Nacional de Kirguistán había prorrogado la administración temporal más allá de los límites establecidos en el derecho kirguiso¹³¹². Lo mismo sucede en este caso: más allá de que Guatemala violó su propia ley al suspender las licencias de los Demandantes, es indiscutible que la justicia consistentemente incumplió con los plazos legales y, de la misma manera, el MEM incumplió con la obligación de realizar las consultas dentro de los plazos establecidos por la Corte¹³¹³.

438. Más recientemente, el tribunal en *Bahgat c. Egipto* determinó que las medidas que duraban seis años constituían una expropiación:

Las Partes discuten si las medidas tienen que ser irreversibles para constituir una expropiación indirecta. El Tribunal no considera necesario decidir sobre esa cuestión. En su opinión, *no es posible deshacer el impacto negativo de los 6 años perdidos sobre la inversión de la Demandante*. El Tribunal está al tanto de que la concesión minera de ADEMCO aún es válida. *No obstante, de los 30 años que tiene su duración, durante el congelamiento de todo el negocio entre febrero de 2000 y la rehabilitación final de la Demandante pasaron 6 años*¹³¹⁴.

439. La invocación de *S.D. Myers c. Canadá* por parte de la Demandada es irrelevante¹³¹⁵. En ese caso, el tribunal sostuvo que el cierre de fronteras por 16 meses, durante los cuales la inversión del demandante no podía exportar materiales a Estados Unidos, era insuficiente para constituir una expropiación¹³¹⁶. Las medidas en este caso y su impacto en los Demandantes no son parecidos a una prohibición de 16 meses sobre las exportaciones, la cual se había levantado para el momento en que las demandantes iniciaron el arbitraje y que meramente pospuso el ingreso del demandante en el mercado canadiense por unos pocos meses¹³¹⁷. En efecto, si bien determinó que las medidas no eran expropiatorias, el tribunal en el caso *S.D. Myers* no obstante reconoció que, en otras circunstancias,

¹³¹¹ *Valeri Belokon c. República Kirguisa*, CNUDMI, Laudo del 24 de octubre de 2014, párr. 215 (CL-0355) (determinaciones fácticas de lavado de dinero contra Manas Bank que el tribunal consideró pero finalmente desestimó).

¹³¹² *Ibid.*, párrs. 207-210.

¹³¹³ *Ver ut supra* Secciones II.D.1.a.vi, II.D.4; *infra* Secciones III.C y III.E.

¹³¹⁴ *Mohamed Abdel Raouf Bahgat c. República Árabe de Egipto*, Caso CPA N.º 2012-07, Laudo Definitivo del 23 de diciembre de 2019, párr. 228 (CL-0343) (énfasis añadido).

¹³¹⁵ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 539.

¹³¹⁶ *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, CNUDMI, Laudo Parcial del 13 de noviembre de 2000, párr. 284 (CL-0104).

¹³¹⁷ *Ibid.*, párrs. 12, 127. Los Demandantes en ese caso presentaron la Notificación de Arbitraje el 30 de octubre de 1998, mientras que la prohibición de exportaciones estuvo vigente entre el 20 de noviembre de 1995 y febrero de 1997.

“sería apropiado considerar una privación como una expropiación, incluso si fuera parcial o temporal”¹³¹⁸.

g. Las medidas de la Demandada entraron en conflicto con las expectativas específicas y razonables de los Demandantes respaldadas por inversiones

440. Tal como los Demandantes ya han demostrado en su Memorial con el apoyo de la opinión emitida por el Profesor Fuentes, las medidas de Guatemala entraron en conflicto con las expectativas razonables de los Demandantes respaldadas por sus inversiones a los efectos de que Exmingua podría continuar sus operaciones en función de la licencia de explotación Progreso VII, que su concentrado no se confiscaría ilegalmente y que podría obtener una licencia de explotación para Santa Margarita¹³¹⁹.

441. La Demandada nuevamente intenta contrarrestar esto al invocar indebidamente jurisprudencia estadounidense sobre expropiaciones¹³²⁰. También se basa en casos sobre tratados de inversión donde se interpretan las legítimas expectativas en el contexto de un reclamo de trato justo y equitativo y argumenta que los Demandantes no han demostrado ningún “incentivo específico” por parte de Guatemala¹³²¹. Guatemala luego reconoce que no ha promulgado ninguna ley ni reglamento que implemente el Convenio 169 de la OIT, pero esgrime el argumento absurdo de que esta supuesta falta de reglamentación debería haber llevado a que los Demandantes obtuvieran garantías específicas por parte de Guatemala de que el “requisito de consulta” no sería aplicable a la emisión de la licencia de explotación y que Guatemala “no requeriría[] *nunca* que se realizaran consultas previas”¹³²². La Demandada luego argumenta haciendo referencia a *SolEs Badajoz c. España* que correspondía a los Demandantes realizar su propia “diligencia” ante la ausencia de una revisión de diligencia ambiental y social en el Informe de CAM y a la luz de ciertas declaraciones en los comunicados de prensa de Radius sobre su estrategia corporativa consistente en desinvertir en “activos problemáticos”¹³²³. La Demandada luego intenta desvincularse de la postura que adoptó ante la CIDH sobre el cumplimiento del proceso de participación pública en virtud de la Ley de Minería de Guatemala con el Convenio 169 de la OIT al argumentar que no la había hecho “pública” y que no constituye un “incentivo para invertir”¹³²⁴. Finalmente, la Demandada reitera sus argumentos al efecto de que los Demandantes no tenían

¹³¹⁸ *Ibid.*, párr. 283 (CL-0104).

¹³¹⁹ Memorial de los Demandantes, párrs. 173-179; Fuentes I, párrs. 37, 48, 55, 81, 168, 191-193.

¹³²⁰ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 558.

¹³²¹ *Ibid.*, párrs. 559-561.

¹³²² *Ibid.*, párr. 562 (énfasis añadido).

¹³²³ *Ibid.*, párrs. 562-563.

¹³²⁴ *Ibid.*, párr. 564.

expectativas legítimas de que Exmingua obtendría una licencia de explotación para Santa Margarita¹³²⁵. Como demostraremos a continuación, los argumentos de Guatemala no tienen asidero.

442. *En primer lugar*, como ya se ha explicado, la invocación de jurisprudencia estadounidense por parte de la Demandada es irrelevante ya que las disposiciones aplicables son los términos del Tratado, que se rigen por el derecho internacional consuetudinario. En todo caso, en virtud del derecho estadounidense, el “espíritu de este factor” requiere que el gobierno indemnice al titular de una propiedad cuando las normas gubernamentales tienen un impacto extremo en el valor de tal propiedad¹³²⁶. Como cuestión de derecho internacional, “los contratos y las licencias” se consideran “[e]jemplos obvios de compromisos que crean expectativas [razonables respaldadas por inversiones]”¹³²⁷. En *Deutsche Bank c. Sri Lanka*, el tribunal sostuvo que la demandante tenía “una expectativa legítima de que un acuerdo de cobertura válidamente perfeccionado” sería exigible en Sri Lanka y que “sus derechos contractuales no se verían posteriormente socavados por un ente regulador que esencialmente era una parte interesada de la operación”¹³²⁸.

443. *En segundo lugar*, Guatemala se basa erróneamente en jurisprudencia sobre tratados de inversiones donde se interpreta el concepto de legítimas expectativas en el contexto del estándar de trato justo y equitativo para interpretar el factor de expectativas razonables respaldadas por inversiones contemplado en el Anexo del Tratado como relevante para determinar si hubo una expropiación indirecta¹³²⁹. El estándar relevante para determinar si una demandante tenía expectativas razonables respaldadas por una inversión en el contexto del análisis de una expropiación es el establecido por el tribunal en *Tecmed c. México*:

¹³²⁵ *Ibid.*, párrs. 565-567.

¹³²⁶ *Penn Central Transportation Co. c. Ciudad de Nueva York*, 438 U.S. 104, 127 (1978) (RL-0238) (donde se cita *Pennsylvania Coal Co. c. Mahon*, 260 U.S. 393, 414-15 (1922)).

¹³²⁷ Jan Paulsson, *Indirect Expropriation: Is the Right to Regulate at risk?* TRANSNATIONAL DISPUTE MANAGEMENT VOL. 3(2), 3 (2006) (CL-0357) (“La primera de estas es la noción de “expectativas razonables respaldadas por inversiones”: no es mi frase favorita, pero se repite tanto que no puede ignorarse. Varios prefieren la formulación que encontramos en el caso *Methanex*: ‘compromisos específicos ... asumidos por el gobierno regulador ante el entonces inversor extranjero putativo que contemplaba invertir al efecto de que el gobierno se abstendría de tal acción reguladora’. Los contratos y las licencias son ejemplos obvios de compromisos que crean expectativas. Pero existen otras circunstancias, presumiblemente excepcionales, donde ‘las políticas vigentes anteriormente pueden haber creado legítimas expectativas tanto de naturaleza procesal como de índole sustancial’”).

¹³²⁸ *Deutsche Bank AG c. Sri Lanka*, Laudo del 31 de octubre de 2012, párr. 523 (CL-0127).

¹³²⁹ *Ver, por ej.*, Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 560-561, donde se analiza el caso *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo del 8 de junio de 2009, párrs. 766-767 (RL-0041) (“[T]al como ha explicado el Tribunal en su análisis del estándar legal [de trato justo y equitativo], una violación del artículo 1105 basada en la alteración de las expectativas razonables respaldadas por la inversión requiere, como circunstancia límite, al menos una relación cuasicontractual entre el Estado y el inversor, en la que el Estado haya inducido deliberada y específicamente la inversión ... Por lo tanto, no existió la inducción cuasicontractual que para el Tribunal es un prerrequisito para considerar una violación del Artículo 1105(1) basada en conflictos con las expectativas de inversores”).

No cabe duda que aún sin contar Cytrar con una autorización de tiempo indeterminado, y ser en vez de ello titular de una autorización prorrogable o renovable año a año, la expectativa de la Demandante era siempre la de un inversor a largo plazo que cuenta con la recuperación de su inversión y el retorno estimado a través de la operación del Confinamiento durante la vida útil de éste. ... [Y]a con anterioridad a la inversión por la Demandante era valor entendido y aceptado por todos que inversiones en el Confinamiento se aplicaban a una operación de larga duración que sería tenida en cuenta por el inversor al estimar el tiempo y ritmo necesarios para recuperarla y obtener el retorno esperado al hacer su oferta para la adquisición de los bienes relativos al Confinamiento. A los efectos de evaluar si conducta atribuible a la Demandada—tal como la Resolución—es también violatoria del Acuerdo, tales expectativas de la Demandante deben considerarse legítimas y apreciadas como tales a la luz del Acuerdo y del derecho internacional¹³³⁰.

Por lo tanto, los Demandantes no necesitan demostrar “incentivos para invertir”¹³³¹ para probar que tenían expectativas razonables respaldadas por inversiones. Tampoco había en este caso una “prórroga razonable” de normativas preexistentes. En esencia, la determinación está relacionada con la “estabilidad”, que en este contexto significa “basarse en un entorno regulatorio y comercial que no cambie fundamentalmente durante el curso de la inversión al punto de poner en peligro las expectativas razonables del inversor”¹³³².

444. Los Demandantes invirtieron en Exmingua, la cual tenía una licencia de explotación de 25 años para Progreso VII y confiaba legítimamente en que convertiría su licencia de exploración existente en una licencia de explotación para Santa Margarita¹³³³. Por un período de más de un año y medio, Exmingua minó exitosamente mineral aurífero en una planta diseñada, construida y ensamblada por los Demandantes y exportó concentrado de oro a través de un intermediario con el cual tenía un contrato a largo plazo¹³³⁴. Exmingua también había preparado su EIA de Santa Margarita, excepto los estudios sociales, había realizado actividades exploratorias en el área de la licencia y había adquirido derechos superficiares para prepararse para la minería¹³³⁵. Claramente, entonces, los Demandantes tenían una “expectativa razonable respaldada por inversiones” de continuar operando la mina y ampliarla al área

¹³³⁰ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/2, Laudo del 29 de mayo de 2003, párrs. 150-151 (CL-0122); ver también *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/12, Laudo del 14 de julio de 2006, párr. 318 (CL-0149).

¹³³¹ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 564, 566.

¹³³² Anne K. Hoffmann, *Indirect Expropriation*, en *STANDARDS OF INVESTMENT PROTECTION 162* (August Reinisch ed., 2008) (CL-0378).

¹³³³ Memorial de los Demandantes, párrs. 173-179.

¹³³⁴ *Ibid.*, párr. 4.

¹³³⁵ *Ibid.*, párrs. 20, 29, 56, 100, 242.

de la licencia de Santa Margarita. Luego de haber cumplido con la normativa preexistente en virtud del derecho guatemalteco para la obtención de la licencia de explotación de Exmingua, era razonable que los Demandantes esperaran que Exmingua no fuera sancionada con la suspensión de sus operaciones y que no se le impidiera obtener una licencia de explotación para Santa Margarita debido al incumplimiento del Estado del requisito de consultas con arreglo al Convenio 169 de la OIT, así como su moratoria de hecho sobre la emisión de licencias.

445. *En tercer lugar*, plenamente al tanto de cómo ha desconocido intencionalmente estas expectativas, la admisión de Guatemala de que, “hasta la fecha, no ha promulgado ninguna ley ni ha emitido ningún reglamento ejecutivo para aplicar el Convenio 169 de la OIT” es reveladora¹³³⁶. De alguna forma, esto lleva a la Demandada a concluir que los Demandantes deberían haber “ejercido la debida diligencia para obtener una garantía o declaración específica” a los efectos de que “el requisito de consulta en virtud del Convenio 169 de la OIT no es en realidad necesario para la emisión de una licencia de explotación” y “que los organismos ejecutivos, legislativos y judiciales de Guatemala no requerirían nunca que se realizaran consultas previas”¹³³⁷. Ningún Estado razonablemente asumiría compromisos tan específicos, ni los Demandantes estaban obligados a exigir tales compromisos como parte de una “debida diligencia”. Asimismo, Guatemala omite completamente el hecho de que el problema no es que ahora requiere “consultas previas”, sino que ha impuesto ese requisito *retroactivamente* a inversores que obtuvieron licencias hace años. Al formular su argumento absurdo, la Demandada también ignora convenientemente que de hecho se concluyeron consultas previas como parte del EIA de Progreso VII y *el MARN las aprobó*.

446. *En cuarto lugar*, los comentarios de la Demandada al efecto de que el Informe de CAM elaborado para Radius en 2004 no incluía una debida diligencia ambiental, social o legal y que Radius había abandonado el Proyecto El Tambor son erróneos¹³³⁸. El Informe de CAM fue encargado como un estudio técnico para evaluar los recursos minerales de El Tambor¹³³⁹; no se esperaba que tocara otros temas y, por lo tanto, no influye en las expectativas razonables respaldadas por inversiones de los Demandantes relativas a cuestiones ambientales, sociales o legales. Asimismo, según el comunicado de prensa de Radius citado por la Demandada, Radius retuvo un derecho a regalías del Proyecto y siguió siendo “optimista en cuanto al logro de la producción comercial en El Tambor y la recuperación por

¹³³⁶ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 562.

¹³³⁷ *Ibid.*, párr. 562.

¹³³⁸ *Ibid.*, párr. 563.

¹³³⁹ Informe Técnico de CAM del 7 de enero de 2004, párr. 1.5 (C-0039).

parte de la Empresa de las inversiones realizadas en la región desde que se descubrió oro en El Tambor en 2000”¹³⁴⁰.

447. *En quinto lugar*, los Demandantes ya han explicado que Guatemala anunció reiterada y públicamente a la comunidad internacional que el proceso del EIA en virtud de su Ley de Minería y las reglamentaciones correspondientes cumplía con sus obligaciones dimanantes del Convenio 169 de la OIT¹³⁴¹. El argumento actual de Guatemala al efecto de que las expectativas de los Demandantes en ese sentido eran irrazonables no tiene asidero, y su afirmación de que su postura ante la CIDH “no era pública”¹³⁴² es incorrecta¹³⁴³.

448. *Por último*, al contrario de lo que sostiene la Demandada y de manera similar a lo establecido en el caso *Deutsche Bank AG c. Sri Lanka*, los Demandantes tenían la expectativa razonable de que, luego de cumplir con todos los requisitos exigidos por el derecho guatemalteco, Exmingua tendría derecho a utilizar y beneficiarse de su licencia de explotación Progreso VII emitida válidamente y su licencia de exploración de Santa Margarita, así como a obtener una licencia de explotación para Santa Margarita¹³⁴⁴.

h. El Tratado no contempla una excepción general según la cual las acciones regulatorias no están sujetas a reclamos por expropiación indemnizables

449. En su Memorial, los Demandantes explicaron que, de conformidad con el Tratado, el “carácter” de la acción gubernamental es uno “entre otros factores” que el Tribunal debe considerar en su “investigación factual, caso por caso”¹³⁴⁵. En este sentido, los Demandantes demostraron que la suspensión *de jure* y *de facto* de la licencia de explotación Progreso VII y la licencia de exploración de Santa Margarita de Exmingua, respectivamente, y el impedimento para que Exmingua obtuviera una licencia de explotación en Santa Margarita fueron arbitrarios, ilegales y discriminatorios y buscaron culpar a los Demandantes por los efectos del incumplimiento de Guatemala con los requisitos de consulta del Convenio 169 de la OIT¹³⁴⁶. Los Demandantes también demostraron que las medidas de la

¹³⁴⁰ Comunicado de Prensa de Radius, *Radius Gold Sells Interest in Guatemala Gold Property*, 31 de agosto de 2012 (C-0223).

¹³⁴¹ *Ver ut supra* Sección II.B.

¹³⁴² *Ver ut supra* Sección II.B.

¹³⁴³ *Ver ut supra* Sección III.B.3.

¹³⁴⁴ Memorial de los Demandantes, párr. 179; *ver también Deutsche Bank AG c. Sri Lanka*, Laudo del 31 de octubre de 2012, párr. 523 (CL-0127).

¹³⁴⁵ CAFTA-DR, Anexo 10-C.4(a) (C-0001).

¹³⁴⁶ Memorial de los Demandantes, párrs. 180-186.

Demandada no estuvieron justificadas por ninguna situación de emergencia y que la naturaleza arbitraria e ilegal de los actos de Guatemala también se extendieron a la incautación injustificada del concentrado de Exmingua¹³⁴⁷.

450. En su Memorial de Contestación, la Demandada nuevamente invoca de manera inapropiada jurisprudencia estadounidense sobre expropiación donde se contempla el equilibrio de intereses entre los derechos de propiedad y la necesidad del gobierno de proteger el interés público, y argumenta que el texto del Anexo 10-C.4(b) intenta “encapsular” este entendimiento¹³⁴⁸. La Demandada también argumenta que sus acciones están alcanzadas por el Anexo 10-C.4(b) porque no son discriminatorias¹³⁴⁹ y el requisito de consulta se basa en objetivos legítimos de bienestar público¹³⁵⁰, lo cual, dice, implica que sus medidas constituyen una expropiación no indemnizable¹³⁵¹, supuestamente en consonancia con la excepción de “poderes de policía”¹³⁵². Esto también es incorrecto.

451. *En primer lugar*, tal como observaron comentaristas y Estados Unidos, el Anexo 10-C.4(b) no “busca establecer una *excepción general a favor de medidas regulatorias*, lo cual podría ‘crear un vacío significativo en la protección internacional contra las expropiaciones’”¹³⁵³. En cambio, el Anexo es de naturaleza *observacional* y, tal como indica Estados Unidos, “busca brindar a los tribunales lineamientos adicionales a la hora de determinar si ha ocurrido una expropiación indirecta”¹³⁵⁴.

452. *En segundo lugar*, la invocación por parte de la Demandada de la teoría del “poder de policía” es errada. Tal como consideró el tribunal del caso *Saluka c. República Checa*, la “‘excepción del poder de policía’ no es absoluta” y sus límites no son claros:

[E]l derecho internacional aún no ha identificado de manera integral y definitiva exactamente qué regulaciones se consideran ‘permisibles’ y ‘comúnmente aceptadas’ como comprendidas dentro del poder de policía o regulatorio de los Estados y, por lo tanto, no sujetas a indemnización. En otras palabras, todavía no se ha trazado una línea

¹³⁴⁷ *Ibid.*, párrs. 180-186.

¹³⁴⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 568.

¹³⁴⁹ *Ver ibid.*, párr. 575.

¹³⁵⁰ *Ibid.*, párrs. 577-584.

¹³⁵¹ *Ibid.*, párr. 569.

¹³⁵² *Ibid.*, párr. 570.

¹³⁵³ Jeremy K. Sharpe y Lee Caplan, *United States*, en COMMENTARIES ON SELECTED MODEL INVESTMENT TREATIES 791 (Chester Brown ed., 2013) (CL-0377) (énfasis añadido); *ver también* Rachel D. Edsall, *Indirect Expropriation Under NAFTA and DRCAFTA: Potential Inconsistencies in the Treatment of State Public Welfare Regulations*, 86 BOSTON UNIV. LAW REVIEW 931, 958 (2006) (CL-0376) (donde se establece que, “[d]ada la naturaleza ambigua de la frase ‘circunstancias inusuales’, sería una excepción comparativamente amplia a la presunción a favor de ‘acciones regulatorias no discriminatorias’”).

¹³⁵⁴ Presentación de Parte no Contendiente de EE.UU., párr. 46.

clara y fácilmente distinguible entre regulaciones no indemnizables por un lado y, por el otro, medidas que tienen el efecto de privar a inversores extranjeros de su inversión y, por ende, son ilegales e indemnizables conforme al derecho internacional. Así, inevitablemente recae en el *adjudicador* determinar si una conducta particular de un estado ‘cruza la línea’ que separa las actividades regulatorias válidas de la expropiación. Ante la pregunta de *cuándo, cómo y en qué punto una regulación que de otra forma sería válida se transforma en cuanto a los hechos y los efectos en una expropiación ilegal*, los tribunales internacionales deben considerar las circunstancias en las cuales surge la cuestión¹³⁵⁵.

Otros tribunales están de acuerdo y ciertamente no consideran categorías enteras de medidas como no expropiatorias¹³⁵⁶. De hecho, en *Bear Creek c. Perú*, el tribunal consideró que, a la luz de las disposiciones detalladas del ALC entre Canadá y Perú sobre expropiación (similares al Anexo 10-C.4(b) del CAFTA-DR)¹³⁵⁷, no resulta aplicable ninguna otra excepción del derecho internacional general, tal como la teoría de poderes de policía¹³⁵⁸.

¹³⁵⁵ *Saluka Investments BV c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial del 17 de marzo de 2006, párrs. 258, 263-264 (CL-0154) (énfasis en el original).

¹³⁵⁶ *Ver, por ej., Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI N.º ARB/96/1, Laudo del 17 de febrero de 2000, párr. 72 (CL-0134) (“Las medidas ambientales expropiatorias, independientemente de cuán loables y beneficiosas sean para la sociedad en general, son, en este aspecto, similares a cualquier otra medida expropiatoria que un estado puede adoptar para implementar sus políticas: cuando se expropián bienes, incluso con fines ambientales, ya sea a nivel interno o internacional, subiste la obligación del Estado de pagar una indemnización”); *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/2, Laudo del 29 de mayo 2003, párr. 121 (CL-0122) (“De la lectura del artículo 5(1) del Acuerdo, y de la interpretación de sus términos conforme al sentido común u ordinario que debe asignarse a éstos (artículo 31(1) de la Convención de Viena), no surge que actos administrativos de naturaleza regulatoria se encuentren per se excluidos de su ámbito de aplicación, aún si obedecen a razones de utilidad pública – como la protección del medio ambiente - cuando menos cuando el impacto económico negativo de tales actos en el patrimonio del inversor es de magnitud tal que el valor o utilidad económico o comercial de su inversión es totalmente neutralizado sin que el inversor sea compensado”); *ADC Affiliate Ltd. y ADC & ADMC Mgmt. Ltd. c. República de Hungría*, Caso CIADI N.º ARB/03/16, Laudo del 2 de octubre de 2006, párr. 423 (CL-0162) (“Según los principios básicos del derecho internacional tal como los entiende el Tribunal, si bien un Estado soberano tiene el derecho inherente a regular sus asuntos internos, el ejercicio de tal derecho no es absoluto y debe tener límites. Como correctamente señalaron las Demandantes, el estado de derecho, que incluye obligaciones en virtud de tratados, establece tales límites. Por lo tanto, cuando un Estado celebra un tratado bilateral de inversión como el de este caso, está sujeto a él y las obligaciones de protección de las inversiones que asumió en virtud de ese tratado deben cumplirse en lugar de ser ignoradas con el argumento de que el Estado ejerció su derecho de regulación”).

¹³⁵⁷ *Bear Creek Mining Corp. c. República del Perú*, Caso CIADI N.º ARB/14/21, Laudo del 30 de noviembre de 2017, párr. 336 (CL-0139) (donde se cita el ALC entre Canadá y Perú, Anexo 812.1(c), “Salvo en raras circunstancias, como cuando una medida o serie de medidas son demasiado severas a la luz de su objetivo que no pueden ser consideradas de manera razonable como que fueron adoptadas y aplicadas de buena fe, las medidas no discriminatorias de una Parte que son diseñadas y aplicadas para proteger los legítimos objetivos de bienestar público, como salud, seguridad y medio ambiente, no constituyen una expropiación indirecta”).

¹³⁵⁸ *Bear Creek Mining Corp. c. República del Perú*, Caso CIADI N.º ARB/14/21, Laudo del 30 de noviembre de 2017, párrs. 471-474 (CL-0139) (“También en lo sustancial, habida cuenta de las disposiciones ampliamente detalladas del TLC en relación con la expropiación (Artículo 812 y Anexo 812.1) y con respecto a las excepciones del artículo 2201 expresamente asignadas al “Capítulo Ocho (Inversión)”, la interpretación del TLC debe conducir a la conclusión de que ninguna otra excepción del derecho internacional general o de otra fuente puede considerarse aplicable en este caso”).

453. Sin embargo, incluso si resultara aplicable la teoría del poder de policía, la invocación por parte de la Demandada del caso *Philip Morris* no avala sus argumentos¹³⁵⁹. El tribunal en ese caso sostuvo que no existió una expropiación porque “los efectos de la[s] ordenanzas impugnadas] estuvieron lejos de privar a [la inversión] del valor de su negocio o de siquiera causar una ‘privación sustancial’ del valor, el uso o el goce de las inversiones de las Demandantes”¹³⁶⁰ y solo invocó la teoría de poderes de policía como un “motivo adicional que respalda la misma conclusión”¹³⁶¹. Independientemente de ello, el carácter de esa medida (un requisito de empaquetado simple y una regulación que aumentaba el tamaño de las advertencias de salud en paquetes de cigarrillos para apoyar la salud pública) es completamente distinto de las medidas aquí disputadas.

454. *Por último*, los intentos por parte de la Demandada de encajar su conducta dentro de los parámetros del Anexo 10-C.4(b) haciendo referencia a la legitimidad del objetivo del bienestar público subyacente al requisito de consulta del Convenio 169 de la OIT¹³⁶² son infructuosos. Guatemala arguye que la decisión de la Corte de Constitucionalidad de suspender la licencia Progreso VII fue en pos de facilitar consultas porque existían “graves conflictos que acosa[ba]n al proyecto minero”¹³⁶³. No obstante, los Demandantes ya han resaltado la postura opuesta adoptada por Guatemala respecto de los requisitos de consulta del Convenio 169 de la OIT en otros foros internacionales, tales como la CIDH¹³⁶⁴. Asimismo, el hecho de que Guatemala no ha adoptado medidas para realizar estas consultas confirma que sus actos no buscaron promover objetivos legítimos de bienestar público. Guatemala tampoco puede soslayar el hecho de que *ninguna* de las medidas impugnadas eran de aplicación general: todas fueron medidas discriminatorias adoptadas sin un debido proceso, características típicas de medidas de naturaleza expropiatoria.

6. La expropiación ilegal por parte de Guatemala privó de todo su valor a las acciones de los Demandantes en Exmingua

455. En su Memorial, los Demandantes demostraron cómo la Demandada expropió ilegalmente sus inversiones al “deja[r] sin valor su participación en Exmingua”¹³⁶⁵. Sin embargo, en su Memorial de

¹³⁵⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 571-572.

¹³⁶⁰ *Philip Morris Brands SÀRL y otros c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI N.º ARB/10/7, Laudo del 8 de julio de 2016, párr. 284 (RL-0124).

¹³⁶¹ *Ibid.*, párr. 287.

¹³⁶² Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 575-583.

¹³⁶³ *Ibid.*, párrs. 582-583.

¹³⁶⁴ *Ver ut supra* Sección II.B.2.

¹³⁶⁵ Memorial de los Demandantes, párr. 144; *ver también ibid.*, párr. 164 (“[L]os actos y omisiones de Guatemala, tomados por el MEM, el Presidente, la policía nacional y los tribunales, han tenido el efecto de privar a los Demandantes de todo o sustancialmente todo *el valor de su inversión* y, por lo tanto, constituyen una expropiación indirecta”) (énfasis añadido); *ibid.*,

Contestación, la Demandada reclama que los Demandantes “no alegaron ningún hecho que demostrara siquiera que hubo una disminución en el valor de sus acciones” y que esto se ve confirmado por el hecho de que los reclamos por daños y perjuicios “se centraron en la pérdida de flujo de efectivo de la mina en funcionamiento”¹³⁶⁶. La Demandada argumenta que los Demandantes “no establecieron ninguna cadena de acontecimientos” que demuestre que la interferencia en las actividades de Exmingua resultaron en una interferencia en sus acciones¹³⁶⁷. La Demandada asimismo arguye haciendo referencia al caso *GAMI c. México* que los Demandantes no han establecido con “pruebas objetivas” que existió una disminución en el valor de sus acciones en Exmingua¹³⁶⁸. Estos argumentos son un nuevo intento de Guatemala por reflatar su objeción preliminar rechazada sobre la denominada pérdida refleja.

456. *En primer lugar*, es axiomático que si un demandante alega que se expropió una inversión de su exclusiva titularidad y demuestra que existió dicha expropiación, entonces el demandante ha probado que hubo una privación sustancial. En tal caso, el demandante no necesita demostrar que hubo una disminución en el valor de sus acciones en la inversión, ya que su reclamo no es sobre pérdida refleja; en cambio, es un reclamo directo porque *únicamente* el accionista (y no la inversión en sí) sufre una pérdida cuando se expropia una inversión de su exclusiva titularidad. Estados Unidos, que apoya la opinión errónea de Guatemala sobre la admisibilidad de reclamos sobre pérdida refleja, está de acuerdo¹³⁶⁹, al igual que el Árbitro Douglas en su opinión parcialmente disidente de la Decisión sobre Objeciones Preliminares del Tribunal¹³⁷⁰.

457. *En segundo lugar*, los Demandantes de todas formas sí demostraron que, como resultado de las medidas expropiatorias de la Demandada, sus acciones en Exmingua perdieron todo su valor¹³⁷¹. Es imposible que los Demandantes, que son titulares exclusivos de Exmingua, demuestren la disminución en el valor de sus acciones si no es haciendo referencia a los actos de la Demandada contra Exmingua que destruyeron el valor de ésta. En reclamos por expropiación formulados por accionistas, los

párr. 172 (“[E]l efecto de las medidas de Guatemala ha sido privar a las Demandantes de *todo el valor de sus inversiones en Exmingua*”) (énfasis añadido).

¹³⁶⁶ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 475.

¹³⁶⁷ *Ibid.*, párr. 475.

¹³⁶⁸ *Ibid.*, párrs. 480-482.

¹³⁶⁹ Presentación de Parte no Contendiente de EE.UU., párr. 55.

¹³⁷⁰ Opinión Parcialmente Disidente del Prof. Zachary Douglas QC del 13 de marzo de 2020, párr. 28.

¹³⁷¹ Memorial de los Demandantes, párrs. 165-166.

tribunales han hecho una evaluación justamente en función del tipo de pruebas que los Demandantes han aportado¹³⁷².

458. En *Olympic Entertainment Group c. Ucrania*, por ejemplo, el tribunal determinó que una ley que prohibía las apuestas era expropiatoria porque los derechos de licencia de Olympic, la subsidiaria local en Ucrania de la demandante, “se extinguieron inmediatamente” con la promulgación de esa ley¹³⁷³. El tribunal explicó que “[l]as licencias eran la piedra angular del negocio de las [d]emandantes: sin licencia no se podía operar. Y sin operaciones, no se podía generar flujos de efectivo. La expropiación directa de las licencias por ende constituyó una expropiación indirecta de las inversiones de las [d]emandantes en Ucrania”¹³⁷⁴. Este es exactamente el tipo de pruebas aportadas por los Demandantes en relación con el impacto de la suspensión indefinida de las licencias de Exmingua sobre sus operaciones y su capacidad para generar flujos de efectivo¹³⁷⁵ y, asimismo, son los hechos relevantes necesarios para establecer que ha existido una expropiación indirecta de las inversiones de los Demandantes en Exmingua.

459. Por último, el caso *GAMI c. México* no avala los argumentos de Guatemala. En *GAMI*, la demandante tenía una participación minoritaria de aproximadamente el 14% en una empresa local, GAM, la cual, a su vez, era titular de ingenios azucareros sujetos a un decreto de expropiación¹³⁷⁶. El reclamo de expropiación de la demandante no prosperó porque GAM impugnó exitosamente la expropiación de tres de los ingenios, los cuales posteriormente debieron devolverse a GAM¹³⁷⁷, y el “Gobierno mexicano ha asegurado al Tribunal que compensará conforme las leyes mexicanas en

¹³⁷² *Olympic Entertainment Group AS c. Ucrania*, Caso CPA N.º 2019-18, Laudo del 15 de abril de 2021, párr. 107 (CL-0327); ver también, por ej., *Mohamed Abdel Raouf Bahgat c. República Árabe de Egipto*, Caso CPA N.º 2012-07, Laudo Definitivo del 23 de diciembre de 2019, párr. 227 (CL-0343) (donde se determinó que hubo una expropiación indirecta luego de establecer que las medidas habían “terminado *de facto* todas las actividades comerciales de ADEMCO y AISCO [las subsidiarias locales de la demandante]”); *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial del 13 de septiembre de 2001, párr. 8 (CL-0052) (donde se determinó que hubo una expropiación sobre la base de que “las acciones y omisiones del Consejo de Medios ... causaron la destrucción de las operaciones de [la subsidiaria local de la demandante] ČNTS, lo cual dejó a ČNTS como una empresa con activos pero sin negocios”).

¹³⁷³ *Olympic Entertainment Group AS c. Ucrania*, Caso CPA N.º 2019-18, Laudo del 15 de abril de 2021, párr. 99 (CL-0327).

¹³⁷⁴ *Ibid.*, párr. 107; ver también, por ej., *Mohamed Abdel Raouf Bahgat c. República Árabe de Egipto*, Caso CPA N.º 2012-07, Laudo Definitivo del 23 de diciembre de 2019, párr. 227 (CL-0343) (donde se determinó que hubo una expropiación indirecta luego de establecer que las medidas habían “terminado *de facto* todas las actividades comerciales de ADEMCO y AISCO [las subsidiarias locales de la demandante]”); *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial del 13 de septiembre de 2001, párr. 591 (CL-0052) (donde se determinó que hubo una expropiación sobre la base de que “las acciones y omisiones del Consejo de Medios ... causaron la destrucción de las operaciones de [la subsidiaria local de la demandante] ČNTS, lo cual dejó a ČNTS como una empresa con activos pero sin negocios”).

¹³⁷⁵ Ver Memorial de los Demandantes, párrs. 167-168, 362-365; *infra* Sección IV.C; Versant I, párr. 79.

¹³⁷⁶ *GAMI Investments, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN, CNUDMI, Laudo Definitivo del 15 de noviembre de 2004, párr. 13 (CL-0036).

¹³⁷⁷ *Ibid.*, párr. 8.

referencia a los dos ingenios expropiados a GAM”¹³⁷⁸. Esos hechos no son los “mismos hechos pertinentes”¹³⁷⁹ presentados ante el Tribunal, y el estándar pronunciado por el tribunal de *GAMI* al efecto de que deben existir “*conclusiones objetivas justificadas por la evidencia* sobre la destrucción o deterioro del valor de [la inversión] como empresa”¹³⁸⁰ se ha cumplido en este caso, puesto que los Demandantes han demostrado que las medidas de la Demandada privaron de todo su valor a Exmingua¹³⁸¹.

C. Guatemala no brindó a las inversiones de los Demandantes un trato justo y equitativo

460. En su Memorial, los Demandantes demostraron que el Artículo 10.5 del CAFTA-DR obliga a Guatemala a brindar a las inversiones de los Demandantes el estándar mínimo de trato exigido por el derecho internacional consuetudinario, incluido un trato justo y equitativo, y que Guatemala incumplió con esta obligación en virtud del tratado de varias formas¹³⁸².

461. En su Memorial de Contestación, Guatemala cuestiona el contenido del estándar de trato justo y equitativo y argumenta que los Demandantes no han demostrado ningún incumplimiento¹³⁸³. A pesar de la advertencia del Presidente del Tribunal en la Primera Sesión al efecto de que, “[c]on tres miembros del tribunal muy experimentados, así como abogados con mucha experiencia en el caso de ambas partes, a veces se puede ser conciso sin necesidad de escribir un extenso tratado sobre cada estándar jurídico”¹³⁸⁴, Guatemala analiza como si de un tratado se tratara sus opiniones sobre la obligación de estándar mínimo de trato¹³⁸⁵. A continuación, los Demandantes responderán únicamente las afirmaciones de Guatemala sobre el estándar que sean relevantes para la adjudicación de esta controversia y demostrarán que Guatemala malinterpreta el derecho y lo aplica erróneamente a los hechos del presente caso.

¹³⁷⁸ *Ibid.*, párr. 35.

¹³⁷⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 482.

¹³⁸⁰ *GAMI Investments, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN, CNUDMI, Laudo Definitivo del 15 de noviembre de 2004, párr. 132 (CL-0036) (énfasis en el original).

¹³⁸¹ Memorial de los Demandantes, Sección III.A.2.a.

¹³⁸² Memorial de los Demandantes, párrs. 201-249.

¹³⁸³ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 266-400.

¹³⁸⁴ Primera Sesión, Grabación de Audio, minuto 53:07.

¹³⁸⁵ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 266-400.

1. El Tratado prohíbe el trato injusto e inequitativo de inversiones

462. En su Memorial, los Demandantes establecieron que la obligación del estándar mínimo de trato exigido por el derecho internacional consuetudinario ha evolucionado con el tiempo, tal como sostuvo el tribunal del caso *Waste Management c. México II* en una decisión avalada y seguida por numerosos tribunales del CAFTA-DR, el TLCAN y otros tribunales y Estados¹³⁸⁶. En resumen, el estándar requiere (entre otras cosas) que un 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 inversores¹³⁸⁷. Los Demandantes también demostraron que varios tribunales han sostenido que el Estado receptor es responsable cuando, como sucede en este caso, ese Estado actuó en forma arbitraria e injusta en absoluto incumplimiento con su marco jurídico¹³⁸⁸.

463. En su Memorial de Contestación, Guatemala argumenta que el estándar de trato justo y equitativo del CAFTA-DR únicamente se infringe cuando un Estado comete un acto atroz o manifiestamente arbitrario¹³⁸⁹. Guatemala luego afirma que los Demandantes no cumplieron con la carga de probar que los aspectos del trato justo y equitativo en los que se basan forman parte del estándar mínimo de trato¹³⁹⁰. Puntualmente, Guatemala aduce que el estándar mínimo de trato no prohíbe una “mera” conducta arbitraria, no incluye la obligación de actuar de buena fe ni el deber de brindar un entorno jurídico y comercial estable y seguro y no protege las legítimas expectativas de los inversores¹³⁹¹. La postura de Guatemala sobre el contenido del estándar de trato justo y equitativo del Artículo 10.5 es errónea, tal como se demostrará a continuación.

464. *En primer lugar*, la afirmación de Guatemala al efecto de que el estándar de trato justo y equitativo del CAFTA-DR requiere un acto atroz o manifiestamente arbitrario es incorrecta¹³⁹². Específicamente, Guatemala argumenta que el trato justo y equitativo no debe interpretarse como un estándar autónomo y, para supuestamente respaldar esa conclusión, describe exhaustivamente la historia de negociación del TLCAN y los sucesos que desembocaron en la Nota de Interpretación de 2001 de la Comisión de Libre Comercio (“CLC”), así como el Modelo de TBI de EE.UU. de 2004¹³⁹³.

¹³⁸⁶ Memorial de los Demandantes, párrs. 203-208.

¹³⁸⁷ *Ibid.*, párr. 209; *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos (II)*, TLCAN, Caso CIADI N.º ARB/AF/00/03, Laudo del 30 de abril de 2004, párr. 98 (CL-0022).

¹³⁸⁸ Memorial de los Demandantes, párrs. 210-220.

¹³⁸⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 266-282.

¹³⁹⁰ *Ibid.*, párrs. 305-310.

¹³⁹¹ *Ibid.*, párrs. 312-336.

¹³⁹² *Ibid.*, párrs. 266-282.

¹³⁹³ *Ibid.*, párrs. 267-275.

Guatemala advierte al Tribunal que “prest[e] la debida atención a la interpretación de los Estados Unidos y de los Estados Parte en el TLCAN del nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario”¹³⁹⁴. Guatemala luego se basa en la decisión de *Neer c. México* para argüir que el estándar de trato justo y equitativo del Artículo 10.5 “sólo protege a los inversores de conductas graves” y el umbral para su violación es elevado y requiere una denegación grave de justicia, arbitrariedad manifiesta, injusticia flagrante, discriminación evidente o una falta total de garantías procesales¹³⁹⁵. Guatemala asevera que “los Estados Partes en el CAFTA y el TLCAN han enfatizado sistemáticamente que un simple acto arbitrario no puede violar el estándar mínimo de trato”¹³⁹⁶.

465. Al argumentar esto, Guatemala sigue la misma estrategia que otros Estados demandados en casos en virtud del CAFTA-DR y el TLCAN y busca desligarse de obligaciones que asumió respecto de inversiones protegidas al aplicar de manera indebidamente restrictiva la obligación de trato justo y equitativo del derecho internacional consuetudinario. Los Tribunales, con razón, han rechazado consistentemente ese enfoque¹³⁹⁷.

466. Aunque Guatemala describe con lujo de detalle la historia de negociación del TLCAN, la Nota de Interpretación de 2001 de la CLC y el Modelo de TBI de EE.UU. de 2004, no explica claramente qué conclusión quiere que el Tribunal saque de esa lectura, más allá de prestar “la debida atención a la interpretación de los Estados Unidos y de los Estados Parte en el TLCAN...”¹³⁹⁸. Esto no avala los argumentos de Guatemala porque este Tribunal debe aplicar el *CAFTA-DR* y, conforme a los principios de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, únicamente deben tenerse en cuenta los acuerdos o prácticas comunes y concordantes que posteriormente hayan adoptado las Partes del *CAFTA-DR*, no las opiniones de solo algunas de ellas o de los Estados Parte del TLCAN¹³⁹⁹.

¹³⁹⁴ *Ibid.*, párr. 275.

¹³⁹⁵ *Ibid.*, párrs. 276-279.

¹³⁹⁶ *Ibid.*, párr. 280.

¹³⁹⁷ Ver, por ej., *Windstream Energy LLC c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, Caso CPA N.º 2013-22, Laudo del 27 de septiembre de 2016, párr. 352 (CL-0210); *Mondev Int'l Ltd. c. Estados Unidos de América*, TLCAN, Caso CIADI N.º ARB(AF)/99/2, Laudo del 11 de octubre de 2002, párrs. 115-117 (RL-0018); *Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/05/2, TLCAN, Laudo del 18 de septiembre de 2009, párr. 282 (CL-0197); *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, TLCAN, Laudo del 8 de junio de 2009, párr. 616 (RL-0041); *Int'l Thunderbird Gaming Corp. c. Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN, Laudo Arbitral, 26 de enero de 2006, párr. 194 (CL-0198).

¹³⁹⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 267-275.

¹³⁹⁹ Ver Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, Art. 31(3) (CL-0005).

467. La invocación por parte de Guatemala del laudo emitido en el caso *Neer c. México*¹⁴⁰⁰ también es irrelevante. Ya desde el comienzo, *Neer* resulta inaplicable porque, como han reconocido varios tribunales, el caso no concernía el trato de inversiones extranjeras, sino la obligación del Estado de garantizar la protección física de extranjeros frente a delitos¹⁴⁰¹. En todo caso, en la decisión de *Neer* meramente se sostuvo que existía un umbral elevado para determinar que existió una violación del estándar mínimo de trato¹⁴⁰². Sin embargo, lo que ha cambiado en los últimos 100 años desde que se dictó el laudo de *Neer* es el *contenido* del estándar y los tipos de conducta del Estado que lo violan. Guatemala ignora completamente que el estándar mínimo de trato exigido por el derecho internacional consuetudinario ha evolucionado, tal como se ha reconocido ampliamente y como han indicado múltiples tribunales¹⁴⁰³, incluso en el marco del CAFTA-DR¹⁴⁰⁴.

468. Las citas selectivas de jurisprudencia ofrecidas por Guatemala para intentar avalar su postura contraria no vienen al caso. En particular, Guatemala cita *Glamis Gold c. Estados Unidos* para argumentar que el estándar “sigue siendo tan estrict[o] como lo fue en el caso *Neer*” pero no cita el resto

¹⁴⁰⁰ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 276-279.

¹⁴⁰¹ *Ver, por ej., Windstream Energy LLC c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA N.º 2013-22, Laudo del 27 de septiembre de 2016, párr. 352 (CL-0210); *Mondev Int'l Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/99/2, Laudo del 11 de octubre de 2002, párr. 115 (RL-0018); *Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/05/2, Laudo del 18 de septiembre de 2009, párr. 282 (CL-0197).

¹⁴⁰² *L. F. H. Neer y Pauline Neer (U.S.A.) c. Estados Unidos Mexicanos*, Decisión del 15 de octubre de 1926, págs. 61-62 (RL-0183).

¹⁴⁰³ Memorial de los Demandantes, párr. 203; *Mondev Int'l Ltd. c. Estados Unidos de América*, TLCAN, Caso CIADI N.º ARB(AF)/99/2, Laudo Definitivo del 11 de octubre de 2002, párr. 116 (RL-0018) (“[L]o que es injusto o inequitativo no necesariamente tiene que ser lo mismo que indignante o atroz”); *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, TLCAN, Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/1, Laudo del 9 de enero de 2003, párr. 179 (CL-0081) (“[L]o que proyecta el derecho internacional consuetudinario no es una fotografía estática del estándar mínimo de trato de extranjeros tal como se entendía en 1927 cuando se dictó el Laudo en el caso *Neer*”); *William Ralph Clayton y otros c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, Caso CPA N.º 2009-04, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 17 de marzo de 2015, párr. 438 (CL-0088) (“Al mismo tiempo, el estándar mínimo internacional existe y ha evolucionado para brindar más protecciones a los inversores precisamente porque los estados soberanos (los mismos que se encuentran limitados por el estándar) han elegido aceptarlo”); *ibíd.*, párr. 433 (“Los laudos en virtud del TLCAN dejan en claro que el estándar mínimo internacional no está limitado a la conducta indignante de estados receptores. El estándar mínimo internacional contemporáneo involucra una medida más significativa de protección”); *Chemtura Corp. c. Gobierno de Canadá*, TLCAN / CNUDMI, Laudo del 2 de agosto de 2010, párr. 121 (CL-0087) (donde se observa que no podría “ignorar la evolución del derecho internacional consuetudinario ni el impacto de los TBI En esta evolución”); *Merrill & Ring Forestry L. P. c. Gobierno de Canadá*, Caso CIADI N.º UNCT/07/1, Laudo del 31 de marzo de 2010, párr. 193 (CL-0201) (donde se hace énfasis en “una visión compartida al efecto de que el derecho internacional consuetudinario no se congeló en el tiempo y sigue evolucionando conforme a las realidades de la comunidad internacional”); *Int'l Thunderbird Gaming Corp. c. Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo Arbitral del 26 de enero de 2006, párr. 194 (C-0198) (“El contenido del nivel mínimo no debe interpretarse rígidamente, sino que debe reflejar el estado de la evolución del derecho internacional consuetudinario”); *Pope & Talbot c. Canadá*, Laudo sobre Daños, 31 de mayo de 2002, párrs. 57-58 (CL-0028) (“Canadá considera que los principios del derecho internacional consuetudinario quedaron congelados en ámbar cuando se dictó la decisión en el caso *Neer*. . . . El Tribunal rechaza esta concepción estática del derecho internacional consuetudinario”).

¹⁴⁰⁴ *Railroad Development Corp. c. República de Guatemala*, CAFTA-DR, Caso CIADI N.º ARB/07/23, Laudo del 29 de junio de 2012, párr. 218 (CL-0068) (“[E]l estándar mínimo de trato está ‘constantemente en proceso de desarrollo’, incluso desde la formulación en el caso *Neer*”).

de ese mismo texto, que establece que “es enteramente posible que, como comunidad internacional, nos indignen acciones de Estados que previamente no nos ofendían”¹⁴⁰⁵. La decisión en *Thunderbird c. México*, también citada favorablemente por Guatemala por “[b]as[arse] en los fundamentos del estándar *Neer*”, sostiene expresamente que “el nivel mínimo no debe interpretarse rígidamente, sino que debe reflejar el estado de la evolución del derecho internacional consuetudinario”, lo cual Guatemala también ignora¹⁴⁰⁶.

469. Asimismo, la afirmación de Guatemala de que “los Estados Partes en el CAFTA y el TLCAN han enfatizado sistemáticamente que un simple acto arbitrario no puede violar el estándar mínimo de trato”¹⁴⁰⁷ es irrelevante. Para apoyar esa postura, Guatemala cita las intervenciones de Estados Parte en varios casos entablados en virtud del TLCAN y el CAFTA-DR y asevera que éstas son “instructiva[s]” y “[son] importante[s] para dar una idea del significado real” del Artículo 10.5 del Tratado con arreglo al Artículo 31(3)(a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que Guatemala incorrectamente reformula para decir que se refiere a “toda práctica ulterior en la aplicación del tratado”¹⁴⁰⁸. Sin embargo, estos ejemplos no conciernen el mismo tratado ni representan las opiniones de *todas* las Partes del CAFTA-DR¹⁴⁰⁹. Específicamente, Guatemala cita la postura de Estados Unidos en un caso en virtud del TLCAN y la postura de Honduras, Costa Rica y El Salvador en casos iniciados en el marco del CAFTA-DR¹⁴¹⁰. No obstante, Guatemala no menciona la postura (si existe) de

¹⁴⁰⁵ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 277 (donde cita la decisión en el caso *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo del 8 de junio de 2009, párr. 616 (RL-0041)); *ver también ibíd.*, párr. 278.

¹⁴⁰⁶ *Ver* Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 277 (donde se cita *Int'l Thunderbird Gaming Corp. c. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo Arbitral, 26 de enero de 2006, párr. 194 (CL-0198)); *ver también Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/05/2, Laudo del 18 de septiembre de 2009, párr. 282 (CL-0197) (donde se advierte que “este Tribunal está de acuerdo en que [el estándar mínimo de trato exigido por el derecho internacional consuetudinario] puede evolucionar en forma concordante con los cambios en las prácticas del Estado expresando en cierta medida las expectativas de la comunidad internacional. A medida que aumenta el grado de interrelación e interdependencia del mundo y, especialmente, de la comunidad empresarial internacional, con el comercio mundial, la inversión extranjera, los TBI y los tratados de libre comercio, la interrogante respecto de cuál es el trato mínimo que un país debe otorgar a los extranjeros se plantea en situaciones nuevas que sencillamente no existían cuando se dictó el laudo en el caso *Neer*, que versó sobre la supuesta omisión de investigar adecuadamente el asesinato de un extranjero”); Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 277, nota 447 (donde se cita *Eli Lilly and Co. c. Canadá*, Caso CIADI N.º UNCT/14/2, Laudo Definitivo del 16 de marzo de 2017, párr. 222 (RL-0040), el cual no se refiere en absoluto a *Neer* y, en cambio, cita *Glamis Gold* en lo relativo a que la conducta debe ser “suficientemente atroz y escandalos[a]” (énfasis añadido)).

¹⁴⁰⁷ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 280-282.

¹⁴⁰⁸ *Ibid.*, párr. 281 (donde se cita la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Art. 31(3)(a) (CL-0005)).

¹⁴⁰⁹ *Ver* Decisión sobre las Objeciones Preliminares de la Demandada, 13 de marzo de 2020, párr. 156 (donde se indica que “el requisito de predicado es un acuerdo o práctica de todas las partes de un tratado en particular, no un subgrupo de esas partes”).

¹⁴¹⁰ *Ver* Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 281; *ver también ibíd.*, párr. 280 (donde se cita *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, TLCAN, CNUDMI, Memorial de Contestación de la Demandada de Estados Unidos, 19 de agosto de 2006, pp. 227-228 (RL-0181)). Si bien Guatemala también cita *Berkowitz c. Costa Rica*, Presentación de Estados Unidos del 17 de abril de 2015, párr. 12 (RL-0043), esa presentación no se refiere al nivel de arbitrariedad necesario para violar el estándar mínimo de trato, sino que meramente incluye referencias dispersas a las presentaciones de Estados Unidos, incluido *Glamis Gold*).

Nicaragua y la República Dominicana y, asimismo, ignora que la Presentación de Parte no Contendiente de EE.UU. en este caso no apoya esa afirmación. Guatemala por lo tanto no ha demostrado que haya un acuerdo o práctica posterior común entre los Estados Parte del CAFTA-DR que apoye su interpretación a los efectos de que el Artículo 10.5 no prohíbe “meros” actos arbitrarios¹⁴¹¹.

470. *En segundo lugar*, Guatemala asevera que los Demandantes no demostraron que los estándares en los que se basan forman parte del estándar mínimo de trato y que “[n]i la práctica estatal ni la jurisprudencia . . . consideran las obligaciones alegadas por los Demandantes como parte del estándar internacional mínimo de trato consuetudinario”¹⁴¹². Específicamente, Guatemala afirma que el derecho internacional consuetudinario no abarca la prohibición de “mera” conducta arbitraria, la obligación de actuar de buena fe, la protección de las legítimas expectativas de los inversores o el deber de brindar un entorno comercial y jurídico estable y seguro¹⁴¹³. Guatemala está equivocada.

471. Los Demandantes han detallado prácticas sustanciales y consistentes que han creado y posteriormente avalado en forma abrumadora el contenido del estándar que abarca los aspectos de trato justo y equitativo que invocan¹⁴¹⁴. En particular, los Demandantes se basaron en la decisión en *Waste Management c. México II*, donde se sostuvo que el estándar mínimo de trato exigido por el derecho internacional consuetudinario se ve violado por conducta “arbitraria, manifiestamente injusta, injusta o idiosincrática, es discriminatorio y expone al reclamante a prejuicios seccionales o raciales, o implica una falta de debido proceso que conduce a un resultado que ofende la propiedad judicial” y que, “[a] aplicar esta norma, es pertinente que el trato viole las declaraciones hechas por el Estado anfitrión en las que se basó razonablemente el reclamante”¹⁴¹⁵. Esta explicación del estándar de trato justo y equitativo ha sido avalada por numerosos tribunales en el marco del CAFTA-DR y el TLCAN, así como otros tribunales, además de varios Estados Parte, *incluido Guatemala*¹⁴¹⁶.

472. Si bien Guatemala pone en duda que el “Artículo 10.5 incluy[a] la obligación de abstenerse de una mera conducta arbitraria”¹⁴¹⁷, aprueba la interpretación esgrimida por el tribunal de *Waste*

¹⁴¹¹ Presentación de Parte no Contendiente de EE.UU., párrs. 9-22 (no se trata la arbitrariedad).

¹⁴¹² Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 310; *ver también ibid.*, párrs. 305-309.

¹⁴¹³ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 312-336.

¹⁴¹⁴ Memorial de los Demandantes, párrs. 203-220.

¹⁴¹⁵ *Ibid.*, párr. 204.

¹⁴¹⁶ Memorial de los Demandantes, párrs. 205-208; *Railroad Development Corp. c. República de Guatemala*, Caso CIADI N.º ARB/07/23, Laudo del 29 de junio de 2012, párr. 219 (CL-0068); *TECO Guatemala Hldgs., LLC c. República de Guatemala*, Caso CIADI N.º ARB/10/23, Laudo del 19 de diciembre de 2013, párrs. 454-456 (CL-0031); *Merrill & Ring Forestry L. P. c. Gobierno de Canadá*, Caso CIADI N.º UNCT/07/1, Laudo del 31 de marzo de 2010, párrs. 187, 207-211, 213 (CL-0201); *BG Group c. Argentina*, Laudo Definitivo del 24 de diciembre de 2007, párrs. 294, 296, 298, 301 (CL-0050).

¹⁴¹⁷ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 321-325.

Management II de la obligación de estándar mínimo de trato, que expresamente se refiere a conducta “arbitraria”, sin condicionamientos y, además, sorpresivamente considera que el caso de alguna forma avala su postura sobre la exigencia de un estándar más elevado¹⁴¹⁸. De la misma forma, Guatemala ignora que el tribunal de *Merrill & Ring c. Canadá* en el marco del TLCAN concluyó que la prohibición de arbitrariedad era, “en gran medida, la expresión de principios generales de derecho y, por lo tanto, también parte del derecho internacional” y que “no se le podría pedir a ningún tribunal en la actualidad que ignore estas obligaciones básicas del derecho internacional”¹⁴¹⁹. Guatemala también ignora la conclusión del tribunal de *Glamis Gold* a los efectos de que “la arbitrariedad que contraviene el estado de derecho, en vez de alguna norma particular de derecho, sorprendería no solo a inversores, sino también a los tribunales”¹⁴²⁰. Asimismo, el tribunal de *Clayton c. Canadá* observó que el “test establecido en *Waste Management* menciona la arbitrariedad” y, concordantemente, determinó “que la conducta de la revisión conjunta fue arbitraria” y, por ende, violatoria de la obligación de estándar mínimo de trato del TLCAN¹⁴²¹.

473. Guatemala también afirma que el estándar mínimo de trato no requiere buena fe¹⁴²². Sin embargo, los Demandantes ya han demostrado lo contrario¹⁴²³. En particular, Guatemala ignora totalmente que el tribunal de *TECO c. Guatemala* remarcó lo siguiente:

[E]l estándar mínimo forma parte del principio internacional de buena fe. A los ojos del Tribunal, no cabe duda de que *el principio de buena fe forma parte del derecho internacional consuetudinario*, según se establece en el artículo 38.1 b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y que *la falta de buena fe por parte del Estado o de alguno de sus organismos debe tenerse en cuenta para determinar si se violó el estándar mínimo*¹⁴²⁴.

De la misma manera, Guatemala no hace referencia a la invocación por parte de los Demandantes de la decisión en *Waste Management II*, citada favorablemente por Guatemala en otras partes, según la cual

¹⁴¹⁸ *Ibid.*, párr. 324.

¹⁴¹⁹ Memorial de los Demandantes, párr. 206; *Merrill & Ring Forestry L. P. c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, Caso CIADI N.º UNCT/07/1, Laudo del 31 de marzo de 2010, párr. 187 (CL-0201).

¹⁴²⁰ *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, TLCAN / CNUDMI, Laudo del 8 de junio de 2009, párr. 625 (RL-0041) (énfasis omitido).

¹⁴²¹ *William Ralph Clayton y otros c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, Caso CPA N.º 2009-04, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 17 de marzo de 2015, párr. 591 (CL-0088).

¹⁴²² Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 326-330.

¹⁴²³ Memorial de los Demandantes, párrs. 204-209, 214, 217-218.

¹⁴²⁴ *TECO Guatemala Hldgs., LLC c. República de Guatemala*, Caso CIADI N.º ARB/10/23, Laudo del 19 de diciembre de 2013, párr. 456 (CL-0031) (énfasis añadido).

“[u]na obligación básica del Estado conforme al [estándar de trato justo y equitativo] es actuar de buena fe y forma y no proponerse deliberadamente destruir o frustrar la inversión por medios inadecuados”¹⁴²⁵.

474. Asimismo, Guatemala asevera que el estándar mínimo de trato no incluye el deber de brindar un entorno comercial y jurídico estable y seguro¹⁴²⁶, que la legislación nacional no da lugar a expectativas razonables y que los inversores no están protegidos contra reformas legislativas o cambios en la interpretación de la ley, incluidas interpretaciones de tribunales¹⁴²⁷. Guatemala también sostiene que el inversor debe realizar una debida diligencia necesaria, tanto del marco regulatorio general como de “todas las circunstancias, incluid[a]s . . . las condiciones políticas, socioeconómicas, culturales e históricas imperantes en el Estado anfitrión”¹⁴²⁸. En este sentido, Guatemala interpreta erróneamente la ley.

475. Si bien el derecho internacional consuetudinario no requiere que un Estado congele sus leyes (y los Demandantes jamás han sugerido lo contrario), tal como sostuvo el tribunal en *Merrill & Ring*, “[l]a disponibilidad de un entorno jurídico seguro está estrechamente relacionada con principios [generales]” de derecho tales como la buena fe y la prohibición de arbitrariedad¹⁴²⁹. Asimismo, si bien Guatemala asevera que el tribunal en *Tecmed* “no dictaminó que un inversor tiene derecho a un ‘entorno jurídico estable y seguro’” sino que, en cambio, “se limitó a concluir que un inversor extranjero espera que un Estado no actúe de manera arbitraria”¹⁴³⁰, Guatemala omite la oración siguiente en el laudo de *Tecmed*, donde se establece que “[e]l inversor extranjero también espera que el Estado receptor actuará de manera no contradictoria; es decir, entre otras cosas, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del Estado en las que el inversor confió y basó la asunción de sus compromisos y la planificación y puesta en marcha de su operación económica y comercial. El inversor igualmente confía que el Estado utilizará los instrumentos legales que rigen la

¹⁴²⁵ *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos (II)*, TLCAN, Caso CIADI N.º ARB/AF/00/03, Laudo del 30 de abril de 2004, párr. 138 (CL-0022); Memorial de los Demandantes, párr. 204; ver también *Merrill & Ring Forestry L. P. c. Gobierno de Canadá*, Caso CIADI N.º UNCT/07/1, Laudo del 31 de marzo de 2010, párr. 187 (CL-0201) (“La buena fe y la prohibición de arbitrariedad son, sin duda, una expresión de tales principios generales y no se le podría pedir a ningún tribunal en la actualidad que ignore estas obligaciones básicas del derecho internacional”). La desestimación del caso por parte de Guatemala con el argumento de que el tribunal interpretó la buena fe como una obligación “autónoma” (Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 327-328) es errada, ya que, como han demostrado los Demandantes, la buena fe es una obligación del derecho internacional consuetudinario.

¹⁴²⁶ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 331-336.

¹⁴²⁷ *Ibid.*, párrs. 370-377.

¹⁴²⁸ *Ibid.*, párrs. 380-383.

¹⁴²⁹ *Merrill & Ring Forestry L. P. c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, Caso CIADI N.º UNCT/07/1, Laudo del 31 de marzo de 2010, párr. 187 (CL-0201).

¹⁴³⁰ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 334, nota 544 (donde se cita *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB (AF)/00/2, Laudo del 29 de mayo de 2003, párr. 154 (CL-0122)).

actuación del inversor o la inversión de conformidad con la función típicamente previsible de tales instrumentos, y en todo caso nunca para privar al inversor de su inversión sin compensación”¹⁴³¹. En efecto, interpretar que la disposición de trato justo y equitativo del Tratado incluye la protección de un entorno comercial y jurídico estable y seguro es consistente con el Preámbulo del Tratado, el cual debe tenerse en cuenta para brindar contexto¹⁴³². Esto también se condice con el objetivo y propósito del Tratado, que incluye “[asegurar] un marco comercial previsible para la planificación de las actividades de negocios y de inversión”¹⁴³³.

476. Por último, si bien Guatemala se opone a la consideración de las legítimas expectativas de un inversor¹⁴³⁴, esto ha sido aceptado como un componente del trato justo y equitativo por Partes y tribunales del TLCAN y el CAFTA-DR, a pesar de las Presentaciones de Partes no Contendientes al contrario. Por ejemplo, en *Railroad c. Guatemala*, el tribunal concluyó que “la forma y los fundamentos de la aplicación del lesivo por parte de [Guatemala]” violaron el Artículo 10.5 “al ser ésta, en las palabras utilizadas en *Waste Management II*, ‘arbitraria, notoriamente injusta y antijurídica’ ... , incluidas pruebas de que el lesivo violó las declaraciones de Guatemala en las cuales se basó la Demandante”¹⁴³⁵. En *Clayton c. Canadá*, el tribunal del TLCAN determinó que “[l]as legítimas expectativas de un inversor [son] un factor que puede ser parte de un análisis general de si el trato ha violado el estándar mínimo de justicia ... ”¹⁴³⁶. En muchos otros casos los tribunales se han pronunciado de manera similar¹⁴³⁷.

¹⁴³¹ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB (AF)/00/2, Laudo del 29 de mayo de 2003, párr. 154 (CL-0122).

¹⁴³² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Art. 31(2) (CL-0005) (“Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos. . .”).

¹⁴³³ CAFTA-DR, Preámbulo (CL-0001); ver también TLCAN, Preámbulo (CL-0034) (igual).

¹⁴³⁴ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 312-320, 370-377, 380-383.

¹⁴³⁵ *Railroad Development Corp. (RDC) c. República de Guatemala*, CAFTA-DR, Caso CIADI N.º ARB/07/23, Laudo del 29 de junio de 2012, párr. 235 (CL-0068) (énfasis añadido).

¹⁴³⁶ *William Ralph Clayton y otros c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, Caso CPA N.º 2009-04, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 17 de marzo de 2015, párr. 282 (CL-0088) (énfasis añadido); *Ibid.*, párrs. 589-604 (donde se concluye que los demandantes tenían expectativas razonables que se violaron).

¹⁴³⁷ *Int’l Thunderbird Gaming Corp. c. Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN, Laudo Arbitral del 26 de enero de 2006, párr. 147 (CL-0198) (“A la luz de jurisprudencia reciente sobre inversiones y del principio de buena fe del derecho internacional consuetudinario, el concepto de “expectativas legítimas” guarda relación, en el contexto del TLCAN, con una situación en que la conducta de la Parte Contratante crea expectativas razonables y justificables para que un inversionista (o una inversión) actúe basándose en esa conducta, por lo cual el hecho de que una Parte del TLCAN no cumpla esas expectativas puede causar perjuicios al inversionista (o a la inversión)” (nota al pie omitida)); *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos (II)*, TLCAN, Caso CIADI N.º ARB/AF/00/03, Laudo del 30 de abril de 2004, párr. 98 (CL-0022) (“Al aplicar este criterio [del estándar mínimo de trato] es pertinente que el trato sea contrario y violatorio de las declaraciones hechas por el Estado receptor sobre las que la demandante se basó en forma razonable”); *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, TLCAN, CNUDMI, Laudo del 8 de junio de 2009, párrs. 620-621 (RL-0041) (donde se coincide “con *International Thunderbird* en el sentido de que las legítimas expectativas se relacionan con un análisis en virtud del Artículo 1105(1) en situaciones ‘donde la conducta de una Parte Contratante crea expectativas razonables y justificables por parte del inversor (o la inversión) que

477. En vez de analizar estos casos en el marco del CAFTA-DR y el TLCAN, Guatemala critica a los Demandantes por basarse en algunos casos que, según Guatemala, interpretan un estándar autónomo de trato justo y equitativo, no requerido por el derecho internacional consuetudinario¹⁴³⁸. Sin embargo, luego de demostrar el *contenido* del *estándar jurídico* de trato justo y equitativo del Artículo 10.5¹⁴³⁹, los Demandantes se basaron apropiadamente en estos casos para ilustrar *patrones de hechos específicos* donde los tribunales han determinado la existencia de incumplimientos con obligaciones de trato justo y equitativo en circunstancias análogas a este caso, incluido, entre otros casos, el de un Estado que arbitrariamente denegó un permiso para un proyecto previamente autorizado¹⁴⁴⁰.

478. Si bien Guatemala asevera que el tribunal de *Glamis Gold* ha “desestimado un enfoque similar de [basarse en decisiones fuera del marco del TLCAN / CAFTA-DR para] demostrar que las expectativas legítimas están protegidas por el nivel mínimo de trato”¹⁴⁴¹, omite que el tribunal de *Glamis Gold* concluyó que “el Artículo 1105(1) requiere evaluar si el Estado asumió algún compromiso o garantía específico con el inversor para influir en sus expectativas. . . . De esta forma, un Estado puede estar atado a las expectativas objetivas que crea para inducir una inversión”¹⁴⁴².

479. El argumento de Guatemala según el cual “[c]uatro de siete de los estados miembros del CAFTA han sostenido que [la obligación de trato justo y equitativo] bajo el estándar mínimo de trato no incluye la obligación de proteger [expectativas legítimas]”¹⁴⁴³ tampoco se sostiene. Guatemala reconoce que no existe *ningún* acuerdo o práctica posterior de los Estados Parte del CAFTA-DR en este sentido. Asimismo, no surge de ninguno de los dos casos basados en el CAFTA-DR presentados por Guatemala que estos selectos cuatro Estados Partes criticaran la protección de las expectativas legítimas, o los tribunales acordaran excluir este aspecto de las disposiciones sobre trato justo y

ameritan basarse en esa conducta . . .’. De esta forma, un Estado puede estar atado a las expectativas objetivas que crea *para inducir una inversión*” (notas al pie omitidas)); *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. y otros c. Estados Unidos de América*, TLCAN, CNUDMI, Laudo del 12 de enero de 2011, párr. 141 (RL-0155) (“Normalmente, las expectativas razonables o legítimas del tipo que se encuentra protegido por el TLCAN son aquellas que surgen a través de declaraciones o garantías específicas que un Estado parte ha realizado de manera explícita o implícita”).

¹⁴³⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 317-320 (en referencia a *Tecmed c. México*, *MTD c. Chile*, *Arif c. Moldavia* y *Walter Bau c. Tailandia*).

¹⁴³⁹ Memorial de los Demandantes, párrs. 202-209.

¹⁴⁴⁰ *Ibid.*, párrs. 210-220.

¹⁴⁴¹ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 320.

¹⁴⁴² *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo del 8 de junio de 2009, párrs. 620-621 (RL-0041).

¹⁴⁴³ Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 313, nota al pie N°. 513 (referencia a las presentaciones realizadas por El Salvador, Honduras y los Estados Unidos como partes no contendientes, y los memoriales de contestación presentados por la Demandada en los casos *Railroad Development c. Guatemala* y *TECO c. Guatemala* (dos casos relacionados con el CAFTA-DR), y la presentación realizada por los Estados Unidos como parte no contendiente en el caso *Omega c. Panamá* (un caso no relacionado con el CAFTA-DR)).

equitativo del CAFTA-DR. Por el contrario, como se ha mencionado anteriormente, el tribunal del caso *RDC* resolvió que las expectativas legítimas de los inversionistas son relevantes, mientras que el tribunal del caso *TECO v. Guatemala* consideró que no necesitaba decidir la cuestión, ya que se concentró en un aspecto diferente del estándar de trato justo y equitativo¹⁴⁴⁴.

480. Si bien Guatemala afirma que “[l]os tres estados miembros del TLCAN tienen la misma opinión”¹⁴⁴⁵, tal declaración es tanto irrelevante (ya que sólo un Estado es Parte de ambos tratados) como infundada (porque Guatemala se refiere a las posiciones de sólo dos de las tres Partes del TLCAN)¹⁴⁴⁶. El argumento de Guatemala se ve aún más socavado por el hecho de que la presentación realizada por los Estados Unidos como parte no contendiente en el caso *Mesa c. Canadá*, en la que se basa Guatemala, se limita a señalar que las expectativas de un inversionista estarán determinadas por “el estado de la reglamentación de un sector concreto”, y no se pronuncia sobre si el estándar mínimo de trato protege *alguna* expectativa legítima¹⁴⁴⁷.

481. Guatemala también critica la invocación por parte de las Demandantes de la doctrina de los actos propios, y argumenta que “los Demandantes no establecen de qué manera el nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario incluye dicha obligación”¹⁴⁴⁸. Al hacerlo, Guatemala ignora por completo la demostración de las Demandantes de que la doctrina de los actos propios es un principio general del derecho “basado en los principios de buena fe y consistencia”¹⁴⁴⁹, que ha sido reconocido

¹⁴⁴⁴ *Railroad Development Corp. (RDC) c. República de Guatemala*, CAFTA-DR, Caso CIADI N°. ARB/07/23, Laudo del 29 de junio de 2012, pár. 235 (CL-0068); *TECO Guatemala Hldgs, LLC c. República de Guatemala*, Caso CIADI N°. ARB/10/23, Laudo del 19 de diciembre de 2013, párrs. 617-622 (CL-0031).

¹⁴⁴⁵ Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 313.

¹⁴⁴⁶ *Íd.* N°. 514 (donde se hace referencia al memorial de contestación presentado por Canadá en *Windstream c. Canadá* y la presentación realizada por los Estados Unidos como parte no contendiente en *Mesa Power c. Canadá*).

¹⁴⁴⁷ *Mesa Power Group LLC c. Gobierno de Canadá*, Caso TLCAN, CNUDCI, CPA N°. 2012-17, Presentación realizada por los Estados Unidos el 25 de julio de 2014, pár. 8 (RL-0210).

¹⁴⁴⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 335; *ver* Memorial de los Demandantes, pár. 235.

¹⁴⁴⁹ IAN BROWNLIE, *PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW* 221 (9ª edición 2019) (CL-0212); *ver también* D.W. Bowett, *Estoppel before International Tribunals and its Relation to Acquiescence*, 33 BYIL 176 (1957) (CL-0213) (donde se señala que el fundamento de la doctrina de los actos propios “es el principio general de la buena fe y como tal encuentra un lugar en muchos sistemas de derecho”); ANDREW NEWCOMBE Y LLUÍS PARADELL, *LAW AND PRACTICE OF INVESTMENT TREATIES: STANDARDS OF TREATMENT* Sección 10.27 (Kluwer 2009) (CL-0369) (donde se señala que “la doctrina de los actos propios tiene por objeto impedir que una parte actúe de manera inconsistente cuando dicha inconsistencia pueda resultar en un perjuicio para la otra parte”); MALCOLM N. SHAW, *INTERNATIONAL LAW* 383 (8ª edición 2017) (CL-0214) (donde describe a la doctrina de los actos propios como la prohibición de que una parte cambie su posición tras haber “realizado o autorizado una declaración particular en la que otra parte se basa en una actividad posterior en su perjuicio o en beneficio de la otra” y señala que “fluye en cierta medida de los principios fundamentales de buena fe y equidad”); *ver también* D.W. Bowett, *Estoppel before International Tribunals and its Relation to Acquiescence*, 33 BYIL 176 (1957) (CL-0213) (“La doctrina de los actos propios... tiene por objeto impedir que una parte niegue ante un tribunal la veracidad de una declaración de hecho realizada previamente por ella a otra parte, por la que ésta ha actuado en su perjuicio o la parte que realizó dicha declaración ha obtenido algún beneficio”).

por la CIJ¹⁴⁵⁰ y distintos tribunales del CIADI¹⁴⁵¹. Guatemala no menciona los fallos de ninguna de estas autoridades¹⁴⁵².

2. Guatemala incumplió la obligación de otorgar un trato justo y equitativo a las inversiones de las Demandantes, asumida en virtud del Tratado

482. Tras establecer el contenido del Artículo 10.5 del CAFTA-DR, las Demandantes demostraron en su Memorial que Guatemala incumplió su obligación de trato justo y equitativo al suspender las licencias de explotación y exportación de Exmingua¹⁴⁵³; no realizar las consultas ordenadas por el Tribunal;¹⁴⁵⁴ impedir que Exmingua obtuviera una licencia de explotación para el área de Santa

¹⁴⁵⁰ Ver, p. ej., *Caso relativo al Templo de Preah Vihear (Camboya c. Tailandia)* [1962] Informe de la CIJ N°. 6, 32 (donde se sostiene que Tailandia estaba “impedida por su conducta de afirmar que no aceptaba” un límite que había observado y del que se había beneficiado durante 50 años) (CL-0215).

¹⁴⁵¹ Ver, p. ej., *Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Co. c. La República Argentina y BP America Production Co. y otros c. La República Argentina*, Casos CIADI N°. ARB/03/13 y ARB/04/8, Decisión sobre las Excepciones Preliminares de fecha 27 de julio de 2006, pár. 159 (CL-0366) (“La preclusión es un principio general aceptado de derecho que han aplicado muchos tribunales internacionales”); *ADC Affiliate Ltd and ADC y ADMC Mgmt Ltd c. República de Hungría*, Caso CIADI N°. ARB/03/16, Laudo del 2 de octubre de 2006, pár. 475 (CL-0272) (“Casi todos los sistemas jurídicos impiden a las partes soplar aire caliente y frío”); *Duke Energy Int’l Peru Investments No. 1, Ltd. y República del Perú*, Caso CIADI N°. ARB/03/28, Laudo del 18 de agosto de 2008, pár. 231 (CL-0370) (donde se menciona que “estoppel o principio de congruencia – también se aplica universalmente como principio general del derecho, tanto en el derecho civil como internacional a efectos de prohibir a un Estado realizar actos o declaraciones que sean contrarias o incongruentes respecto de las acciones o declaraciones efectuadas anteriormente, en detrimento de un tercero”); *Ioannis Kardassopoulos c. República de Georgia*, Caso CIADI N°. ARB/05/18, Decisión sobre Jurisdicción del 6 de julio de 2007, pár. 194 (CL-0163) (donde el tribunal concluye que “incluso si el acuerdo de unión transitoria de empresas (“JVA”, por sus siglas en inglés) y el contrato de Concesión se celebraron en violación de la legislación georgiana, el hecho es que estos dos acuerdos estaban ‘revestidos con el manto de la autoridad gubernamental’. La Demandante tenía todas las razones para creer que estos acuerdos eran consistentes con la legislación georgiana, no sólo porque fueron celebrados por entidades georgianas de propiedad estatal, sino también porque su contenido fue aprobado por funcionarios del Gobierno de Georgia, sin que Georgia objetara su legalidad durante muchos años”); *Desert Line Projects LLC c. República de Yemen*, Caso CIADI N°. ARB/05/17, Laudo del 6 de febrero de 2008, pár. 120 (CL-0216-ENG) (donde se sostiene que la doctrina de los actos propios “se aplica a fortiori cuando el problema alegado no es la violación de la ley, sino simplemente (como en este caso) el incumplimiento de una formalidad prevista por la ley, y ni siquiera exigida por ella, salvo como condición para obtener beneficios ajenos a los del propio TBI”); *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI N°. ARB/13/1, Laudo del 22 de agosto de 2017, pár. 628 (CL-0217) (“Pakistán ha mantenido constantemente que la inversión de Karkey se estableció de conformidad con las leyes pakistaníes, y ahora está impedido de argumentar que la inversión debe considerarse inválida sobre la base de una violación de dichas leyes”); ver también ANDREW NEWCOMBE Y LLUÍS PARADELL, *LAW AND PRACTICE OF INVESTMENT TREATIES: STANDARDS OF TREATMENT* Sección 10.27 (2009) (CL-0369); BIN CHENG, *GENERAL PRINCIPLES OF LAW AS APPLIED BY INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS* 141 (Cambridge Univ. Press 2006) (1958) (CL-0218).

¹⁴⁵² Guatemala, en cambio, cita selectivamente el caso *Arif c. Moldavia* para afirmar que “[n]i siquiera la norma autónoma de trato justo y equitativo ofrece esa protección [en virtud de la doctrina de los actos propios]”. Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 335. Guatemala basa su argumento en los fundamentos equivocados. De hecho, el tribunal del caso *Arif* determinó que Moldavia incumplió su obligación de trato justo y equitativo porque “incumplió la expectativa legítima del Demandante de poder operar una tienda libre de impuestos en el local arrendado en el Aeropuerto de Chisinau, pero también violó su obligación secundaria de subsanar o mitigar su incapacidad de cumplir con esta expectativa legítima”, y mencionó asimismo que “la manera en que la Empresa Estatal Encargada del Aeropuerto se lavó las manos de las consecuencias de su propia ilegalidad es el elemento más reprobable de la conducta de la Demandada. Independientemente de las expectativas legítimas creadas e incumplidas, dicha inercia ante la paralización y posterior destrucción de una inversión constituye un incumplimiento de la norma de trato justo y equitativo resultante del TBI”. Sr. Franck Charles Arif c. República de Moldavia, Caso CIADI N°. ARB/11/23, Laudo del 8 de abril de 2013, pár. 547 (CL-0126).

¹⁴⁵³ Memorial de los Demandantes, párrs. 223-236.

¹⁴⁵⁴ *Id.*, pár. 244.

Margarita¹⁴⁵⁵; y presentar cargos penales infundados e incautar el concentrado de oro de Exmingua¹⁴⁵⁶, entre otras cosas.

483. En su Memorial de Contestación, Guatemala intenta replantear el caso de las Demandantes. Para ello, se esfuerza por convertirlo en un caso de “expectativas legítimas”¹⁴⁵⁷ aunque realmente no lo sea, segrega inapropiadamente los diferentes actos de varios órganos del Estado y evalúa cada acto en relación con un aspecto particular de dicho estándar, en lugar de evaluar la conducta impugnada del Estado como un todo, entre otras cosas. Sin embargo, aunque establecer los aspectos clave de la norma de trato justo y equitativo, como lo hizo el tribunal del caso *Waste Management II*, es útil para analizar las diversas formas en que un Estado puede incumplir la obligación de tratar las inversiones de manera justa y equitativa, esto no debe socavar el carácter esencial del trato justo y equitativo como un estándar de trato unificado, que requiere que la conducta de un Estado sea evaluada de forma general para determinar si es justa y equitativa¹⁴⁵⁸. Tal como explicara el tribunal del TLCAN en el caso *Windstream c. Canadá*:

Esta determinación se realiza mejor, no en abstracto, sino en el contexto de los hechos de este caso particular, tomando en cuenta la prueba indirecta del contenido del estándar mínimo de trato resultante del derecho internacional consuetudinario, tal como se evidencia en las decisiones de otros tribunales del TLCAN. [...] En otras palabras, al igual que la existencia de un pudín se prueba comiéndolo (y no mediante su descripción), la prueba definitiva de la corrección de una interpretación no está en su descripción, sino en su aplicación en los hechos¹⁴⁵⁹.

En este sentido, la conducta de Guatemala constituyó indudablemente un incumplimiento de su obligación de conceder a Exmingua un trato justo y equitativo.

484. *En primer lugar*, como demostraron los Demandantes, Guatemala incumplió su obligación de trato justo y equitativo cuando el MEM suspendió la licencia de explotación válidamente otorgada a Exmingua¹⁴⁶⁰. En respuesta (aunque refiriéndose a la conducta de los tribunales y no a la del MEM),

¹⁴⁵⁵ *Íd.*, párrs. 242-249.

¹⁴⁵⁶ *Íd.*, párrs. 237-241.

¹⁴⁵⁷ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 337-400.

¹⁴⁵⁸ *Ver, p. ej., Crystallex Int'l Corp. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N°. ARB(AF)/11/2, Laudo del 4 de abril de 2016, pár. 545 (CL-0153); *Cairn Energy PLC y Cairn UK Hldgs Limited c. Republica de la India*, Caso CPA N°. 2016-07, Laudo Final del 21 de diciembre de 2020, pár. 1727 (CL-0335); *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. República de Kazakstán*, Caso CIADI N°. ARB/05/16, Laudo del 29 de julio de 2008, pár. 610 (CL-0147).

¹⁴⁵⁹ *Windstream Energy LLC c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA N°. 2013-22, Laudo del 27 de septiembre de 2016, párrs. 358-362 (CL-0210).

¹⁴⁶⁰ Memorial de los Demandantes, párrs. 97-98, 223-236.

la Demandada argumenta que no se había garantizado específicamente a los Demandantes, con anterioridad a la realización de su inversión, que no sería necesario consultar a las comunidades indígenas antes de la emisión de una licencia de explotación¹⁴⁶¹, por lo que cualquier expectativa que los Demandantes tuvieran en sentido contrario no era objetiva ni razonable¹⁴⁶² y, aunque lo fuera, Guatemala no ha violado dichas expectativas¹⁴⁶³. Estos argumentos son erróneos.

485. Tal como se explicó anteriormente, antes de la suspensión de la licencia de Exmingua, Guatemala había adoptado *consistentemente* la posición de que las obligaciones internacionales asumidas por dicho estado en virtud del Convenio N°. 169 de la OIT se cumplían cuando el proponente del proyecto realizaba consultas en relación con los estudios sociales requeridos para su EIA¹⁴⁶⁴. Asimismo, los tribunales guatemaltecos habían confirmado que no existían otros requisitos legales en Guatemala para la concesión de una licencia de explotación de recursos naturales¹⁴⁶⁵, habían implorado sin éxito al Congreso que promulgue una ley que implemente directamente el Convenio N°. 169 de la OIT en la legislación guatemalteca¹⁴⁶⁶, y se habían negado en dos ocasiones a encontrar normas constitucionales que el Gobierno proponía para regular las consultas dirigidas por el MEM¹⁴⁶⁷; el MARN había aprobado sistemáticamente EIA en los que las consultas para los estudios sociales eran dirigidas por consultores registrados ante el MARN¹⁴⁶⁸; el MEM había emitido sistemáticamente licencias, con la aprobación de la Procuraduría General de la Nación, en casos en que las consultas eran dirigidas por consultores registrados ante el MARN de acuerdo con el Reglamento de Minería¹⁴⁶⁹; y el Gobierno se había pronunciado internacionalmente en el sentido de que la concesión de licencias en virtud de la Ley de Minería y su Reglamento satisface las obligaciones internacionales asumidas en virtud del Convenio de la OIT, porque la legislación guatemalteca permite las consultas comunitarias¹⁴⁷⁰.

¹⁴⁶¹ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 369-378.

¹⁴⁶² *Íd.*, párrs. 379-396.

¹⁴⁶³ *Íd.*, párrs. 397-400.

¹⁴⁶⁴ *Ver arriba*, Sección II.D.1.c; Memorial de los Demandantes, párrs. 80-81, 297; Fuentes I, párrs. 51- 52; Fuentes II, párrs. 54, 70, 74-77.

¹⁴⁶⁵ *Ver arriba*, Sección II.D.1.c; Fuentes II, párrs. 78-80.

¹⁴⁶⁶ Fuentes II, párrs. 58-70.

¹⁴⁶⁷ *Íd.*, párrs. 62-64.

¹⁴⁶⁸ *Íd.*, pár. 74.

¹⁴⁶⁹ *Id.*, pár. 74

¹⁴⁷⁰ *Ver arriba*, Sección II.D.1.c; Memorial de los Demandantes, párrs. 80-81, 297; Fuentes I, párrs. 51-52; Fuentes II, párrs. 54, 70, 74-77; 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 N°. 20/14 del 3 de

486. A raíz de esto, no fue una sorpresa que el MEM impugnara la solicitud de amparo de CALAS, que buscaba la suspensión de la licencia de explotación de Exmingua¹⁴⁷¹. Sin embargo, la posterior suspensión de la licencia de explotación de Exmingua por parte del MEM representó un cambio total de la posición que el MEM había mantenido durante mucho tiempo¹⁴⁷². También fue totalmente contraria a la ley guatemalteca según la cual una licencia, una vez concedida válidamente, sólo puede ser revocada o suspendida de acuerdo con mecanismos específicos, ninguno de los cuales fue invocado o resulta de aplicación en el presente caso¹⁴⁷³. Como es lógico, la resolución del MEM por la que se suspendió la licencia de explotación de Exmingua no hace referencia a estos motivos limitados (ni podría hacerlo)¹⁴⁷⁴. Al otorgar una licencia en ejercicio de sus facultades y de conformidad con la legislación aplicable, y luego suspender dicha licencia sin invocar ninguna de las razones permisibles previstas en virtud de su autoridad reguladora¹⁴⁷⁵, el MEM actuó de forma arbitraria.

487. Los intentos de Guatemala de hacer recaer los efectos de su propia supuesta omisión de realizar las consultas requeridas por el Convenio N.º. 169 de la OIT sobre los Demandantes y Exmingua, mediante la suspensión de la licencia de explotación, constituyen un incumplimiento de la obligación de trato justo y equitativo. Tal como lo subrayó el tribunal del caso *GAMI c. México*, “el fallo del Gobierno en implementar o cumplir con sus propias leyes que afecta de manera negativa a los inversionistas extranjeros” puede conducir a una violación de la obligación de trato justo y equitativo, especialmente “si sus agentes no implementan las regulaciones o lo hacen de una manera discriminatoria o arbitraria”¹⁴⁷⁶. El intento de Guatemala de descartar los argumentos de los Demandantes basados en la decisión del caso GAMI es equivocado¹⁴⁷⁷. El reclamo de trato justo y equitativo en el caso GAMI no fracasó porque el tribunal determinara que México simplemente aplicó mal su ley, como sugiere Guatemala, sino porque GAMI no pudo demostrar que dicha aplicación incorrecta, en relación con las fallas en el Programa Azucarero, fuera “directamente atribuible al Gobierno ni que haya causado directamente los daños alegados por GAMI”¹⁴⁷⁸. En este caso, por el

abril de 2014, pár. 6 (CL-0225); Comisión Interamericana de Derechos Humanos - Petición 1118-11, *Comunidad Maya Q'eqchi' Agua Caliente c. Guatemala*, Informe de Admisibilidad N.º. 30-17 del 18 de marzo de 2017, pár. 29 (CL-0282).

¹⁴⁷¹ *Ver arriba*, Sección II.D.2; Memorial de los Demandantes, párrs. 97, 230.

¹⁴⁷² *Ver arriba*, Sección II.D.2; Memorial de los Demandantes, párrs. 98, 230.

¹⁴⁷³ Memorial de los Demandantes, párrs. 72, 88, 97, 230; Fuentes I, pár. 48.

¹⁴⁷⁴ *Ver*, Resolución N.º. 1202 emitida por el MEM el 10 de marzo de 2016 (C-0139).

¹⁴⁷⁵ *Ver arriba*, Sección II.D.2; Memorial de los Demandantes, párrs. 97, 230; Fuentes I, pár. 48; Fuentes II, pár. 28-31.

¹⁴⁷⁶ *GAMI Investments, Inc. c. Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN, CNUDMI, Laudo Final del 15 de noviembre de 2004, párrs. 91, 94 (CL-0036).

¹⁴⁷⁷ Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 343.

¹⁴⁷⁸ *GAMI Investments, Inc. c. Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN, CNUDMI, Laudo Final del 15 de noviembre de 2004, párrs. 108 -110 (CL-0036).

contrario, Guatemala es la única responsable por la suspensión de la licencia de explotación de Exmingua por parte del MEM; la incapacidad de Guatemala para promulgar la legislación de aplicación del Convenio N°. 169 de la OIT; su cambio de opinión respecto del enfoque aplicable a las consultas en virtud del dicho convenio; y su incapacidad para llevar a cabo consultas dirigidas por el Estado.

488. Tal como lo estableció el tribunal del caso *PSEG c. Turquía*, que determinó la existencia de un incumplimiento de la obligación de trato justo y equitativo por causa de la negligencia e incoherencia administrativa, “[n]o podía existir estabilidad cuando la ley cambiaba continua e interminablemente, al igual que su interpretación y aplicación”. El tribunal resolvió asimismo que en aquel caso, como sucedió también en este, “no era sólo la ley la que cambiaba continuamente, sino especialmente las actitudes y políticas de la administración”¹⁴⁷⁹. Por lo tanto, es arbitrario y fundamentalmente injusto que los Demandantes y su inversión deban pagar el precio de la cambiante interpretación y aplicación de la legislación local por parte de Guatemala, así como de las cambiantes actitudes y políticas de los funcionarios guatemaltecos respecto de la aplicación de las leyes locales¹⁴⁸⁰.

489. *En segundo lugar*, tal como explicaron los Demandantes en su Memorial, el MEM no sólo suspendió la licencia de explotación de Exmingua, sino que también suspendió ilegalmente su licencia de *exportación* y, al hacerlo, actuó de manera arbitraria, ilegal y de mala fe, incumpliendo sus obligaciones de trato justo y equitativo¹⁴⁸¹. En un único y breve párrafo de su Memorial de Contestación, Guatemala afirma que la suspensión fue “temporal y razonable”, porque se adecuaba a la decisión de la Corte Suprema de suspender la licencia de explotación de Exmingua “hasta que la Corte Suprema emitiera el fallo correspondiente”, y cualquier error legal fue “rectificado” por la revocación de la orden de suspensión por parte del MEM¹⁴⁸². Esto es incorrecto.

490. La suspensión de la licencia de exportación de Exmingua por parte del MEM carecía de todo fundamento legal y, de hecho, el MEM nunca pretendió dar uno. El amparo provisional presentado

¹⁴⁷⁹ *PSEG Global Inc. y Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi c. República de Turquía*, Caso CIADI N°. ARB/02/5, Laudo del 19 de enero de 2007, pár. 254 (CL-0371).

¹⁴⁸⁰ *Ver GAMI Investments, Inc. c. Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN, CNUDMI, Laudo Final del 15 de noviembre de 2004, párrs. 91, 94, 103, 108 (donde se acepta que “una inactividad absoluta con relación a la aplicación del programa de reglamentación necesario para la viabilidad de inversiones extranjeras que confiaban en el mismo... [es] jurídicamente [...] lo mismo que la violación por parte del Gobierno de las normas de dicho programa. Tanto acción como omisión pueden caer por debajo del nivel internacional requerido” y se observa que “[u]na acción por mala administración probablemente violaría el artículo 1105 si alcanzara el nivel de ‘repudiación directa e injustificada’ de la normativa relevante. Puede haber situaciones en que incluso omisiones menos significativas serían suficientes para que se cumplan los requisitos del artículo 1105. Son los antecedentes en general -y no un dramático incidente aislado- lo que determina si estamos ante un incumplimiento del derecho internacional”) (CL-0036).

¹⁴⁸¹ *Ver arriba*, Sección II.D.2; Memorial de los Demandantes, párrs. 99, 221, 231-232.

¹⁴⁸² Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 349.

ante la Corte Suprema no tenía ninguna relación con las actividades de exportación de Exmingua, ya que se refería únicamente a la licencia de explotación de Exmingua y al derecho de Exmingua a vender sus productos en el mercado local (y no pretendía afectar ningún derecho a exportar productos)¹⁴⁸³. Asimismo, y al contrario de lo que afirma la Demandada, la suspensión no estaría en vigor únicamente “hasta que la Corte Suprema emitiera el fallo correspondiente”. Nada en la Resolución indica que esta tuviera vigencia hasta que la Corte Suprema emitiera “el fallo correspondiente”. Es más, la decisión de la Corte Suprema a la que hace referencia Guatemala fue emitida el 5 de mayo de 2016 (es decir, dos días después de la suspensión de la licencia de exportación por parte del MEM), mientras que el MEM no revocó la suspensión hasta el 24 de octubre de 2016 (es decir, más de cinco meses después), lo que hace que carezca de sentido el argumento de Guatemala de que “[t]ras la apelación de la decisión por parte de Exmingua, el MEM revocó la suspensión en los meses siguientes”¹⁴⁸⁴.

491. Guatemala también se equivoca al sostener que no causó ningún daño ni incumplió las obligaciones asumidas en virtud del Tratado porque la Resolución fue eventualmente revocada. Por el contrario, el momento en que se produjo de la revocación por parte del MEM subraya su mala fe. La oportunidad elegida garantizó que Exmingua se viera perjudicada por la acción ilegal, discriminatoria y arbitraria del MEM, ya que, como se explicara anteriormente, a pesar de carecer de cualquier fundamento legal para la suspensión, el MEM esperó *cinco meses* para revocar su Resolución - y lo hizo *un día después de que la licencia expirara*¹⁴⁸⁵. El MEM garantizó así que Exmingua no pudiera exportar su concentrado. Dicha imposibilidad persiste, a pesar de que el concentrado fue devuelto a Exmingua unas semanas antes de la presentación de la presente Réplica¹⁴⁸⁶.

492. En un escenario similar, el tribunal del caso *Achmea c. República Eslovaca I* determinó que una prohibición temporal impuesta por el Estado sobre la distribución de beneficios equivalía a un incumplimiento de la obligación de trato justo y equitativo, independientemente del hecho de que la prohibición fuera finalmente levantada. El tribunal consideró que el incumplimiento de la obligación de trato justo y equitativo se produjo cuando se introdujo la prohibición y explicó que “la supresión del derecho a generar beneficios, unida a la prohibición de transferir su cartera, privó efectivamente a los Demandantes del acceso al valor comercial de su inversión. La inversión no podía mantenerse para

¹⁴⁸³ Ver arriba, Sección II.D.2; Resolución del MEM N°. 146 del 3 de mayo de 2016 (C-0140). Ver también, Memorial de los Demandantes, párrs. 98, 221, 231-232.

¹⁴⁸⁴ Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 349, nota al pie N°. 570 (donde se cita la decisión de la Corte Suprema en el Caso No. 1592-2014, de fecha 5 de mayo de 2016 (C-0143) y la Resolución N°. 5194 emitida por el MEM el 24 de octubre de 2016 (C-0142).

¹⁴⁸⁵ Ver arriba, Sección II.D.2; Memorial de los Demandantes, párrs. 99, 231-232.

¹⁴⁸⁶ Ver arriba, Sección II.D.5(b);

generar beneficios ni venderse. No había manera de que los Demandantes pudieran recuperar el valor comercial de su inversión”, y concluyó que “la imposición de dichas medidas a la inversión una vez realizada era incompatible con la obligación de conceder a la inversión un trato justo y equitativo”¹⁴⁸⁷.

493. *En tercer lugar*, como han demostrado los Demandantes, Guatemala incumplió su obligación de trato justo y equitativo al no llevar a cabo las consultas que los Tribunales le ordenaron realizar, las cuales constituían condiciones para la reinstauración de la validez de la licencia de Exmingua. Tal como explicaron los Demandantes, a pesar de que se le ordenó *hace más de cinco años y medio* que realizara las consultas correspondientes, el MEM ni siquiera ha iniciado las consultas previas del Proyecto de Exmingua. Por el contrario, el MEM comenzó las consultas para el proyecto de Oxec menos de un mes después de la orden emitida por el Tribunal correspondiente, e informó al Tribunal que ejecutó un plan de consulta y completó dichas consultas en poco más de seis meses (durante los cuales también se le permitió a Oxec continuar operando)¹⁴⁸⁸. A pesar de su ampuloso discurso sobre el trato justo y equitativo, Guatemala *no se pronuncia* sobre este aspecto de su incumplimiento de la obligación de trato justo y equitativo.

494. En otra sección de su Memorial de Contestación, Guatemala intenta justificar la inacción del MEM al afirmar que el fallo emitido por la Corte de Constitucionalidad el 11 de junio de 2020 “todavía no ha quedado firme”¹⁴⁸⁹. Tal como lo ha señalado la prensa, el MEM adoptó la posición de que *no puede* iniciar las consultas porque el fallo de la Corte de Constitucionalidad en el caso relativo a Exmingua todavía no ha quedado firme. Recién en abril de 2021 Exmingua descubrió que la postura del Gobierno se basaba en que el MARN había presentado una solicitud de aclaración del fallo de la Corte el 1 de septiembre de 2020¹⁴⁹⁰. A pesar de que este tipo de solicitudes deben presentarse dentro de las 24 horas siguientes a la notificación del fallo correspondiente, la Corte se acomodó al deseo del MEM de retrasar indefinidamente la toma de medidas, y esperó más de dos meses desde el dictado del fallo para enviar la notificación oficial correspondiente al MARN (a pesar de que el fallo fue ampliamente cubierto por los medios y notificado oficialmente al MEM y a Exmingua en junio de

¹⁴⁸⁷ *Achmea B.V. (anteriormente Eureka B.V.) c. República Eslovaca (I)*, Caso CPA N°. 2008-13, Laudo Final del 7 de diciembre de 2012, párrs. 279-282 (CL-0268); *Íd.*, pár. 35 (donde se menciona el levantamiento de las medidas).

¹⁴⁸⁸ *Ver arriba*, Sección II.D.1(c); Memorial de los Demandantes, párrs. 105-108.

¹⁴⁸⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 638.

¹⁴⁹⁰ *Ver arriba*, Sección II.D.4.

2020)¹⁴⁹¹. A pesar de que existe un plazo de 48 horas para resolver solicitudes de aclaración¹⁴⁹², la infundada solicitud del MARN continúa pendiente después de más de nueve meses, lo que permite al MEM inventar una excusa para no realizar las consultas.

495. La mala fe del MEM en este sentido se ve subrayada por el hecho de que tomó medidas tentativas para elaborar los lineamientos para la realización de consultas ya en 2016 y elaboró un informe que describía dichos esfuerzos iniciales, de conformidad con la orden emitida por la Corte, el cual fue presentado a la Corte el 11 de junio de 2020¹⁴⁹³. Aunque Exmingua y los Demandantes buscaron repetidamente este informe (o incluso una respuesta sobre si alguna vez fue elaborado) no se les notificó su existencia hasta el 3 de marzo de 2021, justo antes de que la Demandada presentara a regañadientes el informe como parte del presente Arbitraje¹⁴⁹⁴. En cualquier caso, el hecho de que el MEM diera los primeros pasos para hablar con los miembros de la comunidad y elaborar un plan de consultas, tal y como se refleja en el informe, demuestra que el MEM entendía que estaba obligado a llevar a cabo las consultas *de conformidad con las órdenes anteriores de los Tribunales*, y su reciente excusa de que debe esperar hasta que el último fallo “quede firme” es artificiosa. El MEM simplemente decidió renunciar incluso a intentar hacer aquello que la Corte ha insistido en que debe hacerse para que la licencia de Exmingua vuelva a ser efectiva.

496. En un contexto similar, el tribunal del caso *Windstream* determinó que Canadá incumplió su obligación de trato justo y equitativo al retrasar la emisión de los permisos y autorizaciones necesarios para el desarrollo del proyecto del inversionista, y al imponer finalmente una moratoria que frustró y efectivamente “canceló” el proyecto, porque Canadá “hizo relativamente poco para abordar la incertidumbre científica existente en torno a la energía eólica marina que había invocado como la principal razón citada públicamente para la moratoria”, y “lo que es más importante, el Gobierno hizo poco para abordar el limbo legal y contractual en el que se encontraba Windstream después de la imposición de la moratoria”¹⁴⁹⁵. Del mismo modo, en este caso, Guatemala se ha negado a realizar las

¹⁴⁹¹ Fuentes II, pár. 102.

¹⁴⁹² *Ver arriba*, Sección II.D.4; Fuentes II, pár. 102; Corte de Constitucionalidad de Guatemala, caso consolidado N°. 3207-2016 y N°. 3344-2016, Solicitud de Aclaración presentada por el MARN el 1 de septiembre de 2020 (C-0668); Ley de Amparo, Art. 71 (C-0416).

¹⁴⁹³ *Ver arriba*, Sección II.D.4; Corte de Constitucionalidad de Guatemala, caso consolidado N°. 3207-2016 y N°. 3344-2016, Solicitud de Aclaración presentada por el MARN el 1 de septiembre de 2020 (C-0668); Informe presentado por el MEM a la Corte de Constitucionalidad el 11 de junio de 2020, titulado Carta del MEM del 9 de junio de 2020, págs. 9-10, 12, 15 (C-0872).

¹⁴⁹⁴ *Ver arriba*, Sección II.D.1.

¹⁴⁹⁵ *Windstream Energy LLC c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA N°. 2013-22, Laudo del 27 de septiembre de 2016, párrs. 378-379 (CL-0210); *Íd.*, párrs. 5, 189, 378-382.

consultas cuya supuesta ausencia fue la única razón para suspender la licencia de explotación de Exmingua, y que constituyen una condición suspensiva para que Exmingua recupere su licencia. De ello se desprende que las acciones de Guatemala no se ven motivadas en este caso por su deseo de realizar las consultas requeridas por el Convenio N°. 169 de la OIT. En este caso se debe llegar a una conclusión similar a la alcanzada en el caso *Tecmed*, en el que el tribunal determinó que México había incumplido su obligación de trato justo y equitativo porque la denegación de un permiso no se basaba en una mala conducta de la subsidiaria de los Demandantes, sino que servía a fines políticos con respecto a la oposición de la comunidad¹⁴⁹⁶.

497. *En cuarto lugar*, los Demandantes demostraron en su Memorial que Guatemala incumplió su obligación de trato justo y equitativo al suspender *de facto* la licencia de exploración de Santa Margarita, de manera arbitraria e ilegal, e imposibilitar que Exmingua obtuviera una licencia de explotación para el área de Santa Margarita, todo lo cual privó a los Demandantes de seguridad normativa y jurídica y dejó al Proyecto Tambor y a los Demandantes en un prolongado limbo¹⁴⁹⁷. Por su parte, Guatemala alega que el hecho de que el MEM exigiera que Exmingua presentara un EIA para Santa Margarita no constituye una acción arbitraria¹⁴⁹⁸, y que no se produjo ninguna suspensión *de facto* o *de jure* de la licencia de exploración de Santa Margarita¹⁴⁹⁹. Estas objeciones son erróneas.

498. La afirmación de Guatemala de que el hecho de que el MEM exigiera que Exmingua presentara un EIA para Santa Margarita no constituye una acción arbitraria¹⁵⁰⁰ carece de sentido. Al contrario de lo que sostiene Guatemala, Exmingua no solicitó que el MEM dispensara a Exmingua del requisito de “la existencia de un EIA para poder otorgar el permiso de explotación”¹⁵⁰¹, que “el MARN o el MEM... derogar[an] esta regla”, ni que Guatemala “derogar[a] [esta] ley sustantiva”¹⁵⁰². Exmingua sólo solicitó *ayuda y orientación* al MEM para la realización de las consultas a la luz de las protestas y bloqueos¹⁵⁰³, y pidió que el MEM suspendiera su demanda de presentación del EIA hasta que Exmingua recuperara

¹⁴⁹⁶ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N°. ARB (AF)/00/2, Laudo del 29 de mayo de 2003, párrs. 44, 163-164, 172-174 (CL-0122).

¹⁴⁹⁷ Memorial de los Demandantes, párrs. 242-249; *ver también William Ralph Clayton y otros c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, Caso CPA N°. 2009-04, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad del 17 de marzo de 2015, párrs. 454, 592, 594 (CL-0088); *Windstream Energy LLC c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, Caso CPA N°. 2013-22, Laudo del 27 de septiembre de 2016, párrs. 378-379, 382 (CL-0210).

¹⁴⁹⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 357-361.

¹⁴⁹⁹ *Íd.*, párrs. 362-363.

¹⁵⁰⁰ *Íd.*, párrs. 357-361.

¹⁵⁰¹ *Íd.*, pár. 451.

¹⁵⁰² *Íd.*, párrs. 359-360.

¹⁵⁰³ *Ver arriba*, Sección II.D.3.

el acceso al área de Santa Margarita¹⁵⁰⁴. El hecho de que el MEM primero se negara a ayudar a Exmingua a realizar las consultas requeridas para el EIA o a proporcionar cualquier orientación sobre cómo debería hacerse esto en vista de las protestas y los bloqueos, y luego impusiera el plazo arbitrario de 30 días para que Exmingua presentara el EIA completo, y se negara a revocarlo a pesar de saber que sería imposible que Exmingua lo cumpliera, constituyó un acto arbitrario y de mala fe.

499. Asimismo, como también se explicó anteriormente, dado que el MEM se negó durante más de cinco años a realizar las consultas requeridas por el Convenio N°. 169 de la OIT, ordenadas por la Corte para el otorgamiento de la licencia Progreso VII de Exmingua, no había ninguna perspectiva razonable de que el MEM realizara las consultas para el otorgamiento de las licencias de exploración o explotación del área de Santa Margarita, en cuya necesidad insisten ahora los tribunales guatemaltecos¹⁵⁰⁵. Ya que sería legal y económicamente imprudente continuar la exploración de conformidad con la licencia correspondiente sin ninguna esperanza de obtener una licencia de explotación, las acciones arbitrarias, ilegales y de mala fe del MEM han suspendido *de facto* la licencia de exploración de Exmingua para el área de Santa Margarita¹⁵⁰⁶. De manera reveladora, Guatemala simplemente ignora este punto.

500. En resumen, todas las acciones del MEM (no proporcionar ayuda u orientación a Exmingua para la realización de las consultas; imponer y negarse a revocar el plazo arbitrario de 30 días para la presentación del EIA de Santa Margarita; y negarse a llevar a cabo las consultas ordenadas por la Corte para la licencia de Progreso VII) se asimilan a la imposición de una moratoria *de facto* por parte del Estado sobre la emisión de nuevas licencias, que era poco transparente, ilegal (ya que ignoraba la Ley de Minería y su Reglamento), arbitraria, y violatoria de la obligación de buena fe asumida por Guatemala. Al igual que en el caso *Arif c. Moldavia*, la forma en que Guatemala “se lava las manos de las consecuencias de su propia ilegalidad es... muy reprehensible... [y su] inercia ante la paralización y posterior destrucción de la inversión [de los Demandantes] constituye un incumplimiento del estándar [de trato justo y equitativo]”¹⁵⁰⁷.

501. *En quinto lugar*, en su Memorial, los Demandantes establecieron que Guatemala incumplió su 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

¹⁵⁰⁴ Carta de Exmingua al MEM con Certificación Notarial adjunta del 22 de marzo de 2017 (C-0013).

¹⁵⁰⁵ Memorial de los Demandantes, párrs. 124, 244.

¹⁵⁰⁶ *Íd.*, párrs. 124, 244.

¹⁵⁰⁷ *Sr. Franck Charles Arif c. República de Moldavia*, Caso CIADI N°. ARB/11/23, Laudo del 8 de abril de 2013, pág. 547 (CL-0126).

abusiva¹⁵⁰⁸. En su Memorial de Contestación, Guatemala afirma que la operación encubierta, los cargos penales y la incautación no fueron ilegales ni arbitrarios¹⁵⁰⁹. Esto es incorrecto.

502. Como se explicó anteriormente, el argumento de Guatemala de que “no se ha realizado ninguna ‘operación encubierta’ para detener a los empleados de Exmingua que llevaban el concentrado” y en cambio “lo que aquí sucedió fue un simple control carretero”¹⁵¹⁰, es desmentido por el informe de investigación de la Policía Civil de Guatemala, que describe expresamente lo que ocurrió como una “operación encubierta”¹⁵¹¹. A pesar de que no había motivos para esta “operación encubierta”, Guatemala impulsó tenazmente el proceso penal resultante. De hecho, la naturaleza infundada de los cargos fue confirmada cuando fueron desestimados al día siguiente por falta de pruebas, lo que socava aún más la declaración de Guatemala de que el “control” “resultó en la determinación de que las personas involucradas podían estar incurriendo en un delito en flagrancia”¹⁵¹². A pesar de ello, el Ministerio Público impugnó repetidamente el sobreseimiento durante los tres años siguientes ante el Cuarto Juzgado de Primera Instancia Penal, la Corte Suprema y la Corte de Constitucionalidad¹⁵¹³, mientras mantenía confiscado el concentrado de Exmingua.

503. La afirmación de Guatemala de que, a pesar de haber transcurrido casi *cinco años* desde la desestimación del caso, “la investigación penal todavía sigue abierta y sigue siendo conducida por las autoridades competentes en Guatemala”¹⁵¹⁴, confirma aún más el obstinado acoso de Guatemala a Exmingua. De hecho, tan sólo tres meses antes de la fecha de la presente Réplica, en marzo de 2021, el Ministerio Público confirmó que “no hay ningún proceso pendiente y ya se han realizado todas las investigaciones necesarias en este procedimiento”, y señaló de forma reveladora que “[l]a retención de bienes muebles o inmuebles innecesariamente cerrados o inmovilizados podría exponernos a responsabilidad por de abuso de autoridad o por obstaculizar el acceso a la propiedad privada. [...] el que las investigaciones requeridas para la acción penal en este proceso estuvieran aún pendientes, sería censurable, ya que hemos tenido años para construir un caso sólido”¹⁵¹⁵. El hecho de que el concentrado

¹⁵⁰⁸ Memorial de los Demandantes, párrs. 125-132, 237-241 (citas de casos).

¹⁵⁰⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 350-356.

¹⁵¹⁰ *Íd.*, pár. 354.

¹⁵¹¹ *Ver arriba*, Sección II.D.5; Policía Nacional Civil de Guatemala, Informe de Investigación del 9 de mayo de 2016, 1-2 (C-0148).

¹⁵¹² Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 354.

¹⁵¹³ *Ver arriba*, Sección II.D.5; Memorial de los Demandantes, párrs. 127, 129, 131; Fuentes I, párrs. 185-193; Fuentes II, párrs. 163-167.

¹⁵¹⁴ Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 355.

¹⁵¹⁵ Cuarto Juzgado de Primera Instancia Penal, Caso N°. 1069-2016-00228, Transcripción de la audiencia celebrada el 25 de marzo de 2021, 6, 10 (C-0677); *ver también* Fuentes II, pár. 164.

fuera liberado recién a finales de mayo de 2021, semanas antes de la presentación de la presente Réplica¹⁵¹⁶, confirma el trato arbitrario, ilegal y de mala fe que Guatemala ha dado a la inversión de los Demandantes. Dicha devolución tampoco ha erradicado el daño sufrido, ya que, como se mencionó anteriormente, Exmingua no cuenta actualmente con permiso para exportar el concentrado y tendrá que conseguir un comprador para este e incurrir en gastos para ajustar su nivel de humedad¹⁵¹⁷. En ausencia de dicho permiso y de los fondos correspondientes, la liberación del concentrado no mitiga ninguno de los daños causados por Guatemala.

504. Finalmente, Guatemala también incumplió su obligación de trato justo y equitativo al incautar de manera irrazonable y desproporcionada las cuentas bancarias de Exmingua¹⁵¹⁸. Como se mencionó anteriormente, después de que la Corte ordenara la liberación del concentrado de Exmingua, la Fiscalía General congeló las cuentas bancarias de Exmingua, y confiscó el dinero depositado en ellas inmediatamente, con el fin de ejecutar una multa emitida por el MEM cinco años antes. Dicha multa fue impuesta a Exmingua por interrumpir sus operaciones en mayo de 2016, en lugar de hacerlo dos meses antes, en marzo de 2016, cuando el MEM emitió su orden de suspensión¹⁵¹⁹. Como se explicó anteriormente, la orden emitida por el MEM en marzo de 2016 fue totalmente inesperada, ya que el MEM acababa de anunciar que le sería *imposible* suspender la licencia de Exmingua, que había emitido válidamente hace años y había presentado ese mismo día un escrito ante la Corte en el cual afirmaba exactamente lo mismo¹⁵²⁰. A pesar de ello, el MEM multó a Exmingua por no interrumpir inmediatamente sus operaciones.

505. Ahora Guatemala sostiene que la sentencia de amparo provisional emitida por la Corte en noviembre de 2015 *obligaba* a Exmingua a interrumpir inmediatamente sus operaciones tras su emisión¹⁵²¹, a pesar de que Exmingua no era parte del proceso correspondiente ante la Corte, no había sido oída, y fue notificada del proceso judicial y de la sentencia de amparo provisional meses después de la emisión de esta última¹⁵²². Sin embargo, al mismo tiempo, Guatemala argumenta que el MEM *no* estaba obligado a cumplir con la orden de la Corte de llevar a cabo las consultas, porque esa sentencia aún no había quedado firme¹⁵²³. De hecho, Guatemala mantiene hasta el día de hoy que *aún* no está

¹⁵¹⁶ *Ver arriba*, Sección II.D.5(b); Memorial de los Demandantes, pár. 127; Kappes I, pár. 140.

¹⁵¹⁷ *Ver arriba*, Sección II.D.5(b); Kappes II, pár. 78.

¹⁵¹⁸ *Ver arriba*, Sección II.D.5(b); Kappes II, pár. 79.

¹⁵¹⁹ Resolución N°. 384 emitida por el MEM el 16 de noviembre de 2016 (C-0904).

¹⁵²⁰ *Ver arriba*, Sección II.D.2; Memorial de los Demandantes, párrs. 97-98.

¹⁵²¹ Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 355.

¹⁵²² *Ver arriba*, Sección II.D.1; Memorial de los Demandantes, párrs. 87-88.

¹⁵²³ Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 408.

obligada a cumplir con *ninguno* de los fallos por los cuales distintos Tribunales le ordenaron realizar consultas (incluyendo el fallo de la Corte de Constitucionalidad sobre la apelación presentada por Exmingua contra el amparo definitivo) porque la solicitud de aclaración del MARN sigue pendiente¹⁵²⁴. Por tanto, Guatemala ha actuado de manera inconsistente, arbitraria y discriminatoria al ejecutar *algunas* de las sentencias de la Corte pero no *otras*, y luego multar a Exmingua por no cumplir inmediatamente con las órdenes de dicho tribunal.

506. De igual forma, el congelamiento de las cuentas bancarias de Exmingua por parte de Guatemala constituye un accionar desproporcionado, vengativo y de mala fe. Una de las principales cuestiones en disputa ante este Tribunal es la legalidad de la suspensión indefinida de la licencia del proyecto Progreso VII de Exmingua por parte de Guatemala a la luz de las disposiciones del Tratado y el derecho internacional. Si Guatemala no hubiera incumplido el Tratado, dicha licencia *no* habría sido suspendida y, por lo tanto, Exmingua *no* habría sido multada por el MEM por operar durante dos meses en violación de dicha suspensión. El hecho de que Guatemala congelara las cuentas bancarias de Exmingua semanas antes de la presentación de la presente Réplica para ejecutar una de las medidas que son objeto de esta controversia agrava innecesariamente la disputa ante este Tribunal y es el epítome de la mala fe. Debe sumarse a ello el hecho de que la orden de congelamiento fue totalmente desproporcionada, ya que, como Guatemala bien sabe, Exmingua continúa realizando controles ambientales en el sitio (que es inspeccionado periódicamente por el MEM y el MARN), a pesar de los costos asociados y del hecho de que Exmingua no percibe ingresos operativos, por lo que debe depender de los Demandantes para financiar estos gastos a través de depósitos en las cuentas bancarias ahora congeladas¹⁵²⁵. Al congelar estas cuentas, Guatemala también intenta coaccionar a los Demandantes para que realicen *aún más* inversiones en Guatemala (mediante el pago indirecto de la multa, ya que cualquier suma depositada en las cuentas hasta el importe de la multa será confiscada por Guatemala), a pesar de que Guatemala ha destruido completamente el valor de las inversiones de los Demandantes. Este acoso continuado incumple con toda seguridad la obligación de trato justo y equitativo asumida por Guatemala.

D. Guatemala no otorgó protección y seguridad plenas a las inversiones de los Demandantes

507. Tal como explicaron los Demandantes en su Memorial, la obligación de protección y seguridad plenas prevista en el Artículo 10.5 del CAFTA-DR es “un componente esencial del nivel mínimo de

¹⁵²⁴ *Íd.*, pár. 638.

¹⁵²⁵ *Ver arriba*, Sección II.D.5(b); Memorial de los Demandantes, pár. 100; Kappes, pár. 134; Kappes II, pár. 79.

trato” establecido en el Tratado¹⁵²⁶, y requiere que Guatemala otorgue a las inversiones alcanzadas “el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario”¹⁵²⁷, incluso mediante el ejercicio de la “vigilancia” y la “debida diligencia”¹⁵²⁸. Los Demandantes también explicaron que el Anexo 10-B del Tratado aclara que el estándar de protección y seguridad plenas “se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos e intereses económicos de los extranjeros”¹⁵²⁹. Los Demandantes explicaron asimismo que no basta con que un Estado se abstenga de perjudicar activamente una inversión, sino que la obligación de protección y seguridad plenas exige que el Estado adopte una actitud “proactiva”¹⁵³⁰ y, por lo tanto, requiere “una conducta activa, y no meramente pasiva, del Estado receptor que puede ir más allá de la mera abstención de una conducta perjudicial”¹⁵³¹, y que los tribunales han determinado la existencia de incumplimientos de la obligación de protección y seguridad plenas cuando los Estados no han protegido las inversiones de los daños causados por manifestaciones públicas, protestas de trabajadores, milicias armadas, disturbios civiles, grupos de individuos locales y grupos empresariales locales¹⁵³².

508. En este sentido, los Demandantes demostraron que Guatemala no adoptó medidas razonables para garantizar que Exmingua tuviera acceso al sitio del Proyecto y la capacidad de realizar los estudios sociales para el EIA de Santa Margarita, incumpliendo así la obligación asumida en virtud del Tratado¹⁵³³. Los Demandantes demostraron específicamente que la Policía Nacional Civil se negó a tomar medidas razonables para eliminar el bloqueo en el sitio del Proyecto que comenzó a principios de 2016, después de la sentencia de amparo de la Corte Suprema y la negativa inicial del MEM a suspender la licencia de explotación del proyecto Progreso VII¹⁵³⁴. Los Demandantes también

¹⁵²⁶ *Railroad Development Corp. c. República de Guatemala*, Caso CIADI N°. ARB/07/23, Laudo del 29 de junio de 2012, párr. 238 (CL-0068); Memorial de los Demandantes, párr. 251.

¹⁵²⁷ CAFTA-DR, Arts. 10.5.1, 10.5.2(b) (CL-0001); Memorial de los Demandantes, párr. 251.

¹⁵²⁸ *Waguih Elie George Siag y Clorinda Vecchi c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N°. ARB/05/15, Laudo del 1 de junio de 2009, párr. 447 (CL-0167); *Bernhard von Pezold y otros c. República de Zimbabwe*, Caso CIADI N°. ARB/10/15, Laudo del 28 de julio de 2015, párr. 596 (CL-0260); *MNSS B.V. y Recupero Credito Acciaio N.V. c. Montenegro*, Caso CIADI N°. ARB(AF)/12/8, Laudo del 4 de mayo de 2016, párr. 351 (CL-0015); *Ampal-American Israel Corp. y otros c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N°. ARB/12/11, Decisión sobre Responsabilidad y Categorías de Daños del 21 de febrero de 2017, párr. 244 (CL-0135); Memorial de los Demandantes, párr. 252.

¹⁵²⁹ CAFTA-DR, Anexo 10-B (CL-0001); Memorial de los Demandantes, párr. 251.

¹⁵³⁰ *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI N°. ARB/01/12, Laudo del 14 de julio de 2006, párr. 372 (CL-0149); *MNSS B.V. y Recupero Credito Acciaio N.V. c. Montenegro*, Caso CIADI N°. ARB(AF)/12/8, Laudo del 4 de mayo de 2016, párr. 356 (CL-0015); Memorial de los Demandantes, párr. 252.

¹⁵³¹ *Copper Mesa Mining Corp. c. República de Ecuador*, Caso CPA No. 2012-2, Laudo (versión testada) del 15 de marzo de 2016, párr. 6.81 (CL-0138); Memorial de los Demandantes, párr. 252.

¹⁵³² Memorial de los Demandantes, párr. 253.

¹⁵³³ *Íd.*, párr. 250.

¹⁵³⁴ *Íd.*, párr. 258.

demonstraron que la Corte de Constitucionalidad se negó a conceder a Exmingua un amparo que ordenara a la Policía Nacional Civil retirar el bloqueo, y fundó dicha decisión en el hecho de que la licencia de explotación del proyecto Progreso VII de Exmingua había sido suspendida¹⁵³⁵. Como explicaron los Demandantes, la inacción de Guatemala impidió que Exmingua tuviera acceso al sitio del Proyecto, utilizara sus instalaciones de laboratorio y dispusiera que sus consultores realizaran los estudios sociales requeridos para el EIA a fin de respaldar la solicitud de una licencia de explotación para Santa Margarita presentada por Exmingua¹⁵³⁶. Como explicaron también los Demandantes, en diciembre de 2016, el MEM agravó la situación al imponer un plazo de 30 días para que Exmingua presentara un EIA completo y aprobado para Santa Margarita (incluyendo los resultados de las consultas con las comunidades locales), y posteriormente denegar la solicitud de Exmingua de suspender ese requisito en razón del bloqueo y las protestas, promoviendo así la moratoria *de facto* del Estado respecto de la emisión de licencias de minería¹⁵³⁷.

509. En su Memorial de Contestación, Guatemala afirma que “los Demandantes intentan aludir” que la disposición de protección y seguridad plenas del Tratado incluye la protección de los derechos económicos; caracteriza el reclamo de los Demandantes como un reclamo basado en derechos económicos; y afirma que un incumplimiento de la obligación de protección y seguridad plenas “conforme al derecho internacional consuetudinario sólo [ocurre] cuando un Estado no ha proporcionado protección policial contra la afectación física de bienes o personas”¹⁵³⁸. Basándose en el caso *Copper Mesa c. Ecuador*, Guatemala afirma también que un tribunal debe ponderar “los intereses legítimos del inversionista extranjero con los intereses legítimos del Estado anfitrión y de otros, incluidos (especialmente) sus propios ciudadanos y residentes locales”¹⁵³⁹. Guatemala argumenta asimismo que un primer examen del caso presentado por los Demandantes no permite identificar un incumplimiento de la obligación de protección y seguridad plenas¹⁵⁴⁰. En este sentido, según Guatemala, “los Demandantes no han demostrado que haya habido una obstrucción continua en el sitio del proyecto en 2016”¹⁵⁴¹, “nada impedía a Exmingua acceder a Santa Margarita”¹⁵⁴² y “los

¹⁵³⁵ *Íd.*, párrs. 261-262.

¹⁵³⁶ *Íd.*, párrs. 258-261.

¹⁵³⁷ *Íd.*, párrs. 263-264.

¹⁵³⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 433-434.

¹⁵³⁹ *Íd.*, pár. 436 (donde se cita el caso *Copper Mesa Mining Corp. c. República de Ecuador*, Caso CPA N°. 2012-2, Laudo del 15 de marzo de 2016, pár. 6.81 (CL-0138)) (se omitió aquí el énfasis añadido por Guatemala en su cita).

¹⁵⁴⁰ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 247-251.

¹⁵⁴¹ *Íd.*, pár. 444.

¹⁵⁴² *Íd.*, pár. 451.

Demandantes no han demostrado que hubieran sufrido pérdidas o daños”¹⁵⁴³. Por lo tanto, Guatemala concluye que cumplió con su obligación de “adoptar medidas razonables de prevención” y “no incumplió su obligación de ejercer la debida diligencia” con respecto a su obligación de protección y seguridad plenas¹⁵⁴⁴. Como se demuestra a continuación, estas afirmaciones son erróneas.

510. *En primer lugar*, contrariamente a lo afirmado por Guatemala, el reclamo de los Demandantes por incumplimiento de la obligación de protección y seguridad plenas surge *directamente* del hecho de que Guatemala no tomó medidas razonables para “asegurar que Exmingua tuviera acceso a los sitios del Proyecto”¹⁵⁴⁵. Por lo tanto, el reclamo de los Demandantes se basa claramente en la falta de protección policial por parte de Guatemala, y Guatemala lo caracteriza erróneamente al argumentar que se trata de “derechos económicos”¹⁵⁴⁶. En cualquier caso, el Anexo 10-B del Tratado establece expresamente que “[c]on respecto al Artículo 10.5, el nivel mínimo de trato a los extranjeros del derecho internacional consuetudinario se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los *derechos e intereses económicos* de los extranjeros”¹⁵⁴⁷. Por lo tanto, si bien “[e]s indudable que el estándar de protección y seguridad plenas se refiere a la protección física del inversionista y sus activos”¹⁵⁴⁸, también es claro que la obligación de Guatemala se extiende a garantizar el disfrute de los derechos económicos de Exmingua, que incluyen, entre otros, su derecho a circular libremente, y usar y desarrollar sus bienes¹⁵⁴⁹.

511. *En segundo lugar*, Guatemala interpreta erróneamente el estándar jurídico relevante para la protección y seguridad plenas, y no reconoce que el lenguaje en el que se basa, tomado del laudo del caso *Copper Mesa c. Ecuador*, se aplica específicamente a la obligación de trato justo y equitativo, distinta de la obligación de proporcionar protección y seguridad plenas. Específicamente, el tribunal del caso *Copper Mesa* observó que “[e]n virtud del estándar de trato justo y equitativo, existe un *ejercicio de equilibrio* permitido al Estado anfitrión, que consiste en ponderar los intereses legítimos del inversionista extranjero con los intereses legítimos del Estado anfitrión y de otros, incluidos (especialmente) sus propios ciudadanos y residentes locales. En el caso del estándar de protección y seguridad plenas, la obligación correspondiente... impone un... deber más parecido al *ejercicio de la*

¹⁵⁴³ *Íd.*, pár. 454.

¹⁵⁴⁴ *Íd.*, párrs. 439-442.

¹⁵⁴⁵ Memorial de los Demandantes, pár. 250 (énfasis añadido).

¹⁵⁴⁶ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 433-434.

¹⁵⁴⁷ CAFTA-DR, Anexo 10-B (CL-0001).

¹⁵⁴⁸ Christoph Schreuer, Full Protection and Security, *J. Int'l Dispute Settlement* 1, 2 (Junio de 2010) (CL-0189), 2.

¹⁵⁴⁹ Fuentes I, pár. 76; Fuentes II, pár. 89.

debida diligencia”¹⁵⁵⁰. El laudo del caso *Copper Mesa* concuerda, por tanto, con el gran número de doctrinarios citados en el expediente en lo que se refiere al nivel de protección requerido por un Estado para cumplir con su obligación de protección y seguridad plenas.

512. La conclusión del tribunal del caso *Copper Mesa* de que Ecuador incumplió su obligación de protección y seguridad plenas también respalda el reclamo de los Demandantes. La cuestión en ese caso era si Ecuador debería haber respondido a los “antimineros... para asegurar que el Demandante, en su carácter de concesionario... pudiera acceder a las concesiones para llevar a cabo las consultas y las demás actividades requeridas para elaborar su [Estudio de Impacto Ambiental]”¹⁵⁵¹. Al igual que lo que sucede en este caso, *Copper Mesa* involucraba un grupo de manifestantes antimineros opuestos a “[toda] la minería, independientemente de la fase en que se encuentre o la forma que adopte”¹⁵⁵², en una zona donde “una parte significativa de las comunidades locales estaba a favor de la minería”¹⁵⁵³. De acuerdo con el tribunal, “algunos antimineros no eran ángeles” y “los bloqueos de carreteras establecidos por algunas comunidades antimineras [incluyendo un grupo de defensa ecológica que patrocinó las protestas] causaron graves dificultades”¹⁵⁵⁴.

513. El tribunal del caso *Copper Mesa* concluyó que Ecuador “incumplió... [el] estándar de protección y seguridad plenas [porque]... en lugar de dar fuerza legal al efecto fáctico del bloqueo físico de las concesiones por parte de los antimineros, la Demandada *debería haber intentado ayudar de alguna forma* a los Demandantes a *completar sus consultas* y cumplir con los restantes requisitos para la elaboración del EIA”¹⁵⁵⁵. En este sentido, el tribunal observó que, en particular, “lo que [Ecuador] no podía hacer en virtud del Tratado... era empeorar aún más la situación, haciendo legalmente imposible... que el Demandante completara el EIA en su carácter de concesionario”¹⁵⁵⁶. Las acciones de Ecuador (“al ponerse de parte de los antimineros de manera tan completa que hizo imposible, tanto legal como físicamente, que el Demandante completaran su EIA, con consecuencias inevitables”¹⁵⁵⁷) constituyeron, por lo tanto, “una conducta ilegal bajo el estándar de protección y seguridad plena”¹⁵⁵⁸.

¹⁵⁵⁰ *Copper Mesa Mining Corp. c. República de Ecuador*, Caso CPA N°. 2012-2, Laudo del 15 de marzo de 2016, pár. 6.81 (CL-0138) (énfasis añadido).

¹⁵⁵¹ *Íd.*, pár. 6.82.

¹⁵⁵² *Íd.*, pár. 4.28.

¹⁵⁵³ *Íd.*

¹⁵⁵⁴ *Íd.*, párrs. 4.96, 4.131.

¹⁵⁵⁵ *Íd.*, pár. 6.83 (énfasis añadidos).

¹⁵⁵⁶ *Íd.*, pár. 6.84.

¹⁵⁵⁷ *Íd.*

¹⁵⁵⁸ *Íd.*, pár. 6.85.

514. *En tercer lugar*, la afirmación de Guatemala de que los Demandantes no han demostrado (o al menos argumentado válidamente) que Guatemala incumpliera su obligación de protección y seguridad plena es errónea. Por el contrario, las medidas de Guatemala son similares a las medidas impugnadas en el caso *Copper Mesa*: al igual que Ecuador, Guatemala “se puso del lado” del “bloqueo físico” “de los antimineros”, se negó ayudar a Exmingua a “completar sus consultas y cumplir con los restantes requisitos para la elaboración del EIA” y empeoró “la situación” al imponer un plazo arbitrario e imposible de 30 días para que Exmingua presentara el EIA completo de Santa Margarita¹⁵⁵⁹.

515. Asimismo, a pesar de que Guatemala afirma que “los Demandantes no han demostrado que haya habido una obstrucción continua en el sitio del proyecto en 2016”¹⁵⁶⁰ y que “nada impedía a los Demandantes el acceso a Santa Margarita”, los Demandantes han demostrado que, a partir de enero de 2016, MadreSelva y CALAS organizaron protestas en el sitio del Proyecto casi todos los días, las 24 horas del día, desde el 21 de enero de 2016 hasta al menos el 30 de abril de 2018¹⁵⁶¹. Los manifestantes realizaron amenazas que “pone[n] en riesgo a[l]... personal [de Exmingua] y a los gestores ambientales”, y los consultores de Exmingua “ya no quieren ir [al área del proyecto] por proteger su integridad física”¹⁵⁶². Dichas amenazas no eran burlas leves, sino que incluían amenazas de “quemarlos vivos” y “eliminarlos físicamente”¹⁵⁶³. Además, estos manifestantes habían mostrado una propensión a la violencia, al retener a personas como rehenes, cortar a un trabajador con un machete, apuntar una pistola a la cabeza de otro trabajador y golpear a otras dieciséis personas de forma tan grave que debieron ser llevadas al hospital¹⁵⁶⁴, entre otras cosas. La presencia de estos manifestantes era continua y amenazante; los consultores de Exmingua evitaban la zona por una buena razón.

516. Sin embargo, a pesar de ser plenamente consciente de que estas “manifestaciones [se habían] establecido de forma PERMANENTE”¹⁵⁶⁵ durante todos los días de cada mes de 2016¹⁵⁶⁶ (y de que los manifestantes habían amenazado con bloquear “toda la capital si es necesario”¹⁵⁶⁷) la policía no estaba

¹⁵⁵⁹ Ver Memorial de los Demandantes, pág. 254; ver también Sección II.D.

¹⁵⁶⁰ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 444, 451.

¹⁵⁶¹ Ver arriba, Sección II.D.3.

¹⁵⁶² Carta de Exmingua al Ministerio de Energía y Minas del 22 de marzo de 2017 (C-0013); ver también Sección II.D.

¹⁵⁶³ Ver arriba, Sección II.D.3.

¹⁵⁶⁴ *Íd.* Sección II.D.3. Incluso la intervención intermitente de la policía en respuesta a actos de violencia es insuficiente para dar cumplimiento a las obligaciones de protección y seguridad plenas de un Estado. Ver *Kristof de Sutter, Peter de Sutter y (DS)2, S.A. c. República de Madagascar (II)* (Caso CIADI N°. ARB/17/18), Laudo del 17 de abril de 2020, pág. 339 (CL-0131).

¹⁵⁶⁵ Notificación de Reunión y Manifestación del CALAS’ del 7 de marzo de 2016 (C-0880).

¹⁵⁶⁶ *Íd.*

¹⁵⁶⁷ Joel Suncar, “Manifestantes de la Puya toman la diagonal 17 frente al MEM”, *La Prensa Libre*, 4 de marzo de 2016 (C-0874).

dispuesta a tomar medidas para desalojarlos. Aunque Guatemala afirma que hubo una “intervención policial” periódica y se instaló un “destacamento policial permanente frente a la mina”¹⁵⁶⁸, la mera presencia y mínima intervención de la policía no satisfacen la obligación de protección y seguridad plena de un Estado. Como observó recientemente el tribunal en el caso *De Sutter c. Madagascar*, “la pasividad de la policía dio a los manifestantes una fuerte señal: el campo estaba libre”¹⁵⁶⁹.

517. De hecho, las pruebas presentadas por Guatemala respecto de la intervención policial durante este período no son para nada confiables. Lo que Guatemala presenta como un supuesto Informe de la Policía Nacional Civil que describe los eventos *de 2016* es, de hecho, un informe que describe los eventos *de 2012*, lo cual Guatemala oscurece al no fechar el documento en sus referencias y optar por citar en cambio un “Informe de la Policía Nacional Civil (R-0052)”¹⁵⁷⁰. Asimismo, a pesar de que Guatemala cita los hechos descritos en un informe diferente de la Policía Nacional Civil del 10 de mayo de 2016 (R-0117), este informe es totalmente parcial, ya que fue elaborado *menos de un mes* después de que Exmingua presentara su acción de amparo contra el Presidente de Guatemala, el Ministro de Gobernación y el Director General de la Policía Nacional Civil por no levantar el bloqueo¹⁵⁷¹. Tampoco existe ningún informe policial de los hechos posteriores a mayo de 2016, a pesar de que las protestas continuaron todos los días de ese año y del siguiente.

518. Increíblemente, aunque Guatemala afirma, *en negrita*, que “no se ha presentado ningún inconveniente o conflicto” desde el “29/04/2016 a la fecha” (incluyendo una única cita al “Informe de la Policía Nacional Civil (R-0052)”), este lenguaje no aparece ni en el informe policial de 2012 ni en el de 2016. Por el contrario, el texto proviene de un informe presentado el *19 de noviembre de 2020* a la Unidad de Asuntos Internacionales de la Procuraduría General de Guatemala, en respuesta a una solicitud realizada por dicha unidad dos días antes, el 17 de noviembre de 2020¹⁵⁷². Dicho “informe” fue sin duda diseñado para ser utilizado en el Memorial de Guatemala del 7 de diciembre de 2020¹⁵⁷³. Como es lógico, el informe (elaborado en apenas dos días) no incluye más información que la

¹⁵⁶⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 444.

¹⁵⁶⁹ *Kristof de Sutter, Peter de Sutter y (DS)2, S.A. c. República de Madagascar (II)* (Caso CIADI N°. ARB/17/18) Laudo del 17 de abril de 2020, pár. 339 (CL-0311).

¹⁵⁷⁰ *Ver* Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 445 (donde se cita el Informe de la Policía Nacional Civil (R-0052) y se describen los eventos acaecidos en 2016).

¹⁵⁷¹ Memorial de los Demandantes, pár. 118; Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente N°. 1904-2016, Fallo por el cual se desestima el amparo presentado por Exmingua contra el Presidente, el Ministro de Gobernación y el Director General de la Policía Nacional Civil del 2 de marzo de 2017 (donde se menciona que la fecha de presentación fue el 22 de abril de 2016) (C-0147).

¹⁵⁷² Informe presentado a la Unidad de Asuntos Internacionales de la Procuraduría General de Guatemala el 19 de noviembre de 2020 (C-0989).

¹⁵⁷³ *Id.*

encontrada en el informe de 2016, y concluye sumariamente que “[desde el último incidente registrado en dicho informe] hasta la fecha, no se ha presentado ningún inconveniente o conflicto en el lugar antes mencionado”¹⁵⁷⁴.

519. Como observó Exmingua en su acción de amparo del 22 de abril de 2016 contra el Presidente de Guatemala, el Ministerio de Gobernación y el Director General de la Policía Nacional Civil, la presencia constante y continua de los manifestantes (que “niegan cualquier acceso o ingreso a las instalaciones de la mina a cualquier trabajador, proveedor o visitante”) “implica una serie de danos personales”, “lesiones” y “hasta el riesgo de perder la vida”¹⁵⁷⁵. Asimismo, Exmingua observó que las autoridades policiales “evitan mantener el orden público” o “asumir actitudes de defensa o prevención”¹⁵⁷⁶, por lo que solicitó a la Corte de Constitucionalidad que ordenara la adopción de “medidas en cuanto a los bloqueos” para “preservar el orden público”¹⁵⁷⁷. La Corte de Constitucionalidad denegó la solicitud de Exmingua, afirmando erróneamente que “[e]l hecho que el proyecto minero en mención se encuentre suspendido implica que no puede estimarse como cierta e inminente la amenaza que la postulante aduce”¹⁵⁷⁸. De este modo, Exmingua fue privada del derecho a circular, y utilizar y desarrollar libremente sus bienes.

520. *Por último*, contrariamente a la afirmación de Guatemala de que “los Demandantes no han demostrado que hayan sufrido pérdidas o daños”¹⁵⁷⁹, los Demandantes han demostrado que el MEM y el MARN no respondieron a las solicitudes de asistencia de Exmingua para completar el EIA, lo que imposibilitó dicha labor, y luego agravaron la situación. Específicamente, a partir de diciembre de 2016 y mientras las protestas estaban en curso, el MEM hizo reiteradas y arbitrarias demandas para que Exmingua presentara el EIA correspondiente a la licencia de Santa Margarita en un plazo de 30 días¹⁵⁸⁰. A pesar de que Exmingua notificó al MEM que la zona estaba bloqueada y que las consultas para los estudios sociales del EIA no podían realizarse debido a las amenazas de los manifestantes, y solicitó que se suspendiera el requisito del EIA, *el MEM no respondió* a esta solicitud¹⁵⁸¹. Exmingua también

¹⁵⁷⁴ *Íd.*

¹⁵⁷⁵ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente N°. 1904-2016, Fallo por el cual se desestima el amparo presentado por Exmingua contra el Presidente, el Ministro de Gobernación y el Director General de la Policía Nacional Civil del 2 de marzo de 2017 (C-0147).

¹⁵⁷⁶ *Íd.*, pág. 2.

¹⁵⁷⁷ *Íd.*

¹⁵⁷⁸ *Íd.* pág. 6.

¹⁵⁷⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 454.

¹⁵⁸⁰ *Ver arriba*, Sección II.D.3.

¹⁵⁸¹ *Íd.*; Memorial de los Demandantes, pár. 120.

pidió al MARN que proporcionara “lineamientos” y “recomendaciones” para completar las consultas públicas necesarias para el EIA, pero *Exmingua no recibió ninguna respuesta* del MARN¹⁵⁸².

521. En lugar de ayudar a Exmingua a completar el EIA, el MEM ordenó a Exmingua que “regularizara” su solicitud de licencia de explotación de Santa Margarita en un plazo de 30 días¹⁵⁸³. Debido a las continuas protestas y amenazas (de las que el MEM estaba plenamente informado), Exmingua no pudo cumplir con esta solicitud, lo que dio lugar a que se archivara su solicitud de licencia¹⁵⁸⁴. El efecto práctico de las continuas protestas y bloqueos, la negativa del MARN y del MEM a ayudar a Exmingua a completar las consultas (y el hecho de que estos imposibilitaran completar el proceso de consulta al fijar un plazo inventado), y la moratoria *de facto* impuesta por el Estado en relación con la emisión de nuevas licencias de minería, fue que Exmingua no pudiera obtener su licencia de explotación para el área de licencia de Santa Margarita¹⁵⁸⁵. En estas circunstancias, el incumplimiento por parte de Guatemala de su obligación de proveer protección y seguridad plenas, así como el daño resultante, son evidentes.

E. Los tribunales de Guatemala denegaron justicia a la inversión de los Demandantes

522. Tal como se muestra en el Memorial de los Demandantes y se demuestra más adelante, al aplicar un nuevo requisito legal de forma retroactiva y discriminatoria con el fin de privar a Exmingua de sus derechos adquiridos y del derecho a la seguridad jurídica; negar a Exmingua los derechos fundamentales del debido proceso, incluyendo el derecho de notificación oportuna y el derecho a ser oída; y negarse a fallar respecto de la apelación de Exmingua dentro del plazo de ley o un plazo razonable, mientras fallaba respecto de otras apelaciones similares, las acciones de Guatemala constituyeron una forma de denegación de justicia respecto de la inversión de los Demandantes¹⁵⁸⁶.

1. El Tratado prohíbe la denegación de justicia

523. En su Memorial, los Demandantes demostraron que un Estado incumple la prohibición de denegación de justicia establecida en el Artículo 10.5, inciso (1), del CAFTA-DR cuando sus tribunales administran justicia de manera gravemente inadecuada e incluso violatoria de los derechos adjetivos y/o sustantivos que integran el debido proceso. Esto incluye aquellos casos en que se retrasan

¹⁵⁸² *Ver arriba*, Sección II.D.3; Memorial de los Demandantes, pág. 120.

¹⁵⁸³ *Ver arriba*, Sección II.D.3; Memorial de los Demandantes, pág. 123.

¹⁵⁸⁴ *Ver arriba*, Sección II.D.3; Memorial de los Demandantes, pág. 123.

¹⁵⁸⁵ *Ver arriba*, Sección II.D.3.

¹⁵⁸⁶ Memorial de los Demandantes, párrs. 266-312.

indebidamente los procedimientos; las acciones de un tribunal o las decisiones resultantes conmocionan el sentido de la corrección judicial; las decisiones judiciales son parciales, están motivadas políticamente o son arbitrarias; o los tribunales aplican dolosamente la ley de manera claramente incorrecta o discriminatoria¹⁵⁸⁷.

524. Guatemala concuerda en que, para que exista una violación de la norma de denegación de justicia, sus tribunales deben haber incurrido en “una conducta grave y atroz que conmociona, o al menos sorprende, el sentido de la corrección judicial”¹⁵⁸⁸. Guatemala también concuerda con el criterio formulado por el tribunal en el caso *Helnan c. Egipto*, que definió la denegación de justicia como las “deficiencias de procedimiento o de fondo en relación con los procedimientos locales, que puedan hacer que esas deficiencias sean inaceptables desde el punto de vista del derecho internacional”¹⁵⁸⁹.

525. Sin embargo, Guatemala pretende luego limitar la aplicación de ese estándar a las violaciones de los principios *adjetivos* del debido proceso, al afirmar que “[u]na denegación de justicia no se refiere a una denegación de justicia sustantiva”¹⁵⁹⁰ y que “el Tribunal debe desestimar cualquier impugnación contra la decisión sustantiva tomada por los tribunales guatemaltecos”¹⁵⁹¹. Guatemala respalda erróneamente esta teoría en el texto del Artículo 10.5, inciso (2), párrafo (a), del CAFTA-DR, que establece que “[l]a obligación... de otorgar... ‘trato justo y equitativo’ incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles, o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo”¹⁵⁹². Sin embargo, el texto de esta disposición hace referencia de forma general y sin limitaciones al “principio del debido proceso”, que incluye tanto el debido proceso adjetivo como el debido proceso sustantivo.

526. Como ha explicado el profesor Douglas, una “interpretación puramente ‘procesal’ [del umbral de denegación de justicia] es insostenible por principio”:

¹⁵⁸⁷ *Íd.*, párrs. 267-273.

¹⁵⁸⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 289 (comillas internas omitidas).

¹⁵⁸⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, nota al pie N°. 466 (cita de *Helnan Int'l Hotels A/S c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N°. ARB/05/19, Laudo del 3 de julio de 2008, pár. 106 (RL-0192)) (énfasis añadido).

¹⁵⁹⁰ Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 422.

¹⁵⁹¹ Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 302 (énfasis añadido).

¹⁵⁹² CAFTA-DR, Art. 10.5, inciso (2), párrafo (a) (CL-0001); Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 302 (donde se hace erróneamente referencia al Artículo 10.5, inciso (2), párrafo (b)).

La finalidad de un sistema de administración de justicia es decidir los casos y generar buenos resultados. Los méritos de un resultado están inexorablemente vinculados al derecho sustantivo que rige los derechos y obligaciones en cuestión...¹⁵⁹³

Un ciudadano extranjero sufre una injusticia procesal al tratar de reivindicar un derecho sustantivo cuando el procedimiento de adjudicación no atribuye un nivel adecuado de importancia al riesgo de daño moral que podría infligirle una decisión errónea respecto del derecho sustantivo en cuestión o cuando el proceso de adjudicación no refleja una ponderación coherente de la importancia del daño moral tal y como se refleja en la propia evaluación del daño moral realizada por el Estado e integrada en la legislación en su conjunto.¹⁵⁹⁴

527. En otra sección de su Memorial de Contestación, Guatemala cita la monografía del profesor Paulsson a través de las frases “la denegación de justicia siempre es procesal”¹⁵⁹⁵ y “la regla general es que la última palabra en cuanto al significado de la legislación nacional debe dejarse en manos del poder judicial nacional”¹⁵⁹⁶. Guatemala cita engañosamente estas frases de forma selectiva y fuera de contexto. Como revela el capítulo de la monografía citada que aborda específicamente las “[s]entencias que incumplen el derecho nacional”, el profesor Paulsson considera que la denegación de justicia adjetiva incluye lo que otros pueden categorizar como una denegación de justicia sustantiva: “Siempre que un tribunal internacional rechaza una decisión emitida por una autoridad judicial nacional fundada en la interpretación del derecho local correspondiente, lo hace por razones que se entienden fundadas en la determinación de que el proceso fue defectuoso”¹⁵⁹⁷. El profesor Paulsson explica que, ante una decisión judicial sustantiva a la que “ningún juez podría haber llegado razonablemente... debe inferirse que esta no fue dictada por una mente judicial independiente según su leal saber y entender”¹⁵⁹⁸. Por lo tanto, si bien el enfoque del profesor Paulsson puede parecer diferente al de la mayoría de los tribunales de inversión, tal como se describe en el Memorial de los Demandantes, la diferencia es meramente teórica y no afecta al alcance de la conducta que da lugar a la denegación de justicia¹⁵⁹⁹.

¹⁵⁹³ Zachary Douglas, *International Responsibility for Domestic Adjudication: Denial of Justice Deconstructed*, 63 INT’L & COMP. L.Q 867, 870 (2014) (RL-0191).

¹⁵⁹⁴ Zachary Douglas, *International Responsibility for Domestic Adjudication: Denial of Justice Deconstructed*, 63 INT’L & COMP. L.Q 867, 900 (2014) (RL-0191).

¹⁵⁹⁵ Memorial de Contestación de la Demandada, nota al pie N°. 478 (cita de “Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, pág. 7 (CL-0171)” (*sic*), aunque la página citada no se encuentra incluida en el anexo al que se hace referencia ni en ningún otro documento sumado al expediente).

¹⁵⁹⁶ Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 422 (cita de JAN PAULSSON, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW, pág. 73 (2005) (CL-0171)).

¹⁵⁹⁷ JAN PAULSSON, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW, pág. 87 (2005) (CL-0171).

¹⁵⁹⁸ JAN PAULSSON, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW, pág. 89 (2005) (CL-0171).

¹⁵⁹⁹ *Ver* Memorial de los Demandantes, párrs. 267-273.

528. Guatemala alega asimismo que los Demandantes “omitieron” el requisito de agotamiento de los recursos internos, pero ni siquiera describe cómo es que los Demandantes no han agotado los recursos internos disponibles¹⁶⁰⁰. En su alegato, Guatemala ignora que los Demandantes explicaron con gran detalle en su Memorial los numerosos pasos tomados por Exmingua ante los tribunales guatemaltecos para agotar los recursos internos de que disponían, incluyendo especialmente la apelación presentada como parte del proceso de amparo iniciado por el CALAS, que culminó con la decisión de la Corte de Constitucionalidad del 11 de junio de 2020¹⁶⁰¹. Irónicamente, Guatemala culpa al ejercicio exhaustivo de los recursos internos por parte de Exmingua de la demora de la Corte de Constitucionalidad en emitir dicha decisión¹⁶⁰². En consecuencia, no puede haber duda de que Exmingua ha agotado los recursos internos de que disponía. Si bien la decisión de la Corte de Constitucionalidad puede no hallarse aún firme en un sentido técnico, esto se debe únicamente al flagrante desconocimiento del plazo legal de que dispone para pronunciarse sobre la artificiosa solicitud de aclaración del MARN por parte de dicha Corte¹⁶⁰³. En cualquier caso, esto no cambia el hecho de que Exmingua no dispone de ningún otro recurso.

2. La conducta de los tribunales guatemaltecos equivale a una denegación de justicia

529. Como se demostró anteriormente y en el Memorial de los Demandantes, con el respaldo de las opiniones del Profesor Fuentes, los tribunales de Guatemala incumplieron gravemente los derechos procesales y de debido proceso fundamentales de Exmingua¹⁶⁰⁴, violaron flagrantemente los derechos sustantivos adquiridos por Exmingua¹⁶⁰⁵, y trataron a Exmingua de forma discriminatoria¹⁶⁰⁶. En su

¹⁶⁰⁰ Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 286; *ver también id.*, pár. 401.

¹⁶⁰¹ Memorial de los Demandantes, párrs. 70-96, 103-104, 118, 132-133.

¹⁶⁰² *Ver* Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 415 (“el avance de la decisión de la Corte de Constitucionalidad se vio afectado por la apelación de Exmingua y otros procedimientos paralelos relacionados con la licencia de explotación de Exmingua de Progreso VII...”).

¹⁶⁰³ Como explica el profesor Fuentes, de acuerdo con el artículo 71 de la Ley de Amparo, una solicitud de aclaración debe presentarse dentro de las 24 horas siguientes a la notificación de la resolución de fondo, y la Corte de Constitucionalidad debe resolverla dentro de las 48 horas siguientes. Fuentes II, pár. 102; Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad, Art. 71 (C-0416). El MARN presentó su solicitud de aclaración el 1 de septiembre de 2020, ya que supuestamente había sido notificado de la decisión de la Corte de Constitucionalidad el 31 de agosto de 2020. Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Casos Consolidados N°. 3207-2016 y 3344-2016, Solicitud de Aclaración del MARN de fecha 1 de septiembre de 2020, pág. 1 (C-0668). Por lo tanto, la Corte de Constitucionalidad debería haber resuelto la solicitud de aclaración del MARN a principios de septiembre de 2020, pero sigue sin hacerlo más de nueve meses después. *Ver arriba*, Sección II.D.4.

¹⁶⁰⁴ *Ver arriba*, Sección II.D.1.a; Memorial de los Demandantes, párrs. 133-139; 276-295; Fuentes I, párrs. 106-162; Fuentes II, párrs. 100-159.

¹⁶⁰⁵ *Ver arriba*, Sección II.D.1.b; Memorial de los Demandantes, párrs. 140, 296-305; Fuentes I, párrs. 163-184; Fuentes II, párrs. 160-162.

¹⁶⁰⁶ *Ver arriba*, Sección II.D.1.c; Memorial de los Demandantes, párrs. 306-311; Fuentes I, párrs. 159-162, 177-178, 183; Fuentes II, pár. 160.

conjunto, estas violaciones resultaron en una atroz injusticia consistente en la suspensión de las operaciones de Exmingua por más de cinco años, la cual continúa vigente por tiempo indefinido, con el falso propósito de permitir a Guatemala llevar a cabo consultas que ni siquiera ha comenzado.

530. En la medida en que aborda las violaciones del debido proceso adjetivo, Guatemala pretende hacerlo de forma aislada, pero no tiene nada que decir acerca de las consecuencias extremadamente arbitrarias e inequitativas que la acumulación de esas violaciones ha impuesto a Exmingua.

531. Es revelador que Guatemala ni siquiera haya intentado defender las decisiones de sus tribunales sobre el fondo de la cuestión¹⁶⁰⁷. El Memorial de Contestación de Guatemala, de 300 páginas, sólo dedica un epígrafe al argumento de que “[l]a suspensión de la licencia de explotación fue consistente con la Legislación de Guatemala”¹⁶⁰⁸. Los tres párrafos de ese epígrafe abordan superficialmente el requisito de consulta establecido en el Convenio N°. 169 de la OIT, pero ni siquiera mencionan la suspensión¹⁶⁰⁹. La decisión de la Corte de Constitucionalidad en el caso *Cementos Progreso*, a la que Guatemala se refiere en este contexto (sin proporcionar una cita), tampoco ayuda a Guatemala¹⁶¹⁰. Como explica el profesor Fuentes, en dicho caso la Corte de Constitucionalidad ordenó que se realizaran las consultas, pero sin suspender las operaciones del proyecto minero en cuestión¹⁶¹¹.

532. En este caso, como se demostró anteriormente y en el Memorial de los Demandantes, las 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

¹⁶⁰⁷ Ver Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 422 (donde se alega únicamente que “[l]as decisiones sustantivas de las Cortes de Constitucionalidad están fuera de la competencia del Tribunal”).

¹⁶⁰⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, epígrafe precedente al pár. 428.

¹⁶⁰⁹ Ver Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 428-430.

¹⁶¹⁰ *Íd.*, pár. 430.

¹⁶¹¹ Fuentes II, pár. 73; Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Caso N°. 3878-2007, Decisión del 21 de diciembre de 2009, pág. 36 (C-0497). En otro punto, Guatemala hace referencia a la decisión de la Corte de Constitucionalidad en el Caso N°. 3580-2015, y afirma que en ese caso la Corte “impuso la suspensión de la licencia hasta que se celebraran consultas con las comunidades afectadas”. Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 416 (cita de Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Caso N°. 3580-2015, Decisión del 6 de febrero de 2017, pág. 11 (R-0120)). Esto es engañosamente inexacto, ya que Guatemala omite mencionar que este caso se basó en un reclamo (falso) en el cual se alegó que Exmingua llevó a cabo obras de construcción sin un *permiso de construcción* y no involucró la licencia de explotación de Exmingua, que en ese momento ya había sido suspendida; y la suspensión no se ordenó respecto de ninguna licencia o permiso, sino de obras de construcción que ya habían sido completadas. Ver arriba, Sección II.C.1.

propiedad y la libertad de comercio e industria¹⁶¹². Esta privación por parte de los tribunales guatemaltecos no sólo fue contraria a la legislación de Guatemala, sino que también constituyó un incumplimiento de los principios del derecho internacional que protegen los derechos adquiridos y limitan la aplicación retroactiva de nuevas leyes o la reinterpretación retroactiva de leyes existentes.

533. Tal como lo declaró recientemente el tribunal en el caso *Cairn Energy c. India*, “[e]l principio de seguridad jurídica es ampliamente reconocido como un componente fundamental del estado de derecho que, a su vez, ha sido reconocido de larga data por el derecho internacional”¹⁶¹³. Con referencias a las sentencias de la Corte Internacional de Justicia, el tribunal del caso *Cairn Energy* determinó asimismo que “[l]a utilización del ‘Estado de Derecho’ como concepto fundacional en estas sentencias se ha reflejado a su vez en la doctrina sobre tratados de inversión”¹⁶¹⁴. Tras examinar otras fuentes, el tribunal concluyó que “las manifestaciones del concepto fundacional del estado de derecho, como el principio de seguridad jurídica, son ‘principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas’ a los efectos del artículo 38.1, inciso (c), del Estatuto de la CIJ, y pueden, por tanto, guiar al Tribunal en la determinación del contenido del estándar de trato justo y equitativo contenido en un tratado internacional, con independencia de los antecedentes o la postura política de los Estados contratantes”¹⁶¹⁵. Como principio general de derecho, el principio de seguridad jurídica también 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 CAFTA-DR.

534. En cuanto al principio de irretroactividad, el tribunal del caso *Cairn Energy* consideró que se trata de “uno de los elementos esenciales del principio de seguridad jurídica” y que, en general, “la aplicación retroactiva de la ley constituye una afrenta fundamental al principio de seguridad jurídica y atenta contra la garantía de previsibilidad del sistema jurídico”¹⁶¹⁶. En el caso *Bilcon c. Canadá*, el

¹⁶¹² Ver arriba, Sección II.D.1.b; Memorial de los Demandantes, párrs. 140, 296-305; Fuentes I, párrs. 163-184; ver también Fuentes II, párrs. 160-162.

¹⁶¹³ *Cairn Energy Plc y Cairn UK Holdings Ltd. c. República de la India*, CNUDMI, Caso CPA N°. 2016-7, Laudo del 21 de diciembre de 2020, pár. 1741 (CL-0335) (cita del *Caso del Asilo (Colombia c. Perú)*, Sentencia, 1950, Informe CIJ N°. 284; *Caso relativo a Elettronica Sicula, S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos c. Italia)*, 1989 Informe CIJ N°. 15, pár. 128).

¹⁶¹⁴ *Cairn Energy Plc y Cairn UK Holdings Ltd. c. República de la India*, CNUDMI, Caso CPA N°. 2016-7, Laudo del 21 de diciembre de 2020, pár. 1741 (CL-0335) (cita de *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company c. República del Ecuador (II)*, Caso CPA N°2009-23, Segundo Laudo Parcial sobre el Tramo II del 30 de agosto de 2018, párrs. 9.16-9.19; *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI N°. ARB/06/18, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad del 14 de enero de 2010, párrs. 262-263; *Glencore Int’l A.G. y C.I. Prodeco S.A. c. República de Colombia*, Caso CIADI N°. ARB/16/6, Laudo del 27 de agosto de 2019, párrs. 1446, 1450).

¹⁶¹⁵ *Cairn Energy Plc y Cairn UK Holdings Ltd. c. República de la India*, CNUDMI, Caso CPA N°. 2016-7, Laudo del 21 de diciembre de 2020, pár. 1749 (CL-0335).

¹⁶¹⁶ *Cairn Energy Plc y Cairn UK Holdings Ltd. c. República de la India*, CNUDMI, Caso CPA N°. 2016-7, Laudo del 21 de diciembre de 2020, pár. 1757 (CL-0335) (“uno de los elementos esenciales del principio de seguridad jurídica es precisamente que “[l]as personas deben estar informadas con antelación de las consecuencias de su comportamiento” y que la ley debe

tribunal observó que la retroactividad podría incumplir el estándar mínimo de trato¹⁶¹⁷. Asimismo, como explica el profesor Paulsson en su monografía, por las mismas razones, la creación de nuevas leyes “creadas por los tribunales” o “creadas por la jurisprudencia” puede equivaler a una denegación de justicia¹⁶¹⁸.

535. Al aplicar el principio de irretroactividad, el tribunal del caso *Cairn Energy* determinó que “debería... equilibrarse con la facultad del Estado de actuar en pos de un fin público”, y explicó que “determinados tipos de regulaciones retroactivas pueden estar justificados cuando el Estado tiene un fin particular que justifica esa forma específica de retroactividad”¹⁶¹⁹. Asimismo, a la hora de ponderar el fin específico del Estado contra los intereses del inversionista, el tribunal del caso *Cairn Energy* consideró que debía aplicarse el principio de proporcionalidad, ya que “las medidas no deben ser más gravosas para los derechos e intereses de la persona de lo que exige el fin público perseguido, especialmente cuando existe una medida menos gravosa que permita alcanzar el mismo fin público”¹⁶²⁰. En este sentido, el tribunal del caso *Cairn Energy* subrayó que es necesario “determinar si la desviación del principio de seguridad jurídica está justificada por un fin público adicional que no pueda satisfacerse sin dar efecto retroactivo a la medida correspondiente”¹⁶²¹.

536. Al decidir respecto de la suspensión de las operaciones de Exmingua, los tribunales guatemaltecos ni siquiera intentaron ponderar el interés del Estado en llevar a cabo las consultas requeridas por el Convenio N°. 169 de la OIT contra el derecho adquirido de Exmingua a operar en virtud de su licencia de explotación. Tampoco realizaron un análisis de proporcionalidad para

‘enunciar sus posibles efectos... con respecto a la determinación de los sujetos destinatarios de la norma’. Por esta razón, la regla es que la ley opera de forma prospectiva. Por su propia naturaleza, las leyes retroactivas no permiten a los individuos prever las consecuencias jurídicas de su conducta. Una persona sometida a una legislación retroactiva se ve así privada de la capacidad de tomar decisiones informadas y planificar sus actividades tomando en cuenta las consecuencias jurídicas de su conducta, por la sencilla razón de que es imposible modificar hechos o acciones que ya han ocurrido. Por lo tanto, de acuerdo con el principio de seguridad jurídica, la regla general en un sistema regido por el estado de derecho es que la ley se aplica prospectivamente. Sin perjuicio de aquellos casos excepcionales en que se justifique por un fin público específico... la aplicación retroactiva de la ley constituye una afrenta fundamental al principio de seguridad jurídica y atenta contra la garantía de previsibilidad del sistema jurídico”) (incluye cita de los Criterios de Verificación del Estado de Derecho de la Comisión de Venecia, adoptada por la Comisión de Venecia en su 106ª Sesión Plenaria, 11-12 de marzo de 2016, párrs. 58, 62)).

¹⁶¹⁷ *William Ralph Clayton y otros c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, Caso CPA N°. 2009-04, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad del 17 de marzo de 2015, pár. 572 (CL-0088) (“el incumplimiento del estándar mínimo internacional puede darse en circunstancias especiales, como los cambios en un marco legal o político que tienen efecto retroactivo, no son notificados con una antelación razonable, tienen como objeto ser aplicados o se aplican de forma discriminatoria, o son contrarios a las garantías otorgadas expresamente con anterioridad por las autoridades estatales de que el marco normativo no se vería alterado en detrimento del inversionista”).

¹⁶¹⁸ JAN PAULSSON, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW, págs. 199-200 (2005) (CL-0171).

¹⁶¹⁹ *Cairn Energy Plc y Cairn UK Holdings Ltd. c. República de la India*, CNUDMI, Caso CPA N°. 2016-7, Laudo del 21 de diciembre de 2020, pár. 1788 (CL-0335).

¹⁶²⁰ *Íd.* (citas internas omitidas).

¹⁶²¹ *Íd.*, pár. 1794.

determinar si era necesario o adecuado suspender las operaciones de Exmingua para realizar las consultas. Por el contrario, los tribunales hicieron recaer sobre Exmingua todo el peso del supuesto incumplimiento de la obligación de realización de consultas asumida por el propio Estado, en flagrante violación del principio de proporcionalidad y por razones que sólo pueden ser descritas como indebidamente políticas¹⁶²². Los tribunales también hicieron esto de forma retroactiva, al exigir un nuevo proceso de consulta, suspender indefinidamente la licencia de explotación previamente concedida a Exmingua e imponer nuevas condiciones para su reactivación. Al igual que en el caso *Cairn Energy*, la imposición retroactiva de nuevas condiciones a la capacidad de Exmingua para operar en virtud de una licencia de explotación preexistente por parte de Guatemala “no logró equilibrar, o al menos equilibrar adecuadamente, el interés protegido de seguridad jurídica / estabilidad / previsibilidad de los Demandantes, por un lado, y la facultad de la Demandada de regular en aras del interés público, por el otro”¹⁶²³. También como en el caso *Cairn Energy*, “esta retroactividad injustificada ‘no es solo contraria a una norma jurídica, sino también violatoria del estado de derecho’, y ‘conmociona, o al menos sorprende, el sentido de la corrección judicial’”¹⁶²⁴.

537. Los tribunales guatemaltecos también actuaron de forma arbitraria al exigir un nuevo proceso de consulta, la suspensión indefinida de la licencia de explotación previamente concedida a Exmingua y la imposición de nuevas condiciones para su reactivación. En el caso *Bilcon c. Canadá*, el tribunal determinó que “la conducción de la revisión conjunta [por parte del Estado] fue arbitraria [porque] efectivamente creó, sin tener la autoridad legal necesaria y sin que mediare notificación justa a Bilcon, un nuevo estándar de evaluación en lugar de ejecutar plenamente el mandato [para el otorgamiento de una licencia minera] establecido por la legislación aplicable”¹⁶²⁵. En este caso, la suspensión de la licencia de explotación de Exmingua por parte de los tribunales guatemaltecos constituyó 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. Al igual que en el caso *Bilcon*, la creación de nuevos requisitos y la suspensión basada en estos nuevos requisitos fueron arbitrarias.

¹⁶²² Ver Transcripción de la entrevista realizada por Canal Antigua a Roberto Molina Barreto, Presidente de la Corte de Constitucionalidad, de fecha 15 de abril de 2021, (Acta 15.05) (C-0901) (donde critica las decisiones contradictorias de la Corte de Constitucionalidad en relación con el derecho de consulta resultante del Convenio N°. 169 de la OIT por “estar politizadas, ya que quien está obligado a consultar es el Estado a través de los órganos competentes” y por “causar inseguridad jurídica”); ver también Sección II.D.4.

¹⁶²³ *Cairn Energy Plc y Cairn UK Holdings Ltd. c. República de la India*, CNUDMI, Caso CPA N°. 2016-7, Laudo del 21 de diciembre de 2020, pár. 1816 (CL-0335).

¹⁶²⁴ *Íd.*, pár. 1816 (cita de *Caso relativo a Elettronica Sicula, S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos vs. Italia)*, 1989 Informe CIJ N°. 15, pár. 128).

¹⁶²⁵ *William Ralph Clayton y otros c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, Caso CPA N°. 2009-4, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad del 17 de marzo de 2015, pár. 591 (CL-0088).

538. Los tribunales guatemaltecos también incurrieron en actos de denegación de justicia al sancionar injustificadamente a Exmingua por el incumplimiento del Estado de la obligación de realizar las consultas previstas en el Convenio N°. 169 de la OIT. Ninguna de las decisiones de los tribunales hace referencia a una infracción por parte de Exmingua en este sentido. De hecho, Exmingua cumplió con todos los requisitos emanados de las leyes y reglamentos aplicables en Guatemala para obtener su licencia de explotación, la cual fue válidamente otorgada de conformidad con la ley guatemalteca. La propia Corte de Constitucionalidad, a lo largo de más de una década, reiteró que la culpa por la falta de realización de las consultas requeridas por el Convenio N°. 169 de la OIT recae enteramente en el Estado y principalmente en el Poder Legislativo, por no haber promulgado una ley que permita implementar el Convenio N°. 169 de la OIT en Guatemala al facultar y orientar al MEM para la dirección de los procesos de consulta. Sin embargo, en este caso, la Corte de Constitucionalidad sancionó a Exmingua privándola de sus derechos adquiridos, mientras que ni el poder legislativo ni el MEM (ni el MARN) han sufrido ninguna sanción.

539. Finalmente, las decisiones de los tribunales guatemaltecos fueron discriminatorias, ya que supuestamente ordenaron la suspensión de las operaciones de Exmingua para permitir la continuación del proceso de consulta, pero al mismo tiempo permitieron que otros operadores, en particular Oxec y Minera San Rafael, continuaran sus operaciones durante el proceso de consulta, incluso después de que Exmingua presentara un recurso de reconsideración¹⁶²⁶. Guatemala incluso admite que ha dado un trato preferente a Oxec y a otros proyectos hidroeléctricos en comparación con los proyectos mineros en este sentido, pero no explica por qué la realización de las consultas requiere la suspensión en los últimos casos y no en los primeros, y las decisiones de los tribunales tampoco abordan esta cuestión¹⁶²⁷.

540. Cuando intenta defender las violaciones del debido proceso perpetradas por sus tribunales al permitir que el CALAS presentara una acción fuera de plazo, sin haber agotado los recursos administrativos disponibles, sin tener legitimación activa y contra un demandado equivocado¹⁶²⁸, Guatemala simplemente argumenta de manera concluyente que sus tribunales cumplieron con la ley

¹⁶²⁶ *Ver arriba*, Sección II.D.1.c; *ver también* Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Casos Consolidados No. 90-2017, 91-2017 y 92-2017, Decisión del 26 de mayo de 2017, pág. 101 (C-0441) (donde se ordena al MEM que realice las consultas requeridas por el Convenio N°. 169 de la OIT en un plazo de 12 meses, y se permite la continuación de las operaciones de Oxec y Oxec II durante dicho plazo); Corte Suprema de Guatemala, Caso No. 1076-2017, Decisión del 8 de septiembre de 2017, pág. 65 (C-0570) (donde se ordena al MEM que realice consultas en un plazo de 12 meses y se permite la continuación de las operaciones de Minera San Rafael durante el período de consulta).

¹⁶²⁷ *Ver arriba*, Sección II.D.1.c; *ver también* Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 137.

¹⁶²⁸ *Ver arriba*, Sección II.D.1.a; *ver también* Memorial de los Demandantes, párrs. 75-77, 137, 281-288, 290-291; Fuentes I, párrs. 110-136, 143-152; Fuentes II, párrs. 114-145, 146, 151-155.

guatemalteca¹⁶²⁹. No refuta de manera convincente las conclusiones del Profesor Fuentes en sentido contrario y, en cualquier caso, ignora que, incluso si sus tribunales hubieran cumplido con la ley guatemalteca (y no es el caso), eso es por sí solo insuficiente para rechazar un reclamo por denegación de justicia en virtud del Tratado¹⁶³⁰.

541. En cuanto a la legitimación activa del CALAS, el experto presentado por Guatemala, el profesor Richter, admite básicamente que los tribunales guatemaltecos modificaron la ley en el caso de Exmingua para permitir que el CALAS ejerciera su acción de amparo mediante una “innovación” que amplió “la capacidad de instar [un amparo] sin que se evidencie en forma expresa un agravio personal y directo o, según sea el caso, que la persona que comparezca posea la representación legal de una colectividad o la encomienda de la defensa de derechos difusos...”¹⁶³¹. Sin esa “innovación”, al CALAS se le habría negado la legitimación y su caso habría sido desestimado¹⁶³². Tal como afirma el profesor Paulsson en su monografía con respecto a las circunstancias en las que las nuevas leyes “creadas por los tribunales” o “creadas por la jurisprudencia” equivalen a una denegación de justicia, “[I]as desviaciones sorpresivas de los patrones de razonamiento o resultados establecidos, o la aparición repentina de una norma completa donde antes no la había, deben considerarse con el mayor escepticismo cuando tienen por efecto perjudicar a un extranjero. Cuando se dicta en relación a un sujeto específico, la ley “creada por la jurisprudencia” no es diferente de las leyes o los decretos, y puede constituir un ilícito internacional”¹⁶³³.

542. En el proceso de amparo, los tribunales guatemaltecos dejaron de lado por primera vez, y sin ningún fundamento legal, otros requisitos obligatorios de admisibilidad establecidos por la Ley de Amparo para permitir que la acción de amparo del CALAS procediera, a pesar de que el CALAS la presentó fuera del plazo establecido, no agotó los recursos administrativos disponibles y la dirigió contra

¹⁶²⁹ Ver Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 424-430.

¹⁶³⁰ Ver *Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI N°. ARB (AF)/98/3, Laudo del 26 de junio de 2003, pár. 133-134 (CL-0170) (“En palabras del Tribunal del TLCAN en el caso [*Mondev*], ‘la cuestión es si, a nivel internacional y teniendo en cuenta las normas generalmente aceptadas de la administración de justicia, un tribunal puede concluir, a la luz de todos los hechos, que la decisión impugnada fue claramente improcedente y desacreditable, ocasionando que la inversión fuera sometida a un ‘trato injusto e inequitativo’”. Si la respuesta a esta pregunta es afirmativa, se habrá incumplido el artículo 1105. No nos corresponde a nosotros determinar si el desarrollo del juicio constituyó un incumplimiento del derecho municipal así como del derecho internacional”) (incluye cita de *Mondev Int’l Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI N°. ARB(AF)/99/2, Laudo del 11 de octubre de 2002, pár. 127 (RL-0018)); ver también Comisión de Derecho Internacional, Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Resolución 56/83 de la Asamblea General de la ONU (12 de diciembre de 2001), UN Doc. A/RES/56/83, Anexo, Art. 3 (RL-0291) (“La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno”).

¹⁶³¹ Richter, pár. 90; Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 124, 427.

¹⁶³² Ver Fuentes I, párrs. 134-142; Fuentes II, párrs. 146-150 [= toda la Sección III.A.3.c]; ver también, Sección II.D.1.a.iv.

¹⁶³³ JAN PAULSSON, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW, pág. 199-200 (2005) (CL-0171).

el demandado equivocado¹⁶³⁴. Guatemala no intenta responder a las detalladas explicaciones proporcionadas por los Demandantes y el Profesor Fuentes a este respecto más que para afirmar de manera concluyente que “el recurso de amparo del CALAS fue presentado de acuerdo con la ley guatemalteca”, y respaldar tal declaración únicamente con la decisión judicial cuestionada en este proceso¹⁶³⁵.

543. En cuanto a la violación del derecho a ser oída de Exmingua por parte de la Corte Suprema, Guatemala argumenta que “la Ley de Amparo permite amparos provisionales ex-parte”, y que “Exmingua no se vio perjudicada como consecuencia de haberse incorporado al proceso después del amparo provisional”¹⁶³⁶. Guatemala ignora que la Ley de Amparo obliga específicamente al tribunal a notificar a los terceros interesados el día posterior a la recepción del informe de la autoridad impugnada (en este caso el MEM), y a oír a dichos terceros dentro de las 48 horas siguientes, como explica el profesor Fuentes¹⁶³⁷. En este caso, el MEM presentó su informe el 5 de septiembre de 2014, por lo que la Corte Suprema debió haber notificado a Exmingua al día siguiente. Si 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 Exmingua¹⁶³⁸, y habría tenido la oportunidad de responder a esa solicitud antes de que la Corte emitiera su amparo provisional el 11 de noviembre de 2015¹⁶³⁹.

544. Guatemala argumenta asimismo que Exmingua no intentó rectificar esta violación de su derecho a ser oída por medio de la presentación de una objeción ante la Corte Suprema o un recurso ante la Corte de Constitucionalidad¹⁶⁴⁰. Sin embargo, como admite Guatemala, Exmingua “impugnó el amparo provisional con mucha fuerza... asándose en el mismo argumento que los Demandantes presentan ante este Tribunal”¹⁶⁴¹. Exmingua hizo esto inmediatamente después de recibir la notificación

¹⁶³⁴ *Ver arriba*, Sección II.D.1.a.ii (desestimación de los plazos perentorios establecidos en la Ley de Amparo); *Íd.* Sección II.D.1.a.iii (desestimación del requisito de agotamiento de recursos establecido en la Ley de Amparo); *Íd.* Sección II.D.1.a.v (desestimación de la falta de legitimación pasiva del MEM).

¹⁶³⁵ Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 424-427 (cita de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Casos Consolidados N° 3207-2016 y 3344-2016, Decisión del 11 de junio de 2016 (C-0145)). Las referencias a pie de página incluidas por Guatemala en estos párrafos se refieren todas a esta misma decisión, si bien la forma en que se las incluyó hace creer falsamente que se refieren a distintas decisiones tanto de la Corte de Constitucionalidad como de la Corte Suprema, dictadas en diferentes fechas y contenidas en distintos anexos. *Íd.*, nota al pie N°. 719-721.

¹⁶³⁶ Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 406.

¹⁶³⁷ Fuentes I, pár. 94; Ley de Amparo, Arts. 5, 34, 35 (C-0416).

¹⁶³⁸ Petición de Amparo de CALAS del 28 de agosto de 2014, pág. 18-21 (C-0137).

¹⁶³⁹ *Ver* Corte Suprema de Guatemala, Caso No. 1592-2014, Decisión del 11 de noviembre de 2015 (C-0004).

¹⁶⁴⁰ Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 409.

¹⁶⁴¹ *Íd.*, pár. 408.

del tribunal, mediante la presentación de un recurso de apelación directo ante la Corte de Constitucionalidad, ya que objetar primero ante la Corte Suprema, es decir, el mismo tribunal que durante 18 meses había ignorado el derecho de Exmingua a ser oída, habría sido en vano¹⁶⁴². Sin embargo, Guatemala omite convenientemente mencionar que la Corte de Constitucionalidad, en su decisión del 5 de mayo de 2016 por la cual rechazó el recurso de apelación presentado por Exmingua, 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 apelación¹⁶⁴³.

545. Guatemala también fracasa al intentar defender la demora de cuatro años de la Corte de Constitucionalidad¹⁶⁴⁴ para emitir su decisión¹⁶⁴⁵.

546. Guatemala califica de “atípico” el laudo del caso *Pey Casado c. Chile*, que determinó que un retraso de siete años constituía una denegación de justicia¹⁶⁴⁶. La crítica de Guatemala a dicho laudo por carecer de orientación o razonamiento está fuera de lugar, ya que el razonamiento del laudo es claro: dados los hechos constatados por el tribunal y descritos anteriormente en el laudo, el tribunal consideró que el hecho de que una corte chilena no se pronunciara durante más de siete años sobre el fondo de un reclamo constituía una denegación de justicia¹⁶⁴⁷. El laudo también se basó en las opiniones de varios doctrinarios, incluyendo la siguiente cita de la monografía del profesor Paulsson “[L]os retrasos pueden ser ‘incluso más ruinosos’ que la denegación absoluta de acceso [a la justicia], porque en esta última situación los demandantes saben a qué atenerse y actúan en consecuencia, ya sea buscando una intervención diplomática o explorando vías de acción legal directa”¹⁶⁴⁸. En cuanto a “la complejidad del asunto, los intereses en juego y los efectos de la demora”¹⁶⁴⁹, que aparentemente Guatemala tiene dificultades para dilucidar, el laudo establece claramente que el objeto cuya restitución o compensación

¹⁶⁴² Apelación Directa de Exmingua ante la Corte de Constitucionalidad del 23 de febrero de 2016 (C-0005); Corte Suprema de Guatemala, Caso N°. 1592-2014, Notificación a Exmingua del 19 de febrero de 2016 (C-0470).

¹⁶⁴³ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Casos Consolidados N°. 795-2016 y 1380-2016, Decisión del 5 de mayo de 2016, pág. 4 (C-0143); *ver también* Fuentes I, pár. 97.

¹⁶⁴⁴ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 410-417.

¹⁶⁴⁵ *Ver arriba*, Sección II.D.1.a.vi.

¹⁶⁴⁶ Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 295; *Victor Pey Casado y Fundación “Presidente Allende” c. República de Chile*, Caso CIADI N°. ARB/98/2, Laudo del 8 de mayo de 2008, pár. 659 (CL-0177).

¹⁶⁴⁷ *Victor Pey Casado y Fundación “Presidente Allende” c. República de Chile*, Caso CIADI N°. ARB/98/2, Laudo del 8 de mayo de 2008, pár. 659 (CL-0177); *ver también* *Íd.*, párrs. 77-80 (donde se establecen los hechos pertinentes).

¹⁶⁴⁸ *Íd.*, pár. 660 (cita de JAN PAULSSON, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW 177 (2005)).

¹⁶⁴⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 295 (cita de *Victor Pey Casado y Fundación “Presidente Allende” c. República de Chile*, Caso CIADI N°. ARB/98/2, Laudo (8 de mayo de 2008), pár. 659 (CL-0177), aunque el párrafo citado no se encuentra incluido en el anexo correspondiente).

estaba en disputa ante el tribunal chileno, era una imprenta¹⁶⁵⁰. Si bien el laudo no indica el valor de la imprenta, es seguro suponer que era significativamente menor que el valor de la inversión de los Demandantes en el presente Arbitraje.

547. Al referirse a otras decisiones de tribunales internacionales relacionadas con la cantidad de tiempo que debe considerarse excesiva, Guatemala ignora convenientemente la clara consecuencia de la demora en el presente caso, a saber, la continua suspensión de las operaciones de Exmingua, que ya ha superado los cinco años¹⁶⁵¹. Guatemala es desde luego consciente de esto, a pesar de afirmar falsamente que “los Demandantes no han demostrado cómo sufrieron daños como resultado de la demora”¹⁶⁵². Como afirma el profesor Douglas, “las personas tienen derecho a la ‘ponderación consistente de la importancia del daño moral’ en un proceso adjudicativo”¹⁶⁵³. Al ordenar la suspensión de las operaciones de Exmingua, supuestamente para facilitar las consultas requeridas por la OIT; ordenar la realización de consultas relacionadas con otros proyectos sin ordenar su suspensión; negarse a levantar la suspensión a pesar de que dichas consultas claramente no se realizaron durante muchos años; retrasar la notificación al MARN de su decisión del 11 de junio de 2020 durante varios meses para dejar sin efecto el plazo de 24 horas para la presentación de solicitudes de aclaración; y finalmente negarse a pronunciarse sobre una solicitud presentada hace más de nueve meses, en flagrante violación del plazo de 48 horas correspondiente, a fin de otorgar al MEM la artificiosa excusa de que no necesita iniciar las consultas porque la decisión de la Corte aún no ha quedado “firme”, los más altos tribunales de Guatemala omitieron de forma manifiesta y atroz ponderar de cualquier forma “la importancia del daño moral”. En cambio, negaron arbitrariamente a Exmingua sus derechos de propiedad adquiridos a causa del supuesto fracaso de Guatemala a la hora de implementar y aplicar sus propias leyes.

F. Guatemala no concedió a los Demandantes y a su inversión el trato nacional y de nación más favorecida

548. Como establecieron los Demandantes en su Memorial, en virtud de lo establecido en los Artículos 10.3 y 10.4 del CAFTA-DR, Guatemala acordó otorgar a los Demandantes y a sus inversiones el trato nacional y de nación más favorecida¹⁶⁵⁴. Guatemala incumplió ambas obligaciones cuando sus

¹⁶⁵⁰ Ver Victor Pey Casado y Fundación “Presidente Allende” c. República de Chile, Caso CIADI N°. ARB/98/2, Laudo del 8 de mayo de 2008, pár. 78 (CL-0177).

¹⁶⁵¹ Ver Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 290-299.

¹⁶⁵² *Íd.*, pár. 417; ver también Memorial de los Demandantes, Sección IV; *infra* Sección IV.

¹⁶⁵³ Zachary Douglas, *International Responsibility for Domestic Adjudication: Denial of Justice Deconstructed*, 63 INT’L & COMP. L.Q 867, 890 (2014) (RL-0191).

¹⁶⁵⁴ Memorial de los Demandantes, párrs. 314-322.

tribunales y el MEM trataron a Exmingua de manera menos favorable que a Oxec, una sociedad que, según el leal saber y entender de los Demandantes, es de titularidad directa/legal de un inversionista panameño y de titularidad indirecta de un inversionista guatemalteco; y a Minera San Rafael y CGN, dos sociedades de titularidad de inversionistas canadienses y suizos, respectivamente¹⁶⁵⁵.

549. Como se ha señalado anteriormente, si bien Guatemala declara que Oxec es una sociedad de propiedad guatemalteca¹⁶⁵⁶, los Demandantes han comprobado que el propietario directo de las dos sociedades guatemaltecas de Oxec es una sociedad panameña, Energy Resources Capital Corp¹⁶⁵⁷. Por lo tanto, los Demandantes mantienen su reclamo de incumplimiento de la obligación de trato nacional utilizando a Oxec como comparador por tratarse de una sociedad de titularidad indirecta de capitales guatemaltecos y, en subsidio, amplían su reclamo de incumplimiento del principio de nación más favorecida para cubrir a Oxec por tratarse de una sociedad de titularidad indirecta de capitales guatemaltecos.

550. En su Memorial de Contestación, Guatemala presenta argumentos relativos al estándar de trato nacional y nación más favorecida de conformidad con los artículos 10.3 y 10.4 del CAFTA-DR, así como argumentos relativos a la aplicación de dichos estándares. Tal como se demuestra a continuación, esos argumentos deben ser desestimados.

1. El CAFTA-DR obliga a los Estados a conceder un trato nacional y de nación más favorecida a los inversionistas e inversiones en circunstancias similares

551. En su Memorial, los Demandantes afirman que los Artículos 10.3 y 10.4 del CAFTA-DR obligan a Guatemala a otorgar a los inversionistas e inversiones de las otras Partes Contratantes “un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares”, a sus propios inversionistas e inversiones, así como a los inversionistas e inversiones de terceros Estados¹⁶⁵⁸. Asimismo, los Demandantes demostraron que los tribunales que aplican el TLCAN, cuyos estándares de trato nacional y nación más favorecida están formulados de manera idéntica a los del CAFTA-DR¹⁶⁵⁹, interpretan que la frase “en circunstancias similares” requiere que el inversionista (i) opere en el mismo sector

¹⁶⁵⁵ *Íd.*, párrs. 323-328.

¹⁶⁵⁶ Memorial de Contestación de la Demandada, nota al pie N°. 419 (donde la Demandada reconoce y no niega la afirmación de los Demandantes de que Oxec es una sociedad de titularidad indirecta de Guatemala).

¹⁶⁵⁷ *Ver arriba*, Sección III.A.3; Informe Dun y Bradstreet del 13 de abril de 2021 (C-0990).

¹⁶⁵⁸ Memorial de los Demandantes, pár. 314; CAFTA-DR, Arts. 10.3, 10.4 (CL-0001).

¹⁶⁵⁹ TLCAN, Arts. 1102, 1103 (CL-0034).

económico o empresarial que otro inversionista¹⁶⁶⁰; o (ii) se encuentre sujeto a un proceso regulatorio similar, como una evaluación ambiental, aun cuando sus circunstancias y la naturaleza de sus negocios no sean idénticas entre sí¹⁶⁶¹. Cuando un inversionista o una inversión cumple este requisito de “circunstancias similares” y recibe un trato menos favorable, el Estado habrá incumplido la obligación que le impone el tratado, independientemente de que haya tenido o no la intención de discriminar al inversionista o a la inversión¹⁶⁶².

552. Guatemala cuestiona los argumentos de los Demandantes en relación con los estándares de trato nacional y nación más favorecida en virtud de los Artículos 10.3 y 10.4, y alega que éstos requieren que un inversionista pruebe, o al menos sugiera, la existencia de la intención discriminatoria del Estado basada en la nacionalidad¹⁶⁶³. Guatemala también afirma que, en ausencia de denegación de justicia, las sentencias de los tribunales nacionales no pueden suponer un incumplimiento de las normas de trato nacional y nación más favorecida¹⁶⁶⁴. Las afirmaciones de Guatemala son erróneas.

553. *En primer lugar*, el argumento de Guatemala según el cual las disposiciones sobre trato nacional y nación más favorecida del CAFTA-DR exigen que los Demandantes demuestren la intención discriminatoria del Estado no tiene fundamento en el texto del Tratado, como Guatemala parece reconocer¹⁶⁶⁵. Sin perturbarse por la ausencia de un requisito expreso, Guatemala afirma que tal requisito surge cuando los Artículos 10.3 y 10.4 se interpretan de acuerdo con su significado ordinario y a la luz de su objeto y propósito¹⁶⁶⁶. Sin embargo, no proporciona ninguna explicación adicional de su análisis de los artículos 10.3 y 10.4, ni lo caracteriza de ningún otro modo.

¹⁶⁶⁰ Memorial de los Demandantes, párr. 315; *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, CNUDMI, Laudo Parcial del 13 de noviembre de 2000, párrs. 243, 250-251 (CL-0104); *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN, Caso CIADI N°. ARB(AF)/99/1, Laudo del 16 de diciembre de 2002, párr. 171 (CL-0093); *Archer Daniels Midland Co. y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN, Caso CIADI N°. ARB(AF)/04/5, Laudo del 21 de noviembre de 2007, párrs. 201-202 (CL-0195); *Corn Prods. Int'l Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN, Caso CIADI N°. ARB(AF)/04/1, Decisión sobre Responsabilidad del 15 de enero de 2008, párr. 120 (CL-0196); *Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN, Caso CIADI N°. ARB(AF)/05/2, Laudo del 18 de septiembre de 2009, párrs. 211-214 (CL-0197).

¹⁶⁶¹ Memorial de los Demandantes, párr. 316; *William Ralph Clayton y otros c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, Caso CPA N°. 2009-04, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad del 17 de marzo de 2015, párrs. 692-705 (CL-0088).

¹⁶⁶² Memorial de los Demandantes, párrs. 317; *Siemens A.G. c. La República Argentina*, Caso CIADI N°. ARB/02/8, Laudo del 6 de febrero de 2007, párr. 321 (CL-0159).

¹⁶⁶³ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 622, 659-665.

¹⁶⁶⁴ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 618-620.

¹⁶⁶⁵ *Ver* Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 621 (donde se afirma que los “tres elementos” son (i) “cierto trato”, (ii) “comparadores... en circunstancias similares”, y (iii) un trato menos favorable); *ver también* *Íd.*, párr. 660 (donde se menciona por primera vez la “intención” discriminatoria); *ver también* CAFTA-DR, Arts. 10.3, 10.4 (CL-0001).

¹⁶⁶⁶ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 622.

554. La afirmación de Guatemala también se ve socavada por la presentación realizada por los Estados Unidos como parte no contendiente, que señala que, para establecer una violación del Artículo 10.3, los inversionistas sólo necesitan probar que ellos o sus inversiones “(1) recibieron un ‘trato’; (2) se encontraban en ‘circunstancias similares’ a los inversionistas o inversiones nacionales; y (3) recibieron un trato ‘menos favorable’ que el concedido a los inversionistas o inversiones nacionales”¹⁶⁶⁷. Dicha presentación también señala que “[e]stablecer una violación del Artículo 10.4 es lo mismo que establecer una violación del Artículo 10.3, excepto que el comparador aplicable en el paso dos anterior es un inversionista o una inversión de un tercer Estado”¹⁶⁶⁸.

555. Este Tribunal ya ha rechazado el intento de Guatemala de leer un lenguaje inexistente en el texto del Tratado, en su Decisión sobre Objeciones Preliminares, en la que el Tribunal consideró que debe interpretar el texto del CAFTA-DR “en lugar de atribuir a los Estados Partes intenciones concretas que (por muy sólidas que sean desde el punto de vista de las políticas) no se revelan a través del análisis reconocido de la CVDT”¹⁶⁶⁹.

556. Asimismo, Guatemala afirma que el requisito de probar la intención discriminatoria ha sido respaldado “unánimemente” por los tribunales de arbitraje de inversiones¹⁶⁷⁰. Por el contrario, no existe un apoyo unánime a la imposición de este requisito. Muchos tribunales arbitrales, incluyendo el tribunal del caso *Feldman c. México*, citado por Guatemala, han sostenido que el requisito de probar la intención discriminatoria sería una carga insuperable para los inversionistas, y que el *impacto* de las medidas del Estado debería ser determinante para probar la existencia de una discriminación basada en la nacionalidad¹⁶⁷¹. Esto se ve respaldado por otros casos, también citados por Guatemala, en los que los

¹⁶⁶⁷ Presentación realizada por los Estados Unidos como parte no contendiente, párr. 31.

¹⁶⁶⁸ *Id.*, párr. 32.

¹⁶⁶⁹ Decisión sobre las Objeciones Preliminares de la Demandada del 13 de marzo de 2020, párr. 157.

¹⁶⁷⁰ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 622.

¹⁶⁷¹ *Marvin Feldman c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N°. ARB(AF)/99/1, Laudo del 16 de diciembre de 2002, párr. 183 (CL-0093) (“[E]xigir que un inversionista extranjero pruebe que la discriminación se basa en su nacionalidad podría ser un obstáculo insalvable para el Demandante, ya que sólo el gobierno puede tener acceso a esta información. Sería virtualmente imposible para cualquier demandante allegar pruebas que demostraran que la discriminación manifestada por un gobierno está motivada en la nacionalidad y no en otras razones”); *Siemens AG c. La República Argentina*, Caso CIADI N°. ARB/02/8, Laudo del 6 de febrero de 2007, párr. 321 (CL-0159) (“El Tribunal concuerda en que la intención no es decisiva ni esencial para determinar que ha habido discriminación, y en que el impacto de la medida sobre la inversión sería el factor determinante para indagar si ha resultado en trato discriminatorio”); *Electrabel S.A. c. República de Hungría*, Caso CIADI N°. ARB/07/19, Decisión sobre Jurisdicción, Ley Aplicable y Responsabilidad del 30 de noviembre de 2015, párr. 7.152 (RL-0253) (“[E]l Tribunal considera que los efectos discriminatorios de las medidas son suficientes para incumplir la prohibición”); *Occidental Exploration & Prod. Co. c. Ecuador*, Caso LCIA N°. UN3467, Laudo Final del 1 de julio de 2004, párr. 177 (CL-0200) (“En la presente disputa, el hecho es que la OEPIC ha recibido tratamiento menos favorable que la que se otorga a las compañías nacionales. El Tribunal está convencido que esto no se ha hecho con la intención de discriminar contra compañías de propiedad extranjera... Sin embargo, el resultado de la política aprobada y la interpretación observada por el SRI ha sido de hecho un tratamiento menos favorable de OEPIC”); *Gavrilovic y Gavrilovic d.o.o. c. República de Croacia*, Caso CIADI N°. ARB/12/39, Laudo del 26 de julio de 2018, párr. 1206 (CL-0364) (“[E]l TBI requiere un análisis objetivo del trato identificado, y una

tribunales no consideraron que fuera necesario probar la intención discriminatoria, sino que basaron sus decisiones en la constatación de: (i) un trato diferenciado de todas las empresas de una jurisdicción específica¹⁶⁷²; o (ii) la incapacidad de los Demandantes para identificar cualquier empresa comparable¹⁶⁷³. Incluso los tribunales que han considerado los motivos subyacentes a las acciones del Estado han señalado que la existencia de intención era secundaria al impacto discriminatorio del trato del Estado. Por ejemplo, el tribunal del TLCAN en el caso *S.D. Myers c. Canadá* señaló que la intención discriminatoria era “*importante, pero... no necesariamente decisiva*” para constatar la discriminación, y la consideró como un factor más que como un requisito¹⁶⁷⁴.

557. En consecuencia, ni el lenguaje del Tratado ni la jurisprudencia exigen que se demuestre una intención discriminatoria para demostrar una violación del trato nacional o del estándar de nación más favorecida.

558. *En segundo lugar*, la afirmación de Guatemala de que, en ausencia de denegación de justicia, una sentencia judicial interna no puede incumplir los estándares de trato nacional y nación más

determinación de si es menos favorable. Se desprende de las conclusiones fácticas sobre las ‘circunstancias similares’ que el Tribunal no necesita realizar una evaluación adicional de los requisitos para establecer un incumplimiento del Artículo 3, inciso (1). Sin decidir la cuestión, el Tribunal ha procedido sobre la base de que no se requieren consideraciones de ‘justificación’ o ‘prejuicio seccional o racial’ para establecer un incumplimiento del Artículo 3, inciso (1)’); *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Ltd. c. República Unida de Tanzania II*, Caso CIADI N°. ARB/15/41, Laudo del Tribunal, 11 de octubre de 2019, párr. 408 (CL-0278) (“El Tribunal considera que el Artículo 16.1 del Acuerdo de Implementación no dispone el requisito de intención; sólo aborda es la acción discriminatoria y sus consecuencias. La intención es un elemento específico y difícil de probar, y no debe presumirse laxamente, ya que esto reduciría el alcance de la protección sin una mención explícita”); *Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina y Mobil Argentina S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N°. ARB/04/16, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad del 10 de abril de 2013, párr. 886 (CL-0365) (“[E]l Tribunal no está de acuerdo en que las medidas discriminatorias requieran la intención de perjudicar al inversionista en cuestión. Tal requisito no aparece en ninguna parte del texto del TBI, y la jurisprudencia que interpreta el TBI no respalda tal requisito”) (cita de *Siemens AG c. La República Argentina*, Caso CIADI N°. ARB/02/8, Laudo del 6 de febrero de 2007, párr. 321; *LG&E Energy Corp y otros c. República Argentina*, Caso CIADI N°. ARB/02/1, Laudo del 25 de julio de 2007, párr. 146; *El Paso Energy Int'l c. República Argentina*, Caso CIADI N°. ARB/03/15, Laudo del 31 de octubre de 2011, párr. 305).

¹⁶⁷² *Cargill c. México*, Caso CIADI N°. ARB(AF)/05/2, Laudo del 18 de septiembre de 2009, párr. 220 (CL-0197) (“Conforme se ha reconocido, el IEPS se aplicó para presionar al Gobierno de Estados Unidos. Así pues, se formuló específicamente para gravar a los productores estadounidenses de JMAF, dado que era la única manera de ejercer presión sobre el Gobierno de Estados Unidos”)

¹⁶⁷³ *The Loewen Group Inc. y otros c. Estados Unidos*, Caso CIADI N°. ARB(AF)/98/3, Laudo del 26 de junio de 2003, párr. 140 (CL-0170) (“Lo que exige el artículo 1102, inciso (3), es una comparación entre el nivel de trato otorgado a un demandante y el nivel de trato más favorable otorgado a una persona en situación similar a la de dicho demandante. No hay materiales ante nosotros que permitan hacer tal comparación”); *Mercer Int'l Inc. c. Canadá*, Caso CIADI N°. ARB(AF)/12/3, Laudo del 6 de marzo de 2018, párr. 7.45 (RL-0247) (“[N]o se ha demostrado que la diferencia de trato constituya un ‘trato discriminatorio’ violatorio de los artículos 1102 o 1103 del TLCAN. Si bien se trata ostensiblemente de comparadores, ninguno estaba ‘en circunstancias similares’ a efectos de lo establecido en los artículos 1102 y 1103 del TLCAN; y el trato diferenciado puede explicarse mejor sobre la base de sus circunstancias individuales”).

¹⁶⁷⁴ *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, CNUDMI, Laudo Parcial del 13 de noviembre de 2000, párr. 254 (CL-0104) (donde se observa en igual sentido que “[l]a existencia de una intención de favorecer a los nacionales en detrimento de quienes no lo son no daría lugar a una violación del capítulo 1102 del TLCAN si la medida en cuestión no produjera ningún efecto adverso sobre el demandante no nacional. La palabra ‘trato’ sugiere que se requiere un impacto práctico para producir una infracción del artículo 1102, y no simplemente un motivo o una intención violatoria de las disposiciones del capítulo 11”).

favorecida del CAFTA-DR es incorrecta¹⁶⁷⁵. Como demostraron anteriormente los Demandantes, los actos de cualquier órgano del Estado, incluyendo al poder judicial, son atribuibles al Estado y pueden dar lugar a la responsabilidad del Estado, independientemente de que exista o no una denegación de justicia¹⁶⁷⁶.

559. En ausencia de doctrina que respalde su posición, Guatemala basa su argumento en el memorial de contestación presentado por los Estados Unidos en el caso *Loewen c. Estados Unidos*¹⁶⁷⁷. Como reconoce Guatemala, el tribunal del caso *Loewen* nunca abordó la cuestión, ya que desestimó los reclamos por otros motivos¹⁶⁷⁸. Si bien la presentación realizada por los Estados Unidos como parte no contendiente en el presente Arbitraje establece que “en ausencia de una denegación de justicia que implique un trato discriminatorio por parte de los tribunales o un acceso discriminatorio a los recursos judiciales, las medidas judiciales no incumplen las disposiciones de los Artículos 10.3 o 10.4 del CAFTA-DR”¹⁶⁷⁹, esta interpretación no está respaldada por las demás presentaciones de las partes no contendiente en el presente Arbitraje, que no se pronuncian sobre esta cuestión¹⁶⁸⁰.

2. Guatemala incumplió la obligación asumida en virtud del Tratado de conceder a los Demandantes y a su inversión el trato nacional y de nación más favorecida

560. Tras establecer el contenido de los artículos 10.3 y 10.4 del CAFTA-DR, los Demandantes demostraron en su Memorial que Exmingua se encontraba en circunstancias similares a las de Oxec, San Rafael y CGN ya que todas esas empresas (i) operaban en Guatemala; (ii) estaban sujetas a un régimen regulatorio ambiental similar (iii) se enfrentaron a procesos de amparo que impugnaban sus licencias en función del incumplimiento por parte del Estado de las obligaciones asumidas en virtud del Convenio N°. 169 de la OIT; y (iv) con excepción de Oxec, estaban sujetas a la suspensión de sus licencias como resultado de la conclusión de los tribunales guatemaltecos de que el Estado había incumplido su obligación de realizar las consultas requeridas por el Convenio N°. 169 de la OIT¹⁶⁸¹.

¹⁶⁷⁵ Ver Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 618-620.

¹⁶⁷⁶ Ver arriba, Sección III.B.

¹⁶⁷⁷ Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 619.

¹⁶⁷⁸ *Íd.*

¹⁶⁷⁹ Presentación realizada por los Estados Unidos como parte no contendiente, pár. 34.

¹⁶⁸⁰ Ver Presentación realizada por el Salvador como parte no contendiente; Presentación realizada por Costa Rica como parte no contendiente; Presentación realizada por República Dominicana como parte no contendiente.

¹⁶⁸¹ Memorial de los Demandantes, pár. 323.

561. Los Demandantes demostraron asimismo que Guatemala incumplió las obligaciones que le impone el Tratado de otorgar a las inversiones de los Demandantes un trato nacional y de nación más favorecida, ya que: (i) la Corte de Constitucionalidad de Guatemala suspendió las operaciones de Exmingua, pero permitió que Oxec continuara operando mientras el MEM realizaba consultas¹⁶⁸²; (ii) los tribunales de Guatemala impusieron una condición adicional incierta a Exmingua (que no se impuso a ningún otro proyecto comparable) para la reanudación de sus operaciones¹⁶⁸³; (iii) los tribunales guatemaltecos retrasaron los procedimientos relativos a la licencia de explotación de Exmingua durante seis años, mientras que decidieron las mismas cuestiones con respecto a las licencias correspondientes a inversiones de inversionistas nacionales y de terceros Estados en menos de la mitad de dicho plazo¹⁶⁸⁴; y (iv) el MEM inició y completó las consultas correspondientes a Oxec en un plazo de apenas unos meses, mientras que se ha negado incluso a iniciar las consultas correspondientes a Exmingua¹⁶⁸⁵.

562. En su Memorial de Contestación, Guatemala sostiene que Exmingua no se encontraba en circunstancias similares a las de Oxec¹⁶⁸⁶, Minera San Rafael o CGN¹⁶⁸⁷, y que, en cualquier caso, Exmingua no fue tratada de manera diferente a estas empresas por los tribunales guatemaltecos o el MEM¹⁶⁸⁸. Guatemala también afirma que los Demandantes no particularizaron su reclamo basado en el principio de nación más favorecida¹⁶⁸⁹, y argumenta que ninguno de los actos denunciados por los Demandantes equivale a una violación de los principios de trato nacional o nación más favorecida, ya que no hay pruebas de que los Demandantes hayan sido discriminados en razón de su nacionalidad¹⁶⁹⁰.

a. Los Demandantes y Exmingua se encuentran en circunstancias similares a las de Oxec, Minera San Rafael y CGN, y sus inversionistas

i. Exmingua y Oxec se encuentran en circunstancias similares porque están sujetas a regímenes regulatorios ambientales similares

563. Guatemala afirma que los Demandantes y Exmingua no se encuentran en circunstancias similares a las de Oxec y sus inversionistas nacionales, porque Exmingua y Oxec no operan en el mismo

¹⁶⁸² *Íd.*, pár. 325.

¹⁶⁸³ *Íd.*, pár. 326.

¹⁶⁸⁴ *Íd.*, pár. 327.

¹⁶⁸⁵ *Íd.*

¹⁶⁸⁶ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 624-630.

¹⁶⁸⁷ *Íd.*, párrs. 642-645.

¹⁶⁸⁸ *Íd.*, párrs. 637-641, 646-650.

¹⁶⁸⁹ *Íd.*, párrs. 617, 656-658.

¹⁶⁹⁰ *Íd.*, párrs. 622, 659 – 665.

sector comercial ni dentro del mismo marco regulatorio, ya que Oxec opera proyectos hidroeléctricos y Exmingua operaba un proyecto minero¹⁶⁹¹. Esto es incorrecto tanto en los hechos como en el derecho.

564. En su Memorial, los Demandantes establecieron que puede considerarse que dos inversiones se encuentran “en circunstancias similares” cuando las empresas correspondientes operan dentro del mismo sector económico o empresarial, o están sujetas a un proceso regulatorio similar, como una evaluación ambiental, incluso cuando sus circunstancias y la naturaleza de sus operaciones no sean idénticas entre sí¹⁶⁹². Tanto Exmingua como Oxec operan en Guatemala y están sujetas a un régimen regulatorio ambiental similar, que requiere que completen y obtengan la aprobación de un EIA para sus respectivos proyectos¹⁶⁹³. A efectos de las medidas disputadas en este caso: (i) la actuación de los tribunales en el proceso de amparo; y (ii) la actuación del MEM en relación con las órdenes judiciales que ordenan la realización de consultas, Exmingua y Oxec se encuentran en circunstancias similares. Cualquier distinción entre las industrias en las que operan Exmingua y Oxec es irrelevante a estos efectos, al igual que las observaciones de Guatemala respecto de si la producción de minerales es un “bien público” o la producción de energía es una cuestión de “urgencia nacional”¹⁶⁹⁴.

565. Contrariamente a las afirmaciones de Guatemala de que “nunca se ha aplicado una categoría tan amplia y generalizada de comparadores en el contexto del trato nacional o del trato de nación más favorecida”¹⁶⁹⁵, esta comparación se adecúa a la práctica de los tribunales de inversiones. Aunque Guatemala señala que el tribunal del caso *Clayton c. Canadá* comparó el proyecto de los demandantes con dos proyectos de canteras y terminales marítimas y un proyecto portuario¹⁶⁹⁶, el tribunal estuvo de acuerdo en principio con la posición de los demandantes de que se encontraban en circunstancias similares a las de *todas* las empresas afectadas por el proceso regulatorio de evaluación ambiental¹⁶⁹⁷. De igual forma, en el caso *Occidental c. Ecuador*, el tribunal decidió que un productor y exportador de petróleo se encontraba en circunstancias similares a las de los productores y exportadores de otros productos, como flores, productos de mar y minerales que estaban sujetos a un régimen similar para el cálculo del IVA sobre sus exportaciones¹⁶⁹⁸. El intento de Guatemala de establecer una diferencia con

¹⁶⁹¹ *Íd.*, párrs. 624-630.

¹⁶⁹² Memorial de los Demandantes, párrs. 315-316.

¹⁶⁹³ *Íd.*, párrs. 317-323.

¹⁶⁹⁴ Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 626.

¹⁶⁹⁵ *Íd.*, pár. 628.

¹⁶⁹⁶ *Íd.*

¹⁶⁹⁷ *William Ralph Clayton y otros c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, Caso CPA N°. 2009-04, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad del 17 de marzo de 2015, pár. 695 (CL-0088).

¹⁶⁹⁸ *Occidental Exploration and Production Co. c. República de Ecuador*, Caso LCIA N°. UN3467, Laudo Final del 1 de julio de 2004, pár. 173 (CL-0200).

el caso Occidental sobre la base de que los tribunales guatemaltecos tienen cierto grado de discrecionalidad para decidir los casos de amparo, mientras que la autoridad fiscal ecuatoriana carecía de tal discrecionalidad para emitir los reembolsos de IVA en disputa en Occidental¹⁶⁹⁹, es una distinción sin diferencia, ya que ninguna de las decisiones de los tribunales guatemaltecos en cuestión intentó siquiera proporcionar una razón por la cual, en el contexto de sus decisiones contradictorias, la suspensión de la licencia de explotación de Exmingua era adecuada o necesaria para que el MEM realizara las consultas¹⁷⁰⁰.

566. En consecuencia, y contrariamente a lo afirmado por Guatemala, Exmingua y Oxec se encontraban en circunstancias similares a los efectos del artículo 10.3 del CAFTA-DR. Lo mismo es cierto, por extensión, respecto de los inversionistas de los Demandantes y Oxec.

ii. Los Demandantes y Exmingua se encuentran en circunstancias similares a las de Minera San Rafael y CGN, y sus respectivos inversionistas, a los efectos del artículo 10.4 del CAFTA-DR

567. 567. La afirmación de Guatemala de que Exmingua no se encontraba en circunstancias similares a las de Minera San Rafael o CGN debido a que Exmingua supuestamente no contribuía con las comunidades locales y a la diferencia en el tamaño de sus operaciones es errónea¹⁷⁰¹.

568. Como han demostrado anteriormente los Demandantes, los alegatos de Guatemala respecto de la falta de participación de Exmingua en las comunidades locales carecen de fundamento¹⁷⁰². Exmingua proporcionó una ayuda sustancial a las comunidades locales, que no se limitó a “premios de rifas y obsequios de comida”, como pretende Guatemala¹⁷⁰³.

569. Asimismo, al contrario de lo que afirma Guatemala¹⁷⁰⁴, la diferencia en el tamaño de las operaciones de las sociedades es irrelevante a los efectos de las medidas en cuestión y del reclamo de los Demandantes por el trato de nación más favorecida¹⁷⁰⁵. En el caso *Clayton c. Canadá*, por ejemplo, el tribunal sostuvo que el proyecto de cantera de los Demandantes se encontraba en circunstancias similares a las de otro proyecto de cantera que abarcaba seis veces más superficie y producía un 300%

¹⁶⁹⁹ Ver Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 629.

¹⁷⁰⁰ Ver arriba, Sección III.E.

¹⁷⁰¹ Ver Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 642-645.

¹⁷⁰² Ver arriba, Sección II.C.3.

¹⁷⁰³ Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 645.

¹⁷⁰⁴ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 643-644.

¹⁷⁰⁵ Ver también Presentación realizada por los Estados Unidos como parte no contendiente, pár. 33.

más que el proyecto de los Demandantes, ya que ambos proyectos estaban sujetos a una regulación ambiental similar¹⁷⁰⁶. En el caso *Levy de Levi c. Perú*, la única jurisprudencia citada por Guatemala, el tribunal tomo en cuenta el tamaño del banco de los Demandantes únicamente porque era relevante para la supuesta violación del tratado (el hecho de que el Estado no rescatara al banco de los Demandantes, que tenía el 2% de los depósitos nacionales, correspondientes principalmente a empresas), a pesar de proporcionar asistencia financiera a bancos más importantes para el sistema financiero (que tenían el 51% de los depósitos nacionales, correspondientes principalmente a personas físicas) cuando se enfrentaban a faltas de liquidez¹⁷⁰⁷.

570. Por lo tanto, contrariamente a lo afirmado por Guatemala, Exmingua, Minera San Rafael y CGN se encuentran en circunstancias similares entre sí a los efectos del reclamo por incumplimiento del estándar de nación más favorecida presentado por los Demandantes. Por extensión, lo mismo ocurre con los Demandantes y los inversionistas extranjeros propietarios de Minera San Rafael y CGN.

b. Los Demandantes y Exmingua fueron tratados menos favorablemente que Oxec, Minera San Rafael y CGN, y sus inversionistas

i. Los tribunales guatemaltecos y el MEM no aplicaron el mismo estándar a Exmingua y a Oxec

571. Guatemala afirma que, incluso si los Demandantes y Exmingua estuvieran en circunstancias similares a las de Oxec y sus inversionistas, el trato dado por los tribunales guatemaltecos a Oxec no fue más favorable que el trato dado a Exmingua, porque ambas empresas fueron sometidas al mismo criterio de revisión por la Corte de Constitucionalidad. Tal afirmación ignora descaradamente los hechos de este caso¹⁷⁰⁸. Como han explicado los Demandantes en su Memorial, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala sometió a Exmingua a un trato desigual y desfavorable al suspender sus operaciones, mientras que permitió que Oxec continuara operando hasta que el MEM concluyera el

¹⁷⁰⁶ *William Ralph Clayton y otros c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, Caso CPA N°. 2009-04, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad del 17 de marzo de 2015, pár. 697 (CL-0088); *ver también, p. ej., Occidental Exploration and Production Co. c. República de Ecuador*, Caso LCIA N°. UN3467, Laudo Final del 1 de julio de 2004, párrs. 167-179 (CL-200); *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, CNUDMI, Laudo Parcial del 13 de noviembre de 2000, párrs. 243-251 (CL-0104); *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN, Caso CIADI N°. ARB(AF)/99/1, Laudo del 16 de diciembre de 2002, párrs. 170-172 (CL-0093); *Archer Daniels Midland Co. y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN, Caso CIADI N°. ARB(AF)/04/5, Laudo del 21 de noviembre de 2007, párrs. 201-202 (CL-0195); *Corn Prods. Int'l Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN, Caso CIADI N°. ARB(AF)/04/1, Decisión sobre Responsabilidad del 15 de enero de 2008, pár. 120 (CL-0196); *Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN, Caso CIADI N°. ARB(AF)/05/2, Laudo del 18 de septiembre de 2009, párrs. 211-214 (CL-0197).

¹⁷⁰⁷ *Renee Rose Levy de Levi c. República del Perú*, Caso CIADI N°. ARB/10/17, Laudo del 26 de febrero de 2014, párrs. 180, 398-399 (RL-0251).

¹⁷⁰⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 631-636.

proceso de consulta, a pesar de que los tribunales guatemaltecos encontraron exactamente las mismas violaciones (del requisito de consulta establecido en el Convenio N°. 169 de la OIT por parte del MEM) en ambos casos¹⁷⁰⁹.

572. Guatemala no aporta ninguna información que corrobore su afirmación de que la Corte de Constitucionalidad aplicó el mismo criterio a Oxec y a Exmingua, y se limita a afirmar que la Corte de Constitucionalidad estaba facultada para ejercer una discrecionalidad aparentemente ilimitada al decidir si priorizaba la operación de un proyecto energético, como proyecto de “urgencia nacional”, sobre la operación de una mina, que sólo es vista como un “bien público” por Guatemala¹⁷¹⁰. La afirmación de Guatemala de que un organismo responsable por la toma de decisiones puede ejercer una completa discreción al decidir respecto de casos sustancialmente similares de manera diferente sin que ello una obligación de trato nacional o nación más favorecida es absurda. Además, Guatemala no explica en absoluto de qué forma la suspensión del proyecto de Exmingua era adecuada o necesaria para que el MEM llevara a cabo las consultas, mientras que no era adecuada o necesaria en el caso del proyecto de Oxec.

573. La decisión en el caso *Clayton c. Canadá*, la única jurisprudencia citada por Guatemala, tampoco apoya los argumentos de esta¹⁷¹¹. En el caso *Clayton*, el tribunal determine la existencia de un incumplimiento de la obligación del trato nacional cuando, de manera similar a lo sucedido en este caso, el Estado aplicó a su entera discreción un criterio de revisión inusualmente estricto a los demandantes extranjeros, mientras que eligió utilizar otro criterio en relación con los inversionistas locales sujetos a un régimen regulatorio similar¹⁷¹².

574. De igual forma, Guatemala afirma sin ningún sentido que el hecho de que el MEM finalizara las consultas correspondiente al proyecto de Oxec en un par de meses tras la decisión de la Corte de Constitucionalidad no constituyó un trato más favorable que una demora continua de más de cinco años en el inicio (sin mencionar la finalización) de las consultas correspondiente al proyecto de Exmingua¹⁷¹³. Guatemala intenta justificar este retraso afirmando que el proceso de consultas correspondiente a Exmingua se basa en el mismo procedimiento de consultas desarrollado para Oxec¹⁷¹⁴. También afirma

¹⁷⁰⁹ Memorial de los Demandantes, pár. 325.

¹⁷¹⁰ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 626, 633.

¹⁷¹¹ *Íd.*, pár. 632.

¹⁷¹² Memorial de los Demandantes, párrs. 318-319; *William Ralph Clayton y otros c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, Caso CPA N°. 2009-04, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad del 17 de marzo de 2015, párrs. 685-688, 696-700 (CL-0088).

¹⁷¹³ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 637-639.

¹⁷¹⁴ *Íd.*, pár. 637.

que, a diferencia de lo sucedido en el caso de Oxec, el MEM aún no está obligado a realizar consultas para Exmingua porque la decisión de la Corte de Constitucionalidad en este caso aún no ha quedado firme y por lo tanto no es vinculante¹⁷¹⁵.

575. La posición de Guatemala no hace más que reforzar el caso de los Demandantes al resaltar el hecho de que, sorprendentemente, el MEM ni siquiera ha comenzado, y mucho menos finalizado, las consultas correspondiente al proyecto de Exmingua en un período de más de cinco años. La afirmación de Guatemala de que el proceso de consulta del MEM correspondiente a Exmingua se basa en el mismo procedimiento que se desarrolló para Oxec torna aún más evidente el hecho de que el MEM no presentó oportunamente ningún programa específico para el proceso de consulta correspondiente a Exmingua tras el otorgamiento del amparo definitivo del 28 de junio de 2016 por la Corte de Constitucionalidad, que ordenó al MEM determinar el procedimiento para las consultas¹⁷¹⁶.

576. Asimismo, como se demostró en detalle anteriormente, el argumento de Guatemala de que está impedida de iniciar el proceso de consulta en el caso de Exmingua porque la sentencia de la Corte de Constitucionalidad de junio de 2020 aún no ha quedado firme es desmentido por el informe presentado por el MEM a la Corte de Constitucionalidad en 2020, que revela que el MEM se consideraba obligado a iniciar las consultas después de la primera de las decisiones emitidas por la Corte a finales de 2015¹⁷¹⁷. Estas circunstancias, que implican una violación continua de las disposiciones del Artículo 10.3 del CAFTA-DR, son drásticamente diferentes a las de los casos *Enkev Beheer c. Polonia* y *Achmea c. Eslovaquia (II)*, en los que Guatemala basa sus afirmaciones¹⁷¹⁸, donde los tribunales decidieron que la existencia de planes que pudieran conducir a una futura violación de un tratado de inversión no era suficiente para determinar la existencia de una violación¹⁷¹⁹.

577. Guatemala alega asimismo que, debido a que en el caso de los Demandantes cada una de las supuestas infracciones afectó a Exmingua y no afectó directamente a los Demandantes, éstos no han probado la existencia de una intención discriminatoria, lo cual, según Guatemala, es necesario para

¹⁷¹⁵ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 638-641.

¹⁷¹⁶ Memorial de los Demandantes, pár. 91.

¹⁷¹⁷ *Ver arriba*, Sección II.D.4; *ver también* Corte de Constitucionalidad de Guatemala, caso consolidado N°. 3207-2016 y N°. 3344-2016, Informe presentado por el MEM a la Corte de Constitucionalidad el 11 de junio de 2020, titulado Carta del MEM del 9 de junio de 2020, págs. 4, 7, 12, 15 (C-0872).

¹⁷¹⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 641.

¹⁷¹⁹ *Enkev Beheer BV c. Polonia*, Caso CPA N°. 2013-01, Primer Laudo Parcial del 29 de abril de 2014, párrs. 338-339, 380 (RL-0249); *Achmea B.V. c. Eslovaquia (II)*, Caso CPA N°. 2013-12, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 20, párrs. 236, 238, 251 (RL-0250).

demostrar un incumplimiento de los estándares de trato nacional y de nación más favorecida¹⁷²⁰. Guatemala también afirma que el trato que dio a Exmingua no se basó en ninguna intención discriminatoria, ya que todas sus acciones se llevaron a cabo en cumplimiento de políticas gubernamentales racionales y no discriminatorias¹⁷²¹. En consecuencia, Guatemala concluye que los reclamos de los Demandantes en virtud de los artículos 10.3 y 10.4 del CAFTA-DR deben ser desestimados¹⁷²².

578. Como demostraron los Demandantes anteriormente, no es necesario probar la existencia de una intención discriminatoria para demostrar un incumplimiento de los estándares de trato nacional o de nación más favorecida¹⁷²³. El argumento de Guatemala de que sus acciones se llevaron a cabo en cumplimiento de políticas gubernamentales racionales y no discriminatorias se ve desmentido por el hecho de que ninguna de estas acciones incluyó la ponderación de los intereses de Exmingua contra el interés del Estado en llevar a cabo las consultas requeridas por el Convenio N°. 169 de la OIT, lo que habría requerido un análisis de proporcionalidad que incluyera una evaluación de si la suspensión de las operaciones de Exmingua era adecuada y necesaria para la realización de las consultas por parte del MEM, como se expuso anteriormente¹⁷²⁴. El hecho de que el Estado no haya llevado a cabo dicha ponderación y evaluación de proporcionalidad se ve agravado por el hecho de que sancionó a Exmingua por el incumplimiento de la obligación del propio Estado de llevar a cabo las consultas requeridas por el Convenio N°. 169 de la OIT, a pesar de no haber encontrado pruebas de ninguna infracción por parte de Exmingua. En este caso, el Estado abusó claramente de su discrecionalidad mediante una conducta arbitraria y discriminatoria que resultó en un perjuicio para Exmingua.

¹⁷²⁰ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 659-662; *ver también* Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 303-304 (donde se alega lo mismo respecto del reclamo de los Demandantes en función de la violación del estándar de trato justo y equitativo).

¹⁷²¹ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 663-665.

¹⁷²² *Íd.*, pár. 665.

¹⁷²³ *Ver arriba*, Sección III.F.1. Tampoco es necesario probar la existencia de una intención discriminatoria para demostrar una violación del artículo 10.5 del CAFTA-DR. *Ver, p. ej., Electrabel S.A. c. República de Hungría*, Caso CIADI N°. ARB/07/19, Laudo del 25 de noviembre de 2015, pár. 7.152 (RL-0253) (“[E]l Tribunal considera que los efectos discriminatorios de las medidas son suficientes para incumplir la prohibición. El Tribunal no considera que exista un requisito independiente de probar la intención discriminatoria de Hungría... o que se requiera una prueba de discriminación basada en la nacionalidad... Sin embargo, el Tribunal está de acuerdo con la afirmación realizada por Hungría en el sentido de que un incumplimiento de esta norma requiere que el perjuicio causado por la medida discriminatoria o irrazonable sea significativo”); *El Paso Energy Int’l Co. c. La República Argentina*, Caso CIADI N°. ARB/03/15, Laudo del 31 de octubre de 2011, pár. 305 (CL-0047) (“[E]l Tribunal no está de acuerdo con la afirmación de la Argentina de que debe existir intención de discriminar para que una medida se considere discriminatoria. Basta con que se traten dos situaciones similares de un modo no similar, objetivamente”).

¹⁷²⁴ *Ver arriba*, Sección III.E.

ii. Los tribunales guatemaltecos impusieron condiciones adicionales a Exmingua

579. Guatemala se equivoca al afirmar que la Corte de Constitucionalidad no creó ninguna condición adicional para Exmingua al dictaminar 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 [que habitan el área del proyecto de minería]”¹⁷²⁵. Guatemala intenta justificar su posición citando largos fragmentos de las decisiones de la Corte de Constitucionalidad en los casos *Oxec*, *Minera San Rafael* y *CGN*¹⁷²⁶. Tales intentos son inútiles.

580. Ninguna de estas citas muestra que la Corte de Constitucionalidad haya impuesto una condición similarmente onerosa a *Oxec*, *Minera San Rafael* o *CGN* para reanudar sus operaciones (en la medida en que hayan sido siquiera suspendidas, que no fue el caso de *Oxec*). Como explican los Demandantes en su Memorial, esta condición fue adicional, onerosa, subjetiva e incierta para Exmingua, y no se impuso a otras empresas en circunstancias similares¹⁷²⁷.

iii. Los tribunales guatemaltecos no resolvieron el caso de Exmingua de manera no discriminatoria

581. La afirmación de Guatemala de que el hecho de que los tribunales guatemaltecos no resolvieran el proceso de amparo de Exmingua en un plazo similar al de los procesos de *Oxec*, *Minera San Rafael* o *GCN* no constituye una forma de discriminación, porque los tribunales resolvieron todos estos casos de manera igualmente eficiente¹⁷²⁸, no podría estar más lejos de la verdad. Guatemala parece explicar las diferencias en la duración de estos casos destacando la existencia de protestas violentas en *Minera San Rafael*, que se habían extendido a la ciudad de Guatemala¹⁷²⁹, lo que motivó una resolución más rápida del caso, y culpando a Exmingua de cualquier retraso en la resolución de su caso con la excusa de que esta fue “muy activa en los tribunales”¹⁷³⁰.

582. La explicación de Guatemala no justifica el retraso de casi seis años en la resolución de los procesos judiciales relacionados con la licencia de explotación de Exmingua, por no hablar de los casi cuatro años que tardó la Corte de Constitucionalidad en pronunciarse sobre el recurso de apelación

¹⁷²⁵ Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 650.

¹⁷²⁶ *Íd.*, párrs. 646-649.

¹⁷²⁷ Memorial de los Demandantes, pár. 326 y Sección III.D.2.c.

¹⁷²⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 651-655.

¹⁷²⁹ *Íd.*, pár. 654.

¹⁷³⁰ *Íd.*, pár. 655.

presentado por Exmingua. Oxec, Minera San Rafael y CGN también defendieron sus intereses ante los tribunales guatemaltecos. El emplazamiento de la mina de Exmingua también fue objeto de protestas violentas, incluyendo las protestas de 2016, desencadenadas por la negativa inicial del MEM a suspender la licencia de Exmingua según lo ordenado por la Corte Suprema, y esas protestas también se extendieron a la Ciudad de Guatemala¹⁷³¹. Como explican los Demandantes en su Memorial, la demora de la Corte de Constitucionalidad en fallar sobre la apelación de Exmingua no tiene precedentes y constituye una violación de la legislación guatemalteca¹⁷³². Los tribunales guatemaltecos trataron a Exmingua de manera menos favorable que a Oxec, Minera San Rafael y CGN al resolver los mismos asuntos relacionados con la realización de consultas en menos de la mitad de ese tiempo, a pesar de que estos casos fueron presentados después del de Exmingua¹⁷³³.

583. Por lo tanto, a pesar de las afirmaciones de Guatemala, Exmingua fue objeto de un trato discriminatorio por parte de los tribunales guatemaltecos.

c. Los Demandantes han caracterizado suficientemente su reclamo basado en el incumplimiento del estándar de nación más favorecida

584. Guatemala afirma que las Demandantes no lograron articular un reclamo basado en el incumplimiento del estándar de nación más favorecida, porque supuestamente no hicieron referencia a ningún trato de PSA y Soloway, los inversionistas extranjeros de Minera San Rafael y CGN, ni incluyeron ninguna comparación entre la inversión de las Demandantes en Exmingua y las inversiones de PSA y Soloway en Minera San Rafael y CGN, respectivamente. Guatemala argumenta que, por lo tanto, los Demandantes no cumplieron con la carga de la prueba para su reclamo basado en el incumplimiento del estándar de nación más favorecida¹⁷³⁴.

585. Guatemala caracteriza erróneamente las presentaciones de los Demandantes, que se centran en comparar el trato dado a Exmingua (la inversión de los Demandantes) con el trato dado a Minera San Rafael y CGN (las inversiones de PSA y Soloway, respectivamente)¹⁷³⁵. Esto es consistente con la formulación del estándar de nación más favorecida en el Artículo 10.4 del CAFTA-DR, que protege explícitamente tanto a los inversionistas como a las inversiones en disposiciones separadas¹⁷³⁶. En este

¹⁷³¹ *Ver arriba*, Sección II.D.2.

¹⁷³² Memorial de los Demandantes, pár. 327 y Sección III.D.2.a.

¹⁷³³ *Íd.* Sección II.E.3.

¹⁷³⁴ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 656-658.

¹⁷³⁵ Memorial de los Demandantes, párrs. 324-328.

¹⁷³⁶ *Ver* CAFTA-DR, Art. 10.4.1 (CL-0001) (tratamiento de nación más favorecida para inversionistas); *Íd.* Art. 10.4.2 (tratamiento de nación más favorecida para inversiones).

caso, los Demandantes invocan claramente la protección de nación más favorecida para su inversión, Exmingua, por lo cual los comparadores apropiados son Minera San Rafael y CGN. Los Demandantes han satisfecho la carga de la prueba para su reclamo de violación del estándar de nación más favorecida al establecer en su Memorial que su inversión, Exmingua, se encontraba en circunstancias similares a las de Minera San Rafael y CGN¹⁷³⁷. Los Demandantes también demostraron que Exmingua recibió un trato menos favorable que Minera San Rafael y CGN, satisfaciendo así los requisitos establecidos en el Artículo 10.4 del CAFTA-DR¹⁷³⁸.

586. Por lo tanto, los Demandantes han articulado y satisfecho suficientemente la carga de la prueba para su reclamo por violación del principio de nación más favorecida.

G. La *reconvención* de Guatemala carece de fundamentos

587. La *reconvención* de Guatemala por USD 2 millones¹⁷³⁹ debe ser desestimada por errores tanto de hecho como de derecho. El acuerdo de arbitraje de las Partes está contenido en el Tratado, que no prevé la jurisdicción sobre la *reconvención* de la Demandada. Incluso si el Tribunal tuviera jurisdicción (y no la tiene) la *reconvención* de la Demandada contra los Demandantes por la compensación de los montos futuros que la Demandada especula que puede gastar en la remediación ambiental de los sitios del Proyecto si Exmingua incumple en algún futuro desconocido las leyes ambientales de Guatemala, se basa totalmente en falsedades y especulaciones no probadas. De hecho, el intento poco entusiasta de la Demandada de respaldar su contrademanda expone su verdadero motivo para plantearla, que es simplemente manchar la reputación de los Demandantes con acusaciones infundadas y falsas.

1. El Tribunal carece de jurisdicción sobre la *reconvención* de la Demandada

588. El Tratado no proporciona ninguna base sobre la cual el Tribunal pueda ejercer su jurisdicción respecto de la *reconvención* de la Demandada. De hecho, su mismo texto confirma que el Tribunal sólo tiene jurisdicción sobre los reclamos de los Demandantes contra la Demandada por el incumplimiento de las obligaciones del Tratado por parte de ésta.

589. La sección relevante del Artículo 10.16.1 del CAFTA-DR establece que:

- (a) el demandante, por cuenta propia, podrá someter a arbitraje una reclamación, de conformidad con esta Sección, en la que se alegue
 - (i) que el demandado ha violado

¹⁷³⁷ Memorial de los Demandantes, pár. 323.

¹⁷³⁸ *Íd.*, párrs. 324-328.

¹⁷³⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 930-939.

(A) una obligación de conformidad con la Sección A,

(B) una autorización de inversión, o

(C) un acuerdo de inversión;

y

(ii) que el demandante ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta [.]¹⁷⁴⁰

590. Por su parte, el Artículo 10.28 define “demandante” como “el inversionista de una Parte que es parte de una controversia relativa a inversiones con otra Parte” y “demandado” como “la Parte que es parte de una controversia relativa a una inversión”¹⁷⁴¹. Finalmente, las Definiciones de Aplicación General establecidas en el Artículo 2.1 definen “Parte” como “todo Estado respecto del cual haya entrado en vigor este Tratado”¹⁷⁴².

591. Por lo tanto, de acuerdo con los términos del Tratado, el acuerdo de arbitraje se extiende únicamente a ciertos tipos de controversias sobre inversiones presentadas por *los Demandantes contra la Demandada*. El significado ordinario del texto del Tratado deja esto en claro al disponer que “*el demandante*” puede someter a arbitraje ciertas reclamaciones en las que se alegue un incumplimiento por parte de un Estado demandado. El Tratado no incluye ningún acuerdo para arbitrar reclamaciones presentadas por un Estado demandado contra un inversionista demandante.

592. En ausencia de consentimiento para el arbitraje, el Tribunal no tiene jurisdicción sobre la reconvenición de la Demandada. De hecho, como reconoció el tribunal del caso *Oxus Gold c. República de Uzbekistán* en relación con un proceso surgido en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, incluso cuando la posibilidad de plantear una reconvenición está prevista en el reglamento de arbitraje aplicable, dicha disposición no puede crear “jurisdicción donde no la hay”; sólo puede “declarar que las reconveniciones son admisibles y pueden ser presentadas *en la medida en que ya están dentro de la jurisdicción del Tribunal Arbitral*”¹⁷⁴³.

¹⁷⁴⁰ CAFTA-DR Art. 10.16 (C-0001). El Artículo 10.16, inciso (1), párrafo (b), del CAFTA-DR establece que un demandante puede iniciar las mismas acciones en representación de una sociedad del Estado demandado de titularidad directa o indirecta del demandante, o que se encuentre directa o indirectamente bajo el control del demandante.

¹⁷⁴¹ *Íd.* Art. 10.28.

¹⁷⁴² *Íd.* Art. 2.1.

¹⁷⁴³ *Oxus Gold c. República de Uzbekistán*, CNUDMI, Laudo Final del 17 de diciembre de 2015, pár. 944 (CL-0291) (énfasis añadido) (donde se hace referencia al Artículo 21, inciso (3), del Reglamento de Arbitraje del CNUDMI [2010], que establece que “el demandado podrá formular una reconvenición o hacer valer una demanda a efectos de compensación, siempre y cuando el tribunal sea competente para conocer de ellas”).

593. Sin embargo, como ya se ha demostrado, el Tratado no incluye tal consentimiento. Los argumentos de la Demandada para presentar el Artículo 10.20.7 del CAFTA-DR como fuente de jurisdicción¹⁷⁴⁴ son ampliamente erróneos. Dicho artículo establece que “[e]l demandado no opondrá como defensa, contrademanda o derecho compensatorio o por cualquier otro motivo que, de conformidad con un seguro o contrato de garantía, el demandante ha recibido o recibirá indemnización u otra indemnización por la totalidad o una parte de los daños alegados”¹⁷⁴⁵. El artículo aclara, por tanto, que el Estado demandado no puede alegar determinados hechos como defensa ante un reclamo; no concede en modo alguno a un tribunal jurisdicción sobre las reconveniones, ni implica que un tribunal tenga tal jurisdicción, ya que no establece ningún consentimiento de arbitraje.

594. En casos en que se interpretaron tratados con un lenguaje similar, los tribunales han sostenido que la única parte con derecho a presentar reclamos es el inversionista, por lo que han desestimado las reconveniones correspondientes. Al rechazar la jurisdicción sobre la reconvenición de Guatemala, el tribunal del caso *Iberdrola II*, por ejemplo, consideró que el lenguaje del Artículo 11, incisos (1) y (2), del TBI España-Guatemala era dispositivo. Al igual que los artículos 10.16.1 y 10.17.1 del CAFTA-DR, el Artículo 11, incisos (1) y (2), del TBI España-Guatemala establece que una controversia relativa a inversiones “será notificada por escrito... por el inversionista” y, en caso de no resolverse, “la controversia podrá someterse [a arbitraje] a elección del inversionista”¹⁷⁴⁶. El tribunal del caso *Iberdrola II* declaró que este artículo deja claro que

lo que puede someterse a arbitraje es una controversia relativa a una inversión entre un inversionista de un Estado Contratante por un lado y el otro Estado Contratante por el otro, con respecto a cuestiones reguladas bajo el Tratado, y dicha controversia sólo puede ser sometida a arbitraje por el inversor. Por ende, se desprende claramente de la redacción de la cláusula de resolución de controversias, la cual constituye la oferta de arbitraje, que las Partes Contratantes sólo contemplaron que el inversor pudiera plantear reclamos... La limitación es comprensible dado que el tratado confiere derechos al inversor, y no obligaciones...¹⁷⁴⁷

595. De manera similar, el TBI entre Turquía y Pakistán en cuestión en el caso *Karkey c. Pakistán* establece que el inversionista debe notificar una controversia al Estado demandado y que, si la controversia no se resuelve en un plazo de seis meses, el inversionista puede someterla a arbitraje¹⁷⁴⁸.

¹⁷⁴⁴ Ver Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 933.

¹⁷⁴⁵ CAFTA-DR, Art. 10.20.7 (C-0001).

¹⁷⁴⁶ *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala II* Caso CNUDMI/CPA 2017-41, Laudo Final del 24 de agosto de 2020, pár. 382 (CL-0292) (cita del Artículo 11 del TBI por parte del tribunal).

¹⁷⁴⁷ *Íd.*, pár. 386 (énfasis añadido).

¹⁷⁴⁸ *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI N°. ARB/13/1, Laudo del 22 de agosto de 2017, pár. 1012 (cita del Artículo VII del TBI por parte del tribunal) (CL-0217).

A la luz del lenguaje de ese tratado, el tribunal del caso *Karkey* rechazó la jurisdicción sobre la reconvencción presentada por la demandada en virtud del TBI, y sostuvo que las referencias al “inversionista” en las disposiciones mencionadas “significan que el TBI está destinado a permitir el arbitraje sólo a iniciativa del inversionista. El TBI no impone ninguna obligación a los inversionistas, sólo al Estado contratante”¹⁷⁴⁹.

596. El tribunal del caso *Anglo American c. Venezuela* también desestimó la reconvencción del Estado demandado sobre la base de que el TBI en cuestión establecía que la “jurisdicción del tribunal arbitral se limitará a determinar si ha habido un incumplimiento por parte de la Parte Contratante interesada de alguna de sus obligaciones de conformidad con el presente Tratado, si ese incumplimiento de sus obligaciones ha causado daños al nacional o sociedad interesado y, si ese fuera el caso, el monto de la indemnización”¹⁷⁵⁰. Por lo tanto, el tribunal sostuvo que el lenguaje del tratado “excluye la posibilidad de que la reconvencción esté ‘dentro del ámbito del acuerdo de arbitraje entre las partes’”¹⁷⁵¹. Esto contrasta con la redacción de otros tratados, como el TBI España-Argentina en cuestión en el caso *Urbaser c. Argentina*, en el que se basa la Demandada, que establece que cualquiera de las partes puede someter un reclamo a arbitraje¹⁷⁵².

597. En este caso, no sólo el texto del Tratado limita el arbitraje a los reclamos presentados por *los demandantes contra los Estados demandados*, sino que también restringe los *tipos* de controversias que pueden ser objeto de arbitraje. Específicamente, el Tratado limita los reclamos a aquellos por incumplimiento de una obligación contenida en la Sección A del Tratado o por incumplimiento de un acuerdo o autorización de inversión. La reconvencción de la Demandada no alega ninguna de estas cosas: no existe ningún acuerdo o autorización de inversión entre los Demandantes y la Demandada, y la Demandada ni siquiera alega (y mucho menos prueba) que los Demandantes hayan incumplido una obligación establecida en la Sección A del Tratado. Tampoco podría hacerlo, ya que todas esas

¹⁷⁴⁹ *Íd.*, pár. 1013.

¹⁷⁵⁰ *Anglo American PLC c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N°. ARB(AF)/14/1, Laudo del 18 de junio de 2019, pár. 526 (CL-0293) (cita del Artículo 8, inciso (3), por parte del tribunal) (énfasis añadido).

¹⁷⁵¹ *Íd.*, pár. 528; ver también *Spyridon Roussalis c. Rumanía*, Caso CIADI N°. ARB/06/1, Laudo del 7 de diciembre de 2011, pár. 869 (CL-0174) (“[L]as referencias incluidas en el texto del artículo 9, inciso (1), del TBI a ‘controversias... relativas a una obligación de este último’ limitan indudablemente la jurisdicción a los reclamos presentados por los inversionistas respecto de las obligaciones del Estado anfitrión. Por lo tanto, TBI no prevé la presentación de reconvencciones por parte del estado anfitrión en relación con las obligaciones del inversor”). (énfasis añadido).

¹⁷⁵² *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. República Argentina*, Caso CIADI N°. ARB/07/26, Laudo del 8 de diciembre de 2016, pár. 1143 (RL-0129) (donde se cita el lenguaje del artículo X del TBI y se señala que este permite que cualquier controversia “entre las partes” sea sometida a arbitraje “a petición de una de ellas”); *Íd.*, pár. 1144 (donde se sostiene que “[l]a posibilidad de presentar una demanda reconvenccional puede inferirse también del hecho de que el mecanismo de solución de controversias... del TBI otorga a ambas partes la posibilidad de iniciar un proceso arbitral...”).

obligaciones son obligaciones que los *Estados Partes* han contraído hacia los inversionistas. Los Demandantes, por ejemplo, no tienen ninguna obligación de conceder a la *Demandada* un trato justo y equitativo o un trato nacional¹⁷⁵³, y son claramente incapaces de expropiar la propiedad de un Estado¹⁷⁵⁴

598. De hecho, varios tribunales han negado tener jurisdicción sobre reconveniciones cuando el tratado aplicable limitaba el consentimiento al arbitraje a los reclamos que alegaban incumplimientos de las obligaciones del tratado asumidas por los Estados demandados¹⁷⁵⁵. Al igual que en este caso, el Estado demandado en el caso *Rusoro Mining c. Venezuela* planteó una reconvenición en la que alegó que los Demandantes habían causado daños al no cumplir con el plan de la mina¹⁷⁵⁶. Sin embargo, como señaló el tribunal, “el propósito de los arbitrajes [era] que los árbitros resolvieran las controversias relacionadas con ‘un reclamo del inversionista de que una medida tomada o no tomada por [el Estado anfitrión] incumple este Acuerdo...’”¹⁷⁵⁷. Por lo tanto, el tribunal sostuvo que carecía de jurisdicción para entender en la reconvenición¹⁷⁵⁸, porque

las obligaciones supuestamente incumplidas por Rusoro no se derivan del Tratado ni tienen conexión alguna con él; [] el Tribunal debe decidir la controversia de conformidad con el Tratado y los principios del derecho internacional, y la controversia que subyace a la reconvenición -que Rusoro incumplió el plan de la mina- no puede resolverse aplicando el Tratado o los principios del derecho internacional; [] el Tratado no otorga a los Estados anfitriones un derecho de acción contra un inversionista de la otra Parte Contratante, ya sea a modo de reclamo o de reconvenición¹⁷⁵⁹.

¹⁷⁵³ CAFTA-DR Art. 10.5 (CL-0001) (Nivel Mínimo de Trato: “Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas” y “protección y seguridad plenas exige a cada Parte otorgar...”) (énfasis añadido); ver también *Íd.* Art. 10.3 (Trato Nacional: “Cada Parte otorgará a los inversionistas” y “Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas”) (énfasis añadido); *Íd.* Art. 10.4 (Trato de Nación Más Favorecida: igual).

¹⁷⁵⁴ Ver *Íd.*, Art. 10.7 (Expropiación e Indemnización: “Ninguna Parte expropiará ni nacionalizará...”) (énfasis añadido).

¹⁷⁵⁵ Si bien el CAFTA-DR no limita el consentimiento de las Partes al sometimiento a arbitraje de las controversias en las que se alegue el incumplimiento de una obligación de la Sección A del Capítulo 10 del Tratado, en la medida en que prevé el consentimiento a arbitrar controversias en las que se alegue el incumplimiento de acuerdos o autorizaciones de inversión, al no existir tales instrumentos en este caso, estas bases adicionales de jurisdicción son irrelevantes.

¹⁷⁵⁶ *Rusoro Mining Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N°. ARB(AF)/12/5, Laudo del 22 de agosto de 2016, pár. 628 (CL-0204).

¹⁷⁵⁷ *Íd.*, pár. 627.

¹⁷⁵⁸ *Íd.*, pár. 629.

¹⁷⁵⁹ *Íd.*, pár. 628; ver también *Vestey Group Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N°. ARB/06/04, Laudo del 15 de abril de 2016, pár. 333 (CL-0166) (donde se considera inadmisibles las reconveniciones porque el TBI preveía el arbitraje de controversias “relativas a una obligación del [Estado demandado] en virtud del presente Acuerdo en relación con una inversión de [un inversionista de la otra Parte del TBI]” y la reconvenición “no se refiere a una obligación asumida por Venezuela en virtud del TBI”); *Spyridon Roussalis c. Rumania*, Caso CIADI N°. ARB/06/1, Laudo del 7 de diciembre de 2011, párrs. 868-869 (CL-0174) (donde se rechaza la jurisdicción del demandado sobre la contrademanda cuando la cláusula de resolución de controversias del TBI aplicable establece el arbitraje de “[d]isputas entre un inversionista de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante en relación con una obligación asumida por esta última en virtud del presente Acuerdo, en relación con una inversión de la primera...”). El intento de la Demandada de basar sus argumentos en la opinión disidente emitida en el caso *Roussalis* es infructuoso. Dicha opinión disidente ignora el lenguaje específico del TBI, que restringe el consentimiento de las Partes al sometimiento a arbitraje de reclamos por incumplimiento de las obligaciones del Estado en

Cada una de dichas observaciones es igualmente cierta en este caso.

599. La reconvencción de la Demandada tampoco puede ser revivida por el laudo del caso *Aven c. Costa Rica*, en el que aquella basa sus argumentos. Si bien el tribunal del caso *Aven* razonó de manera algo confusa que tenía jurisdicción *prima facie* sobre la reconvencción de la Demandada¹⁷⁶⁰, desestimó la reconvencción porque, entre otras cosas, el CAFTA-DR no impone ninguna obligación afirmativa a los inversionistas¹⁷⁶¹. Específicamente, el tribunal reconoció que el CAFTA-DR no dispone “que el incumplimiento de reglamentaciones ambientales dictadas por el Estado constituyan incumplimientos del Tratado que pudieran servir de fundamento a una reconvencción”¹⁷⁶².

600. Por último, la apelación a la “eficiencia”¹⁷⁶³ de la Demandada no puede subsanar el defecto jurisdiccional de su reconvencción. De hecho, las publicaciones de “diversos autores” (a saber, el Presidente y otro miembro de este Tribunal) que la Demandada cita engañosamente, socavan expresamente el argumento de Guatemala, lo que puede explicar por qué no presentó las publicaciones

virtud del TBI. *Ver también* *Íd.*, p. 871 (donde se explica que “el TBI no impone obligaciones a los inversionistas, solo a los Estados contratantes”); *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala II*, Caso CNUDMI/CPA 2017-41, Laudo del 24 de agosto de 2020, p. 389 (CL-0292) (donde se observa que el tribunal del caso *Goetz c. Burundi*, en cuya decisión también se basa la Demandada (*véase* el Memorial de Contestación de la Demandada, p. 934) citó de manera aprobatoria la opinión disidente del Profesor Reisman en el caso *Roussalis*, y que “le es difícil seguir esta línea de razonamiento en una situación como la actual y la que se planteó en *Roussalis*, donde el texto de la disposición del Tratado indica, en sentido contrario, que el inversor es el único que puede formular reclamos. Si bien el Tribunal acepta que las reglas de arbitraje mencionadas en un tratado se incorporan por referencia, esto es solamente en la medida en que no contradigan al tratado”); Pierre Lalive y Laura Halonen, *On the availability of Counterclaims in Investment treaty Arbitration*, 2 CZECH Y.B. INT’L LAW 141, 146 (2011) (CL-0294) (donde se señala que “el acuerdo de arbitraje debe referirse a las controversias que también pueden ser presentadas en virtud del derecho interno para que las reconvencciones sean de la competencia del tribunal”); *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. República Argentina*, Caso CIADI N.º. ARB/07/26, Laudo del 8 de diciembre de 2016, p. 1191 (RL-0129) (donde se señala que, a diferencia de lo que sucede con el TBI en cuestión, “el posible alcance de las reclamaciones sometidas a arbitraje, en virtud del Artículo X, no se encuentran limitados a los derechos resultantes de forma directa de la aplicación (o interpretación) del TBI”).

¹⁷⁶⁰ *Cmp. David Aven y otros c. República de Costa Rica*, Caso No. UNCT/15/3, Laudo del 18 de septiembre de 2018, párrs. 732, 733, 742 (RL-0031) (donde se citan los artículos 10.9.3 y 10.11 del CAFTA-DR y se señala que “[p]odría argumentarse que la Sección A también contiene, al menos de manera implícita, algunas obligaciones para el inversionista, en especial con respecto a las leyes ambientales del Estado receptor”, y que “el Tribunal no encuentra ninguna razón de principio para declarar inadmisibles una reconvencción en la que el Estado Demandado afirma que el inversionista extranjero ha incumplido obligaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la Sección A del Artículo 10 del DR-CAFTA [y] [p]or lo tanto, el Tribunal tiene jurisdicción *prima facie* sobre la reconvencción presentada...”); *Íd.*, p. 743 (donde se afirma que el “Artículo 10.9.3(c) y 10.11... no imponen -en sí mismos- ninguna obligación afirmativa a los inversionistas”).

¹⁷⁶¹ *David Aven y otros c. República de Costa Rica*, Caso N.º. UNCT/15/3, Laudo del 18 de septiembre de 2018, p. 743 (RL-0031). La Demandada utiliza engañosamente en este caso como pieza central de su argumento, sin reconocer en ningún momento que el tribunal negó tener jurisdicción sobre la reconvencción de la demandada. *Ver* Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 930-932.

¹⁷⁶² *David Aven y otros c. República de Costa Rica*, Caso N.º. UNCT/15/3, Laudo del 18 de septiembre de 2018, p. 743 (RL-0031).

¹⁷⁶³ Memorial de Contestación de la Demandada, p. 934 (donde alega que “se han pronunciado también diversos autores, haciendo énfasis, entre otras cosas, en las razones por las cuales se deben permitir reconvencciones de los Estados (incluyendo razones de eficiencia y para evitar resultados inconsistentes en diferentes foros)...”).

citadas para la integración del expediente¹⁷⁶⁴. Como señaló el tribunal del caso *Iberdrola c. Guatemala II* al desestimar la reconvencción de Guatemala por falta de jurisdicción, el “rol [del tribunal] se limita a aplicar el tratado bajo el cual es llamado a actuar de conformidad con sus términos. No puede ir más allá, puesto que, de lo contrario, adoptaría decisiones de carácter político que son competencia de los Estados”¹⁷⁶⁵.

2. La reconvencción de Guatemala también fracasa en los hechos

601. Incluso si el Tribunal tuviera jurisdicción sobre la reconvencción (y claramente no tiene), esta fracasaría por falta de pruebas. Como explicó el tribunal en el caso *Aven c. Costa Rica* al proporcionar una razón adicional para desestimar la reconvencción de la parte demandada, la parte que presenta una reconvencción tiene la misma carga de probar sus afirmaciones de hecho que la parte que presenta el reclamo principal, y los alegatos amplios sin pruebas que respalden el supuesto incumplimiento o la cuantificación específica del daño *en el primer escrito* presentado por la parte que presenta la reconvencción deben ser desestimados¹⁷⁶⁶:

Costa Rica solo hizo una referencia general a los daños ambientales en el sitio del Proyecto Las Olas atribuidos a la actividad de las Demandantes. No existe una exposición precisa de los hechos que sustenten las reclamaciones, sino una referencia a informes periciales adjuntos a esos escritos de parte. No existe una especificación de la reparación que pretende sino en términos muy generales, y la cuantificación es muy

¹⁷⁶⁴ Ver Memorial de Contestación de la Demandada, nota al pie N°. 1692 (*cita de Jean Kalicky [sic]*, Counterclaims by States in Investment Arbitration, [IISD] (14 de enero de 2013) (CL-0175) [*sic*]). Este artículo no figura en el anexo CL-0175 ni en ningún otro documento del expediente. En particular, el artículo afirma que, si bien el enfoque adoptado por el Profesor Reisman en su opinión disidente en el caso *Roussalis* “puede ser satisfactorio desde una perspectiva política, podría decirse que no es coherente” con el requisito de consentimiento “como condición previa *extrínseca* para que el tribunal entienda en una reconvencción” y es por ello que “la conclusión de la mayoría en el caso *Roussalis* de que la mera presentación de los demandantes ante el CIADI es insuficiente en sí misma para constituir una forma de consentimiento a la reconvencción posee fundamentos más sólidos...”. El artículo también establece una distinción con el resultado del caso *Goetz c. Burundi*, sobre la base de que el TBI aplicable en ese caso “abarcaba controversias relativas a la interpretación o aplicación de cualquier autorización de inversión otorgada por las autoridades del Estado anfitrión”. Jean Kalicki, Counterclaims by States in Investment Arbitration, IISD (14 de enero de 2013) (CL-0295) (énfasis añadido). La cita del libro del profesor Douglas no figura en el anexo RL-0007 ni en ningún otro documento del expediente. Ver Memorial de Contestación de la Demandada, nota al pie N°. 1693. En su tratado, el profesor Douglas afirma que “[c]uando el consentimiento de las partes contratantes a someter una controversia a un arbitraje inversor/Estado en un tratado de inversión *se expresa en términos amplios*, no hay nada en principio que excluya la jurisdicción en razón de la materia de un tribunal sobre las reconvencciones del estado anfitrión”, “el consentimiento al arbitraje en relación con ‘todas las controversias derivadas de una inversión’, por ejemplo, es suficientemente amplio como para abarcar las reconvencciones del Estado anfitrión. Cuando el consentimiento al arbitraje se expresa en términos restringidos, como en los artículos 1116 y 1117 del TLCAN, que limitan el alcance de los reclamos primarios al incumplimiento de una obligación internacional resultante de la sección A del capítulo 11, la posición es mucho más tenue” y “sería preferible interpretar el capítulo 11 del TLCAN de forma que excluya la posibilidad de presentación de reconvencciones por parte del Estado anfitrión demandado”. Zachary Douglas, THE INTERNATIONAL LAW OF INVESTMENT CLAIMS 256-257 (2009) (CL-0296) (énfasis añadido).

¹⁷⁶⁵ *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala II*, Caso CNUDMI/CPA N°. 2017-41, Laudo del 24 de agosto de 2020, pág. 392 (CL-0292).

¹⁷⁶⁶ *David Aven y otros c. República de Costa Rica*, Case N°. UNCT/15/3, Laudo del 18 de septiembre de 2018, pág. 745 (RL-0031).

aproximada, basada únicamente en la experiencia personal de un perito en lugar de un método preciso de valoración. Además, la prueba que Costa Rica ha mencionado se diluye en su contestación de la demanda, sin especificar de manera clara y precisa los hechos que han de probarse dentro de la reconvencción, en particular, la prueba de que las Demandantes son las causantes de todos los daños ambientales¹⁷⁶⁷.

602. La reconvencción de Guatemala es igualmente deficiente. La base fáctica de la reconvencción de la Demandada está contenida en una sola frase, sin citar ninguna prueba que la sustente: “[e]l Estado no debe quedar en la posición de no sólo tener que abonar los costos de este procedimiento arbitral, sino también remediar el daño ambiental causado por los Demandantes”¹⁷⁶⁸. La Demandada ni siquiera ha intentado demostrar que los Demandantes (o Exmingua) hayan causado algún daño ambiental. Más bien admite que su reconvencción se basa en la pura especulación de que puede sufrir daños en el futuro.

603. Específicamente, la Demandada afirma primero que, si Guatemala prevalece en el arbitraje, “una posibilidad cierta es que los Demandantes abandonen el proyecto minero”. Lejos de tal certeza, la propia Demandada admite que se trata de una mera “posibilidad”. La Demandada también basa su especulación de que los Demandantes “abandonen el proyecto minero” en alegatos de que el proyecto carece de apoyo comunitario y los Demandantes carecen de “la capacidad técnica o financiera para volver a trabajar”¹⁷⁶⁹. La Demandada pide al Tribunal que extraiga esta última inferencia incorrecta del hecho de que el reclamo de arbitraje de los Demandantes está financiado por terceros¹⁷⁷⁰.

604. Sin embargo, el Tratado establece claramente que *cualquier* reclamo puede someterse a arbitraje únicamente si el demandado “ha violado” una obligación y el inversionista “ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta”¹⁷⁷¹. No es posible someter un reclamo (y, por lo tanto, una reconvencción) a arbitraje si aún no se ha producido un incumplimiento o no se han sufrido pérdidas o daños¹⁷⁷². Por lo tanto, la Reconvencción de Guatemala fracasa en el umbral.

¹⁷⁶⁷ *Íd.*

¹⁷⁶⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 939.

¹⁷⁶⁹ *Íd.*, pár. 938.

¹⁷⁷⁰ *Íd.*

¹⁷⁷¹ CAFTA-DR Art. 10.16.1, inciso (a), párrafos (i) y (ii) (C-0001); *Íd.* Art. 10.16.1, inciso (b), párrafos (i) y (ii).

¹⁷⁷² La Demandada “cuantifica” los daños en los que puede incurrir en el futuro por referencia al “monto establecido en el EIA, actualizado conforme al criterio de los propios expertos mineros de los Demandantes, es decir en la suma USD 2 millones.” Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 939. Sin embargo, como explicaron los expertos de los Demandantes, el monto de USD 2 millones representa los costos de cierre detallados tanto en el EIA de Progreso VII como en el EIA de Santa Margarita y, por lo tanto, los costos de cierre de todo el Proyecto Tambor, suponiendo que se hubieran completado las operaciones de minería en todas estas áreas. SRK I, pár. 57; *ver también* Memorial de Contestación de la Demandada en n.1697 (donde cita engañosamente el informe de SRK al usar elipsis para omitir esta información sustancial). Incluso bajo la propia visión distorsionada de los hechos de Guatemala, si la Demandada resulta vencedora en el arbitraje y los Demandantes “abandonan” la mina, los únicos costos de cierre en los que se incurrirá son los que se estimaron en USD 1 millón en el EIA aprobado. EIA de Progreso VII de 31 de mayo de 2010, págs. 137-138, Tabla 24 (C-0082); *ver también* SRK

605. Las provocaciones espurias de la Demandada al afirmar que “[m]ineras pequeñas, como los Demandantes, usualmente no tienen un marcado compromiso con las comunidades locales”, “[l]as mineras [pequeñas son] menos transparentes y [tienen] accionistas ocultos”, “[l]as mineras pequeñas tampoco se preocupan por su reputación” y “opera[n] en una manera menos responsable”, y que “[l]os Demandantes merecen esta reputación”¹⁷⁷³ son desinformadas, infundadas y difamatorias.

606. Dada la clara falta de jurisdicción sobre la reconvencción, así como el hecho de que la Demandada ni siquiera ha podido presentar un caso prima facie de incumplimiento o de daños (y mucho menos probarlo), es evidente que la motivación de la Demandada al presentar la reconvencción es desprestigiar a los Demandantes y aumentar sus costos en este procedimiento. El Tribunal debería sancionar este comportamiento ordenando que se abone a los Demandantes el costo en que estos incurrieron para presentar su defensa contra la reconvencción.

IV. DAÑOS

A. Los Demandantes tienen derecho a una reparación integral

607. Como se señaló anteriormente, el CAFTA-DR no establece expresamente el estándar de compensación aplicable para las expropiaciones ilegales o para las violaciones de otras protecciones de inversiones¹⁷⁷⁴. Por lo tanto, debe aplicarse el estándar de “reparación integral” resultante del derecho internacional consuetudinario¹⁷⁷⁵. Al argumentar lo contrario, el Memorial de Contestación de la Demandada revela una incomprensión fundamental de los argumentos de los Demandantes y el marco jurídico aplicable.

1. La Demandada distorsiona los reclamos por daños de los Demandantes y los limita al “cálculos de valuación de tipo expropiatorio”

608. La Demandada distorsiona los argumentos de los Demandantes al afirmar que “los Demandantes únicamente han presentado cálculos de valuación de tipo expropiatorio” y no han considerado los daños sufridos por “cualquiera de sus otros reclamos individualmente considerados...”¹⁷⁷⁶. Esto resulta de una lectura muy selectiva de las presentaciones de los

I, pár. 57, nota al pie N°. 56. La Demandada afirma con total hipocresía que “el EIA no cuenta con la información necesaria para implementar un plan de remediación y clausura de la mina” (Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 937). Sin embargo, la Demandada no sólo aprobó ese EIA sino que se basa en él para cuantificar los daños para su supuesta reconvencción. Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 939.

¹⁷⁷³ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 936-937.

¹⁷⁷⁴ Memorial de los Demandantes, pár. 329.

¹⁷⁷⁵ *Íd.*, pár. 329 (citas de casos).

¹⁷⁷⁶ Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 832.

Demandantes y es irreconciliable con las propias referencias de la Demandada al Memorial de los Demandantes, donde se establece el estándar de daños aplicable para las expropiaciones ilegales y para las violaciones de otras protecciones resultantes de tratados de inversión¹⁷⁷⁷.

609. Partiendo de esta premisa errónea, la Demandada basa *la totalidad* de su argumento en el “estándar compensatorio” establecido en el Artículo 10.7.2 del CAFTA-DR¹⁷⁷⁸, y omite mencionar el estándar compensatorio aplicable a incumplimientos de las obligaciones de no expropiación de inversiones establecidas en el Tratado. La omisión de la Demandada debe tomarse como un reconocimiento de que la “reparación integral” es el estándar correcto para el incumplimiento de las garantías de trato justo y equitativo establecidas en el Tratado, incluyendo la denegación de justicia y el incumplimiento de las obligaciones de plena protección y seguridad, trato de nación más favorecida y trato nacional, tal como se establece en el Memorial de los Demandantes¹⁷⁷⁹. Este resultado también se desprende del reconocimiento por parte de la Demandada de que el CAFTA-DR “está fuertemente influenciado por el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)”¹⁷⁸⁰, ya que varios “tribunales del TLCAN han adquirido especial prominencia”¹⁷⁸¹ en la evaluación del monto de los daños sobre la base de la ley de responsabilidad del Estado¹⁷⁸².

2. El artículo 10.7.2 establece una condición para la expropiación legal

610. El argumento de la Demandada de que el “Art. 10.7.2 del DR-CAFTA contiene el estándar compensatorio aplicable en caso de expropiación”¹⁷⁸³ confunde un requisito para la expropiación legal de bienes (el pago de una compensación), con el estándar compensatorio aplicable.

¹⁷⁷⁷ *Íd.*, p. 822 (referencia al Memorial de los Demandantes, párrs. 331-336).

¹⁷⁷⁸ *Íd.* Memorial de Contestación, párrs. 821- 832.

¹⁷⁷⁹ Memorial de los Demandantes, p. 333 (citas de casos).

¹⁷⁸⁰ Memorial de Contestación de la Demandada, p. 270.

¹⁷⁸¹ IRMGARD MARBOE, *CALCULATION OF COMPENSATION AND DAMAGES IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* 3.136 – 3.141 (1^o edición, 2009) (CL-0372).

¹⁷⁸² *Ver, p. ej., S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, CNUDMI, Laudo Parcial del 13 de noviembre de 2000, p. 308 (CL-0104) (“Las expropiaciones que tienen lugar de conformidad con el marco del Artículo 1110... son ‘lícitas’ en virtud del Capítulo 11... En virtud de otras disposiciones del Capítulo 11, la responsabilidad de la Parte receptora surge del hecho de que el gobierno ha hecho algo que es contrario al TLCAN y es ‘ilícito’ entre las partes contendientes”); *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN, Caso CIADI N°. ARB(AF)/99/1, Laudo del 16 de diciembre de 2002, p. 194 (CL-0093) (“El TLCAN no brinda otra guía en cuanto al modo correcto de evaluar daños o indemnizaciones en situaciones que no encuadren dentro de las disposiciones del Artículo 1110 (expropiación); [...] De ello se desprende que, en casos de discriminación que constituyan una violación del Artículo 1102, lo que adeude el Demandado será el monto de la pérdida o daño razonablemente vinculado a tal violación. [...] Por lo tanto, si el requisito necesario para someter una reclamación a arbitraje es la existencia de daños, se deriva posiblemente que el Tribunal pueda ordenar una indemnización por el monto de las pérdidas o los daños en los que realmente se ha incurrido”).

¹⁷⁸³ Memorial de Contestación de la Demandada, p. 821; *ver también* Presentación realizada por los Estados Unidos como parte no contendiente, p. 40.

611. El artículo 10.7.2 no establece un estándar compensatorio en caso de incumplimiento, sino que describe qué hace que una expropiación sea lícita y, por tanto, no constituya un incumplimiento del Tratado. En otras palabras, “el deber de pagar una compensación como modalidad de reparación difiere de la obligación convencional de compensar una expropiación, ya que se deriva de las normas secundarias del derecho internacional de la responsabilidad del Estado”¹⁷⁸⁴. Por sus propios términos, el artículo 10.7.2 es una “disposición convencional que exige el pago de una compensación por una expropiación y crea así una obligación *primaria*, mientras que el deber de proporcionar reparación por una expropiación ilegal es una obligación *secundaria* que sólo se aplica cuando se establece el incumplimiento de una obligación primaria”¹⁷⁸⁵.

612. La errada premisa de la Demandada impregna toda su presentación¹⁷⁸⁶ y constituye la base de su argumento erróneo de que “para poder aceptar que el Tribunal tiene jurisdicción sobre un reclamo expropiatorio presentado por los Demandantes... ese reclamo debe regirse por el Art. 10.7... incluido el estándar compensatorio contenido en el Art. 10.7.2, que regula, entre otras cosas, la fecha adecuada de valuación, estableciendo que esta será la fecha de la expropiación”¹⁷⁸⁷. El razonamiento de la Demandada “confunde la obligación de compensar resultante del tratado por una expropiación legal con la obligación de pagar daños y perjuicios por una expropiación ilegal”¹⁷⁸⁸, y se deriva de una interpretación errónea del Tratado y, más fundamentalmente, del derecho internacional.

613. La Demandada critica a los Demandantes por invocar “ciertas decisiones dictadas bajo otros tratados”¹⁷⁸⁹ y afirma que “[l]os Estados contratantes bajo el [CAFTA-DR], contrariamente a lo que intentan sostener los Demandantes, acordaron que el estándar compensatorio aplicable bajo el Art. 10.7.2 regula la indemnización debida bajo cualquier forma de expropiación protegida bajo ese tratado”¹⁷⁹⁰, pero no cita nada en respaldo de dicha afirmación. Por el contrario, algunos autores se basan en el texto del artículo 10.7 para explicar la diferencia entre expropiaciones ilegales y legales y

¹⁷⁸⁴ David Khachvani, *Compensation for Unlawful Expropriation: Targeting the Illegality*, 32(2) ICSID REV. 385, 388 (2017) (CL-0297).

¹⁷⁸⁵ *Íd.* (énfasis añadido). Ver también Segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados, del Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, Relator Especial, Responsabilidad de los Estados: El origen de la responsabilidad internacional, (20 de abril de 1970) Doc A/CN.4/233, pár. 7 (CL-0298) (“[U]na cosa es definir una regla y el contenido de la obligación que impone, y otra es determinar si dicha obligación ha sido incumplida y cuáles deben ser las consecuencias de dicho incumplimiento. Sólo el segundo de dichos aspectos entra en la esfera de la responsabilidad propiamente dicha...”).

¹⁷⁸⁶ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 821- 832.

¹⁷⁸⁷ *Íd.*, párrs. 831.

¹⁷⁸⁸ David Khachvani, *Compensation for Unlawful Expropriation: Targeting the Illegality*, 32(2) ICSID REV. 385, 388 (2017) (CL-0297).

¹⁷⁸⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 822 y nota al pie N°. 1536; pár. 827.

¹⁷⁹⁰ *Íd.*, pár. 823.

el estándar compensatorio, y afirman que “una expropiación que no cumple con las condiciones [del artículo 10.7] es ilegal, lo que desencadena la obligación del Estado de abonar una reparación en virtud del derecho internacional consuetudinario de acuerdo con el estándar establecido en el caso de la fábrica de Chorzów”¹⁷⁹¹. En resumen,

En caso de incumplirse cualquiera de las condiciones acumulativas establecidas en el artículo sobre expropiación del tratado, entonces (por definición) la expropiación no ha cumplido con las obligaciones del tratado y ya no es necesario aplicar el estándar establecido en el tratado. Es por ello que los tribunales han sostenido que las expropiaciones ilegales deben indemnizarse de conformidad con el estándar resultante del derecho internacional consuetudinario, y no de conformidad con los términos expresos del TBI. El famoso caso de la Fábrica de Chorzów establece el estándar compensatorio consuetudinario de reparación integral, que “debe, en la medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido si ese acto no hubiera sido cometido”¹⁷⁹².

614. 616. Como se detalla más adelante, el CAFTA-DR es similar a otros tratados en este aspecto, y los tribunales han reconocido consistentemente la diferencia entre: (a) el pago de la compensación como criterio para determinar la legalidad de una expropiación (como aparece en el Artículo 10.7.2 del CAFTA-DR); y (b) el estándar compensatorio apropiado para expropiaciones ilegales.

3. La jurisprudencia en materia de arbitraje de inversiones respalda la interpretación de los Demandantes

615. La Demandada critica a los Demandantes por invocar “una minoría de decisiones dictadas bajo tratados distintos del [CAFTA-DR] para intentar escapar de las disposiciones del tratado que invocan”, y afirma que los casos a los que hacen referencia los Demandantes se referían a una situación en la que el “tratado aplicable no contenía disposiciones específicas aplicables a la expropiación reclamada”¹⁷⁹³. Tales comentarios son insostenibles. A pesar de su grandilocuencia con respecto a los supuestos

¹⁷⁹¹ BORZU SABAHI, NOAH RUBINS, Y OTROS, *INVESTOR-STATE ARBITRATION* 704-706 (2d ed., 2019), pág. 21.05 (CL-0299) (“Disposiciones como ésta reconocen el derecho de un estado a expropiar la propiedad de los inversionistas extranjeros, siempre que cumpla las condiciones establecidas en el párrafo 1... Si se cumplen estas condiciones, la expropiación se considera lícita. Una expropiación que no cumpla con las condiciones anteriores es ilegal, lo que desencadena la obligación del estado de proporcionar una reparación en virtud del derecho internacional consuetudinario de acuerdo con el estándar establecido en el caso de la *Fábrica de Chorzów*...”).

¹⁷⁹² BLACKABY NIGEL, CONSTANTINE PARTASIDES, Y OTROS, *REDFERN AND HUNTER ON INTERNATIONAL ARBITRATION* 494-495 (6° edición, 2015) (CL-0300).

¹⁷⁹³ Memorial de Contestación de la Demandada, pág. 827 y nota al pie N°. 1543 (cita de *ADC c. Hungría*). Los Artículos 10.7.1 y 10.7.2 del CAFTA-DR y el Artículo 4 del TBI Hungría-Chipre, en disputa en el caso *ADC*, son sustancialmente indistintos en los aspectos relevantes. Ver *ADC Affiliate Ltd. y ADC & ADMC Mgmt. Ltd. c. La República de Hungría*, Caso CIADI N°. ARB/03/16, Laudo del 2 de octubre de 2006, pág. 368 (CL-0162).

intentos de las Demandantes por “escapar de las disposiciones” del CAFTA-DR, la Demandada no cita *un solo caso* en el marco del CAFTA-DR que contradiga la interpretación de las Demandantes.

616. De hecho, tanto el consenso académico como la jurisprudencia reciente favorecen la interpretación de los Demandantes¹⁷⁹⁴. Como señala August Reinisch, aunque “a veces se afirma que tanto la expropiación legal como la ilegal desencadenan la misma obligación de indemnización”, “la jurisprudencia actual adhiere en gran medida a la distinción entre las dos formas de expropiación”¹⁷⁹⁵. De hecho, “la *mejor interpretación* es que una expropiación ilegal caerá bajo las reglas generales de la responsabilidad del Estado, mientras que esto no es así en el caso de una expropiación legal acompañada de indemnización”¹⁷⁹⁶. La observación de que “las cláusulas de expropiación en los tratados de inversión generalmente exigen que la expropiación legal vaya acompañada de una compensación pronta, efectiva y adecuada. Las cláusulas de expropiación suelen contener lineamientos adicionales, generalmente referidas al ‘valor justo de mercado’ de la inversión. A su vez, la obligación [del CIL] de realizar una reparación íntegra es lo que regula el monto de la indemnización debida en los casos de expropiación ilegal”¹⁷⁹⁷ es también de aplicación al CAFTA-DR.

617. Por su parte, la Demandada basa sus argumentos en un voto en disidencia parcial emitido en el caso *Quiborax c. Bolivia*¹⁷⁹⁸ y en la decisión del caso *British Caribbean Bank c. Belice*¹⁷⁹⁹. Incluso si se las toma de forma acumulativa, estas fuentes difícilmente pueden ser consideradas representativas de la opinión predominante en el derecho internacional de las inversiones. La opinión predominante, como también se expone en el Memorial de los Demandantes¹⁸⁰⁰, es que “los tribunales arbitrales *sostienen cada vez más* que los estándares compensatorios establecidos en los tratados para casos de expropiación sólo se aplican en escenarios de expropiación legal... las expropiaciones ilegales y los

¹⁷⁹⁴ Ver, p. ej., *Siemens A.G. c. La República Argentina*, Caso CIADI N°. ARB/02/8, Laudo del 6 de febrero de 2007, párrs. 349-352 (CL-0159); *Saipem S.p.A. c. República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI N°. ARB/05/07, Laudo del 30 de junio de 2009, pár. 201 (CL-0145); *ADC Affiliate Ltd. y ADC & ADMC Mgmt. Ltd. c. República de Hungría*, Caso CIADI N°. ARB/03/16, Laudo del 2 de octubre de 2006, párrs. 483-484 (CL-0162); *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile*, Caso CIADI N°. ARB/01/7, Laudo del 25 de mayo de 2004, pár. 238 (CL-0208).

¹⁷⁹⁵ August Reinisch, *Legality of Expropriation*, en STANDARDS OF INVESTMENT PROTECTION (August Reinisch ed., 2008), 200 (CL-0301).

¹⁷⁹⁶ RUDOLF DOLZER Y CHRISTOPH SCHREUER, PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 100 (2ª edición 2012) 99 (CL-0131).

¹⁷⁹⁷ HENRY G. BURNETT Y LOUIS-ALEXIS BRET, ARBITRATION OF INTERNATIONAL MINING DISPUTES: LAW AND PRACTICE 19.07 (2017) (CL-302).

¹⁷⁹⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 826, 828.

¹⁷⁹⁹ En el párrafo 826 y la nota al pie N°. 541 de su Memorial de Contestación, la Demandada menciona el lenguaje del caso y cita el caso *British Caribbean Bank Ltd. c. Gobierno de Belice*, Caso CPA Nro. 2010-18, Laudo (19 de diciembre de 2014), pár. 261 (RL-0308). Sin embargo, el lenguaje citado no aparece en dicho caso.

¹⁸⁰⁰ Memorial de los Demandantes, párrs. 329 – 337.

demás incumplimientos de los tratados tienen que ser indemnizados de conformidad con el principio de reparación integral resultante del derecho internacional consuetudinario y reflejado en el caso de la Fábrica de Chorzów”¹⁸⁰¹.

618. Las decisiones dictadas en los casos *Siemens c. Argentina*¹⁸⁰², *Vivendi c. Argentina*¹⁸⁰³, *Biwater c. Tanzania*¹⁸⁰⁴, *Saipem c. Bangladesh*¹⁸⁰⁵, *Karkey Karadeniz c. Pakistán*¹⁸⁰⁶, y *UP & CD Holding c. Hungría*¹⁸⁰⁷, entre otros, representan por lo tanto, el enfoque predominante seguido por los tribunales arbitrales, es decir, que la “reparación integral” es el estándar aplicable en casos de expropiación ilegal. Como señaló el tribunal del caso *UP & CD Holding c. Hungría*:

El Tribunal no está de acuerdo con la opinión de la Demandada de que, si bien se acepta la distinción entre expropiación legal e ilegal, es “necesario y lógico” que las normas de compensación establecidas en el Art. 5, inciso (2), se apliquen tanto a la expropiación legal como a la ilegal. No es en absoluto “lógico” que una infracción del art. 5, inciso (2), como resultado de una expropiación ilegal no dé lugar a una responsabilidad mayor que la generada por una expropiación legal. La mayoría de los sistemas jurídicos distinguen entre una “indemnización” por medidas legales y una responsabilidad por “daños” resultantes de medidas ilegales, aunque con terminología y criterios diferentes. Como argumentan correctamente los Demandantes, el Art. 5, inciso (2), contiene una *lex specialis* aplicable expresamente a casos de expropiación legal. *De hecho, tal como lo confirma la jurisprudencia en materia de inversiones, incluyendo aquella resultante del caso ADC c. Hungría, a menos que un tratado contenga una referencia clara a los daños debidos por expropiaciones ilícitas, la regla de compensación a la que se refiere el TBI sólo se aplicará a la expropiación lícita, y los daños por expropiación ilícita se regirán por las disposiciones resultantes del derecho internacional consuetudinario.* Por lo tanto, la regla de compensación establecida en el Art. 5, inciso (2), del TBI no es de aplicación a casos de expropiación ilegal.¹⁸⁰⁸

¹⁸⁰¹ BORZU SABAHI, NOAH RUBINS Y OTROS, INVESTOR-STATE ARBITRATION 717-718 (2^o edición, 2019) (CL-0299).

¹⁸⁰² *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI N°. ARB/02/8, Laudo del 6 de febrero de 2007, párrs. 352, 353 (CL-0159).

¹⁸⁰³ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N°. ARB/97/3, Laudo del 20 de agosto de 2007, párrs. 8.2.3–8.2.5 (CL-0142).

¹⁸⁰⁴ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI N°. ARB/05/22, Laudo del 24 de julio de 2008, pár. 775 (CL-0085).

¹⁸⁰⁵ *Saipem S.p.A. c. República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI N°. ARB/05/7, Laudo del 30 de junio de 2009, pár. 201 (CL-0145).

¹⁸⁰⁶ *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI N°. ARB/13/1, Laudo del 22 de agosto de 2017, párrs. 662-664 (CL-0217).

¹⁸⁰⁷ *UP (formerly Le Chèque Déjeuner) y C.D Holding Internationale c. Hungría*, Caso CIADI N°. ARB/13/35, Laudo del 9 de octubre de 2018, párrs. 511-512, 560 (CL-0141).

¹⁸⁰⁸ *Íd.*, pár. 511 (énfasis añadido y énfasis original omitido).

619. Como se ha demostrado, los argumentos de la Demandada respecto del estándar compensatorio apropiado en casos de expropiación ilegal en virtud del CAFTA-DR adolecen de numerosos defectos y no reflejan la práctica contemporánea del derecho internacional de las inversiones.

B. La fecha de valoración elegida por los Demandantes es esencial para revertir las consecuencias del incumplimiento de la Demandada

620. Como se detalla en el Memorial, la fecha de valoración elegida por los Demandantes (es decir, la fecha del Laudo) es necesaria para revertir las consecuencias de los incumplimientos del Tratado por parte de la Demandada¹⁸⁰⁹. En su Memorial de Contestación, la Demandada cuestiona esto, y argumenta la procedencia de una fecha de valoración *ex ante*: el 5 de mayo de 2016 o, alternativamente, el 11 de noviembre de 2015¹⁸¹⁰. Esto es incorrecto.

621. En este caso, el principio de reparación integral requiere que la fecha de valoración sea la fecha del Laudo¹⁸¹¹, ya que el proceso arbitral versa sobre una expropiación ilegal y otros incumplimientos, y el valor de la inversión ha aumentado entre la fecha de los incumplimientos del Tratado y la fecha del Laudo. En el caso *ConocoPhillips c. Venezuela*, el tribunal sostuvo que “si la expropiación fue ilícita, la fecha de valoración es *en general la fecha del laudo*”¹⁸¹². También se ha reconocido que en los casos de expropiaciones ilegales “los Demandantes tienen derecho a elegir la fecha de valoración”, y que¹⁸¹³:

los inversionistas deben disfrutar de los beneficios de los acontecimientos imprevistos que aumentan el valor de un activo expropiado hasta la fecha de la decisión, porque tienen derecho a una indemnización a dicha fecha en reemplazo de su derecho a la restitución del activo

¹⁸⁰⁹ Memorial de los Demandantes, párrs. 334-337.

¹⁸¹⁰ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 833-837.

¹⁸¹¹ Memorial de los Demandantes, pár. 334 (cita de casos); *ver también Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*, Caso CIADI N°. ARB/08/5, Decisión sobre Reconsideración y Laudo del 7 de febrero de 2017, pár. 326 (CL-0303); *Hydro S.r.l. y otros c. República de Albania*, Caso CIADI N°. ARB/15/28, Laudo del 24 de abril de 2019, pár. 831 (CL-0304); *Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs c. República de Georgia*, Caso CIADI N°. ARB/05/18, Laudo del 3 de marzo de 2010, pár. 514 (CL-0163); *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N°. ARB/09/1, Laudo del 21 de julio de 2017, pár. 1115 (CL-0305); *Crystallex Int'l Corp. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N°. ARB(AF)/11/2, Laudo del 4 de abril de 2016, pár. 843 (CL-0153); *Quiborax S.A. y Non Metallic Minerals S.A. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI N°. ARB/06/2, Laudo del 16 de septiembre de 2015, pár. 370 (CL-0226).

¹⁸¹² *ConocoPhillips Petrozuata B.V. y otros c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N°. ARB/07/30, Decisión sobre Jurisdicción y Fondo del 3 de septiembre de 2013, pár. 343 (CL-0306) (énfasis añadido).

¹⁸¹³ IRMGARD MARBOE, CALCULATION OF COMPENSATION AND DAMAGES IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 3.298 (2º edición, 2017) (CL-0247); *Yukos Universal Ltd. (Isle of Man) c. La Federación Rusa*, CNUDMI, Caso CPA N°. 2005-04/AA227, Laudo Final del 18 de julio de 2014, párrs. 1763, 1769 (CL-0180) (“[E]n el caso de una expropiación ilegal... los Demandantes tienen derecho a elegir la fecha de expropiación o la fecha del laudo como fecha de tasación”).

expropiado. Si el valor del bien aumenta, también aumenta el valor del derecho de restitución y, en consecuencia, el derecho a indemnización cuando la restitución no es posible¹⁸¹⁴.

622. A la luz de estos principios, el presente caso es más que claro, ya que se ha producido un aumento del valor de la inversión tras la expropiación, incluso como resultado del aumento del precio del oro¹⁸¹⁵. La Demandada no niega este significativo hecho, ni justifica de ningún modo el beneficio que ha obtenido como resultado de dicho aumento a pesar de que, de no ser por su conducta ilícita, los Demandantes habrían sido quienes percibieran dicho beneficio. La preocupación expresada por los Estados Unidos en la presentación que realizaran como parte no contendiente, de que valorar la inversión a partir de la fecha del Laudo puede ir en contra del derecho internacional al ignorar los principios de causalidad y previsibilidad o “castigar a los Estados”¹⁸¹⁶ es errónea.

623. De hecho, en el caso *Quiborax c. Bolivia*, el tribunal consideró que el aumento del precio del recurso mineral en cuestión (ulexita) tras la expropiación debía ser considerado en la cuantificación de los daños, ya que las fluctuaciones del precio son “previsibles”¹⁸¹⁷. En igual sentido, el tribunal del caso *Burlington c. Ecuador* rechazó adecuadamente el argumento de que la elección de una fecha de valoración posterior a la fecha del Laudo presenta un problema de causalidad:

[E]l hecho de que cierta información utilizada para cuantificar el lucro cesante a la fecha del laudo podría no haber sido previsible a la fecha de la expropiación no interrumpe la cadena de la causalidad. Lo que importa es que el daño sufrido haya sido originado por el acto ilícito. Es cierto que la causalidad fáctica no es suficiente, y que se requiere un elemento adicional vinculado con la exclusión del daño de carácter demasiado remoto o indirecto (en ocasiones se hace referencia a ello como causalidad legal o adecuada), y es en estas circunstancias donde la previsibilidad tiene relevancia... Resulta generalmente aceptado que la expropiación de una empresa en marcha es objetivamente capaz de causar la pérdida de su flujo de ganancias futuro, y, por consiguiente, dicha pérdida es previsible. *También es previsible que las referidas ganancias futuras puedan fluctuar en función de diversas variables económicas y de otra*

¹⁸¹⁴ *Yukos Universal Ltd. (Isle of Man) c. Federación Rusa*, CNUDMI, Caso CPA N°. 2005-04/AA227, Laudo Final del 18 de julio de 2014, pár. 1767 (CL-0180) (énfasis omitido).

¹⁸¹⁵ Versant I, párrs. 125-126, Figura 9.

¹⁸¹⁶ Presentación realizada por los Estados Unidos como parte no contendiente, pár. 62.

¹⁸¹⁷ *Quiborax S.A. y Non Metallic Minerals S.A. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI N°. ARB/06/2, Laudo del 16 de septiembre de 2015, pár. 383 (CL-0226).

*naturaleza incluyendo los precios, los costos, la inflación y las tasas de interés, entre otros factores*¹⁸¹⁸.

624. De no ser por las medidas, el valor de Exmingua también habría sido mayor a la fecha del Laudo de lo que era en 2016 o 2015, porque, tal como explican tanto SRK como Versant, los Demandantes habrían tenido la oportunidad de seguir avanzando en el Proyecto mediante la realización de más exploraciones y la continuación de la explotación minera¹⁸¹⁹. Guatemala privó a los Demandantes de esta oportunidad, y no debe permitírsele beneficiarse (o penalizarse a los Demandantes) a través de una valuación de la inversión a una fecha *ex ante*.

625. Como señala Versant, otra razón para utilizar la fecha del Laudo como fecha de valoración es que los Demandantes no tenían intención de vender el Proyecto Tambor en 2016¹⁸²⁰ y *no* habrían aceptado el valor que el Sr. Rosen calcula a dicha fecha¹⁸²¹, el cual, por lo tanto, no puede ser considerado un “valor justo de mercado”. El experto en valuación de Guatemala, el Sr. Rosen, está familiarizado con esta línea de razonamiento, ya que él mismo opinó en el caso *Clayton* que:

En ausencia de los incumplimientos del Tratado por parte de la Demandada, los Inversionistas tenían la intención de desarrollar y hacer uso del proyecto de Whites Point. Al cambiar el estándar compensatorio de una reparación plena a una noción indefinida de “valor”, se asume que los Inversionistas tenían la intención de poner el proyecto de Whites Point a la venta y que, de no haberse producido los incumplimientos del Tratado por parte de la Demandada, podrían haber aceptado un precio diferente al valor actual de las ganancias que podrían percibir al operar el proyecto ellos mismos¹⁸²².

626. Por lo tanto, el argumento de la Demandada en favor de la selección de una fecha de valoración *ex ante* es insostenible. Dicho argumento tiene su origen en el hecho de que la Demandada confunde las disposiciones del Artículo 10.7.2 con un estándar compensatorio (en lugar de una condición de

¹⁸¹⁸ *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*, Caso CIADI N°. ARB/08/5, Decisión sobre Reconsideración y Laudo del 7 de febrero de 2017, pár. 333 (CL-0303) (énfasis añadido); *ver también Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia*, Caso CIADI N°. ARB/81/1, Laudo en Proceso Iniciado por Segunda Vez del 5 de junio de 1990, pár. 186 (CL-0307) (“La previsibilidad no sólo tiene que ver con la causalidad y no con el quantum, sino que de todos modos sería una prueba inapropiada para los daños que se aproximan a la restitución integral. Los únicos factores sobrevenientes conocidos relevantes para el valor en los que no se debe confiar son los atribuibles a la ilegalidad en sí misma”). (énfasis omitido).

¹⁸¹⁹ *Ver* SRK II, párrs. 69, 90; Versant II, párrs. 66-73; SRK I, párrs. 96-99, 114-115; Versant I, párrs. 18, 100, 106, 109; Memorial de los Demandantes, párrs. 364-365.

¹⁸²⁰ Kappes II, párrs. 59, 71.

¹⁸²¹ Versant II, párrs. 53, 59.

¹⁸²² *William Ralph Clayton y otros c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Respuesta al Informe Pericial del Sr. Howard Rosen del 23 de agosto de 2017, párrs. 4.4-4.7 (C-0776).

legalidad de una expropiación) a pesar de que es inaplicable a la expropiación ilegal, y no aborda las presentaciones de los Demandantes en relación con el estándar compensatorio apropiado a los incumplimientos del Tratado por parte de la Demandada que no constituyen actos de expropiación¹⁸²³. La fecha de valoración elegida por la Demandada (el 5 de mayo de 2016 o el 11 de noviembre de 2015) conduciría a una indemnización que representaría una fracción de las pérdidas sufridas por los Demandantes y, por lo tanto, es incompatible con el estándar aplicable de reparación integral.

C. Los daños sufridos por los Demandantes fueron causados por los incumplimientos de la Demandada

1. Existe un claro nexo causal entre las violaciones del Tratado por parte de la Demandada y las pérdidas sufridas por los Demandantes

627. Las pérdidas de los Demandantes fueron indiscutiblemente causadas por los incumplimientos del CAFTA-DR por parte de la Demandada y, en virtud de las disposiciones aplicables del derecho internacional, la Demandada debe reparar plenamente a los Demandantes. La Demandada afirma que los Demandantes “debe[n] superar el *elevado umbral* de probar la existencia de causalidad directa y suficiente entre las medidas impugnadas y el daño que reclaman”¹⁸²⁴, pero la existencia del daño, como cualquier otro hecho, debe establecerse en función de un balance de probabilidades¹⁸²⁵. En cuanto a la causalidad, esta es de naturaleza tanto fáctica como jurídica. La causalidad de hecho requiere que la conducta ilícita haya “desempeñado *algún* papel en la producción del daño o perjuicio”¹⁸²⁶. Por tanto, el demandante debe demostrar que no habría sufrido el perjuicio “de no ser por” el incumplimiento del demandado¹⁸²⁷. La causalidad legal, por otro lado, “tiene por objeto filtrar los daños que se encuentren ‘demasiado alejados’ del supuesto incumplimiento, no sean ‘próximos’ al acto ilícito o, según algunos

¹⁸²³ Ver Secciones IV.A-IV.B.

¹⁸²⁴ Memorial de Contestación de la Demandada, pág. 851 (énfasis añadido).

¹⁸²⁵ *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N°. ARB(AF)/09/1, Laudo del 22 de septiembre de 2014, pág. 685 (CL-0205) (“El Tribunal no encuentra motivos para concluir que el estándar de prueba aplicable a los daños deba ser más alto que el estándar aplicable al fondo, por lo que concluye que el estándar de prueba apropiado es el balance de probabilidades”).

¹⁸²⁶ SERGEY RIPINSKY Y KEVIN WILLIAMS, *DAMAGES IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* 135 (2008) (CL-0234) (énfasis en el original).

¹⁸²⁷ Ver, p. ej., *LG&E Energy Corp. y otros c. República Argentina*, Caso CIADI N°. ARB/02/1, Laudo del 25 de julio de 2007, pág. 48 (CL-0237); *William Ralph Clayton y otros c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo sobre Daños del 10 de enero de 2019, pág. 114 (CL-0243) (donde se sostiene que la prueba consiste en determinar si el tribunal es “capaz de concluir, a partir del caso en su conjunto y con un grado suficiente de certeza” que el daño o las pérdidas “se habrían evitado si la Demandada hubiera cumplido con sus obligaciones legales”).

tribunales, no fueran ‘previsibles’”¹⁸²⁸. En contra de lo que sostiene la Demandada, y como demuestran los Demandantes más adelante, ambas condiciones se cumplen en el presente caso.

628. Como estableció el tribunal en el caso *Lemire c. Ucrania*, “[s]i se puede probar que, como resultado del devenir habitual de los acontecimientos, una determinada causa producirá un determinado efecto, se puede suponer con seguridad que existe una presunción (refutable) de causalidad entre ambos acontecimientos, y que el primero es la causa próxima del otro”¹⁸²⁹. Además, este nexo causal no tiene por qué ser directo, sino que puede establecerse a través de una cadena de acontecimientos conectados, siempre que no haya “ninguna [ruptura] en la cadena [de causalidad]... [t]odas las pérdidas indirectas están cubiertas en la medida en que, al contemplar desde un punto de vista jurídico el accionar [del Estado], este haya sido la causa eficiente y próxima y la fuente de la que han surgido dichas pérdidas”¹⁸³⁰. Al evaluar la causalidad jurídica, también debe considerarse el tiempo transcurrido entre el daño sufrido y la conducta ilícita del Estado¹⁸³¹.

629. En este caso, la Demandada no cuenta con ningún fundamento para cuestionar la causalidad fáctica o jurídica. Antes de que suspendiera la licencia de explotación de Exmingua, la mina estuvo en operación por más de un año y medio. La operación se desarrollaba según lo previsto; de hecho, la ley del oro era más alta de lo que indicaban algunas pruebas, la planta estaba aumentando su tasa de recuperado, las operaciones de minería estaban en expansión y Exmingua había celebrado un acuerdo de comercialización de largo plazo para la venta de su concentrado¹⁸³². Exmingua también tenía una confianza legítima en que obtendría una licencia de explotación de Santa Margarita¹⁸³³, y las medidas de Guatemala aseguraron que los Demandantes no pudieran capitalizar su oportunidad de desarrollar el potencial de Santa Margarita¹⁸³⁴.

¹⁸²⁸ Patrick W. Pearsall y J. Benton Heath, *Causation and Injury in Investor-State Arbitration*, en CONTEMPORARY AND EMERGING ISSUES ON THE LAW OF DAMAGES AND VALUATION IN INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION (CHRISTINA BAHARRY ED., 2018) 11 (CL-0308).

¹⁸²⁹ *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI N°. ARB/06/18, Laudo del 28 de marzo de 2011, párr. 169 (CL-0246). ver también, *Marco Gavazzi y Stefano Gavazzi c. Rumania*, Caso CIADI N°. ARB/12/25, Extractos del Laudo del 18 de abril de 2017, párr. 269 (CL-0309).

¹⁸³⁰ *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI N°. ARB/06/18, Laudo del 28 de marzo de 2011, párr. 166 (CL-0246).

¹⁸³¹ Ver, p. ej., *Enron Corp. y Ponderosa Assets, L.P. c. La República Argentina*, Caso CIADI N°. ARB/01/3, Laudo del 22 de mayo de 2007, párrs. 371-375 (CL-0259) (donde se observa que “[f]ue sólo después de [las medidas denunciadas] que la empresa entró en cesación de pagos de su deuda y la cotización de bolsa disminuyó notablemente” y “[e]n consecuencia, la disminución del valor fue ocasionada por las medidas y no por el endeudamiento”); *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA y Terra Raf Trans Trading Ltd c. La República de Kazajistán*, Caso CIADI N°. V 116/2010, Laudo del 19 de diciembre de 2013, párr. 1356 (CL-0310) (donde se concluye que “la inversión de los Demandantes procedía de manera más o menos normal con anterioridad” a las medidas ilícitas del Estado).

¹⁸³² Memorial de los Demandantes, párrs. 376, 64-65, 4.

¹⁸³³ Ver arriba, Sección II.D.3; Fuentes II, párr. 98-99; Fuentes I, párr. 81.

¹⁸³⁴ Memorial de los Demandantes, párrs. 242-249.

630. Los daños sufridos por los Demandantes fueron causados por la suspensión forzosa e indefinida de la licencia de explotación de Progreso VII de Exmingua, la suspensión *de facto* de la licencia de exploración de Santa Margarita, la moratoria *de facto* sobre la emisión de licencias de explotación y el embargo ilegal del concentrado de Exmingua. Específicamente, los daños sufridos por los Demandantes como resultado de la imposibilidad de explotar la mina, la incautación del concentrado de Exmingua por más de cuatro años y la imposibilidad de obtener una licencia de explotación para Santa Margarita son directamente atribuibles a:

- la suspensión indefinida, ilegal, arbitraria y discriminatoria de la licencia de Progreso VII de Exmingua por parte del MEM, que constituye la base de los reclamos presentados por los Demandantes por expropiación y violación de los estándares de trato justo y equitativo, trato nacional y trato de nación más favorecida;
- la suspensión ilegal, arbitraria y discriminatoria de la licencia de Progreso VII de Exmingua por parte de los tribunales, que constituye la base de los reclamos presentados por los Demandantes por expropiación, denegación de justicia, y violación de los estándares de trato nacional y trato de nación más favorecida;
- la omisión arbitraria, discriminatoria y de mala fe por parte del MEM de las consultas ordenadas por los tribunales, que constituye la base de los reclamos presentados por los Demandantes por expropiación y violación de los estándares de trato justo y equitativo, trato nacional y trato de nación más favorecida;
- la negativa arbitraria y de mala fe del MEM a proporcionar asistencia u orientación a Exmingua para llevar a cabo las consultas correspondientes al EIA de Santa Margarita, y la imposición y negativa a rescindir el plazo arbitrario y de mala fe de 30 días para la presentación del EIA definitivo, en virtud de la moratoria *de facto* impuesta por el Estado sobre la emisión de licencias de explotación, que constituyen las bases de los reclamos presentados por los Demandantes por expropiación y violación del estándar de trato justo y equitativo; y
- El incumplimiento por parte de la Demandada de proporcionar los medios de seguridad que permitieran a Exmingua llevar a cabo los estudios sociales necesarios para su solicitud de licencia de explotación de Santa Margarita, que constituye la base del reclamo presentado por los Demandantes por incumplimiento de las obligaciones de protección y seguridad plenas.

Los daños que emanan de estas medidas no se habrían producido “de no ser por” las acciones de la Demandada, y es difícil comprender cómo la Demandada podría cuestionar el obvio “nexo suficientemente claro”¹⁸³⁵ existente entre sus acciones y el perjuicio sufrido por los Demandantes.

¹⁸³⁵ *Archer Daniels Midland Co. y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. México*, Caso CIADI N°. ARB(AF)/04/5 TLCAN, Laudo (Versión Testada) del 21 de noviembre de 2007, pág. 282 (CL-0195).

631. Los casos en los que se basa la Demandada para llegar a una conclusión contraria son improcedentes, ya que la mayoría de ellos se referían a una situación en la que un acontecimiento intermedio o de otro tipo que impedía la determinación de la causalidad, y difícilmente puede decirse que sean decisiones derivadas de los “mismos supuestos”¹⁸³⁶:

- En *Costa Rica c. Nicaragua*, la CIJ no encontró un nexo causal entre la reducción del caudal del río Colorado y las actividades de dragado de Nicaragua, porque Costa Rica admitió que “otros factores pueden ser relevantes en decrecimiento del flujo, el más notable, la relativamente pequeña cantidad de pluviosidad en el período relevante”¹⁸³⁷. En este caso, la Demandada ni siquiera ha intentado señalar “otro factor” que pueda haber causado los daños sufridos por los Demandantes.
- En el *Biwater c. Tanzania*, el tribunal sostuvo que, a partir de la fecha de la expropiación, la “inversión del Demandante carecía de valor económico”¹⁸³⁸, 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 Tanzania¹⁸³⁹. El tribunal del caso *Lemire c. Ucrania* rechazó rápidamente la decisión del caso *Biwater* y explicó que “[e]n *Biwater* [los] daños sufridos por el demandante fueron consecuencia de la desesperada condición financiera en la que se había colocado el demandante con anterioridad a la violación del TBI. En [*Lemire c. Ucrania*], el primer incumplimiento del TBI tuvo lugar... cuando Gala Radio era un operador de radio exitoso y líder en su campo. Por lo tanto, los daños sufridos por la Demandante, la pérdida de negocios, no pueden deberse en modo alguno a la situación en la que se encontraba el Demandante inmediatamente antes del incumplimiento del TBI”¹⁸⁴⁰. Lo mismo ocurre en este caso. Los Demandantes operaban con éxito una mina de oro en Progreso VII y, de no haber existido las medidas de la Demandada, habrían continuado haciéndolo y habrían desarrollado el potencial no explotado de Santa Margarita.
- El caso *Lauder c. República Checa* versaba sobre a una inversión en CME, que había invertido en una empresa checa, CNTS, que era titular de una licencia de difusión exclusiva. El Consejo Checo de Medios de Comunicación adoptó una serie de medidas en colaboración con el Dr. Železný, Director General de CNTS, que hicieron que CNTS perdiera dicha licencia y causaron daños a CME. El tribunal consideró que la “verdadera causa del daño” sufrido por el inversionista fue la conducta del Dr. Železný, que no era atribuible a la República Checa¹⁸⁴¹. Las observaciones del tribunal con respecto a la lejanía de los daños surgieron de su conclusión de que, si bien la República

¹⁸³⁶ Memorial de Contestación de la Demandada, pár. 853.

¹⁸³⁷ *Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)*, INFORMES CIJ 2015, (Fallo del 16 de diciembre de 2015), pár. 119 (CL-0373).

¹⁸³⁸ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI N°. ARB/05/22, Laudo del 24 de julio de 2008, pár. 792 (CL-0085).

¹⁸³⁹ *Íd.*, pár. 798.

¹⁸⁴⁰ *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI N°. ARB/06/18, Laudo del 28 de marzo de 2011, pár. 211 (CL-0246) (énfasis añadido).

¹⁸⁴¹ *Lauder c. República Checa*, CNUDMI, Laudo del 3 de septiembre de 2001, párr. 234 (CL-0186); ver también *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial de 13 de septiembre de 2001, párrs. 575-585 (CL-0052) (este laudo determina la existencia de una relación de causalidad entre los daños sufridos por los demandantes y las medidas de la República Checa).

Checa había incumplido el TBI en 1993, el daño fue infligido *seis años más tarde* a través de los actos del Dr. Železný y, por lo tanto, era “demasiado remoto” para estar suficientemente relacionado con el incumplimiento¹⁸⁴². La Demandada no ha demostrado la existencia de ningún factor interviniente, por lo que sus observaciones sobre la lejanía de los acontecimientos son inadmisibles.

- En *Spółdzielnia Pracy Muszynianka c. Eslovaquia*, el tribunal sostuvo que los Demandantes no tenían derecho a los daños supuestamente sufridos como resultado de la denegación de un permiso, porque la denegación del permiso en sí no constituía un incumplimiento del tratado. El permiso fue denegado sobre la base de una enmienda constitucional, y el tribunal determinó que el Estado había incumplido el estándar de trato justo y equitativo al retrasar la emisión de la decisión de denegación del permiso, y tomar decisiones con un “desprecio deliberado” por el derecho administrativo local y falta de transparencia¹⁸⁴³. Por lo tanto, el tribunal del caso *Muszynianka* sostuvo que a los Demandantes se les habría denegado el permiso *aún* “en ausencia” del incumplimiento¹⁸⁴⁴. Asimismo, el retraso en la denegación no fue la causa próxima de ningún daño. En este caso, por el contrario, de no ser por las medidas impugnadas, Exmingua estaría operando la mina, habría exportado su concentrado y habría obtenido una licencia de explotación para Santa Margarita¹⁸⁴⁵.

632. Por lo tanto, los Demandantes han demostrado que existe un nexo causal fáctico y jurídico entre los daños sufridos por los Demandantes y los incumplimientos del Tratado por parte de la Demandada.

2. La Reclamación por Daños de los Demandantes es Consistente con la Decisión sobre Objeciones Preliminares

633. En su Memorial, los Demandantes cuantificaron los daños que habían sufrido como resultado de las violaciones al Tratado por parte de la Demandada. Específicamente, demostraron que el valor de Exmingua fue diezmado como consecuencia de las medidas de la Demandada, provocando que Exmingua ya no pueda operar y, que por lo tanto, haya dejado de generar ingresos producto de sus operaciones mineras; ha sido privada *de facto* de una licencia de explotación para Santa Margarita; y sus activos, conformados por concentrado mineral, fueron confiscados ilegalmente¹⁸⁴⁶. De esta manera, Exmingua ha perdido todo su valor. Los Demandantes explicaron además que, en caso de una expropiación, son los accionistas quienes sufren pérdidas equivalentes al valor de sus inversiones

¹⁸⁴² *Lauder c. República Checa*, CNUDMI, Laudo del 3 de septiembre de 2001, pár. 235 (CL-0186).

¹⁸⁴³ *Spółdzielnia Pracy Muszynianka c. La República Eslovaca*, Caso CPA N°. 2017-08, Laudo del 7 de octubre de 2020, párrs. 612-616 (RL-0255).

¹⁸⁴⁴ *Íd.*, párrs. 618-619.

¹⁸⁴⁵ Mientras que Guatemala afirma que el demandante en el caso *Muszynianka* “no tenía el derecho ni la legítima expectativa a un Permiso de Explotación” (Memorial de Contestación de la Demandada, nota al pie N°. 1577), los Demandantes han demostrado que, en ausencia de las medidas, Exmingua tenía una confianza legítima en que obtendría una licencia de explotación para Santa Margarita. Ver II.D.3; Fuentes II, pár. 98-99; Fuentes I, pár. 81.

¹⁸⁴⁶ Memorial de los Demandantes, párrs. 167, 363-364.

expropiadas; la inversión expropiada, como tal, no experimenta otro tipo de detrimento. Con relación a los daños incurridos por violaciones al Tratado adicionales a la expropiación, en virtud de las circunstancias del caso, tales violaciones también tuvieron el efecto de privar a los Demandantes de la totalidad del valor de su inversión en Exmingua¹⁸⁴⁷. En cualquier caso, incluso si los daños de los Demandantes se consideraran una derivación de las pérdidas de Exmingua, debido a que los Demandantes son los únicos propietarios de Exmingua y Exmingua no tenía deudas con terceros, los Demandantes explicaron que la pérdida de valor de Exmingua es equivalente a la pérdida de valor de las acciones de los Demandantes en Exmingua¹⁸⁴⁸.

634. En el Memorial de Contestación, Guatemala acusa a los Demandantes de “desoír los principios y preceptos” contenidos en la Decisión sobre Objeciones Preliminares del Tribunal (la “Decisión”) y de “reclamar daños que contradicen las decisiones ya adoptadas por el Tribunal”¹⁸⁴⁹. De esta manera, Guatemala distorsiona la Decisión del Tribunal, como también la reclamación por daños de los Demandantes. Estados Unidos, en su presentación, va aún más lejos al cuestionar la propia Decisión del Tribunal y pretender indirectamente su revocación¹⁸⁵⁰. Estos argumentos son insostenibles.

635. *En primer lugar*, la afirmación de Guatemala de que los Demandantes equipararon erróneamente sus daños con el valor de Exmingua¹⁸⁵¹ es incorrecta. Los Demandantes persiguen una indemnización por daños equivalente a la pérdida de valor de la *totalidad* de su inversión. Incluso Estados Unidos, que ha sostenido largamente su oposición a las reclamaciones por pérdida refleja e inapropiadamente reitera esa postura en su presentación como parte no litigante, confirma que un “ejemplo de una pérdida o daño *directo* sufrido por los accionistas ocurre cuando el Estado contendiente expropia ilegalmente las participaciones en el capital de los accionistas – ya sea directamente a través de la expropiación de las acciones *o indirectamente expropiando la empresa en su totalidad*”¹⁸⁵². Del mismo modo, el Árbitro Douglas expresó en su Disidencia Parcial con la Decisión que “incluso en mi interpretación del Artículo 10.16.1, los Demandantes no estarían impedidos de perseguir su reclamación por la expropiación de sus acciones en Exmingua porque ese tipo de reclamación se encuentra acogida

¹⁸⁴⁷ *Ibid.* Sección III.B.3, III.C, III.D y III.E.

¹⁸⁴⁸ *Ibid.*, párr. 363.

¹⁸⁴⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 854.

¹⁸⁵⁰ *Ver* Presentación como Parte No Litigante de EE.UU., párrs. 50-62.

¹⁸⁵¹ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 857.

¹⁸⁵² Presentación como Parte No Litigante de EE.UU., párr. 55 (énfasis añadido).

bajo el Artículo 10.16.1(a) – consistente en un reclamo para hacer valer sus derechos legales como accionistas y no un simple interés económico en el valor de las acciones de Exmingua”¹⁸⁵³.

636. *Segundo*, aun si la reclamación por daños de los Demandantes no se centrara en la expropiación de sus acciones en Exmingua – como en efecto ocurre –, dicha reclamación se ajustaría a la Decisión del Tribunal. La Demandada cita la Decisión del Tribunal, y sostiene que “el propio demandante debe haber ‘sufrido’ de un daño; no bastaría con que el demandante demostrara únicamente que una empresa local en la que tiene participación ha incurrido en un daño”¹⁸⁵⁴, y que los Demandantes debían demostrar “cómo y hasta qué punto podrían haber sufrido un daño como resultado del perjuicio de la empresa (por ejemplo, mediante el no pago de dividendos previstos o la disminución del valor de mercado de las acciones)”¹⁸⁵⁵. Los Demandantes, sin embargo, *han* demostrado que han sufrido daños directos como consecuencias de medidas ilegales de Guatemala bajo el derecho internacional. Los Demandantes han probado tales perjuicios “como resultado del daño a la compañía”, y, más específicamente, en virtud de la “disminución del valor de mercado de las acciones [representativas de la inversión]”¹⁸⁵⁶.

637. Mientras se mantuvo operando, Exmingua no pagó dividendos, sino que reinvertió los recursos generados en la operación minera¹⁸⁵⁷. De esta manera, los Demandantes han estimado sus pérdidas como la disminución del valor de mercado de sus acciones en Exmingua (las que, en cualquier caso, serían equivalentes a los dividendos que habría distribuido a los Demandantes en el escenario hipotético y si Exmingua hubiera sido liquidada). En virtud de que los Demandantes son titulares del 100% de Exmingua, el valor de las acciones de los Demandantes en Exmingua es el reflejo del valor de la propia Exmingua¹⁸⁵⁸.

638. Si bien el Tribunal observó, y la Demandada resalta, que las pérdidas de un accionista “*pueden* ser más difíciles de probar y de menor cuantía que las pérdidas directas de la propia empresa” debido a que “*puede* haber obstáculos importantes” para probar un perjuicio posterior a los accionistas provocado

¹⁸⁵³ Dictamen en Disidencia Parcial del Prof. Zachary Douglas QC, párr. 28; *ver también William Ralph Clayton, et al. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo sobre Daños del 10 de enero de 2019, párr. 396 (CL-0243) (que sostiene que la oportunidad para invertir en una cantera y una terminal marítima correspondía a “los Inversores y no constituía una oportunidad para *Bilcon of Nova Scotia*. Por tal motivo, corresponde que los Inversores sean indemnizados en forma *directa* en virtud del [artículo que establece que un inversor puede presentar una reclamación en nombre propio]”) (énfasis añadido).

¹⁸⁵⁴ Decisión sobre Objeciones Preliminares, párr. 129 (citada en el Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 855).

¹⁸⁵⁵ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 856 (citando la Decisión sobre Objeciones Preliminares, párr. 132).

¹⁸⁵⁶ *Ver* Memorial de los Demandantes, párrs. 362-365.

¹⁸⁵⁷ Kappes I, párr. 120 (“Los ingresos de esas ventas [de concentrado de Exmingua] se destinaron directamente a las cuentas bancarias guatemaltecas de Exmingua y, después de pagar los impuestos, se utilizaron en Guatemala para cubrir los costos de la minería y la producción”).

¹⁸⁵⁸ Memorial de los Demandantes, párr. 363.

por un daño anterior¹⁸⁵⁹, los factores que crean tales “obstáculos” simplemente *no se verifican* en este caso. Como explicó Versant, “[E]n el presente caso, las Demandantes poseen una participación accionaria del 100% en el Proyecto Tambor, ya que Exmingua no tenía obligaciones de deuda o préstamo de terceros a partir de la Fecha de Valoración, El 100% de la participación de los reclamantes en Exmingua es igual al 100% del valor empresarial del Proyecto Tambor a la fecha de valoración”¹⁸⁶⁰. Por lo tanto, las dudas referidas al correcto cálculo de los daños de los Demandantes para garantizar “la contabilización de cualquier reclamación de los acreedores de Exmingua”¹⁸⁶¹ no aplican al caso que nos ocupa.

639. Los tribunales de inversiones calculan adecuadamente los daños sufridos por los inversores como la pérdida de flujos de efectivo de sus inversiones, ajustados por la deuda de la compañía:

[E]n una reclamación de un accionista con relación a una medida adoptada por un Estado que afecta a la compañía, el flujo de efectivo impactado por la medida es en principio siempre el mismo, i.e., el flujo de caja de la empresa. Las diferentes metodologías de valoración buscan i) determinar los daños causados por las medidas cuestionadas, excluyendo otros factores, al comparar el escenario real (que puede comprender estimaciones referidas a períodos futuros) con un escenario hipotético en el cual tales medidas no están presentes, y ii) calcular qué porción de los daños corresponde al accionista reclamante. Y aun cuando se los calculara como la disminución del valor de la tenencia del accionista – deduciendo por algún método la deuda, etc. – el perjuicio causado por las medidas es siempre el mismo. ... En el análisis final, por lo general luego de complejos cálculos, en ambos casos el valor para el accionista consistirá en los flujos de caja esperados de la compañía menos su deuda¹⁸⁶².

En el recientemente publicado laudo *Sutter v. Madagascar*, el tribunal concedió en sintonía con este pensamiento una indemnización por daños a los Demandantes equivalente al valor de su inversión (que resultó destruida por agitadores, en violación de las obligaciones bajo el Tratado de brindar protección y seguridad completas), puesto que la única deuda en cabeza del vehículo de inversión era con compañías de propiedad de los Demandantes¹⁸⁶³. En vista de que Exmingua no posee deuda alguna¹⁸⁶⁴,

¹⁸⁵⁹ Decisión sobre Objeciones Preliminares, párr. 148 (énfasis añadido); *ibid.*, nota al pie 142; ver también Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 842.

¹⁸⁶⁰ Versant I, párr. 79.

¹⁸⁶¹ Decisión sobre Objeciones Preliminares, párr. 118 y nota al pie 177.

¹⁸⁶² GABRIEL BOTTINI, THE ADMISSIBILITY OF SHAREHOLDER CLAIMS: STANDING, CAUSES OF ACTION, AND DAMAGES 159-160 (2017) (CL-0374); ver también MARK KANTOR, VALUATION FOR ARBITRATION 197 (CL-0066) (“Si la cuestión planteada ante los árbitros involucra medir la pérdida de valor sufrida por un inversor de capital como consecuencia de un perjuicio al negocio subyacente, entonces la valuación del ‘capital’ es claramente la medida correcta del valor de la compañía”).

¹⁸⁶³ (DS)2, S.A., *Monsieur Peter de Sutter y Monsieur Kristof de Sutter c. República de Madagascar*, Caso CIADI N.º ARB/17/18, Laudo del 17 de abril de 2020, párrs. 406-407 (CL-0311).

¹⁸⁶⁴ *Ibid.*, párr. 407.

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.

640. La invocación por la Demandada de la decisión en el caso *Nykomb v. Letonia* para argumentar que las pérdidas de los Demandantes no pueden asimilarse a las de Exmingua debido a que “la reducción en los flujos de ingresos [de la sociedad participada] obviamente no generan una pérdida idéntica para [su accionista] como inversor”¹⁸⁶⁵ no juega a su favor. Como ya se mencionó, afirmar simplemente que en cualquier caso la pérdida para la compañía no será equivalente a la pérdida para el accionista no agrega nada al debate sobre *este* caso. Y la decisión del tribunal en *Nykomb* ha sido objeto de fuertes críticas por carecer de fundamento *alguno*; como observó el Árbitro Douglas en su Disidencia Parcial con la Decisión, “el tribunal [de *Nykomb*] simplemente dividió los ingresos de la compañía por tres para cuantificar la pérdida refleja del accionista. No se proveyó justificación para esa cifra. Se la extrajo directamente de la estratósfera”¹⁸⁶⁶, lo que ciertamente no constituye una posición a la cual adherir y aplicar en este caso.

641. *En tercer lugar*, la Demandada critica a Versant por no “aplicar ningún impuesto societario o retención de impuestos a las ganancias pasadas” al momento de calcular los daños de los Demandantes¹⁸⁶⁷. No obstante ello, según explica Versant, deducir impuestos del lucro cesante histórico de Exmingua implicaría una doble imposición¹⁸⁶⁸. Contrariamente a las afirmaciones de Guatemala y de su perito¹⁸⁶⁹, Versant muestra que el cálculo del lucro cesante antes de impuestos es una práctica

¹⁸⁶⁵ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 856.

¹⁸⁶⁶ Dictamen en Disidencia Parcial del Prof. Zachary Douglas QC, párr. 23.

¹⁸⁶⁷ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 868.

¹⁸⁶⁸ Versant II, párrs. 178-190; Versant I, párr. 135; *ver también*, Robert P. Schweihs, *Measuring Lost Profits Economic Damages on a Pretax Basis*, WILLAMETTE 11-12 (2010) (C-0240) (“[E]l análisis de lucro cesante antes de impuestos resulta en la adjudicación de una indemnización económica que devuelve a la parte damnificada a la misma situación en que se hallaría de no ser por el evento causante del daño”); Alexander Demuth, *Income Approach and the Discounted Cash Flow Methodology*, en GAR THE GUIDE TO DAMAGES IN INTERNATIONAL ARBITRATION (John Trenor ed.) (CL-0289) (“Mientras que la valoración de empresas por lo general considera los resultados después de impuestos, las indemnizaciones por daños típicamente se determinan antes de impuestos, asumiendo que la indemnización a recibir estará gravada al nivel de la parte damnificada”); MARK KANTOR, VALUATION FOR ARBITRATION 192-193 (2008) (CL-0066) (“[M]uchos peritos prefieren emplear valores antes de impuestos y tasas de descuento.... [p]or supuesto, es importante recordar a un perito que esté utilizando el cálculo después de impuestos que debe incrementar la menor suma resultante del flujo de caja presente para compensar el impuesto a la renta. De lo contrario, los demandantes ganadores estarían pagando impuesto a la renta sobre el laudo indemnizatorio, que ya había sido reducido para reflejar el impacto impositivo – un caso evidente de doble cómputo”); Richard A. Pollack, *Calculating lost profits; Practice aid 06-4*, en AICPA BUSINESS VALUATION AND FORENSIC AND LITIGATION SERVICES SECTION, GUIDES, HANDBOOKS AND MANUALS, párr. 130 (2006) (C-0777) (“En general, los daños por lucro cesante son gravados como ingresos ordinarios de la parte receptora de la indemnización por daños. Asimismo, ya sea que los reciba como resultado de una decisión de un tribunal o de un acuerdo entre partes, el tratamiento impositivo suele ser el mismo para este tipo de daños, por lo que el lucro cesante se calcula sobre una base libre de impuestos”).

¹⁸⁶⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 868, 874, 900; Secretariat, párr. 250.

“ampliamente aceptada”¹⁸⁷⁰. Adicionalmente, el cálculo de daños de los Demandantes incluye impuestos sobre los flujos de caja proyectados (*i.e.*, valor perdido), lo que vuelve al cálculo más conservador que si se hubiera seguido la metodología de incorporar al reclamo por daños el monto de los impuestos (“*grossing-up*”)¹⁸⁷¹. En lo que respecta a la retención de impuestos, a pesar de que los Demandantes pretendían reinvertir las utilidades en las operaciones de Exmingua y, por lo tanto, no habrían sido objeto de retenciones impositivas, Versant las incluye en el cálculo del flujo de efectivo libre de la mina¹⁸⁷².

642. *Por último*, en su presentación como parte no litigante, Estados Unidos pretende inadecuadamente volver a discutir la cuestión de la pérdida refleja, ya resuelta por el Tribunal en su Decisión¹⁸⁷³. Como el Tribunal ya sabe, Estados Unidos optó por no realizar ninguna presentación en la fase de objeciones preliminares; pese a ello, su ensayada posición acerca de las pérdidas reflejas fue invocada y utilizada por Guatemala¹⁸⁷⁴, y oportunamente rechazada por el Tribunal¹⁸⁷⁵. Sin perjuicio de lo antedicho, ya es demasiado tarde para que Estados Unidos solicite a este Tribunal el rechazo de la noción de que los reclamos por pérdidas reflejas son reconocidos bajo el CAFTA-DR. El Tribunal resolvió en otro sentido en su Decisión, y esta continúa siendo la postura del Tribunal.

3. La Demandada no Logró Probar Culpa o Negligencia Alguna de los Demandantes que Pudiera Contribuir a una Reducción de los Daños

643. Fundamentándose en dos opiniones *en disidencia* de otros casos, Guatemala solicita al Tribunal que los daños de los Demandantes sean reducidos en una cantidad “no menor al 50%, con la aparente justificación de que “las responsabilidades del inversionista no son menos que aquellas del

¹⁸⁷⁰ Versant II, párrs. 178-190.

¹⁸⁷¹ *Ibid.*, párr. 189.

¹⁸⁷² *Ibid.*, párr. 193.

¹⁸⁷³ *Ver* Presentación como Parte No Litigante de EE.UU., párr. 50 (“[reconociendo] que el Tribunal ya ha juzgado la cuestión de la pérdida refleja, y determinando que “de todos modos se ve obligado a expresar su postura” sobre ese aspecto ya decidido); *comparar.*, *p. ej.*, *ibid.*, párr. 57 (“En síntesis, el Artículo 10.16.1(a) adhiere al principio de derecho internacional consuetudinario de que un *accionista puede plantear una reclamación solo ante un daño directo a sus derechos*”) (énfasis añadido) *con* Decisión sobre Objeciones Preliminares, párr. 157 (“[R]especto al artículo 10.16.1(a), el texto que [los Estados Parte del CAFTA-DR] adoptaron no contiene ningún texto que sugiera que se interprete de otra manera que a través del significado común de sus términos – y los términos concretos adoptados no son consistentes con la prohibición de que un demandante presente una reclamación ‘por cuenta propia’ por pérdidas en las que ‘incurrió’, sólo porque dichas pérdidas pueden haber sido incurridas de manera indirecta y no directa”).

¹⁸⁷⁴ *Ver*, *p. ej.*, Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada, notas al pie 44, 86 (citando las presentaciones de EE.UU. como parte no litigante en *Bilcon c. Canadá* y *Renco c. Perú*); Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada, párrs. 66-68, 72 (citando las mismas presentaciones de EE.UU.); Transcripción de Audiencia sobre Objeciones Preliminares (16 de diciembre de 2019) 09:40:17–09:41:53 (donde se discute la presentación como parte no litigante de EE.UU. en *Clayton c. Canadá*).

¹⁸⁷⁵ *Ver* Decisión sobre Objeciones Preliminares, párrs. 130, 136, 141, 157.

gobierno”¹⁸⁷⁶. En apoyo de esta pretensión arbitraria y sin fundamento, la Demandada sostiene que los Demandantes omitieron “ahondar y determinar” los efectos legales del Convenio 169 de la OIT sobre el Proyecto Tambor¹⁸⁷⁷. Guatemala afirma asimismo que los Demandantes habrían omitido “llevar a cabo ninguna diligencia debida en materia de derechos humanos” y obtener una “licencia social”, y procedieron en la hipótesis de que las “consultas con los pueblos indígenas nunca serían requeridas para continuar la exploración y explotación de la mina en las áreas cubiertas por sus licencias”¹⁸⁷⁸. Guatemala no ha podido determinar culpa contributiva por parte de los Demandantes, ni fundamento alguno para una reducción arbitraria del 50% de la cuantía de los daños de los Demandantes.

644. La Demandada afirma que “la culpa o negligencia concurrente de los Demandantes absolvería a Guatemala de cualquier responsabilidad, o al menos, reduciría los daños reclamados por los Demandantes...”¹⁸⁷⁹, sin notar que la culpa contributiva no se establece por su mera afirmación. A los efectos de probar la culpa contributiva, la Demandada debe satisfacer la doble carga de determinar (i) que los Demandantes cometieron un acto voluntario o negligente, y (ii) que tal culpa interrumpió la cadena causal¹⁸⁸⁰. Los argumentos de la Demandada son insuficientes para ambas acusaciones.

645. Como se explica en el comentario del Artículo 39 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado, solo “aquellos actos u omisiones que puedan ser considerados dolosos o negligentes, *i.e.* que evidencian una falta de cuidado manifiesta por parte de la víctima del incumplimiento respecto de sus bienes o derechos” pueden ser tenidos en consideración¹⁸⁸¹. En términos del grado de culpa, “[la] mera *contribución* a la causalidad... no es suficiente”, la contribución debe ser “material y significativa”¹⁸⁸². En esa línea, los tribunales arbitrales han destacado que “se requiere una *contribución significativa* a la

¹⁸⁷⁶ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 864 (citando el Dictamen en Disidencia Parcial del Prof. Philippe Sands in *Bear Creek c. Perú*, y Opinión en Disidencia del Prof. Stern en *Occidental c. Ecuador* (anulada parcialmente por otros motivos).

¹⁸⁷⁷ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 861.

¹⁸⁷⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 863.

¹⁸⁷⁹ *Ibid.*, párr. 858.

¹⁸⁸⁰ *Abengoa, S.A. y COFIDES, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/09/2, Laudo del 18 de abril de 2013, párr. 670 (CL-0165); *Bear Creek Mining Corp. c. República de Perú*, Caso CIADI N.º ARB/14/21, Laudo del 30 de noviembre de 2017, párr. 410 (CL-0139).

¹⁸⁸¹ Artículos de la CDI, Artículo 39, Comentario, párr. 5 (CL-0123); *ver también*, *Perenco Ecuador Ltd. c. República de Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/08/6, Laudo del 27 de septiembre de 2019, párr. 344 (CL-0312).

¹⁸⁸² IRMGARD MARBOE, CALCULATION OF COMPENSATION AND DAMAGES IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW, párrs. 3.242-3.243 (2da. ed., 2017) (CL-0247) (énfasis añadido); *ver también* Comentario a Artículos de la CDI, Art. 39 (CL-0123); *Occidental Petroleum Corp. y Occidental Exploration y Prod. Co. c. República de Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/06/11, Laudo del 5 de octubre de 2012, párr. 670 (CL-0314) (anulado parcialmente por otros motivos); *Gemplus c. Estados Unidos Mexicanos*, Casos CIADI N.º ARB (AF)/04/03 & ARB(AF)/04/4, Laudo del 16 de junio de 2010, párr. 11.12 (CL-0155); *Yukos Universal Ltd. (Isla de Man) c. Federación Rusa*, CNUDMI, Caso CPA N.º 2005-04/AA227, Laudo Final del 18 de julio de 2014, párr. 1600 (CL-0180); *Caratube Int'l Oil Co. LLP y Devincci Salah Hourani c. República de Kazajistán*, Caso CIADI N.º ARB/13/13, Laudo del 27 de septiembre de 2017, párrs. 1192-1195 (CL-0315).

falta para que proceda una reducción de la indemnización por daños”¹⁸⁸³. Asimismo, la acción u omisión debe constituir una “conducta negligente o reprochable”¹⁸⁸⁴. En el mismo sentido, “[l]a práctica arbitral parece aplicar este criterio [de la culpa contributiva] en forma bastante restrictiva”¹⁸⁸⁵, y la alegación de Guatemala de que en el arbitraje de inversiones los “precedentes son abundantes en este tema”¹⁸⁸⁶ es abiertamente incorrecta.

646. La Demandada no ha podido demostrar que los Demandantes hayan cometido ningún acto voluntario o negligente que interrumpiera el nexo de causalidad. Como se demostró anteriormente, los Demandantes llevaron a cabo un proceso de diligencia adecuado y suficiente antes de invertir en Exmingua¹⁸⁸⁷. Pese a argumentar ampliamente que los Demandantes debieron haber “determinado” el efecto legal del Convenio 169 de la OIT sobre el Proyecto, Guatemala no ha podido señalar un único elemento que los Demandantes pudieran haber “determinado” o descubierto. Esto no sorprende, puesto que los Demandantes han demostrado que, hasta el mismo momento en que Guatemala decidió suspender indefinidamente la licencia de Exmingua, Guatemala había compartido la interpretación del Convenio 169 de los Demandantes. Como ya se mencionó, entre otras cosas, Guatemala declaró reiteradamente ante la CIDH que las consultas comunitarias llevadas adelante de conformidad con la Ley de Minería y sus reglamentaciones satisficieron las obligaciones internacionales del Estado¹⁸⁸⁸. De esta manera, no existió elemento alguno que los Demandantes podrían haber “descubierto” con una auditoría previa adicional. La afirmación de la Demandada acerca de que Exmingua procedió en base a la hipótesis de que las consultas “nunca serían requeridas” y sin una licencia social carece de sentido, pues Exmingua participó en consultas impuestas por el Gobierno y cuyos resultados fueron aprobados, y además continuó brindando apoyo a las comunidades cercanas mediante una variedad de servicios sociales¹⁸⁸⁹. En base a lo expuesto, no existe fundamento alguno para determinar culpa contributiva de los Demandantes.

¹⁸⁸³ J. Kalicki, M. Silberman, *et al.*, ‘What Are Appropriate Remedies for Findings of Illegality in Investment Arbitration?’, en INTERNATIONAL ARBITRATION AND THE RULE OF LAW: CONTRIBUTION AND CONFORMITY 734 (Andrea Menaker ed., 2017) (CL-0336).

¹⁸⁸⁴ IRMGARD MARBOE, CALCULATION OF COMPENSATION AND DAMAGES IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW, párr. 3.243 (2da. ed. 2017) (CL-0247).

¹⁸⁸⁵ *Id.*; *ver también*, Irmgard Marboe, *Comentario del caso – Yukos Universal Limited (Isla de Man) c. Federación Rusa: Calculation of Damages in the Yukos Award: Highlighting the Valuation Date, Contributory Fault and Interest*, 30 ICSID REC. 2, 333 (2015) (CL-0337) (“[l]as decisiones sobre culpa contributiva todavía son *bastante infrecuentes*”) (énfasis añadido).

¹⁸⁸⁶ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 860.

¹⁸⁸⁷ *Ver supra* Sección II.A.1.

¹⁸⁸⁸ Memorial de los Demandantes, párrs. 81, 83; *ver supra* Sección II.B.

¹⁸⁸⁹ *Ver supra* Sección II.B.2 & II.C.3.

647. Este hecho clave hace que todos y cada uno de los casos invocados por la Demandada resulten diferenciables, puesto que el tribunal de cada caso determinó la existencia de conducta dolosa o negligente de la parte demandante que contribuyó a los daños – algo que claramente no sucede aquí. Guatemala, por ejemplo, asimila erróneamente la negligencia del inversor al no obtener una autorización exigida por la ley en el caso *Occidental v. Ecuador*¹⁸⁹⁰ a la situación de Exmingua. Como se demostró, Exmingua no omitió tramitar autorización legal alguna; a la inversa, obtuvo una licencia de explotación válida luego de contratar a un consultor registrado ante el MARN a efectos de preparar su evaluación de impacto ambiental (EIA), debidamente aprobada. De manera similar, la referencia de la Demandada al caso *MTD v. Chile* – en el que los demandantes fueron culpados por contratar un socio poco confiable y no solicitar asesoramiento profesional adecuado con anterioridad a su inversión¹⁸⁹¹, no es apta, ya que los Demandantes cuentan con altas calificaciones profesionales y experiencia en el sector minero¹⁸⁹² y Exmingua contrató los servicios de un consultor registrado ante el MARN para completar su EIA, que el Gobierno posteriormente aprobó¹⁸⁹³.

648. Por último, el laudo del caso *Bear Creek v. Perú* favorece la posición de los Demandantes, y no de la Demandada. En esa reclamación, el tribunal rechazó el argumento de Perú, similar al de Guatemala, de que el inversor había contribuido al “conflicto social” en torno a su proyecto minero, lo que habilitaba una reducción del monto de los daños¹⁸⁹⁴. Con particular relevancia, el tribunal de *Bear Creek* sostuvo:

Aunque... habrían sido viables más acciones por parte de la Demandante, sobre la base de la coordinación continua con las autoridades de la Demandada y el respaldo de estas, el Tribunal arriba a la conclusión de que la Demandante *pudo dar por hecho haber cumplido con todos los requisitos legales en lo que se refiere a su divulgación y contacto con las comunidades locales. La Demandada, después su aprobación y respaldo continuo a la conducta de la Demandante, no puede afirmar en retrospectiva que esta conducta fue contraria al Convenio 169 de la OIT o insuficiente, y que ocasionó el conflicto social en la región o contribuyó a este*¹⁸⁹⁵.

649. Lo mismo sucede en este caso.

¹⁸⁹⁰ *Occidental Petroleum Corp. y Occidental Exploration y Prod. Co. c. República de Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/06/11, Laudo del 5 de octubre de 2012 (CL-0314).

¹⁸⁹¹ *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile*, Caso CIADI N.º ARB/01/7, Laudo del 25 de mayo de 2004, párrs. 168-178 (CL-0208).

¹⁸⁹² Ver Kappes II, párrs. 5-13; Kappes I, párrs. 3-4, 8, 10; Memorial de los Demandantes, párrs. 16-18.

¹⁸⁹³ Memorial de los Demandantes, párrs. 29, 37, 74.

¹⁸⁹⁴ *Bear Creek c. Perú*, Caso CIADI N.º ARB/14/21, Laudo del 30 de noviembre de 2017, párrs. 568-569 (CL-0139).

¹⁸⁹⁵ *Ibid.*, párr. 412 (énfasis añadido).

D. La Metodología de Valuación de los Demandantes Repara el Daño por Completo

650. En su Memorial, los Demandantes explicaron que, al momento de los incumplimientos de Guatemala, el Proyecto Tambor comprendía componentes de producción y exploración¹⁸⁹⁶. También explicaron que, de no haber sido por las medidas, Exmingua podría haber continuado operando la mina, expandido las operaciones mineras a otros depósitos, continuado la exploración para determinar cómo y cuándo realizar las actividades de extracción, y tenido la oportunidad de definir y desarrollar recursos mineros adicionales¹⁸⁹⁷. Los Demandantes procedieron a determinar el valor de Exmingua considerando la Mina Operativa, el Potencial de Exploración Conocido de Tambor, y la Oportunidad de Exploración Perdida¹⁸⁹⁸. Para ello, los Demandantes utilizaron la siguiente metodología:

- Mina Operativa: Los Demandantes emplearon un Método de Ingresos, basado en el plan de vida de la mina (“LoM”) preparado por SRK a partir de información suministrada por los Demandantes y de información concreta sobre producción y finanzas, para arribar a un valor de USD 70,6 millones¹⁸⁹⁹. Utilizando datos de compañías comparables, Versant confirmó la razonabilidad de su valoración¹⁹⁰⁰.
- Potencial de Exploración Conocido: Los Demandantes calcularon sus pérdidas asociadas a los objetivos de oro conocidos adicionales dentro de las dos áreas licenciadas en USD 89 millones¹⁹⁰¹. Se llegó a esta conclusión tomando el rango superpuesto de las valuaciones de la estimación de SRK sobre el valor potencial de estos objetivos, en caso de avanzar con su desarrollo, y la probabilidad de lograrlo aplicando el Método de Estado de Exploración y el Método Probabilístico Geológico¹⁹⁰², así como el Método de Mercado de Versant derivando un múltiplo EV/Recurso para aplicarlo a la estimación de SRK del potencial de recursos para el Potencial de Exploración Conocido¹⁹⁰³.
- Oportunidad de Exploración Perdida: Los Demandantes estimaron un perjuicio de entre USD 244 y USD 291 millones, correspondientes a la pérdida de la oportunidad de explorar objetivos adicionales en Tambor y delinear sus Recursos Minerales¹⁹⁰⁴. Se llegó a esta valoración usando una metodología similar a la empleada para calcular el Potencial de Exploración Conocido, *i.e.*, la estimación de SRK ajustada por probabilidad de la cantidad de oro que los Demandantes podrían haber descubierto entre 2016 y 2020¹⁹⁰⁵, aplicando un Método Probabilístico Geológico al rango de sumas

¹⁸⁹⁶ Memorial de los Demandantes, párr. 367.

¹⁸⁹⁷ *Ibid.*, párr. 364.

¹⁸⁹⁸ *Ibid.*, párrs. 367-371.

¹⁸⁹⁹ *Ibid.*, párrs. 372-378.

¹⁹⁰⁰ *Ibid.*, párr. 376; Versant I, párrs. 142-144 y Tabla 12.

¹⁹⁰¹ Memorial de los Demandantes, párr. 379.

¹⁹⁰² Memorial de los Demandantes, párrs. 382-385; SRK I, párrs. 67, 87-90, 95-104, 108-109, 114, 116.

¹⁹⁰³ Memorial de los Demandantes, párrs. 386-391; Versant I, párrs. 269-270, 170-215, 217-253, 255-269, Tablas 18 y 19.

¹⁹⁰⁴ Memorial de los Demandantes, párr. 393.

¹⁹⁰⁵ *Ibid.*, párr. 395; SRK I, párr. 120.

que derivan de aquella¹⁹⁰⁶, para luego usar el Método de Mercado de Versant para valorar el potencial de los recursos¹⁹⁰⁷.

651. En su Memorial de Contestación, Guatemala rechaza los métodos de los Demandantes y arriba a una valoración absurdamente baja del Proyecto Tambor. El perito en el quantum de la Demandada, el Sr. Rosen, rechaza el uso del Método de Ingresos para valorar la Mina Operativa¹⁹⁰⁸ y, en lugar de ello, efectúa una valoración conjunta para la Mina Operativa y el Potencial de Exploración Conocido¹⁹⁰⁹ usando un Método de Mercado¹⁹¹⁰. Si bien el Sr. Rosen lleva a cabo personalmente una valoración de flujo de caja descontado (DCF), presenta “a fines ilustrativos” un análisis que muestra el “valor presente neto” sobre la base del modelo de Versant revisado por RPA, en la cual modifica varios supuestos y valora la mina usando una fecha de valoración *ex ante* al 5 de mayo de 2016, lo que resulta en una ostensible infravaloración de entre “USD 3,3 millones y 7,9 millones, con una media de USD 4,7 millones”¹⁹¹¹. El Sr. Rosen luego presenta un “análisis general e ilustrativo” usando un Método de Costos¹⁹¹². Por último, Guatemala y sus peritos afirman que el Potencial de Exploración Conocido y la Oportunidad de Exploración Perdida de Tambor son “puramente especulativos”¹⁹¹³, y rechazan la Oportunidad de Exploración Perdida como “no digna de una discusión seria”¹⁹¹⁴. Como se demuestra a continuación, la metodología de valoración de Guatemala sub-valora abiertamente las pérdidas de los Demandantes y no les provee reparación suficiente.

1. Los Demandantes Valoraron Adecuadamente la Mina Operativa

652. En su Memorial, los Demandantes explican que sufrieron daños por un valor de USD 70 millones debido a la imposibilidad de Exmingua de completar los trabajos de extracción iniciados en 2014, sumados al valor del concentrado incautado de USD 645.121 más intereses¹⁹¹⁵. Estas sumas reflejan los flujos de caja perdidos por Exmingua según el Método de Ingresos y sobre la base del Plan de LoM a lo largo de un período pasado del 3 de mayo de 2016 al 31 de marzo de 2020 y un período

¹⁹⁰⁶ Memorial de los Demandantes, párr. 396; SRK I, párr. 198.

¹⁹⁰⁷ Memorial de los Demandantes, párr. 398; Versant I, párrs. 278-279, Tabla 25.

¹⁹⁰⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 871-879.

¹⁹⁰⁹ Secretariat, párr. 150.

¹⁹¹⁰ *Ibid.*, párr. 30, Sección 6.4.

¹⁹¹¹ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 896, 906; Secretariat, párr. 32.

¹⁹¹² Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 909.

¹⁹¹³ Memorial de Contestación de la Demandada, Sección VII.D.

¹⁹¹⁴ Secretariat, párr. 51; RPA, párr. 238.

¹⁹¹⁵ Memorial de los Demandantes, párrs. 372, 378.

futuro que va del 1ro. de abril de 2020 hasta el 31 de diciembre de 2026¹⁹¹⁶. Desde entonces, Versant ha venido actualizando sus cálculos hasta un período histórico que finaliza el 31 de marzo de 2021¹⁹¹⁷.

653. En su Memorial de Contestación, Guatemala argumenta que los Demandantes han utilizado inapropiadamente el Método de DCF para valorar la Mina Operativa, que los insumos utilizados para el Modelo de DCF son incorrectos, y que la cantidad de concentrado objeto de valoración no está justificada. Además, Guatemala cuestiona los insumos del Plan LoM de SRK. Como se muestra a continuación, las críticas de Guatemala son infundadas.

a. El Método y el Modelo de DCF de los Demandantes son Correctos

654. La argumentación de Guatemala en el sentido de que Versant debió haber utilizado un método de mercado en lugar de uno de ingresos para valorar la Mina Operativa, y sus críticas respecto de que Versant omitió deducir impuestos con relación a las pérdidas históricas, incluir una prima de riesgo específica para el proyecto y tener en cuenta los efectos de la pandemia de Covid, y arribó a una valoración exagerada con relación a los costos incurridos, son erróneas, tal como se demuestra a continuación.

655. *En primer lugar*, el argumento de Guatemala de que “incógnitas no resueltas” tornan inapropiado un método de DCF¹⁹¹⁸ y la crítica del Sr. Rosen referida a que Versant no debió haber utilizado el DCF para un proyecto con Recursos Indicados e Inferidos sin tener en consideración su incertidumbre carecen de fundamento¹⁹¹⁹. Tal como confirma Versant, basándose en las directivas de valoración internacionales CIMVAL y SAMVAL, el Método de Ingresos es “ampliamente utilizado” en situaciones donde, como aquí, la propiedad es un activo de producción con una mina operativa, infraestructura construida y una planta de procesamiento totalmente operacional¹⁹²⁰.

656. De hecho, en el contexto de la minería, los tribunales se han basado en valoraciones que utilizaron el método DCF para una mina no operativa sin antecedentes de flujos de efectivo en vista de “la naturaleza de producto básico del oro y el análisis detallado de flujos de caja mineros obtenidos previamente”¹⁹²¹. El tribunal también observó que “muchos de los argumentos en favor de un método

¹⁹¹⁶ Versant I, párr. 116.

¹⁹¹⁷ Versant II, párr. 25.

¹⁹¹⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 871

¹⁹¹⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 875-879; Secretariat, párr. 257.

¹⁹²⁰ Versant I, Sección III; Versant II, párrs. 22, 79.

¹⁹²¹ *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/09/1, Laudo del 22 de septiembre de 2014, párr. 830 (CL-0205).

DCF (en el caso de un producto para el cual es relativamente simple calcular datos como reservas y precios) desalientan el empleo de otros métodos como transacciones comparables o capitalización de mercado, a menos que fuera posible hallar comparables cercanos”¹⁹²².

657. *En segundo término*, la afirmación de la Demandada en el sentido de que el “método correcto de valuación” para el Proyecto Tambor es el de “transacciones comparables utilizando un enfoque de libre mercado”¹⁹²³ es incorrecta, como se explicó anteriormente. Pero incluso si ese no fuera el caso – en efecto lo es –, el Método de Mercado utilizado por el Sr. Rosen para valorar el Proyecto Tambor posee serios defectos. El primero es que los proyectos “comparables” del Sr. Rosen no lo son en absoluto¹⁹²⁴, puesto que (i) se encuentran en una etapa pre-operacional, e (ii) involucran proyectos con una concentración de oro mucho menor en comparación con Tambor¹⁹²⁵. Asimismo, el uso de una fecha de valoración *ex ante* no regresaría a los Demandantes a la posición en que estarían de no haber sido por las flagrantes violaciones de Guatemala, dado que este abordaje pasa por alto componentes significativos de los daños, “incluida la imposibilidad de avanzar con el Proyecto Tambor” entre 2016 y el presente y el aumento de los precios del oro¹⁹²⁶.

658. *Tercero*, el argumento de la Demandada en el sentido de que Versant debió haber deducido impuestos de sus pérdidas históricas¹⁹²⁷ resulta improcedente. Como ya explicara Versant en su Primer Informe y confirmara en el Segundo Informe, y según se detalla más arriba, la metodología propuesta por la Demandada equivale a una doble imposición¹⁹²⁸.

659. *Cuarto*, el argumento de Guatemala de que Versant debió incluir una prima de riesgo específica para este proyecto en su cálculo del costo promedio ponderado del capital (WACC)¹⁹²⁹ también carece de sustento. Como describe Versant, una prima de riesgo de ese tipo es excesivamente subjetiva, y por

¹⁹²² *Ibid.*, párr. 831 (CL-0205); ver también *Tethyan Copper Co. Ltd. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI N.º ARB/12/1, Laudo del 12 de julio de 2019, párr. 313, 330-335 (CL-0316); ver también, p. ej., *CC/Devas (Mauricio) Ltd., Devas Employees Mauritius Pvt. Ltd., y Telecom Devas Mauritius Ltd. c. Republica de India*, Caso CPA N.º 2013-09, Laudo sobre el Quantum del 13 de octubre de 2020, párr. 537 (CL-0367) (misma situación en la industria de telecomunicaciones).

¹⁹²³ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 895.

¹⁹²⁴ Versant II, párrs. 259-262; ver también Darrell Chodorow & Florin Dorobantu, *Damages in Oil y Gas and Mining Arbitrations in GAR’S THE GUIDE TO DAMAGES IN INTERNATIONAL ARBITRATION* (John A. Trenor ed., 4ta. ed., 2021) 371 (CL-0286) (explicando que un “análisis de múltiplos” requiere una cuidadosa evaluación de “comparabilidad y de los ajustes que buscan compensar las diferencias).

¹⁹²⁵ Versant II, párrs. 259-262.

¹⁹²⁶ *Ibid.*, párr. 53.

¹⁹²⁷ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 874.

¹⁹²⁸ Versant II, párrs. 179-193; Versant I, párr. 135; Sección IV.C.2.

¹⁹²⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 886; Secretariat, Apéndice 7, párrs. A.94-A.98.

esa razón inadecuada¹⁹³⁰. De hecho, en otros casos, el perito de la Demandada ha argumentado *en contra* de la aplicación de una prima de riesgo específica sobre la misma base¹⁹³¹. El Sr. Rosen no está solo en su escepticismo expresado previamente: los tribunales han catalogado a ese tipo de primas como un mecanismo que “los peritos utilizan para ajustar sus resultados finales a los objetivos de sus clientes cuando otras técnicas de valoración no consiguen ese efecto”¹⁹³². Del mismo modo, el Sr. Rosen categoriza incorrectamente algunos riesgos como específicos del proyecto, cuando en realidad se trata de riesgos sistémicos de la industria minera y, como tales, ya han sido capturados en el *beta* usado por Versant para calcular la tasa de descuento¹⁹³³.

660. *Quinto*, Guatemala sostiene erróneamente que Versant no incorpora el impacto del COVID-19 y que, si lo hubiera hecho, la valoración se reduciría¹⁹³⁴. Al formular esa crítica, la Demandada omite que la fecha de valoración del 31 de marzo de 2020 empleada en el Primer Informe de Versant fue meramente formal para reflejar la fecha del Laudo¹⁹³⁵. Los comentarios de la Demandada referidos a las fluctuaciones inmediatas de los precios del oro y las valuaciones de las compañías al 31 de marzo de 2020 y el impacto del COVID-19¹⁹³⁶ resultan por lo tanto irrelevantes¹⁹³⁷. Versant ha actualizado la valoración a marzo de 2021¹⁹³⁸ incorporando la evolución actual de la pandemia y su impacto sobre las variables relevantes¹⁹³⁹. Según explica Versant, los índices de valoración de las compañías extractoras

¹⁹³⁰ Versant II, párr. 218.

¹⁹³¹ *Pac Rim c. El Salvador*, Dúplica sobre el Fondo de El Salvador 11 de julio de 2014, párr. 389 (C-1031) (“Navigant sugirió que se incorpore una prima por riesgo del proyecto para representar el mayor nivel de incertidumbre asociado al uso de PFS para predecir flujos de caja. FTI lo rechaza porque, en su opinión, ‘un descuento adicional sería altamente subjetivo’”). El Sr. Rosen fue uno de los peritos de FTI en esa causa (*ibid.*, notas al pie 551, 545).

¹⁹³² *Delaware Open MRI Radiology Associates, P.A. c. Kessler*, 24 (CL-0319) (“El cálculo del riesgo específico de una compañía es sumamente subjetivo y a menudo se lo justifica como una manera de tener en cuenta factores competitivos y de similar naturaleza que afectan la capacidad de la compañía para alcanzar los flujos de caja esperados. En otras palabras, suele consistir frecuentemente en un método subrepticio de reducir los flujos de caja estimados en lugar de ajustarlos directamente. *Para los jueces, la prima de riesgo específica de una compañía constituye habitualmente el mecanismo que los peritos emplean para ajustar sus resultados a los objetivos del cliente, cuando otras técnicas de valoración no producen el mismo efecto*”) (énfasis añadido); ver también, Kenneth M. Ayotte & Edward R. Morrison, *Valuation Disputes in Corporate Bankruptcy*, VOL.166, UC BERKELEY PUB. LAW RESEARCH PAPER, COLUMBIA LAW & ECON. WORKING PAPER (2018), 4 (CL-0320) (“Los intentos por manipular valoraciones para servir a los intereses de los litigantes son habituales. En algunos casos, la manipulación es clara, y el juez la detecta. Pero en otros, los jueces son persuadidos de utilizar supuestos que carecen de sustento fáctico o teórico desde una perspectiva económica. El ejemplo más destacado es el uso de “*primas de riesgo específicas de una compañía o “no sistémicas”* al momento de calcular la tasa de descuento de los flujos de efectivo futuros. Se trata ni más ni menos que de *incorporaciones arbitrarias que empujan hacia abajo el valor real de una compañía.*”) (énfasis añadido).

¹⁹³³ Versant II, párr. 219.

¹⁹³⁴ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 838-841, 875.

¹⁹³⁵ Memorial de los Demandantes, párrs. 365, 374, 377; ver también Versant I, párrs. 18, 80.

¹⁹³⁶ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 840.

¹⁹³⁷ Versant II, párr. 220.

¹⁹³⁸ *Ibid.*, párr. 25.

¹⁹³⁹ *Ibid.*, párr. 220.

de oro tuvieron un fuerte rebote luego de una caída inicial y han continuado mostrando una tendencia ascendente, lo que sugiere una perspectiva favorable para la industria¹⁹⁴⁰.

661. *Por último*, el argumento de Guatemala de que la metodología empleada por los Demandantes resulta en daños de una magnitud “injustificadamente mayor” que las sumas invertidas – lo cual, afirma, solo puede explicarse si “los Demandantes engañaron a los vendedores de esos activos” o intentan “engañar al Tribunal¹⁹⁴¹ – es al mismo tiempo inexacta y difamatoria. Los Demandantes no adquirieron Exmingua como una “empresa en marcha” y debieron ocuparse de poner la mina en funcionamiento. En una situación como esta, cualquier “conexión entre la suma invertida y el valor de la inversión parece ser mucho más débil” y, de hecho, “[n]o es raro que el valor justo de mercado de una empresa sea varias veces superior a la suma invertida¹⁹⁴².

662. En efecto, el método de costos para calcular daños en proyectos mineros es considerado particularmente inadecuado debido a que “el costo histórico incurrido puede guardar escasa relación con el valor corriente en los proyectos de recursos naturales”¹⁹⁴³; y en consecuencia, los costos incurridos tienen limitada “relevancia económica ... cuando los daños se basan en el estándar de valor justo de mercado (FMV) porque el FMV de los proyectos extractivos tiene una correlación insuficiente con el gasto en exploración y desarrollo”¹⁹⁴⁴. La Demandada ignora asimismo que los costos incurridos no son indicativos del valor, y que una valoración *ex ante* de 2016 y basada en costos incurridos varios años atrás no refleja el valor de los avances en el Proyecto¹⁹⁴⁵.

b. El Plan LoM de los Demandantes es Confiable

663. Para valorar la Mina Operativa usando el método DCF, Versant utilizó datos del Plan LoM de SRK derivados de información histórica de carácter financiero y operativo de los Demandantes referida a la manera en que la mina se habría desarrollado de no haber sido por los incumplimientos de

¹⁹⁴⁰ *Ibid.*, párr. 220; *ibid.*, nota al pie 396.

¹⁹⁴¹ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 871-872.

¹⁹⁴² SERGEY RIPINSKY & KEVIN WILLIAMS, DAMAGES IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 230-231 (2008) (CL-0234) (énfasis añadido) (donde explican que “[d]ebido a la propia naturaleza de la actividad empresarial, la suma total de las inversiones normalmente es inferior al valor del negocio creado como resultado. Para desarrollar un negocio, además de dinero, un inversor aporta habitualmente otros ingredientes como habilidades gerenciales, *know-how* y tecnología, que suman valor a la inversión y resultan de especial importancia en sectores como energía, infraestructura y construcción, con presencia frecuente en arbitrajes entre inversores y Estados”).

¹⁹⁴³ Darrell Chodorow & Florin Dorobantu, *Damages in Oil y Gas and Mining Arbitrations en GAR’S THE GUIDE TO DAMAGES IN INTERNATIONAL ARBITRATION* (John A. Trenor ed., 4ta. ed., 2021) 384 (CL-0286).

¹⁹⁴⁴ *Ibid.* 393.

¹⁹⁴⁵ Versant II, párr. 47, Sección III.D. Por estas mismas razones, el uso por el Sr. Rosen del método de costos como supuesto “control de razonabilidad” resulta inapropiado.

Guatemala¹⁹⁴⁶. En su Memorial de Contestación, plantea diversas objeciones al Plan LoM de SRK y propone su propio Plan LoM (el “Plan LoM de RPA”), que reduce drásticamente el flujo de efectivo de la mina¹⁹⁴⁷. Como se muestra a continuación, las críticas y los ajustes de Guatemala al Plan LoM son injustificados.

664. *En primer lugar*, para elaborar su Plan LoM, SRK se basó adecuadamente en información financiera de producción real de la mina, las perspectivas de los Demandantes sobre cómo habría evolucionado la operación, y su propia experiencia y juicio profesional¹⁹⁴⁸. Las alegaciones de Guatemala acerca de la supuesta invalidez del Plan LoM porque no hubo un Plan LoM contemporáneo¹⁹⁴⁹ y porque los datos utilizados no pueden ser verificados son incorrectas.

665. Como primer punto, es habitual que se requieran estudios pre-operacionales (por ejemplo, de factibilidad) a efectos de obtener financiamiento para proyectos de exploración, con el propósito de atraer potenciales inversores¹⁹⁵⁰. Aquí, los Demandantes auto-financiaron el Proyecto y por esa razón no necesitaron tales estudios¹⁹⁵¹. Efectivamente, el Sr. Rosen ha declarado en otras causas que, “a menos que las regulaciones lo requieran . . . los estudios de factibilidad no son utilizados por las empresas privadas debido a que su costo puede resultar prohibitivo, al tiempo que el valor aportado por tales estudios no es ostensible”¹⁹⁵². No solo no existía un requerimiento para que los Demandantes prepararan estudios pre-operacionales, sino que además, cualquiera de tales estudios habría proporcionado un indicador menos confiable del desempeño futuro que los datos operativos reales¹⁹⁵³. Al criticar el Plan LoM en este aspecto, RPA considera equivocadamente a la Mina Operativa como un *proyecto de exploración*¹⁹⁵⁴. En realidad, una vez que la mina se volviera operacional, muchos de los riesgos que habrían sido abordados por un estudio de factibilidad solo en la teoría habrían desaparecido¹⁹⁵⁵.

666. Los cuestionamientos de la Demandada acerca de la confiabilidad de los datos de producción real de la planta también están fuera de lugar. Durante el período en que la mina se mantuvo operando, Exmingua reunió y conservó datos confiables acerca de su desempeño. Como explica el Sr. Kappes, se

¹⁹⁴⁶ Memorial de los Demandantes, párr. 368.

¹⁹⁴⁷ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 801; RPA, Tabla 9.

¹⁹⁴⁸ Memorial de los Demandantes, párr. 374; Versant I, párrs. 76-77.

¹⁹⁴⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 771-777.

¹⁹⁵⁰ Versant II, párr. 19; SRK II, párr. 20.

¹⁹⁵¹ SRK II, párrs. 20, 23, 35-36, 64; Kappes II, párrs. 57-60.

¹⁹⁵² *Bilcon c. Canadá*, Caso CPA N.º 2009-04, Informe de Daños del 23 de agosto de 2017, párrs. 3.24-3.25 (C-0776).

¹⁹⁵³ SRK II, párr. 23.

¹⁹⁵⁴ *Ibid.*, párr. 20.

¹⁹⁵⁵ *Ibid.*, párr. 23.

compilaron registros diarios de producción y un resumen de dicha información fue elaborado por el gerente de planta de Exmingua poco después de su cierre en mayo de 2016¹⁹⁵⁶.

667. *Segundo*, los Demandantes explicaron que la estimación de SRK de 900.000 toneladas de mineral del Plan LoM se basó en el cálculo contenido en el Informe de Maynard y resulta confiable¹⁹⁵⁷. La reducción por RPA de esta estimación de recursos en un 50%¹⁹⁵⁸ no tiene justificación alguna. Guatemala pretende explicar esta reducción argumentando que el Informe de Maynard es demasiado “antiguo”, carece de “clasificaciones de confianza”, y que SRK no explica por qué eligió una de las cuatro estimaciones incluidas en el informe¹⁹⁵⁹. Guatemala también objeta la inclusión de recursos de Laguna Norte en el Plan LoM sobre la base de que Exmingua no poseía un permiso de explotación para Santa Margarita y que “suspendió voluntariamente su exploración” allí¹⁹⁶⁰. Estas críticas son infundadas.

668. El Informe de Maynard es confiable, puesto que fue encargado y utilizado por Gold Fields, una respetada compañía minera internacional, para su propio proceso de toma de decisiones¹⁹⁶¹. Como bien observa SRK, el mero transcurso del tiempo desde la fecha de elaboración del informe no invalida la estimación de recursos mineros, puesto que dicha fecha no incide en la geología del Proyecto Tambor¹⁹⁶². Por tal motivo, los estándares de CIMVAL autorizan el uso de estimaciones minerales históricas¹⁹⁶³.

669. Tampoco justifican la mencionada reducción la falta de clasificación de los recursos en el Informe de Maynard o su clasificación como Indicados e Inferidos en el Informe de CAM. Las clasificaciones de confianza son más relevantes para posibles inversores externos, ya que indican la magnitud de los trabajos de exploración requeridos para llevar el proyecto a buen término, mientras que aquí, el historial operativo de la mina evitó la necesidad de una clasificación de ese tipo¹⁹⁶⁴. SRK

¹⁹⁵⁶ Kappes II, párr. 69; SRK II, párr. 24; Informe de Datos Diarios de Planta del período octubre de 2014 - mayo de 2016 (C-0125); mensaje de correo electrónico de D. Kappes a R. Adams (Exmingua) del 24 de marzo de 2017 (C-0721) (explicando la metodología de preparación del informe y reenviando un mensaje de J. Hernández (Exmingua) a D. Kappes del 1 de junio de 2016 (adjuntando el Informe de Datos Diarios de Planta del período octubre de 2014 - mayo de 2016); Informes de Operación de Exmingua (C-0720).

¹⁹⁵⁷ SRK I, párrs. 37, 43; Kappes I, párr. 117; Stephen R. Maynard, Tambor Joint Venture – Informe de Potencial de Exploración del 18 de noviembre de 2003, párr. 4, Tabla 1 (C-0046).

¹⁹⁵⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 801; RPA, párr. 178.

¹⁹⁵⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 771, 784-789, 876.

¹⁹⁶⁰ *Ibid.*, párrs. 778-781.

¹⁹⁶¹ SRK II, párr. 28.

¹⁹⁶² *Ibid.*, párr. 28.

¹⁹⁶³ Versant II, párr. 92

¹⁹⁶⁴ SRK II, párr. 20.

menciona que existen numerosos proyectos que carecen de informes con clasificaciones por confianza (alta o de otro tipo), y que resultaron en minas operativas exitosas con un alto contenido de recursos minerales¹⁹⁶⁵. Es por ello que fue innecesario, y habría sido inadecuado, que SRK “incorporara” los niveles de confianza presentes en el Informe de CAM a la estimación preliminar de recursos del Informe de Maynard¹⁹⁶⁶, como sugiere Guatemala¹⁹⁶⁷. Los Demandantes, además, no tenían necesidad de incurrir en el costo de volver a clasificar los recursos como reservas¹⁹⁶⁸ y, en la práctica, cualquier diferencia de certidumbre geológica entre reservas y recursos ya había sido abordada en virtud del avance de los trabajos en la mina – en lugar de un estudio de factibilidad pre-operativo y de naturaleza meramente conceptual¹⁹⁶⁹. En el mismo sentido, la selección de SRK entre las estimaciones disponibles en el Informe de Maynard obedece a su mejor representación de los recursos efectivamente extraídos durante las operaciones¹⁹⁷⁰, y tiene en cuenta los parámetros reales de la mina luego de su entrada en producción¹⁹⁷¹. Esa estimación de recursos, en cualquier caso, es conservadora, y probablemente se habrían hallado recursos probados adicionales si se hubiera permitido a la mina continuar operando¹⁹⁷².

670. RPA tampoco plantea argumentos suficientes para excluir el mineral subterráneo de Laguna Norte en su estimación de recursos¹⁹⁷³ sobre la base de que Exmingua carecía de una licencia de explotación para Santa Margarita. El depósito de Laguna Norte es considerado correctamente parte de la Mina Operativa, dado que estaba comprendido en la concepción inicial de la mina y tenía previsto comenzar a producir en el futuro cercano¹⁹⁷⁴. La falta de licencia es consecuencia de las propias medidas que se cuestionan en este Arbitraje; los Demandantes poseían confianza legítima en la obtención de dicha licencia por Exmingua y, lejos de una “suspensión voluntaria” de sus esfuerzos, Exmingua continuó negociando en ese sentido con el MARN y con el MEM, aunque los actos y omisiones de estos últimos – objeto de este Arbitraje – impidieron el otorgamiento de la licencia¹⁹⁷⁵. Guatemala no puede

¹⁹⁶⁵ SRK II, párr. 37, Apéndice 1.

¹⁹⁶⁶ *Ibid.*, párr. 35.

¹⁹⁶⁷ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 787-789.

¹⁹⁶⁸ Versant II, párr. 82.

¹⁹⁶⁹ *Ibid.*, párr. 85.

¹⁹⁷⁰ SRK II, párr. 34.

¹⁹⁷¹ *Ibid.*, párr. 29; SRK I, párrs. 18-19.

¹⁹⁷² SRK II, párr. 30; SRK I, párr. 37. La estimación de recursos de SRK toma en cuenta el mineral ya extraído; las tasas de dilución y de pérdida de SRK son aceptadas por RPA. *Ver* SRK I, párr. 37; SRK II, párr. 30; Versant II, párrs. 159-160; RPA, párr. 178.

¹⁹⁷³ RPA, párr. 178; SRK II, párr. 33.

¹⁹⁷⁴ Kappes I, párrs. 95, 114, 122; *ver también* SRK I, párrs. 36, 162-163.

¹⁹⁷⁵ Memorial de los Demandantes, párrs. 33, 116-122; Fuentes I, Sección II.C; Fuentes II, Sección II.C.

invocar el resultado de sus violaciones al Tratado para reducir la indemnización por daños adeudada a los Demandantes.

671. *Tercero*, SRK asumió que una capacidad de procesamiento de 250 tpd¹⁹⁷⁶ resulta razonable, en tanto que el ajuste por RPA a 200 tpd o, alternativamente, a 150 tpd¹⁹⁷⁷, no lo es. El supuesto utilizado por SRK está respaldado por los datos reales de la planta¹⁹⁷⁸ y, tal como confirma SRK, no existieron obstáculos técnicos para que la mina continuara operando consistentemente a ese nivel¹⁹⁷⁹. Por otra parte, el argumento de Guatemala de que Exmingua no estaba autorizada a operar a 250 tpd¹⁹⁸⁰ es falso, ya que la EIA hace referencia a una tasa de producción *nominal* de 150 tpd, que no constituye un límite¹⁹⁸¹. Efectivamente, como ya se mencionó, tanto el MARN como el MEM comprobaron reiteradamente durante sus inspecciones que la planta estaba procesando mineral a razón de 200 tpd a 250 tpd, sin formular objeciones de ningún tipo¹⁹⁸².

672. *Cuarto*, el uso por SRK de una tasa de recuperación de 82%, menor a la alcanzada en ocasiones por la mina y a la obtenida por otras plantas procesadoras de minerales similares¹⁹⁸³, fue conservador. El empleo por Guatemala de una tasa de recuperación de 50% en su modelo “revisado”¹⁹⁸⁴ carece absolutamente de sustento.

673. Guatemala simplemente ignora los datos más recientes de desempeño de la mina entre enero y mayo de 2016, que muestran una recuperación mejorada consistente y, en cambio, utiliza inapropiadamente tasas de recuperación promedio para todo el período de operación de la mina, incluida la fase de puesta en marcha¹⁹⁸⁵. Como explica SRK y confirma el Sr. Kappes, si se hubiera permitido continuar con esa tendencia de mejora de la recuperación, la tasa meta de 82% contenida en el Plan LoM habría constituido la tasa promedio en tan solo tres meses más¹⁹⁸⁶. Guatemala se pregunta si se realizaron modificaciones a la planta para aumentar la tasa de recuperación durante el período de puesta

¹⁹⁷⁶ SRK I, párrs. 34-35.

¹⁹⁷⁷ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 801; RPA, párrs. 60.b, 200, Tabla 9.

¹⁹⁷⁸ *Ver supra* Sección II.C.4; SRK I, párrs. 28, 34; SRK II, párrs. 43-47; Kappes I, párrs. 109, 112; Kappes II, párrs. 67-71.

¹⁹⁷⁹ SRK II, párrs. 47-48; Kappes II, párr. 68.

¹⁹⁸⁰ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 793; EIA de Progreso VII del 31 de mayo de 2010, párr. 92 (C-0082).

¹⁹⁸¹ SRK II, párr. 50.

¹⁹⁸² *Ver supra* Sección II.C.4.

¹⁹⁸³ Memorial de los Demandantes, párr. 375(i); SRK I, párrs. 40, 46; Versant I, párr. 144, Tabla 12.

¹⁹⁸⁴ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 801; RPA, párr. 185.

¹⁹⁸⁵ SRK II, párrs. 57-59.

¹⁹⁸⁶ *Ibid.*, párr. 59.

en marcha¹⁹⁸⁷, y en efecto así fue¹⁹⁸⁸. Los Demandantes siguieron los pasos habituales durante la puesta en marcha de la producción para mejorar los resultados con miras a sostener los objetivos de producción deseados¹⁹⁸⁹. Tal como muestran los datos, antes del cierre se alcanzaron tasas de recuperación del 90% en algunas jornadas¹⁹⁹⁰. La tasa de 50% de RPA es inconsistente con los datos y extremadamente infravalorada, puesto que ninguna planta podría operar en forma continua a esos niveles sin introducir modificaciones¹⁹⁹¹.

674. *Por último*, los costos operativos y de capital calculados por SRK sobre la base de datos históricos y de estimaciones de los Demandantes resultan razonables¹⁹⁹². Los cuestionamientos de la Demandada respecto de que SRK no debió utilizar ninguna de las estimaciones de los Demandantes¹⁹⁹³, de la ausencia de planes de costos, cotizaciones de proveedores o recibos contemporáneos a fines de verificar la estimación de costos de capital¹⁹⁹⁴, y de que el cálculo de costos operativos está basado incorrectamente en una “imagen estática limitada” que refleja dos meses y medio de operación¹⁹⁹⁵ son infundados.

675. SRK confirma, según su experiencia, que los costos de capital de los Demandantes son razonables¹⁹⁹⁶. Los Demandantes no tuvieron necesidad de elaborar estimaciones formales ni detalladas del tipo requerido para obtener financiamiento para su proyecto, y los Demandantes no deben ser penalizados por no disponer de documentación que no necesitaban¹⁹⁹⁷. El uso por SRK de costos operativos reales a partir del momento en que la planta operaba a una tasa consistente y procesaba mineral tanto de Guapinol South como de Poza del Coyote¹⁹⁹⁸ también es razonable y, en efecto, la crítica de Guatemala a la estimación de costos operativos de SRK¹⁹⁹⁹ *no es apoyada por su propio*

¹⁹⁸⁷ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 795.

¹⁹⁸⁸ *Ver supra* Sección II.C.4; Kappes I, párr. 111; Kappes II, párrs. 62-63; Hancock B, Argus Consulting, El Tambor Trip Report: 17-18 de marzo de 2016, Proceso de Revisión y Programas Químicos del 31 de marzo de 2016 (C-0602); SRK II, párrs. 44-46.

¹⁹⁸⁹ SRK II, párrs. 58-59.

¹⁹⁹⁰ Kappes I, párr. 111; Kappes II, párr. 63; Resultados de laboratorio del 6 de mayo de 2016 (C-0131); Informe de Datos Diarios de Planta del período octubre de 2014 - mayo de 2016 (C-0125).

¹⁹⁹¹ SRK II, párr. 62.

¹⁹⁹² SRK I, párrs. 49-58 (citando fuentes).

¹⁹⁹³ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 797-798.

¹⁹⁹⁴ *Ibid.*, párr. 799.

¹⁹⁹⁵ *Ibid.*, párr. 800.

¹⁹⁹⁶ SRK II, párrs. 63-65.

¹⁹⁹⁷ Kappes II, párr. 64; SRK II, párr. 64.

¹⁹⁹⁸ SRK II, nota al pie 34; SRK I, nota al pie 48; Kappes I, párr. 121; datos de Flujo de Efectivo de Tambor (C-0136); Posición de Caja Semanal de Exmingua para el período del 2 de octubre de 2015 al 4 de diciembre de 2015 (C-0158).

¹⁹⁹⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 797-800.

perito, quien utiliza los mismos costos operativos unitarios en su Plan LoM²⁰⁰⁰. La aplicación por RPA de un 40% en concepto de contingencia por costos de capital en su Plan LoM ajustado²⁰⁰¹ sobre la base de que la estimación de los Demandantes es “rudimentaria”²⁰⁰² carece por lo tanto de justificación alguna²⁰⁰³.

c. Los Demandantes Valoraron Adecuadamente el Concentrado Incautado

676. En su Memorial, los Demandantes valoraron el concentrado incautado a Exmingua en USD 645.121, usando el precio corriente del oro y luego de descontar gastos de transporte y otros costos²⁰⁰⁴. En su Memorial de Contestación, Guatemala cuestiona esta valoración, y culpa a Versant por basarse en un mensaje de correo electrónico entre los Demandantes y Exmingua para determinar el valor del concentrado sin deducir regalías e impuestos y usando el precio corriente del oro²⁰⁰⁵. Las objeciones de Guatemala carecen de fundamento.

677. *En primer lugar*, resulta absurdo que la Demandada se queje de que el volumen de concentrado no haya sido verificado suficientemente, *considerando que dicho concentrado estuvo en poder de la Demandada durante cinco años*. Si realmente hubo alguna duda acerca de la cantidad de concentrado incautada, Guatemala ciertamente habría presentado evidencia de la cantidad bajo su custodia. Que no lo haya hecho habla por sí solo. En cualquier caso, como confirma Versant, el correo electrónico contemporáneo conteniendo el inventario de concentrado incautado es corroborado por los estados contables de Exmingua²⁰⁰⁶. No hay justificación alguna para el ajuste negativo del Sr. Rosen²⁰⁰⁷.

678. *Segundo*, como explica Versant, cualquier pago en concepto de regalías e impuestos será efectuado por los Demandantes en oportunidad del Laudo sobre daños; del mismo modo, los daños de los Demandantes con relación a la pérdida de valor del concentrado deben ser calculados antes de impuestos, ya que de lo contrario estarían sujetos a doble imposición²⁰⁰⁸.

²⁰⁰⁰ SRK II, párr. 26 (a)-(g). Los costos operativos unitarios utilizados por SRK y RPA son los mismos, y las cifras de costos totales de los peritos difieren únicamente debido a la tasa de desmonte y la duración total de la LoM. SRK II, párr. 39.

²⁰⁰¹ Ver RPA-003.

²⁰⁰² Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 801, RPA, párr. 191, Tabla 9.

²⁰⁰³ SRK II, párrs. 64-65.

²⁰⁰⁴ Memorial de los Demandantes, párr. 378; Versant I, párr. 166.

²⁰⁰⁵ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 880; Secretariat, párrs. 277-288.

²⁰⁰⁶ Versant II, párr. 248; Estados Contables 2016 de Exmingua (C-0766).

²⁰⁰⁷ Secretariat, párrs. 282-283.

²⁰⁰⁸ Versant II, párr. 251.

679. *Finalmente*, Versant utilizó correctamente los precios corrientes del oro, lo cual es compatible con la fecha de valoración y, como ya se explicó, resulta necesario para una reparación integral de los prejuicios sufridos por los Demandantes²⁰⁰⁹. En efecto, y a pesar de la reciente restitución del concentrado, las pérdidas de los Demandantes no han sido subsanadas, puesto que Exmingua continúa impedida de exportar el concentrado sin un certificado de exportación, tendría que confirmar si el comprador aún desea recibir el concentrado o buscar otro interesado, e incurrir en costos laborales para ajustar el contenido de humedad del concentrado debido al largo período de almacenamiento²⁰¹⁰.

2. Los Demandantes Valoraron Correctamente el Potencial de Exploración Conocido de Exmingua

680. En su Memorial, los Demandantes reclaman USD 89 millones en concepto de daños por las pérdidas relacionadas con el Potencial de Exploración Conocido del Proyecto Tambor, que comprende tres objetivos de roca dura y uno de saprolita, basado en un rango superpuesto al que se arriba usando múltiples metodologías, a saber, el uso de Métodos de Estado de Exploración y Probabilístico Geológico de SRK para estimar la probabilidad de que los objetivos mencionados se conviertan en minas, y la aplicación por Versant del Método de Mercado para derivar un valor calculado con múltiplos de EV/Recursos, un método de valoración habitual en minería y empleado también por el Sr. Rosen²⁰¹¹.

681. En su Memorial de Contestación, Guatemala asume que, al carecer de certezas sobre el éxito, los Demandantes deben resignarse a cierto grado de fracaso²⁰¹², y asigna un valor mínimo o nulo a una extensa parte del Proyecto Tambor que abarca el Potencial de Exploración Conocido (y la Oportunidad de Exploración Perdida, que se analiza más adelante) de Tambor²⁰¹³. En particular, argumenta que los métodos empleados por SRK para calcular la Oportunidad de Exploración Perdida no están aceptados en la industria ni son apropiados para valorar proyectos de exploración²⁰¹⁴, y sostiene que los objetivos no deberían ser valorados porque no están clasificados como Recursos o Reservas Minerales²⁰¹⁵; objeta la aplicación por parte de Versant del Método de Mercado²⁰¹⁶; cuestiona si el material extraído de esos objetivos podría ser procesado, dado que la planta existente de Exmingua se encontraba operando al

²⁰⁰⁹ *Ibid.*, párr. 250.

²⁰¹⁰ *Ver* Kappes II, párrs. 77-78.

²⁰¹¹ Memorial de los Demandantes, párrs. 379-392.

²⁰¹² *Ver* Versant II, párr. 73.

²⁰¹³ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 815, 896, 911; *ver también, en general*, el Memorial de Contestación de la Demandada, Sección VII.D.

²⁰¹⁴ *Ibid.*, párr. 810.

²⁰¹⁵ *Ibid.*, párr. 808 (citando a RPA, párr. 214).

²⁰¹⁶ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 875.

máximo de su capacidad²⁰¹⁷; y sostiene que la pérdida de valor es corroborada por la salida del Proyecto de Radius y Gold Fields²⁰¹⁸. Como se explica a continuación, todos estos argumentos de Guatemala son incorrectos.

682. *En primer lugar*, los ataques de la Demandada a la metodología de valoración de los Demandantes son injustificados. Tal como confirma SRK, los códigos de valoración internacional consisten en pautas que dejan la selección final del método de valoración en manos del valuador²⁰¹⁹. Además, estos códigos no fueron diseñados para valorar la pérdida de oportunidades, tipificación que se ajusta al reclamo relacionado con el Potencial de Exploración Conocido y la Oportunidad de Exploración Perdida, y por lo tanto su aplicación no abordaría las necesidades del presente caso²⁰²⁰. Por tales motivos, SRK utiliza el Método Probabilístico Geológico, que resulta adecuado para la valoración de activos de exploración en etapa temprana gracias a la incorporación de probabilidades geológicas para asignar un valor²⁰²¹. SRK también utiliza el Método de Estado de Exploración, que consiste en una adaptación del conocido Método del Múltiplo de Gastos de Exploración²⁰²².

683. La insistencia de la Demandada respecto de que debido a que los objetivos de exploración no están catalogados como Recursos o Reservas Minerales no pueden ser valorados de esta manera repite sus argumentos previos sobre la clasificación y, en cualquier caso, es improcedente. Como explica SRK, estos objetivos incluyen tonelajes y leyes conceptuales con la expectativa de que serían transformados en recursos antes de 2020, para entonces ser utilizados en combinación con los aspectos geológicos para arribar a una valoración²⁰²³. En realidad, RPA trata incorrectamente al Potencial de Exploración Conocido y la Oportunidad de Exploración Perdida en su totalidad como *greenfield* (i.e., exploración de un terreno nuevo), cuando resulta más apropiado caracterizarlos como *brownfield* (i.e., exploración en y alrededor de una operación minera existente), en vista de que es adyacente (y en algunos casos se localiza directamente por debajo) a una mina operativa y en producción²⁰²⁴. Según explica SRK, “las presencias minerales y los objetivos de exploración dentro de los campos mineralizados definidos geológicamente albergan mayores probabilidades de descubrimientos que los ejemplos analizados en los estudios y documentos mencionados por RPA. . . . Este aspecto, así como el empleo de teoría y

²⁰¹⁷ *Ibid.*, párr. 807.

²⁰¹⁸ *Ibid.*, párr. 811.

²⁰¹⁹ SRK II, párrs. 75, 95.

²⁰²⁰ *Ibid.*, párr. 92 (c).

²⁰²¹ *Ibid.*, párrs. 103, 105.

²⁰²² *Ibid.*, párrs. 94, 97

²⁰²³ SRK II, párr. 78.

²⁰²⁴ *Ibid.*, párrs. 98, 100-101, 118; Kappes II, párr. 58.

datos geológicos para orientar la valoración del proyecto, están claramente ausentes en el informe de RPA²⁰²⁵. Efectivamente, como bien observa SRK, su estimación es conservadora: Con relación a los objetivos de roca dura, los recursos minerales de este tipo generalmente aumentan a medida que la excavación avanza²⁰²⁶ y, en cuanto al objetivo de saprolita, SRK realizó estimaciones conservadoras referidas a la profundidad del recurso²⁰²⁷.

684. *Segundo*, las críticas de Guatemala a la valoración según el Método de Mercado del Potencial de Exploración Conocido por parte de Versant son igual de erróneas: En particular, la desestimación por la Demandada de los comparables utilizados por Versant sobre la base de que eran “significativamente más avanzados” que los Objetivos de Exploración de Tambor²⁰²⁸ carece de fundamento. Guatemala ignora que, de haberse permitido la continuidad de la exploración, estos objetivos habrían estado efectivamente más avanzados. El supuesto invocado por Guatemala de que los proyectos con recursos definidos y estudios económicos disponibles están más avanzados que el Proyecto Tambor también es incorrecto, puesto que ignora el reconocimiento previo de su propio perito en otras causas en cuanto a que tales estudios son innecesarios para compañías privadas que se autofinancian (o para compañías que no se están preparando para una venta)²⁰²⁹ y a que los recursos minerales no necesitan ser declarados públicamente para tener valor²⁰³⁰. Fundamentalmente, por otra parte, Guatemala concluye erróneamente que los comparables de Versant están “más avanzados” porque omite tener en cuenta que, de no haber sido por las violaciones de Guatemala al Tratado, Exmingua habría avanzado con el desarrollo de los objetivos²⁰³¹. Al utilizar una fecha de valoración *ex ante* de 2016, la valoración de la Demandada penaliza a los Demandantes por la falta de avance del proyecto que es resultado directo de sus propias violaciones del Tratado, y en consecuencia traslada el costo de esos incumplimientos a los Demandantes²⁰³².

685. *Tercero*, el rechazo de Guatemala al Potencial de Exploración Conocido con el argumento de que la planta de Exmingua no habría tenido en 2016 capacidad suficiente para procesar el mineral del Potencial de Exploración Conocido refleja su ignorancia de “la forma en que operan la exploración y

²⁰²⁵ SRK II, párr. 101.

²⁰²⁶ SRK II, párr. 85; SRK I, párrs. 76-77.

²⁰²⁷ SRK II, párr. 81 y Apéndice 4, párr. 2; SRK I, párr. 82.

²⁰²⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 875.

²⁰²⁹ Versant II, párrs. 19, 60, 83 (citando la Respuesta al Informe de Daños del Sr. Rosen de noviembre de 2019, párr. 3.25 (C-0776)).

²⁰³⁰ *Ibid.*, párr. 93.

²⁰³¹ *Ibid.*, párrs. 99; Sección V.

²⁰³² Versant II, párrs. 17-18, 69.

la industria minera²⁰³³. De haber tenido la oportunidad, en tanto y en cuanto existieran recursos probados adicionales, los Demandantes y Exmingua habrían extendido la vida de la mina de manera de posibilitar el procesamiento de los recursos adicionales o aumentado la capacidad de procesamiento de la planta, para lo cual no existían impedimentos de carácter técnico²⁰³⁴.

686. *Finalmente*, no hay argumentos para llegar a la conclusión, como lo hace Guatemala, de que el Potencial de Exploración Conocido carece de valor porque Radius y Gold Fields se retiraron del Proyecto²⁰³⁵. La Demandada pasa por alto el hecho de que Radius mantuvo una “significativa exposición económica” al Proyecto, puesto que aceptó pagos futuros de regalías como compensación parcial por su participación controlante en Exmingua y, cuando Gold Fields vendió su participación, también conservó un interés económico en Radius (y por extensión en el Proyecto Tambor)²⁰³⁶. Además, la evaluación del yacimiento por Gold Fields se sustentó exclusivamente en tres objetivos en los cuales enfocó su operación, y no en la totalidad del área del Proyecto²⁰³⁷. Como explica SRK, Radius y Gold Fields probablemente habrían explorado objetivos adicionales (en especial los objetivos que son el foco del Potencial de Exploración Conocido y de la Oportunidad de Exploración Perdida de los Demandantes) una vez definida la ecuación económica del Proyecto Tambor y comprobado el potencial de alojamiento de oro del distrito (como lo fue por Exmingua bajo la gestión y el control de los Demandantes), en forma similar a lo planeado por los Demandantes²⁰³⁸. Efectivamente, existen muchos proyectos que han evolucionado en minas exitosas luego de que compañías mineras internacionales y reconocidas vendieran sus participaciones después de haber explorado en su totalidad los depósitos minerales²⁰³⁹.

687. La adopción de la metodología de Guatemala habría significado la *inexistencia* de oro y de valor en las áreas circundantes a la Mina Operativa, lo cual es desmentido por los resultados de la exploración, carece de sustento científico y castiga injustamente a los Demandantes al trasladar las consecuencias de las violaciones al Tratado de Guatemala a los Demandantes²⁰⁴⁰. La Demandada pretende justificar su infravaloración con el argumento de que Exmingua no desarrolló el Proyecto

²⁰³³ SRK II, párr. 90.

²⁰³⁴ *Ibid.*, párr. 90.

²⁰³⁵ Ver Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 811; Secretariat, párr. 198.

²⁰³⁶ Ver *supra* Sección II.A.1; Versant II, párrs. 138, 146; Kappes I, párr. 30.

²⁰³⁷ Ver *supra* Sección II.A.1; SRK I, párr. 133; SRK II, párr. 116, 163; Stephen R. Maynard, Tambor Joint Venture – Informe de Potencial de Exploración del 18 de noviembre de 2003, at 5, Tabla 2 (C-0046); Informe de CAM del 7 de enero de 2004, Sección 1.2, párr. 1.4 (C-0039).

²⁰³⁸ SRK II, párr. 91.

²⁰³⁹ *Ibid.*, párrs. 165-166.

²⁰⁴⁰ Versant II, párrs. 16-18, 68-73.

Tambor entre 2016 y 2020²⁰⁴¹ – circunstancia que fue resultado directo de las propias medidas que se cuestionan en este Arbitraje²⁰⁴².

3. Los Demandantes Valoraron Adecuadamente la Oportunidad de Exploración Perdida de Exmingua

688. En su Memorial, los Demandantes valoraron la Oportunidad de Exploración Perdida de Exmingua entre USD 244 y USD 291 millones, que representan el valor de las onzas de oro que podrían haber sido descubiertas en otros cuatro años de exploración y no están incluidas ni en la Mina Operativa ni en el Potencial de Exploración Conocido²⁰⁴³. SRK arribó a un cálculo ajustado por probabilidad de estas onzas de oro contenidas en siete objetivos mediante referencia geológica con depósitos similares en América Central y el resto del mundo para estimar las onzas de oro potenciales²⁰⁴⁴. Luego, Versant aplicó el múltiplo de EV/Recursos derivado de su análisis del Potencial de Exploración Conocido a la cantidad de onzas estimada por SRK para calcular un rango de valores para la Oportunidad de Exploración Perdida de Tambor²⁰⁴⁵.

689. En su Memorial de Contestación, Guatemala afirma que la Oportunidad de Exploración Perdida “no amerita una discusión seria” y no le asigna valor alguno²⁰⁴⁶. Cuestiona la metodología de los Demandantes, afirmando que “no se basa en un entendimiento del área de concesión, verificable y reconocido por la industria” y es más “similar al utilizado por gobiernos y agencias internacionales para “valorar la llamada dotación mineral no descubierta de un país”²⁰⁴⁷. Guatemala también critica a SRK por definir cada objetivo en términos de onzas en lugar de usar un VPN “conceptual”²⁰⁴⁸, y a Versant por considerar al potencial de exploración completo como un “Recurso Mineral confirmado”²⁰⁴⁹, todo lo cual es incorrecto.

690. *En primer lugar*, contrariamente a lo que sugiere el Sr. Rosen, no hay fundamento alguno para concluir que la Pérdida de Oportunidad de Exploración no es seria o que no ha sido bien estudiada²⁰⁵⁰,

²⁰⁴¹ Secretariat, párr. 237.

²⁰⁴² Versant II, párrs. 16-17, 68-73.

²⁰⁴³ Memorial de los Demandantes, párr. 393-395; SRK I, párrs. 119, 174-175, 206; Versant, párrs. 272, 279.

²⁰⁴⁴ SRK I, párrs. 117-207; Memorial de los Demandantes, párrs. 394-397.

²⁰⁴⁵ Versant I, párrs. 272-279; Memorial de los Demandantes, párr. 398.

²⁰⁴⁶ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 814-815 (citando a RPA, párr. 243); Secretariat, párr. 51.

²⁰⁴⁷ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 812-813; *ver también ibíd.*, párrs. 803, 814-815.

²⁰⁴⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 814.

²⁰⁴⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 814; *ver también ibíd.*, párr. 875.

²⁰⁵⁰ Secretariat, ¶¶ 50-51.

debido al hecho de que Versant incluyó un breve análisis sobre el tema en su Primer Informe²⁰⁵¹. Al hacer este comentario, el Sr. Rosen, curiosamente, evita reconocer que SRK dedicó una parte significativa de su Primer Informe a la Pérdida de Oportunidad de Exploración; le dedicó, en efecto, más de 25 páginas²⁰⁵². El Sr. Rosen también ignora que Versant emplea la misma metodología para calcular tanto el Potencial de Exploración Conocido como la Pérdida de Oportunidad de Exploración, por lo que Versant habría actuado de manera ineficiente de haber reproducido la totalidad de su análisis anterior con fines superficiales, cuando, sencillamente, podría haber hecho un resumen y remitido al Tribunal a su análisis previo. El intento de la Demandada de simplemente descartar la Pérdida de Oportunidad de Exploración de Tambor sobre esta base no puede prosperar.

691. *En segundo lugar*, los expertos de Guatemala, *ninguno de los cuales es geólogo*, no han examinado adecuadamente las consideraciones detalladas de SRK acerca de la geología de Tambor, las cuales son necesarias para estimar el valor de la Pérdida de Oportunidad de Exploración²⁰⁵³. La falta de la experiencia necesaria de la Demandada hace que tanto su desestimación de la reclamación de los Demandantes como su asignación de valor *cero* sean poco convincentes. De hecho, a pesar de criticar la metodología de SRK, RPA no ofrece *ningún* enfoque alternativo. Asimismo, RPA interpreta erróneamente que, además de una evaluación cualitativa utilizada por los Gobiernos para juzgar la dotación mineral, SRK aplica el Enfoque Probabilístico Geológico al oro identificado²⁰⁵⁴ y, por lo tanto, ha empleado una metodología sofisticada de dos etapas que la Demandada no logra desvirtuar.

692. *En tercer lugar*, la observación de la Demandada de que la Pérdida de Oportunidad de Exploración definida por SRK no representa un Recurso Mineral o una Reserva Mineral pierde de vista la cuestión central; SRK se abocó a definir la Pérdida de Oportunidad de Exploración que podría haberse materializado con una mayor exploración entre 2016 y 2020 (o 2021)²⁰⁵⁵. Como se explicó anteriormente, debido al tiempo y a las medidas contrafácticas de Guatemala, estos objetivos podrían haberse definido con mayor certeza y convertirse en Recursos Minerales²⁰⁵⁶. En cualquier caso, ello no impide su valoración, y SRK ha ajustado el valor de los objetivos por la probabilidad de avanzar hasta

²⁰⁵¹ Versant I, § VII.

²⁰⁵² Ver SRK I, ¶¶ 117-206.

²⁰⁵³ SRK II, ¶ 132; ver también *ibid.*, ¶ 109.

²⁰⁵⁴ SRK II, ¶ 152.

²⁰⁵⁵ *Ibid.*, ¶ 137.

²⁰⁵⁶ Ver *supra* § IV.D.2.

convertirse en Recurso Mineral²⁰⁵⁷. Además, el cálculo realizado por SRK, para el cual se utilizaron onzas potenciales de oro (en lugar de un VPN conceptual), es adecuado, puesto que el objetivo no era estimar el valor o costo potencial del descubrimiento (para el cual habría sido apropiado el VPN), sino más bien definir el oro que podría haberse descubierto²⁰⁵⁸.

693. *Por último*, al igual que con la crítica errónea de la Demandada a la valoración del Potencial de Exploración Conocido de los Demandantes, su crítica respecto del enfoque de Versant de la Pérdida de Oportunidad de Exploración deriva una vez más de haber utilizado una fecha de valoración *ex ante* y de haberse negado a reconocer que, si no fuera por sus violaciones del Tratado, los Demandantes habrían promovido el Proyecto Tambor²⁰⁵⁹. En resumen, como señala Versant, “sería inaceptable para un vendedor dispuesto a aceptar, 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”²⁰⁶⁰.

694. Por todas las razones expuestas precedentemente, la metodología de valoración utilizada por los Demandantes es sólida, mientras que las impugnaciones de la Demandada no resisten un examen detenido. Los Demandantes han actualizado su análisis a una fecha de valoración actual del 31 de marzo de 2021, y calculan sus daños en USD 419-449 millones, compuestos por (i) USD 82 millones relacionados con la Mina Operativa, (ii) USD 85 millones, con el Potencial de Exploración Conocido de Exmingua y (iii) USD 252-332 millones, con la Pérdida de Oportunidad de Exploración de Exmingua²⁰⁶¹.

E. Los Demandantes tienen derecho a recibir intereses compuestos a una tasa comercial

1. El Tribunal debe adjudicar intereses a la tasa de interés preferencial de los Estados Unidos + 2 %

695. Como se indica en el Memorial, la adjudicación de intereses es un elemento necesario para garantizar la reparación integral de los Demandantes, los cuales deben correr hasta la fecha de pago del Laudo²⁰⁶². El Memorial también indica que los Demandantes solicitan el pago de (i) intereses sobre la Pérdida de Flujo de Efectivo de la Mina Operativa a la tasa de interés preferencial de los

²⁰⁵⁷ SRK II, ¶¶ 138, 159.

²⁰⁵⁸ SRK II, ¶ 161(a).

²⁰⁵⁹ Versant II, ¶¶ 331-333.

²⁰⁶⁰ *Ibid.*, ¶ 333 (énfasis añadido).

²⁰⁶¹ *Ibid.*, ¶ 344.

²⁰⁶² Memorial de los Demandantes, ¶¶ 356-359.

EE. UU. más 2 %, compuestos anualmente²⁰⁶³ y de (ii) intereses posteriores a la adjudicación a la tasa preferencial de los Estados Unidos más 2 %, compuestos anualmente, desde la fecha del Laudo hasta la fecha de pago²⁰⁶⁴. En su Memorial de Contestación, la Demandada aboga por la aplicación de una tasa libre de riesgo, como la tasa de los bonos del Tesoro de los Estados Unidos²⁰⁶⁵, sobre la base de que “los Demandantes no asumieron el riesgo asociado con la inversión desde el momento en que dejaron de explorar y explotar las operaciones en Progreso VII y Santa Margarita” y de que los tribunales constituidos en virtud del TLCAN han otorgado intereses a tasas libres de riesgo²⁰⁶⁶. Los argumentos de la Demandada no pueden ser admitidos.

696. La única orientación proporcionada en el DR-CAFTA con respecto a la tasa de interés adecuada se encuentra en el Artículo 10.26.1 (que permite la adjudicación de “los intereses que procedan”)²⁰⁶⁷ y los Artículos 10.7.3 y 10.7.4 (los cuales disponen que una expropiación legal debe ir acompañada de una compensación que incluya “intereses a una tasa comercialmente razonable [...], acumulados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del pago”)²⁰⁶⁸. Este último requisito no tendría sentido si, como sugiere Guatemala, a un Estado que incumple sus obligaciones en virtud del Tratado se le permitiera pagar intereses conforme a una indemnización por daños y perjuicios a una tasa inferior a la “comercialmente razonable”. Por ende, no puede haber ninguna duda de que se requiere una tasa comercialmente razonable.

697. Los tribunales han considerado que una “tasa comercial normal” es “la tasa a la que las propias Demandantes podrían haber tomado prestada la misma suma”²⁰⁶⁹. En este contexto, se considera que la tasa de interés preferencial de los Estados Unidos, es decir, “una tasa de endeudamiento que solo está disponible para los prestatarios más solventes, típicamente grandes clientes corporativos”, junto con una prima para “reflejar una tasa comercial que está ampliamente disponible para los participantes del mercado”²⁰⁷⁰, es una medida adecuada de la tasa de interés aplicable²⁰⁷¹. Por lo tanto, los tribunales

²⁰⁶³ *Ibid.*, ¶¶ 377, 399, 401 (ii).

²⁰⁶⁴ *Ibid.*, ¶¶ 399-401.

²⁰⁶⁵ Memorial de Contestación de la Demandada, ¶ 912.

²⁰⁶⁶ *Ibid.*, ¶¶ 915-919.

²⁰⁶⁷ DR-CAFTA, Art. 10.26.1 (CL-0001).

²⁰⁶⁸ *Ibid.*, Arts. 10.7.3 y 10.7.4.

²⁰⁶⁹ *Tidewater Investment SRL y Tidewater Caribe, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB/10/5, Laudo de fecha 13 de marzo de 2015, ¶ 209 (CL-0321).

²⁰⁷⁰ *Versant I*, ¶ 282.

²⁰⁷¹ *Ver también* Thierry Sénéchal, *Present Day Valuation in International Arbitration: A Five Principle-Based Framework for Awarding Interest*, en *INTEREST, AUXILIARY AND ALTERNATIVE REMEDIES IN INTERNATIONAL ARBITRATION* 223, 215-232 (Filip J.M. De Ly and Laurent Lévy eds., 2008) (CL-0322) (“Para controversias comerciales transnacionales, recomendamos utilizar una tasa libre de riesgo (por ejemplo, títulos públicos) más una prima de riesgo de mercado (medida a partir de [un]

constituidos en virtud del DR-CAFTA han otorgado la “tasa de interés preferencial de los Estados Unidos más un interés del 2 % adicional” por incumplimiento de los tratados, por considerarla una “tasa comercial”²⁰⁷². Asimismo, otros tribunales han otorgado la tasa equivalente de “LIBOR + 4 %”²⁰⁷³.

698. Como cuestión preliminar, el experto de Guatemala aplica incorrectamente las tasas de rendimiento a cinco años de los bonos del Tesoro de los Estados Unidos sobre una base de interés simple, lo que efectivamente resulta en una tasa inferior a la de libre de riesgo²⁰⁷⁴. Además, la “tasa libre de riesgo” que la Demandada pretende que se aplique no es una “tasa comercialmente razonable” porque no está disponible para los actores del sector comercial. Por lo tanto, en *Bear Creek c. Perú*, el TLC Canadá-Perú exigía que los intereses se basaran en una “tasa comercialmente razonable”²⁰⁷⁵, y el tribunal rechazó la aplicación de una tasa libre de riesgo del 0,16 %, “porque la Demandada no podría contraer préstamos y la Demandante no prestaría a esa tasa”²⁰⁷⁶. De manera similar, en este caso, la tasa

promedio histórico del exceso del rendimiento del mercado sobre la tasa libre de riesgo). Este enfoque se basa en el supuesto de que, en general, las empresas tienden a exigir un pago adicional por encima de la tasa libre de riesgo para invertir en [] activos con cierto nivel de riesgo. La razón de ser de las empresas es intentar obtener rendimientos más altos en función de su perfil de riesgo. Las empresas e inversores constituidos no suelen invertir a la tasa libre de riesgo. En el ámbito del arbitraje internacional, los árbitros y las partes deben reconocer que el demandante buscará maximizar las ganancias y obtener rendimientos progresivos de sus inversiones que sean proporcionales al nivel de riesgo adicional que esas inversiones agregan a su cartera”.); IRMGARD MARBOE, *CALCULATION OF COMPENSATION AND DAMAGES IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* 6.90 (2.^a ed., 2017) (CL-0313) (“La tasa ‘preferencial’ o ‘base’ desempeña un papel importante en las negociaciones sobre las condiciones de los préstamos de las empresas en los países angloamericanos. Como tal, parece ser una base apropiada para la evaluación de los daños ocasionados por la mora en el pago. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que no todas las empresas pueden pedir dinero prestado a los bancos a la tasa preferencial, por lo que podría ser necesario un aumento de algunos puntos porcentuales”).

²⁰⁷² *TECO Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala*, Caso CIADI N.º ARB/10/23, Laudo de fecha 19 de diciembre de 2013, ¶ 767 (CL-0031-ENG/SPA); ver también *TECO Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala*, Caso CIADI N.º ARB/10/23, Procedimiento de Nueva Sumisión, Laudo de fecha 13 de mayo de 2020, ¶ 135 (CL-0323) (“[E]l Tribunal considera nuevamente que la tasa apropiada es la tasa que se habría esperado que la Demandante pague a efectos de reparar el perjuicio. Aquí, la mayoría del Tribunal coincide con el Tribunal Original en que la tasa de interés preferencial de los Estados Unidos más un 2 % adicional, pagadera tanto antes como después del Laudo hasta la fecha de cancelación, es una tasa apropiada”), *ibid.*, ¶¶ 133 – 134 (“La mayoría del Tribunal considera que el otorgamiento de daños se concentra en la reparación de los perjuicios sufridos y que, por ende, la tasa que un demandante habría tenido que pagar a fin de reparar el perjuicio es el punto de referencia en la determinación de la tasa de interés. Si bien es cierto que la inversión de la Demandante en EEGSA ya no se encontraba en riesgo luego de que hubiera vendido dicha inversión a cambio de dinero, si la Demandante hubiera tomado un préstamo a fin de cubrir las sumas que se le adeudaban a consecuencia del incumplimiento de la Demandada, habría tenido que tomar préstamos a tasas comerciales”).

²⁰⁷³ Ver, por ejemplo, *Mobil Investments Canada Inc. y Murphy Oil Corp. c. Canadá*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/07/4, Laudo de fecha 20 de febrero de 2015, ¶ 170 (CL-0324); *Murphy Exploration & Prod. Co. – Int’l c. República de Ecuador*, CNUDMI, Caso CPA N.º 2012-16, Laudo Definitivo Parcial del 6 de mayo de 2016, ¶¶ 518-523 (CL-0203-ENG); *Tenaris S.A. y Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB/12/23, Laudo de fecha 2 de diciembre de 2016, ¶ 772 (CL-0325); *City-State N.V. y otros c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/14/9, Laudo (parte dispositiva) de fecha 26 de julio de 2018, ¶ 694 (CL-0326); *Olympic Entertainment Group AS c. Ucrania*, Caso CPA N.º 2019-18, Laudo de fecha 15 de abril de 2021, ¶ 185 (CL-0327); ver también Versant II, nota al pie 429.

²⁰⁷⁴ Versant II, ¶ 348.

²⁰⁷⁵ *Bear Creek Mining Corp. c. República de Perú*, Caso CIADI N.º ARB/14/21, Laudo de fecha 30 de noviembre de 2017, ¶ 712 (CL-0139-ENG) (énfasis añadido).

²⁰⁷⁶ *Ibid.*, ¶ 714.

libre de riesgo del 1,20 % no debería aplicarse, puesto que ni los Demandantes ni la Demandada pueden tomar préstamos a esta tasa²⁰⁷⁷.

699. 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 inversión²⁰⁷⁸. En el marco de un proyecto minero, la aplicación de una tasa de interés libre de riesgo, por lo tanto, fue justamente rechazada por el tribunal en *Tethyan Copper c. Pakistán*, “[d]ebido a la existencia indiscutible de oportunidades para lograr altos rendimientos en el negocio minero y a las riesgos asociados con tales oportunidades...”²⁰⁷⁹. En cambio, el tribunal consideró que el “costo de endeudamiento” de la demandante y sus propietarios, “es decir, el costo de tener que pedir prestado el dinero que debería haber estado, pero no estaba, disponible para [la demandante]”, era un enfoque más adecuado para el cálculo de los intereses²⁰⁸⁰ y adjudicó intereses a la tasa preferencial de los Estados Unidos²⁰⁸¹. De hecho, “una tasa de interés previa a la adjudicación demasiado baja, como sucede cuando se aplica una tasa de interés libre de riesgo, dará a los demandados un incentivo perverso para rechazar el pago voluntario de la indemnización inmediatamente después del daño y retrasar el proceso arbitral, ya que una tasa de interés previa a la adjudicación baja permitirá al Estado expropiador financiar implícitamente su responsabilidad futura según los términos del Tesoro de los Estados Unidos”²⁰⁸².

700. A la luz de lo anterior, el Tribunal debe otorgar a los Demandantes intereses previos y posteriores a la adjudicación a la tasa de interés preferencial de los Estados Unidos + 2%.

²⁰⁷⁷ *Versant II*, ¶ 351.

²⁰⁷⁸ *Ver, por ejemplo, Alpha Projektholding GmbH c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/07/16, Laudo de fecha 8 de noviembre de 2010, ¶ 514 (CL-0219) (“El Tribunal concluye que una tasa más adecuada es la tasa libre de riesgo más la prima de riesgo de mercado, que [...] es del 9,11 % en total. El Tribunal cree que esta tasa refleja mejor el costo de oportunidad asociado con las pérdidas de la Demandante, ajustado por los riesgos relativos a la inversión de Ucrania”).

²⁰⁷⁹ *Tethyan Copper Co. Ltd. c. República Islámica de Paquistán*, Caso CIADI N.º ARB/12/1, Laudo de fecha 12 de julio de 2019, ¶ 1792 (CL-0316).

²⁰⁸⁰ *Ibid.*

²⁰⁸¹ *Ibid.*, ¶¶ 1799-1800.

²⁰⁸² Manuel Conthe, *The Award and the Courts, Time-travel Riddles in the Assessment of Damages*, en *AUSTRIAN YEARBOOK ON INTERNATIONAL ARBITRATION* 286 (Christian Klausegger, Peter Klein, et. al. eds., 2020) (CL-0328); *ver también* M.A. Abdala, P.D. Lopez Zadicoff y P.T. Spiller, *Invalid Round Trips in Setting Pre-Judgment Interest in International Arbitration*, en *5 WORLD ARBITRATION AND MEDIATION REVIEW* No. 1 (2011) 17-18 [14-15] (CL-0329) (“[S]i la tasa [de interés previa a la adjudicación] es más baja que el costo de recaudación de fondos del demandado (independientemente de cualquier consideración sobre reputación que pueda afectar esfuerzos futuros), resulta más barato para un potencial incumplidor recaudar fondos violando los contratos de inversión que adquirirlos en el mercado abierto. Además, una [tasa de interés previa a la resolución] inferior al costo de recaudación de fondos del demandado le brinda a este incentivos para retrasar el proceso arbitral y así continuar aprovechando dicha tasa de “financiamiento” más baja. Por lo tanto, a fin de garantizar la eficacia del sistema de resolución de conflictos, los [intereses previos a la resolución] no deben ser menores que el costo de recaudación de fondos del demandado”).

2. Los intereses deben calcularse anualmente sobre una base compuesta

701. En su Memorial, los Demandantes demostraron que la práctica actual del derecho internacional favorece de forma abrumadora la adjudicación de intereses compuestos, en lugar de intereses simples²⁰⁸³. Como explicaron los Demandantes, durante las últimas dos décadas, se ha reconocido que la adjudicación de intereses compuestos forma parte de la jurisprudencia constante y se ha convertido ahora en la norma²⁰⁸⁴.

702. Un estudio empírico de 2016 sobre laudos de inversión (realizado por PwC) demostró que se adjudicaron intereses compuestos en una abrumadora mayoría (85 % u 86 %) de los laudos arbitrales internacionales dictados entre 2006 y 2015²⁰⁸⁵. Una encuesta sobre laudos del CIADI que ha sido actualizada recientemente comparte esta conclusión, y su autor señala que “[c]on el paso del tiempo, se han utilizado intereses compuestos con más y más frecuencia”²⁰⁸⁶. En la práctica, “muchos árbitros han aplicado la misma tasa en las fases tanto anterior como posterior a la adjudicación, lo que sugiere que,

²⁰⁸³ Memorial de los Demandantes, ¶¶ 360-361.

²⁰⁸⁴ *Ibid.*, ¶¶ 359-361 (se citan casos); ver también *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI N.º ARB/96/1, Laudo de fecha 17 de febrero de 2000 ¶ 104 (CL-0134); SERGEY RIPINSKY & KEVIN WILLIAMS, DAMAGES IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 385 (2008) (CL-0234) (donde se hace referencia al laudo del caso *Santa Elena*, dictado en 2000, por ser un “un punto de inflexión en la jurisprudencia”); IRMGARD MARBOE, CALCULATION OF COMPENSATION AND DAMAGES IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 6.239 (2.ª ed., 2017) (CL-0247) (“En el año 2000, se hizo evidente un cambio real de tendencia hacia la aceptación de los intereses compuestos. En febrero [de ese año], el tribunal del caso *Compañía del Desarrollo de Santa Elena c. Costa Rica* abordó este tema con un notable nivel de detalle”); *Gemplus S.A. y Talsud S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Casos CIADI N.º ARB(AF)/04/3 y N.º ARB (AF)/04/4, Laudo de fecha 16 de junio de 2010, ¶ 16-26 (CL-0155) (“[La] práctica universal de los bancos y de otros proveedores de préstamos en el mercado mundial [es] proveer dinero a un costo que alcance o equivalga a las tasas de interés compuesto, y no simple ... [L]a práctica actual de los tribunales internacionales (incluidos los del CIADI) es adjudicar intereses compuestos y no simples.”); *Chevron Corp. (USA) y Texaco Petroleum Co. (USA) c. República de Ecuador*, CNUDMI, Caso CPA N.º 34877, Laudo Parcial de fecha 30 de marzo de 2010, ¶ 555 (CL-0175) (la adjudicación de intereses compuestos se ha convertido en “la práctica predominante de los tribunales internacionales”); *Murphy Exploration & Prod. Co. – Int’l c. República de Ecuador*, CNUDMI, Caso CPA N.º 2012-16, Laudo Definitivo Parcial de fecha 6 de mayo de 2016, ¶ 519 (CL-0203) (donde se señala que la práctica arbitral de los últimos quince años sugiere que “se aplica comúnmente” una tasa de interés compuesto”); *Saint-Gobain Performance Plastics Europe c. República Bolivariana de Venezuela*, Casos CIADI N.º ARB/12/13, Decisión sobre Responsabilidad y Principios en Materia de Cuantificación de Daños de fecha 30 de diciembre de 2016, ¶ 895 (CL-0330) (“[E]n los últimos años, la mayoría de los tribunales de inversión han decidido adjudicar intereses compuestos e, incluso, la mayoría de los tribunales que decidieron otorgar intereses simples por una razón específica reconocieron que el interés compuesto representa lo que el tribunal del caso *CME* describió como ‘la realidad comercial contemporánea prevalente’”); *Stans Energy Corp. y Kutsay Mining LLC c. República de Kirguistán*, Laudo de fecha 20 de agosto de 2019, ¶ 851 (C-0331) (“[E]l Tribunal acuerda que, de conformidad con la práctica estándar en el arbitraje de inversión reciente, los intereses previos a la adjudicación [...] deben computarse sobre una base compuesta de manera anual [...] y los intereses posteriores a la adjudicación sobre el monto total concedido deben computarse sobre una base compuesta de manera anual a partir de la fecha del presente Laudo hasta la fecha de pago”).

²⁰⁸⁵ PwC, 2015 – *International Arbitration Damages Research: Closing the gap between Claimants and Respondents* 3(1) J. OF DAMAGES IN INT’L ARB. (junio de 2016) 108, 99-109 (CL-0332); ver también PwC, *International Arbitration Damages Research: 2017 Update 7* (diciembre de 2017) (CL-0385) (“De 21 nuevos casos, se adjudicaron intereses compuestos en 19 de ellos.”); PwC, *Damages awards in international commercial arbitration: A study of ICC awards*, 20 (diciembre de 2020) (CL-0333) (“[E]n casos de tratados de inversión, [los tribunales] tienden a asumir que los intereses compuestos son el enfoque generalmente aceptado”).

²⁰⁸⁶ James Dow, *Pre-Award Interest*, en GAR’S THE GUIDE TO DAMAGES IN INTERNATIONAL ARBITRATION (John A. Trenor ed., 4.ª ed., 2021) 11(CL-0334).

para estos tribunales, el fundamento y la justificación de los intereses anteriores y posteriores a la adjudicación son los mismos (o que cualquier posible diferencia resulta insignificante)”²⁰⁸⁷.

703. En su Memorial de Contestación, la Demandada intenta darle la vuelta a esta posición bien establecida y sostiene que “la práctica del arbitraje de inversión respalda la adjudicación de intereses simples, únicamente existiendo *circunstancias excepcionales* para el caso contrario”, basándose en jurisprudencia más antigua o claramente diferente²⁰⁸⁸. Como se ha demostrado, “el interés compuesto en oposición al interés simple parece ser *predominantemente considerado apropiado en casos recientes de arbitraje internacional sobre inversiones*. Se cree que refleja mejor las realidades económicas reales tanto para reparar la pérdida efectivamente sufrida por la parte perjudicada como para prevenir el enriquecimiento injustificado del Estado demandado”, por lo que la adjudicación de intereses simples se ha convertido ahora en la “excepción”, intereses que son totalmente injustificados en este caso²⁰⁸⁹. Como era de esperar, Guatemala no reconoce esta circunstancia ni el hecho de que se han adjudicado intereses compuestos en las controversias que surgen en virtud del DR-CAFTA, incluidos los casos contra Guatemala²⁰⁹⁰, y en los casos en que el tratado aplicable, por ejemplo, el DR-CAFTA, exigía la adjudicación de intereses a una tasa comercial²⁰⁹¹.

704. Es difícil ver cómo *Wena Hotels c. Egipto*, caso en el que se basó la Demandada, respalda su argumento, ya que el tribunal en cuestión estableció que “la adjudicación de intereses compuestos (en lugar de simples) es generalmente adecuada en la mayoría de los arbitrajes comerciales modernos”²⁰⁹². De manera similar, en *Tza Yap Shum c. Perú*, el tribunal ordenó que los intereses debían “capitalizarse

²⁰⁸⁷ BORZU SABAHI, NOAH RUBINS, ET AL., INVESTOR-STATE ARBITRATION 21.97 (2.^a ed., 2019) (CL-0299); ver también PwC, 2015 – *International Arbitration Damages Research: Closing the gap between Claimants and Respondents* 3(1) J. OF DAMAGES IN INT’L ARB. (junio de 2016) 108, 99-109 (CL-0332).

²⁰⁸⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, ¶¶ 924-926 (énfasis añadido).

²⁰⁸⁹ IRMGARD MARBOE, CALCULATION OF COMPENSATION AND DAMAGES IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 6.248 (2.^a ed., 2017) (CL-0372).

²⁰⁹⁰ *Railroad Development Corp. c. República de Guatemala*, Caso CIADI N.º ARB/07/23, Laudo de fecha 29 de junio de 2012, ¶¶ 280-281 (CL-0068); *TECO Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala*, Caso CIADI N.º ARB/10/23, Laudo de fecha 19 de diciembre de 2013, ¶ 768 (CL-0031).

²⁰⁹¹ *Tidewater Investment SRL y Tidewater Caribe, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB/10/5, Laudo de fecha 13 de marzo de 2015, ¶ 209 (CL-0321) (“[E]l Artículo 5 del TBI, [...] exige una ‘tasa comercial normal’. Esta es la tasa a la que las propias Demandantes podrían haber tomado prestada la misma suma. Puesto que, por lo común, los bancos comerciales incrementan los intereses adeudados y pendientes de pago en forma trimestral, el Tribunal considera que el interés otorgado debería asimismo ser interés compuesto.”); ver también PwC, *Damages awards in international commercial arbitration: A study of ICC awards*, 20 (diciembre de 2020) (CL-0333) (“[L]a mayoría de los tratados de inversión incluyen una cláusula que permite una tasa de interés comercial, y los tribunales parecen haber logrado un consenso respecto de que las tasas comerciales se calculan sobre una base compuesta”).

²⁰⁹² *Wena Hotels Ltd. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N.º ARB/98/4, Laudo de fecha 8 de diciembre de 2000, ¶ 129 (CL-0151) (énfasis añadido).

semestralmente”²⁰⁹³, lo cual significa que se otorgaron intereses compuestos (y no simples). *Autopista Concesionada c. Venezuela*²⁰⁹⁴, *Astaldi S.p.A. c. República de Honduras*²⁰⁹⁵ y *Elsamex c. República de Honduras*²⁰⁹⁶ son, además, casos diferentes, ya que surgieron a raíz de incumplimientos contractuales y no de tratados²⁰⁹⁷. Y, en *Société Générale c. Paraguay*, la demandante específicamente “ha solicitado interés simple” sobre la base de que era la tasa que “[la demandante] suele cobrar por sus facturas impagadas”²⁰⁹⁸. Finalmente, *CME c. República Checa* es un caso atípico, y el tribunal lo justifica sobre la base de que la generosa tasa de interés (del 10 %) otorgada a la demandante ya repararía íntegramente todo daño causado por la mora²⁰⁹⁹ y, por lo tanto, no fija ningún principio general a favor del interés simple.

705. El último y desesperado argumento de la Demandada de que la aplicación del interés compuesto “está prohibida [en virtud de la legislación guatemalteca] en las obligaciones civiles y debe ser pactado en obligaciones comerciales para que pueda surtir efectos”²¹⁰⁰ es también es erróneo. La normativa nacional sobre intereses no resulta aplicable a los casos que surgen de tratados de inversión²¹⁰¹. De

²⁰⁹³ *Tza Yap Shum c. República del Perú*, Caso CIADI N.º ARB/07/6, Laudo de fecha 7 de julio de 2011, *Decisión*, punto 3 (CL-0143).

²⁰⁹⁴ *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB/00/5, Laudo de fecha 23 de septiembre de 2003 (RL-0261).

²⁰⁹⁵ *Astaldi S.p.A. c. República de Honduras*, Caso CIADI N.º ARB/07/32, Laudo de fecha 17 de septiembre de 2010 (RL-0293).

²⁰⁹⁶ *Elsamex, S.A. c. República de Honduras*, Caso CIADI N.º ARB/09/4, Laudo de fecha 16 de noviembre de 2012 (RL-0262).

²⁰⁹⁷ Ver IRMGARD MARBOE, CALCULATION OF COMPENSATION AND DAMAGES IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 6.249 (2.ª ed. 2017) (CL-0313) (“El tribunal de *Autopista Concesionada c. Venezuela*, por ejemplo, examinó si debía otorgarse interés compuesto sobre la base de un acuerdo entre las partes, del derecho nacional o del derecho internacional. Destacó que el caso era sobre un incumplimiento contractual y no sobre una expropiación. En consecuencia, las decisiones en *Wena Hotels c. Egipto* y *Compañía del Desarrollo de Santa Elena c. Costa Rica* a favor del interés compuesto no fueron consideradas comparables. Además, el tribunal se refirió al laudo de [*Santa Elena*], en el cual se había enfatizado expresamente la diferencia entre expropiaciones y casos ‘sobre simples incumplimientos contractuales’ y se había sostenido que ‘hay una tendencia en la jurisprudencia internacional a otorgar solo intereses simples [...] en relación con casos de incumplimiento contractual’”).

²⁰⁹⁸ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Paraguay*, Caso CIADI N.º ARB/07/29, Laudo de fecha 10 de febrero de 2012, ¶ 186 (RL-0263).

²⁰⁹⁹ *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Definitivo de fecha 14 de marzo de 2003, ¶ 643 (RL-0260).

²¹⁰⁰ Memorial de Contestación de la Demandada, ¶ 927.

²¹⁰¹ *Tethyan Copper Co. Ltd. c. República Islámica de Paquistán*, Caso CIADI N.º ARB/12/1, Laudo de fecha 12 de julio de 2019, ¶ 1802 (CL-0316) (“Uno de los argumentos esgrimidos por la Demandada es que, según la legislación paquistaní, se prohíbe la adjudicación de intereses compuestos sin que medie un acuerdo específico a tal efecto [...]. Sin embargo, este argumento no convence al Tribunal. Las Partes no cuestionan el hecho de que la presente controversia surge en virtud del derecho internacional y debe decidirse con arreglo a las normas del derecho internacional, en particular de las disposiciones del Tratado”); ver también SERGEY RIPINSKY & KEVIN WILLIAMS, DAMAGES IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 371 (2008) (CL-0234) (“El enfoque de la legislación del país anfitrión ha sido criticado sobre la base de que cuando se pone en juego la responsabilidad internacional del Estado, la adjudicación de intereses debe seguir las normas del derecho internacional”); *Vestey Group Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB/06/4, Laudo de fecha 15 de abril de 2016, ¶ 447 (CL-0166) (“El Tribunal no puede seguir a la Demandada cuando argumenta que el interés compuesto es inadmisibles conforme al derecho venezolano. Las consecuencias de hechos internacionalmente ilícitos se rigen por el derecho

hecho, Guatemala ni siquiera reconoce que los tribunales constituidos en virtud del DR-CAFTA ya han adjudicado intereses compuestos en casos anteriores contra Guatemala²¹⁰².

706. Como se ha demostrado, la adjudicación de intereses compuestos es el enfoque predominante en la jurisprudencia de arbitraje de inversiones, dado que tales intereses son necesarios para garantizar una reparación integral, a la que tienen derecho los Demandantes.

V. CONCLUSIÓN

707. Los Demandantes solicitan por el presente que el Tribunal Arbitral constituido en este caso dicte un laudo definitivo mediante el cual:

- (a) Desestime las objeciones de Guatemala respecto de la competencia del Tribunal.
- (b) Declare que Guatemala ha incumplido sus obligaciones en virtud del DR-CAFTA.
- (c) Ordene a Guatemala que indemnice a los Demandantes por los siguientes conceptos:
 - (i) daños por la suma de USD 419-449 millones;
 - (ii) intereses previos a la adjudicación a la tasa preferencial de los Estados Unidos más 2 %;
 - (iii) costos asociados con este procedimiento, incluidos los costos del arbitraje, honorarios profesionales, honorarios de abogados y otros desembolsos;
 - (iv) intereses posteriores a la adjudicación a la tasa preferencial de los Estados Unidos más 2 % sobre todos los montos adjudicados hasta la fecha de pago.
- (d) Desestime la contestación de Guatemala.
- (e) Otorgue toda otra medida resarcitoria que el Tribunal considere apropiada.

Presentado respetuosamente.

/s/

WHITE & CASE LLP

internacional”); *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N.º ARB/99/6, Laudo de fecha 12 de abril de 2002, ¶ 174 (CL-0137) (“[L]a disposición de la legislación egipcia en la que se basa la Demandada no es aplicable a las reclamaciones que surgen en virtud del TBI, es decir, el derecho internacional público”).

²¹⁰² *Railroad Development Corp. c. República de Guatemala*, Caso CIADI N.º ARB/07/23, Laudo de fecha 29 de junio de 2012, ¶¶ 280-281 (CL-0068-ENG); *TECO Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala*, Caso CIADI N.º ARB/10/23, Laudo de fecha 19 de diciembre de 2013, ¶ 768 (CL-0031-ENG/SPA).

Abogados de Daniel W. Kappes y

Kappes, Cassidy & asociados

11 de junio de 2021

[Declaración sobre la traducción:

Tengo dominio tanto del idioma inglés como del español y declaro que he leído las versiones del presente Memorial en ambos idiomas y que la traducción es, dentro de lo razonable, fiel al original.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Cynthia Farber', with a small flourish at the end.

Cynthia Deborah Farber]