

CPA Caso N° 2013-15

**EN EL CASO DE UN ARBITRAJE DE CONFORMIDAD CON EL CONVENIO  
ENTRE EL GOBIERNO DEL REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA E  
IRLANDA DEL NORTE Y EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA  
SOBRE EL FOMENTO Y LA PROTECCIÓN DE INVERSIONES DE CAPITAL,  
DE FECHA 24 DE MAYO DE 1988**

- y -

**EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA CNUDMI (REVISADO EN 2010)**

- entre -

**SOUTH AMERICAN SILVER LIMITED (BERMUDAS)**

**(la “Demandante”)**

- y -

**EL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA**

**(la “Demandada”, y conjuntamente con la Demandante, las “Partes”)**

---

**OPINIÓN SEPARADA DEL PROF. FRANCISCO ORREGO VICUÑA**

---

*Tribunal*

Dr. Eduardo Zuleta Jaramillo (Árbitro Presidente)  
Prof. Francisco Orrego Vicuña  
Sr. Osvaldo César Guglielmino

### **Opinión separada del árbitro Orrego Vicuña**

Esta opinión desea expresar en primer lugar su admiración por la manera eficaz y detallada con la que el Presidente del Tribunal ha analizado un importante problema de suyo complejo. La opinión de este árbitro es en gran medida concurrente con la del Presidente, particularmente en materia de jurisdicción y admisibilidad. Hay, sin embargo, aspectos en que no me resulta posible concurrir y respecto de los cuales debo expresar mis discrepancias.

Hay en primer lugar un aspecto que se relaciona con la evaluación de los hechos. Sin lugar a dudas estos hechos son en cierta medida confusos y difíciles de apreciar, pero aun así el suscrito habría llegado a una conclusión diferente. El Laudo en buena medida descansa en la premisa de que las turbulencias sociales en la zona del proyecto se originan en la conducta de la parte Demandante, asignándose a la Demandada una responsabilidad menor. Hubo sin duda falencias en la política de la Demandante en su relacionamiento con las comunidades originarias, que se procuraron corregir a lo largo del tiempo, pero no podría prescindirse del hecho de que el Estado es en definitiva el responsable de la mantención del orden público, máxime cuando fundamenta en buena parte sus argumentos en el ejercicio del derecho de policía, mantención que fue escasa y en numerosas ocasiones insuficiente.

Los conflictos locales condujeron a la reversión del dominio originario del Estado respecto de las autorizaciones mineras otorgadas al inversionista, tras lo cual COMIBOL fue puesta a cargo del proyecto. Sin embargo, el interés del Estado en intervenir y finalmente revertir ese dominio parece manifiesto desde etapas anteriores al malestar social señalado. Existe así una seria discrepancia entre la proporcionalidad de la situación local y las determinaciones de política nacional.

No obstante que el Artículo 5 del Tratado no prevé la proporcionalidad como una garantía principal de la inversión, no tiene el suscrito dudas acerca del hecho de que no puede invocarse una interpretación literal que contraríe el espíritu de la norma, siendo esa proporcionalidad un elemento implícito de varias de las dificultades que habrían de continuar y de los daños reclamados. No pareciera que esos elementos son compatibles con la interpretación sistémica invocada por la Demandada prevista en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, razón por la cual el Laudo correctamente no la acoge. Tampoco la doctrina del “clean hands” es un principio del derecho internacional, elemento que tampoco ha sido demostrado en este caso y que el Tribunal también desecha.

Las discrepancias principales del suscrito se relacionan con las conclusiones relativas a la expropiación, pues en su opinión las causales de expropiación son considerablemente más amplias que el hecho de que no se haya pagado compensación alguna al inversionista afectado. Esa es sin duda una causal de primera importancia, pero examinado el Artículo 5 en su conjunto se puede apreciar que hay varios otros elementos constitutivos de la garantía que resultan contradichos por la reversión efectuada. En efecto el referido Artículo prevé, además, la garantía de la utilidad pública de la reversión, su beneficio social y el debido proceso, todo lo cual es inseparable de la legalidad de la expropiación.

Desde luego, la exigencia de la utilidad pública como requisito de la legalidad de la expropiación no puede considerarse como debidamente satisfecha. No parece posible considerar que la utilidad pública se satisface con medidas que tienen un alcance más bien local, debiendo entenderse como una materia de interés para la comunidad nacional en su conjunto, lo que no se ha demostrado por la Demandada. Más bien por el contrario, las insatisfacciones de las comunidades indígenas en muchos lugares de Bolivia, incluyendo el recurso a la violencia, no ha cesado de manifestarse, con lo cual la utilidad pública de la reversión más pareciera una excusa para justificar la expropiación que una medida de alcance nacional. Tampoco el beneficio social

de la expropiación puede considerarse satisfactorio para las comunidades indígenas de la zona del proyecto, cuya condición de pobreza y carencia de bienestar parece continuar inalterada. Un estudio actualizado de las condiciones sociales en la zona podría haber contribuido a aclarar las diferentes alegaciones, pero el Tribunal no tiene conocimiento del mismo ni de que este se haya realizado.

Si bien autoridades públicas, principalmente locales, buscaron ocasionalmente un diálogo y se procuró alcanzar un acuerdo con las comunidades, nada de ello fructificó. Por esta razón no resultaba equivocada la invocación de medidas alternativas, que tampoco prosperaron, sin que pueda culparse de todo ello a la Demandante pues, como se ha señalado anteriormente, también la responsabilidad del Estado como garante del orden público no puede minimizarse. Por ello, el Tribunal ha concluido correctamente que no puede invocarse en este caso el Estado de Necesidad por la Demandada ni la salvaguarda de los derechos de policía. El eventual recurso a medidas alternativas en cuyo contexto la proporcionalidad y razonabilidad podría haberse asegurado, fue debidamente analizado por el Tribunal, pero subsistió a este respecto una diferencia de criterios.

Tampoco reconoce el Laudo otros aspectos cruciales de una expropiación legítima, entre ellos la existencia de un debido proceso que en definitiva se reduce a un eventual derecho para reclamar un monto determinado, pero sin que se reconozca la posibilidad de participar en la toma de la decisión expropiatoria. En un caso en que se han efectuado supuestas políticas de acercamiento entre las partes, en definitiva se procede sin tener en cuenta las opiniones de la Demandante respecto de la conclusión de la autoridad pública ni menos se plantea la hipótesis de que el recurso a los tribunales nacionales pudiera resultar limitativo e inconducente. Es así como en definitiva el cumplimiento del debido proceso es más bien simbólico pero no susceptible de resultados independientes.

Otro tanto ocurre con el estándar del Trato Justo y Equitativo y su relación con las expectativas legítimas del inversionista, materia en la cual el Laudo reprocha algunas conductas de la Demandada pero no una violación del Tratado. Este Trato es un factor tan esencial del proceso de la privación de derechos que en muchas ocasiones se ha entendido como una alternativa respecto de la expropiación, pero cuyos resultados no necesariamente son diferentes en cuanto a las indemnizaciones que procedan. En este sentido el Laudo prescinde de conductas que puedan considerarse irreconciliables con el debido trato, particularmente en cuanto a su transparencia y consistencia.

Igualmente cuestionables son otros aspectos en que el Laudo no acepta alegaciones respecto de la garantía de la plena seguridad y protección, siendo este uno de aquellos casos en que la seguridad personal de funcionarios de la compañía inversionista se ha visto violentada, y que unido a los factores anteriormente examinados puede llegar a constituir una ausencia de protección legal a la propia inversión efectuada. Igualmente rechaza el Laudo la eventual existencia de medidas irrazonables o discriminatorias o la posibilidad de que se haya incurrido en una violación del estándar del trato nacional.

De todas las limitaciones anteriormente expuestas es que los criterios relativos a una reparación plena, o incluso del valor justo de mercado conforme lo señala el Tratado, difícilmente podían ser acogidos por el Laudo, que se limita entonces a los costos de inversión como criterio y método de indemnización, sin tampoco tomar en cuenta costos generales y administrativos. La expropiación que tuvo lugar se compensa así de una manera muy limitada pues no tiene en cuenta los elementos relativos a la valoración de la inversión como proyecto o de los recursos minerales involucrados. Difícil como es llegar a una estimación de una indemnización completa a la luz de los hechos del caso en controversia y del estado de desarrollo del proyecto, ello permitiría de todos modos una aproximación razonable, sobre todo si se toman en consideración otras

violaciones del Tratado que el suscrito considera pertinentes como fuentes de la responsabilidad de la Demandada.

Acertadamente, sin embargo, el Laudo no acepta reducir el valor de la indemnización por el valor de la información confidencial que el inversionista retiene para sí, como tampoco acepta atenerse únicamente a los costos de exploración no obstante las pretensiones de la Demandada a este respecto. Igualmente adecuado es que se aplique la tasa de interés fijada por el Banco Central de Bolivia y que ese interés se calcule de manera compuesta.

El resultado final del Laudo llevaría a fijar una indemnización por el monto de US\$ 18.7 millones en circunstancias que el rango de los montos en discusión alcanzaba, en la opinión de los expertos de la Demandante, de US\$ 195,9 millones hasta US\$ 922,2 millones. Por su parte, los costos de inversión, incluyendo gastos generales y administrativos, sumaban US\$ 31.6 millones en la estimación de la parte Demandante. El valor del proyecto, en la apreciación de la Demandada, oscilaba entre US\$ 35.2 y US\$ 48.7. Cabe también observar que la evaluación de los gastos efectuados, en la apreciación de la Agencia Quality, auditoría y contadores públicos, contratada por la Demandada como valuador independiente, fueron de US\$ 17.047.190, cifra comparable con el monto de la indemnización fijada por el Laudo. Es importante señalar, sin embargo, que no se aceptó rebajar el monto de la indemnización en el valor de la información confidencial retenida por la Demandante, como apropiadamente observa el Laudo.

La apreciación de conjunto del razonamiento del Laudo permite observar que en algunas materias se siguen enfoques que este árbitro considera razonables, en tanto que en otros aspectos hay una tendencia a la minimización. Ello es particularmente evidente en el hecho de que se asigna una alta cuota de responsabilidad a la Demandante y una participación muy menor de la Demandada en los eventos controvertidos. Ello se traduce, en primer lugar, en que las exigencias del Tratado y la costumbre internacional para los efectos de evaluar la legitimidad de la expropiación, incluyendo los demás estándares del Tratado que acompañan ese proceso, no se tomen debidamente en consideración. Ello, a su vez, lleva a la fijación de una indemnización que cabe considerar muy por debajo de lo que sugiere la información disponible y los propios informes de expertos y valuadores. Este árbitro no comparte estos resultados.

Debe también destacarse que los miembros del Tribunal llevaron a cabo largas e intensas deliberaciones, tanto en forma presencial como mediante conferencias telefónicas y correos electrónicos, que permitieron llegar a consensos sobre importantes materias de que trata el Laudo. Desafortunadamente, sin embargo, no pudo llegarse en definitiva a una opinión unánime. Las discrepancias que suscita al suscrito la lectura detallada de este Laudo son lo suficientemente serias como para justificar una opinión disidente. Esas discrepancias ya han sido expuestas en los párrafos anteriores. No obstante ello, el árbitro que suscribe ha tomado la decisión de dar su voto concurrente a la dictación del Laudo. No es esta la primera vez que un Tribunal se ve enfrentado a la disyuntiva de que no haya mayoría para la aprobación de su decisión, pero en tales casos el Tribunal es en verdad prisionero de las normas UNCITRAL que rigen su actuación, que exigen tal mayoría en toda circunstancia. La consecuencia es que pudiera no lograrse esa mayoría, habida cuenta del hecho de que un árbitro ya ha manifestado su oposición a este Laudo. En ausencia de esa mayoría el Laudo permanecería en un estado de suspensión o hibernación, sin que en los términos de las reglas de UNCITRAL el Presidente pueda decidir en ausencia de mayoría.

El problema fue bien expuesto por el árbitro Howard M. Holtzmann, quien en más de una oportunidad se vio enfrentado a esta situación. En particular en el caso *Economy Forms Corp. c. Iran*, (*Economy Forms Corp. v. Islamic Republic of Iran*, Iran-United States Claims Tribunal, 1983, Concurring Opinion of Howard M. Holtzmann, Iran-United States Claims Tribunal Reports, 1984, at 55) sostuvo el árbitro señalado una posición con la que el árbitro suscrito

concuera plenamente. Concluyó en aquella oportunidad en una Opinión Concurrente, en la que señala:

“Concurro en el Fallo en este caso...¿Porque lo hago no obstante considerarlo inadecuado en vez de disentir del mismo? La respuesta se encuentra en el antiguo dicho de que “algo es mejor que nada”...En un Tribunal compuesto por tres miembros una mayoría de dos miembros debe concurrir o, de lo contrario, no podrá lograrse un Laudo. En vista de una disidencia por uno de los miembros me veo enfrentado a la opción de ya sea unirme a la aprobación del Laudo o aceptar la consecuencia de una postergación indefinida de todo Laudo en este caso...en la que los árbitros deben continuar sus deliberaciones hasta que se alcance una mayoría...Las deliberaciones en este caso se han prolongado en demasía. Ni las Partes ni el Tribunal, en mi opinión, se beneficiarían con prolongaciones adicionales”.

El árbitro Richard M. Mosk llegó a una conclusión similar en el caso *Granite State Machine Co. Inc c. The Islamic Republic of Iran* (*Granite State Machine Co. Inc. v. Islamic Republic of Iran*, Concurring Opinion of Richard M. Mosk, 1983, at 8, Iran-United States Claims Tribunal Reports, Vol 1, 1983, at 442). También fue esta nuevamente la opinión del árbitro Holtzmann en el caso *Starrett Housing Corp. v. Islamic Republic of Iran*, 1987, Concurring Opinion of Judge Holtzmann, Reports, Vol. 16 at 238).

El importante análisis de la práctica y la doctrina que ha acompañado estos y otros casos muestra las complejidades del tema así como las soluciones que se han dado en la práctica, con particular referencia a la manera de formar una mayoría para la aprobación de una sentencia (David D. Caron y Lee M. Caplan: *The UNCITRAL Arbitration Rules. A Commentary*, 2nd edition, 2013, Oxford University Press, 2015 y M. Pellonpää, “The Process of Decision-Making,” in D Caron and J Crook (eds), *The Iran-United States Claims Tribunal and the Process of International Claims Resolution* (2000) 238).

Habida cuenta de esta realidad el árbitro suscrito se une al Laudo preparado por el Presidente del Tribunal, dejando constancia de las discrepancias que se han explicado.