

Análisis del caso

Gold City Corp.
(Demandante)

c.

República del Pacífico
(Demandado)

CONFIDENCIAL Análisis del Caso – Documento Exclusivo para Árbitros

Información importante sobre el Análisis del Caso

Por favor, recuerde que conforme al párrafo 1.7 del Reglamento de la Competencia, el contenido de este documento es estrictamente confidencial y bajo ninguna circunstancia debe estar a la disposición de los equipos participantes o entrenadores durante la Competencia. En caso de que los participantes, entrenadores, acompañantes u observadores se encontraran con este documento, deberán abstenerse de examinarlo o utilizarlo.

Los árbitros tienen la obligación de mantener la confidencialidad sobre todos los aspectos relacionados con el análisis del caso u otros documentos de la Competencia reservados a ellos. Si un árbitro es hallado compartiendo este documento con miembros de equipos participantes, tanto el árbitro como el equipo involucrado serán excluidos de la Competencia.

La organización de la Competencia de Arbitraje agradece cualquier comentario o sugerencia sobre este documento las que pueden ser dirigidas al siguiente correo electrónico:

I. Relación de hechos

La historia de un tesoro que siguió enterrado...

Introducción

1. La Republica del Pacifico nació de la unión por conveniencia de pueblos muy distintos, para lograr la independenciam. En su momento, los líderes de las cinco familias más influyentes, los Devalos, los Tandioy, los Da Silva, los Merinos y los Celares decidieron superar sus diferencias culturales para librar la batalla de su independenciam y presentarse frente al mundo como una única Nación.

2. Así, al fundarse la Federación del Pacifico en 1885, los pueblos consagraron en su Constitución el pacto de la unión mediante la creación de un gobierno federal conformado por cinco Estados (la Mancomunidad Paulista en el centro del país, el Estado de Belmonte

ubicado al nororiente, el Estado Delors al Suroriente, el Estado Franco ubicado en el occidente y finalmente, el Estado Guaratense ubicado en el sur del país).

3. Los Devalés y los Tandioy fueron los pueblos más reacios a sumarse en la lucha y pusieron un precio alto a su unión. Los Devalés y los Tandioy, quienes habían visto sufrir su tierra y su gente con la explotación despiadada e informal del oro, exigieron “dejar enterrado el tesoro”. De esa manera, se previó en la Constitución de 1899 que en ninguno de los Estados de la Federación del Pacífico habría explotación de oro.

4. Con el paso de las décadas, los pueblos y los gobiernos de los Devalés, los Da Silva, los Merinos y los Celares fueron acercándose cada vez más y la interacción entre las diversas culturas permitió un enriquecimiento mutuo para cada uno de los Estados. Sin embargo, los Tandioy, ubicados en su mayoría en el Estado Guaratense, no lograron hacer parte de esta integración, debido al aislamiento geográfico de la zona sur de la Federación del Pacífico.

5. Para 1980, la Federación del Pacífico era un país muy distinto y las circunstancias políticas provocaron un referendo constitucional de gran magnitud, que transformó el Estado federal en uno centralista con regiones autónomas, la República del Pacífico. Con esta reforma se fortaleció la figura presidencial y se inició la modernización de las políticas económicas del Estado. Entre las reformas que surgieron, los ciudadanos aceptaron “desenterrar el tesoro” y permitir nuevamente la exploración y explotación de oro en toda la República del Pacífico. El referendo tuvo gran acogida en la gran mayoría del país, excepto en el Estado Guaratense debido a la baja popularidad que esta medida tenía entre los descendientes de los feudos de los Tandioy.

6. La reacción del Guaratensismo extremo no se hizo esperar, el día 6 de marzo de 1980, fecha de la entrada en vigencia de la nueva Constitución, detonaron un artefacto explosivo en la Casa de Gobierno de la Mancomunidad Paulista, cuyo gobierno era de tradición Devalista, y se publicó el siguiente manifiesto: *“Por la traición a los pueblos a manos de la tiranía Devalista, El Movimiento Independentista Guaratense 6 de Marzo - MI-6 - declaran una lucha por la Independencia de la región Guaratense”*. Así, desde 1980 la República del Pacífico se ha visto afectada por un conflicto armado interno. El MI-6, principal actor del conflicto, realiza constantes atentados concentrando sus ataques en la región central del país y llegando a afectar a ciertas zonas del occidente y el sur del país donde los Devalistas han extendido su influencia.

7. Durante el año de 1995, aprovechando el nuevo orden económico internacional surgido con la finalización de la Guerra Fría y la disminución del apoyo internacional a los grupos guerrilleros, el Gobierno de la República del Pacífico diseñó una nueva estrategia de acción en contra de este grupo armado, que consistió en establecer un tratamiento diferenciado entre los Departamentos según el grado de riesgo que existía para el mantenimiento del orden público. Así se diseñó un sistema institucional en el que se le daría un tratamiento especial a las zonas más afectadas por el conflicto armado, lo que incluía tratamientos administrativos diferenciados, formas de contratación particulares, políticas de distribución de regalías ajustadas a las necesidades de ordenamiento del gasto de los municipios y, finalmente, tratamientos tributarios diferenciados, permitiendo, incluso, la

creación de contribuciones con destinación específica para financiar los gastos generados por el conflicto.

8. Estas medidas, más allá de promover nuevas estrategias de enfrentamiento del movimiento MI-6, permitieron que se llevaran a cabo nuevos proyectos de inversión, tanto extranjera como nacional, en el Departamento Guaratense –cuyo nombre cambió de Estado a Departamento luego de la reforma constitucional- y en la Comunidad Autónoma Paulista, autodenominada de esta forma a partir de 1981. Estos proyectos se vieron enfocados, principalmente, en la minería y todos ellos cumplían con los más altos estándares de cuidado ambiental de los recursos naturales.

9. En efecto, la minería practicada en la República del Pacífico era reconocida por ser sostenible y eficiente. No obstante, la seguridad en el Departamento Guaratense continuó siendo un asunto de alta importancia al momento de realizar inversión en minería, pues el MI-6 mantenía como objetivo militar cualquier proyecto minero en su región.

10. En los últimos años la República del Pacífico ha sido catalogada por la comunidad internacional como un país ejemplo del desarrollo en la adversidad. A pesar de estar soportando un conflicto armado interno, este país logró disparar su desarrollo económico a través de una política económica de apertura y el “redescubrimiento de sectores abandonados”, como el de la minería. La apertura económica se concretó, entre otras cosas, a través de la negociación de un número importante de tratados de libre comercio y acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI), así como con la adhesión al Convenio de Washington de 1965 sobre “Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados”, asimismo adhirió a las líneas directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Adicionalmente el Ministerio de Comercio Exterior renegoció algunos de los APPRI vigentes para incorporar cláusulas que hicieran énfasis en la promoción de un desarrollo sostenible, y que, por tanto, tuviesen en cuenta los diversos actores con intereses en la inversión extranjera. Tal fue el caso del APPRI entre la República del Pacífico y la República del Oriente que entró en vigencia en 1999.

En ese propósito, la República del Pacífico optó por ratificar la adopción del Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), como foro para la resolución de controversias derivadas de estos tratados, habida cuenta, de la vasta experiencia de este Centro, tras cerca 50 años de existencia y de especialización en la resolución de controversias de inversión.

11. El redescubrimiento de la minería como “*El Sector Jalonador*” fue uno de los frutos de la decisión del gobierno de permitir la exploración minera en todas las regiones del país. La gran promesa de nuevo oro, ¡quién iba a pensarlo!, apareció en la zona más pobre del país: el Departamento Franco de tradición Celar.

El inversionista y su inversión

12. En junio de 2000, el Ministro de Minería e Hidrocarburos de la República del Pacífico, el doctor Arturo Valdivia, hizo pública una invitación a presentar ofertas para la

adjudicación de una concesión minera en la Región del Celar en el Departamento Franco para la exploración de oro. Según los estudios preliminares, se creía que habría bajo estas tierras un gran yacimiento del metal. En consecuencia la invitación a ofrecer preveía, que una vez terminada de ejecutar la exploración, y de ser viable técnica y jurídicamente, el adjudicatario del proyecto pasaría a suscribir un contrato de explotación minera por un término de hasta 25 años, siempre que continuasen existiendo cantidades comerciables de minerales no desarrollados en el área del proyecto. Tres inversionistas presentaron oferta. Plus Gold Corp., sociedad constituida y domiciliada en la República Federal de Oloque, El Dorado Gold Ltda., sociedad constituida en el Departamento de Belmonte al nororiente la República del Pacífico, y Gold City Corp., una sociedad constituida y domiciliada también en la República Federal de Oloque. La República del Pacífico no tenía ningún APPRI firmado con la República Federal de Oloque.

13. Luego del proceso de evaluación correspondiente, el contrato de concesión le fue adjudicado a Gold City Corp., de conformidad al ordenamiento jurídico de la República del Pacífico, con la suscripción del contrato por parte del Ministerio de Minerales e Hidrocarburos quedó perfeccionada la licencia de exploración a favor del contratista. El yacimiento encontrado contaba con un recurso inferido de 11,8 millones de onzas de oro y el presupuesto proyectado de la inversión, tan solo en la fase exploratoria, era de USD 500 millones. Ante todo, el proyecto era la gran promesa del desarrollo de la región Celar pues se calculaba que dejaría más de USD 4500 millones de regalías, impuestos y otras contribuciones a la Nación por año.

14. Asimismo, durante la ejecución del periodo de exploración y posteriormente durante la explotación, Gold City Corp. estaría obligada a pagar a la Nación, además de los impuestos legalmente aplicables, un canon de arrendamiento anual equivalente a USD 12.050.000, por el uso de las 5000 hectáreas donde se desarrollaría el proyecto minero. Tal como lo preveía el Código de Minas este valor era equivalente a 24 veces el valor del canon de arriendo comercial del predio para otro tipo de actividades.

15. Tanto para el momento de la licitación, esto es de junio de 2000 a enero de 2001, como para el momento de la firma del contrato, el 7 de marzo de 2001, la Región del Celar no estaba calificada como una zona de conflicto, sino apenas de riesgo medio, en atención a los esporádicos ataques terroristas en esa parte del país. En razón de ello, en el contrato de concesión se incluyeron las cláusulas modelo para los contratos ‘Tipo CM2’, previstas en la ley 16623 de 1998 sobre Contratación Pública. A diferencia de lo establecido en el modelo Contrato ‘Tipo CM3’, diseñado para los proyectos de exploración y explotación minera en las zonas más afectadas por el conflicto, calificadas como de alto riesgo. Valga precisar, que en los contratos de concesión minera en áreas de riesgo medio la terminación del contrato, como consecuencia de una causa extraña a ambas partes, no confiere al contratista el derecho a una indemnización equivalente a las utilidades que, de no haberse producido la terminación, razonablemente habría podido esperar.

16. En atención a lo anterior, antes de la suscripción del contrato, Gold City Corp. solicitó al gobierno central declarar la región como zona de alto riesgo, teniendo en cuenta que era previsible que la llegada del proyecto minero de tal magnitud podía generar un incremento de los ataques terroristas. El gobierno central, por su parte, consideró que no habían

elementos objetivos que mostraran que las predicciones de Gold City Corp. fuesen a cumplirse y en consecuencia no cambió la declaración del riesgo de la zona. A pesar de esta decisión del gobierno central, Gold City Corp. accedió a suscribir el contrato de exploración.

La consulta popular y el proceso de aprobación de la fase exploratoria del proyecto

17. La llegada de Gold City Corp. a la región en el año 2001 causó entusiasmo entre sus habitantes. Nadie dudaba que el proyecto minero tendría un impacto positivo en la economía de esa zona del país. De manera que la fase de prospección del proyecto se llevó a cabo sin mayores contratiempos. La promesa del tesoro se había cumplido y el recurso inferido alcanzaba las 13 millones de onzas. Sin embargo, en el año 2010, durante las últimas etapas del proceso de exploración, algunos ambientalistas que llegaron a la región, advirtieron sobre el impacto ambiental de la actividad minera en la zona. Eloy Sánchez señaló, en el marco del XI Foro sobre Riesgos Ambientales, que se celebra cada año en Santo Tomas de los Caballeros, capital de la República del Pacífico, que *“los métodos de extracción y explotación usados por Gold City Corp. ponen en serios riesgos la sostenibilidad del proyecto, por la cantidad de agua necesaria y las probabilidades de contaminación de las fuentes hídricas con cianuro”*.

18. De los informes preliminares de Gold City Corp. dirigidos a la Oficina de Gestión Ambiental (OGA) podía extraerse que, después de años de exploración y en la estructuración del proceso de explotación, se había determinado que este se desarrollaría mediante minería a cielo abierto y que la extracción del oro se haría por lixiviación en pilas. Gold City Corp. afirmó que este procedimiento de extracción era necesario porque a pesar de las grandes cantidades de oro, la extensión del área de explotación era muy grande. Como el suelo tenía poca concentración de oro, no podía recurrirse a los mecanismos tradicionales de extracción. Adicionalmente, la lixiviación resultaba mucho más eficiente que la extracción por amalgamación con mercurio, que solo permite una recuperación del 60% del material, frente a un 97% en el caso de la lixiviación con cianuro.

19. En noviembre de 2010, la ONG Minería Transparente, recién llegada al país, organizó un foro regional para discutir sobre los daños medioambientales que traería la explotación minera en el valle del Celar. El evento contó con amplia difusión a nivel nacional e internacional. Fueron publicados anuncios en prensa, se repartieron folletos informativos, se creó una página web para el evento y se pautó en horario *prime time* del canal regional de televisión.

20. La ONG Minería Transparente recibía recursos de diversos particulares, pero su principal donante y cofundadora es la empresa Plus Gold Corp. La cuantiosa financiación que esta ONG recibía de esta empresa se debía a la afinidad por los temas ambientales del Jefe de Operaciones de Plus Gold Corp., Luis Trevino, quien, en efecto, había renunciado a Gold City Corp., por su inconformidad con la forma del manejo ambiental en los proyectos ejecutados por esa firma.

21. Al evento fueron invitados Eloy Sánchez, un par de expertos, y ambientalistas que eran críticos, algunos de ellos, hasta podrían catalogarse de enemigos, de la actividad minera

en la región. Los ambientalistas hicieron gran énfasis en los riesgos que representaba para la región el uso de cianuro en la extracción del oro. En particular, se hizo énfasis en el carácter altamente tóxico de este químico y sus posibles efectos en las fuentes hídricas y en la salud humana. En particular, los expertos provenientes de la Unión Europea hicieron ver cómo en el viejo continente había comenzado un movimiento para abolir la lixiviación como proceso de extracción. Muestra de ello era la Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de mayo de 2010, sobre la prohibición general del uso de las tecnologías mineras, a base de cianuro, en la Unión Europea.

22. En el marco del evento, que duró tres días, varios ciudadanos, en su gran mayoría estudiantes universitarios, decidieron proponer a los asistentes que, como conclusión del evento, se gestara una campaña en toda la región para convocar al pueblo a decidir, a través de una consulta popular, sobre la exclusión de la actividad minera.

23. La consulta popular, fue uno de los mecanismos creados por la Constitución Política de 1980 para permitir la participación directa de la ciudadanía, el cual fue consagrado en su artículo 145 y dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 145. Definición. La Consulta Popular es el mecanismo de participación popular por el que, a iniciativa de un grupo significativo de ciudadanos, se somete a la decisión del pueblo una pregunta general sobre algún tema de trascendencia nacional o regional.”

24. La iniciativa ciudadana parecía contar con una gran acogida por parte de la población. Sin embargo, la madre de uno de los miembros del movimiento MI-6 le contó a un renombrado periodista que hacía un documental sobre la cultura de la región, que este grupo independentista tenía la intención de presionar las votaciones de tal forma que la ciudadanía votará en contra del proyecto minero. No obstante, estas afirmaciones, por su naturaleza, no pudieron ser confirmadas.

25. Además de la campaña ambientalista en contra de la minería, la región Celar comenzó a verse afectada por la violencia originada por el conflicto en las zonas vecinas. Detonación de puentes, secuestro de buses colectivos y ataques a zonas alejadas de la región comenzaron a darse con mayor frecuencia. Las versiones extraoficiales decían que la extensión de los ataques no era coincidencia: respondían a la existencia de un nuevo proyecto minero. Sin embargo, la región Celar no era la única que estaba viendo un brote de violencia. Era claro que el MI-6 había arreciado su pie de fuerza y en esa medida había extendido sus ataques al Departamento Delors. Allí, coincidentalmente, estaban a punto de iniciar la explotación de hidrocarburos dos empresas originarias de la Federación de Wastland, principal socio comercial de la República del Pacífico.

26. Durante la campaña para la consulta popular, Gold City Corp., única empresa con título minero en la región, guardó casi que un absoluto silencio frente a las acusaciones de los ambientalistas. En un único comunicado, publicado en su página web a finales del mes de marzo de 2011, expresó:

“Gold City Corp. es una empresa transparente que le ha apostado a la región Celar y a su gente. Resulta lamentable ver cómo el ambiente favorable que se percibió cuando llegamos a la región se ha diluido entre los atentados terroristas y especialmente por el temor infundado de algunos ambientalistas sobre el impacto de nuestras actividades de explotación minera en la región, que se ha convertido en una intensa campaña de desprestigio en contra de la empresa. Somos una empresa responsable con el medio ambiente y comprometida con el desarrollo de la región. Desde el año 2001, a nuestra llegada, hemos generado más de 300 nuevos empleos...”

27. Luego de más de seis meses de campaña, para la cual la ONG Minería Transparente no escatimó recursos, un grupo significativo de ciudadanos presentó ante la Autoridad Electoral la siguiente pregunta:

“¿Está de acuerdo con que se prohíba en el territorio del Departamento Franco el desarrollo de actividades de exploración y explotación minera?”

28. Verificada la existencia del grupo significativo de ciudadanos, en los términos del artículo 148 de la Constitución, la Autoridad Electoral emitió el certificado correspondiente.

29. Mediante Auto No. 1 del 23 de mayo de 2011, el Tribunal Superior en Asuntos Constitucionales, dando cumplimiento al artículo 149 de la Constitución, dio inicio a un procedimiento sumario y previo al pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la pregunta, corrió traslado a la Procuraduría General del Estado, al Ministerio de Minerales e Hidrocarburos y a la Región del Celar para que emitieran concepto sobre su constitucionalidad.

30. El Ministerio de Minerales e Hidrocarburos presentó un escrito conceptuando en contra de la aprobación de la pregunta. En dicho escrito se enfatizó particularmente la necesidad de respetar los derechos adquiridos de actores privados y se afirmó que:

“La consulta propuesta va en contra de los intereses del Estado y de los principios constitucionales sobre los que está fundada la República, tales como la libertad de iniciativa privada y la dirección de la economía nacional por parte del gobierno central. Finalmente, si en gracia de discusión se admitiese la viabilidad de la consulta, esta debería extenderse a todo el pueblo de la República del Pacífico por cuanto, todos los ciudadanos se verían afectados por la decisión de eliminar la minería en la Región Celar, en la medida que las regalías y demás ingresos que generaría el proyecto estarían llamados a promover el desarrollo de toda la Nación”.

31. Por su parte, el Procurador General y el Gobernador, actuando en nombre del Departamento Franco, señalaron que, aunque consideraban inconveniente la consulta, no encontraban fundamento constitucional para oponerse a su aprobación.

32. Gold City Corp. intentó, durante el proceso de control de constitucionalidad de la pregunta, intervenir ante el Tribunal Superior en Asuntos Constitucionales para oponerse a la realización de la consulta. Para ello, solicitó la realización de una audiencia pública que

permitiese a expertos en mecanismos de exploración y explotación minera, y a los habitantes de la población del Departamento exponer las razones que demostraban que la exclusión de la actividad minera se encontraba infundada y que la iniciativa se encontraba motivada, no tanto por razones ambientales, como sí por una campaña de desprestigio emprendida, a través de una ONG, por uno de sus principales competidores a nivel mundial. El Tribunal Superior en Asuntos Constitucionales, tan solo un día después de la presentación de esta solicitud, respondió que:

“(…) Atendida su petición del 24 de mayo, esta Corporación NIEGA la realización de la audiencia pública solicitada, con base en las siguientes razones:

- 1. El artículo 149 de la Constitución Política, que se encarga de regular el trámite del control de constitucionalidad, no contempla la realización de audiencias o trámites similares;*
- 2. El mismo artículo prevé que los únicos sujetos que pueden intervenir, y ello solo si así lo requiere esta Corporación, son las autoridades públicas que resulten involucradas en atención a la naturaleza de la pregunta;*
- 3. La consulta popular permite, en términos del artículo 145 de la Constitución Política, someter a la decisión de los ciudadanos una **pregunta de carácter general** y mal haría esta Corporación al permitir -como usted lo pide- la intervención de otros sujetos con el fin de atender a sus situaciones particulares cuando, se repite, el fin de la consulta popular es la adopción de una decisión general, esto es, con efectos para todos (particulares y autoridades). Por esa vía, sería necesaria la intervención de todos los ciudadanos, lo cual haría, a todas luces, imposible realizar un control de constitucionalidad expedito como el requerido por la Constitución (...)*”

33. El 27 de junio de 2011, el Tribunal Constitucional profirió sentencia declarando la constitucionalidad de la pregunta, por considerar que ésta era clara y que no versaba sobre ninguno de los asuntos exceptuados por el artículo 147 de la Constitución.

34. Ya terminado de ejecutar el proceso de exploración, Gold City Corp. procedió a preparar el Estudio de Factibilidad (EdF), la Evaluación Ambiental (EA), el Plan de Manejo Ambiental (PMA), la Evaluación de Impacto Social y Plan de Acción (EISPA); el Plan de Financiamiento (PFin) y el Plan de Cierre (PC). Conforme a lo previsto en el contrato de exploración y en concordancia con lo previsto en la legislación aplicable, de la aprobación de estos documentos por parte del Ministerio de Minerales e Hidrocarburos y la OGA dependía que se suscribiera la ‘Adenda’ del contrato para incorporar las cláusulas del acuerdo correspondientes a la fase de explotación minera. En enero de 2011 Gold City Corp. presentó la documentación requerida y esta fue aprobada por la OGA el 10 de marzo del mismo año.

35. Sin embargo, fruto de un ciberataque del MI-6 a los sistemas de la OGA, fue publicado en internet el EA y el PMA del proyecto de Gold City Corp. Ante el conocimiento público de la información, varios ambientalistas e ingenieros independientes comentaron que los documentos tenían serias deficiencias que tendrían como efecto práctico poder comprometer seriamente las fuentes hídricas de la región. Para los expertos, de ejecutarse el

proyecto en estas condiciones se corría el riesgo de que se repitiera la tragedia que atravesó Rumania con la rotura de la presa de relaves, que terminó en el derrame de más de 100.000 galones de desechos de la mina, con cianuro en el río Tisza, matando a 1.240 toneladas de peces y contaminando el agua potable de 2,5 millones de personas.

36. Los técnicos de la OGA y de Gold City Corp. desestimaron estas afirmaciones asegurando que los estudios presentados por Gold City Corp. cumplían con los más altos estándares internacionales. Por su parte, el Ministro de Minerales y el Fiscal General de la Nación, emitieron un comunicado conjunto, en el que no negaron ni confirmaron la autenticidad de los documentos filtrados y aseguraron que se procedería a hacer la investigación penal correspondiente para determinar a los responsables de este acto ciberterrorista.

37. A pesar de este *impasse*, desde el 10 de marzo de 2011 todo estaba listo para la firma del contrato de explotación. Sin embargo, la suscripción del contrato de explotación fue pospuesta debido a que Gold City Corp. y el Ministro de Minerales no lograban llegar a un acuerdo sobre la necesidad o no de declarar la región Celar del Departamento Franco como zona de alto riesgo. La posición de Gold City Corp. se sustentaba en el hecho, que en el pasado, como consecuencia del recrudecimiento del conflicto en la región Delors, el Estado había decidido declarar como zona de alto riesgo algunas regiones del oriente, particularmente donde estaban localizados los proyectos de hidrocarburos de inversionistas de Wastland. En palabras del CEO de Gold City Corp., *“dado que los indicadores de violencia en ambas regiones son actualmente tan similares, es apenas razonable que se les dé un mismo trato”*.

38. Aunque el gobierno central se negaba a declarar la Región Celar como zona de alto riesgo, voces cercanas al Ministro de Relaciones Exteriores sostenían que declarar esa zona como de alto riesgo *“equivaldría casi a aceptar que el MI-6 tenía control prácticamente de todo el país y que el conflicto se le salía al gobierno de las manos, lo cual era un mensaje terrible para la comunidad internacional que por lo demás no se compadecía con la realidad”*. Lo máximo que estaba dispuesto a hacer el gobierno central era incrementar el pie de fuerza en la zona de occidente pero no admitió la posibilidad de declararla como zona de alto riesgo.

39. Cuando en el programa radial “las Mañanitas del Pacífico” preguntaron al Ministro de Minerales si el contrato se iba a enredar por la falta de acuerdo sobre este punto, este afirmó que *“solo faltaba un acuerdo sobre un punto menor que era escoger el modelo de contrato que se iba a utilizar y que el mismo era prácticamente un hecho”*. Tan segura parecía ser la firma del contrato de explotación para ambas partes que Gold City Corp. había dado ya inicio a algunas etapas de construcción, a pesar de que ellas debían ser ejecutadas en el marco del contrato de explotación. El Ministerio de Minerales e Hidrocarburos tenía conocimiento de estos avances. Adicionalmente, Gold City Corp. pagó de manera anticipada el canon de arrendamiento anual de los tres primeros años de la fase de explotación. La sensación generalizada era que el contrato tarde que temprano se “formalizaría”, pues el estudio de factibilidad había sido aprobado.

40. La consulta se llevó a cabo el 27 de julio de 2011, con la participación del 76% de los ciudadanos habilitados para votar en la circunscripción electoral del Departamento Franco. Luego del escrutinio de los votos, la Autoridad Electoral anunció que el 68% de los votantes habían aprobado la exclusión de la actividad minera en la Región del Celar.

41. Mientras que habían tenido lugar los preparativos del referéndum, los ejecutivos de Gold City Corp. habían hecho los preparativos para cambiar el registro y el domicilio de la compañía de la República de Olioque a la República del Oriente, un país altamente desarrollado y exportador neto de capital. Preguntado por un periodista, el CEO de Gold City Corp. respondió que *“la decisión de mudarnos de país no es debido a razones impositivas – que más bien aumentarán en la República del Oriente – sino a consideraciones más estratégicas de expansión global de la compañía y de búsqueda del mejor ambiente jurídico para la protección de nuestras inversiones en diversos países del mundo.”* El establecimiento en la República del Oriente se hizo legalmente efectivo el 29 de julio de 2011. La dirección de Gold City Corp. informó de este cambio a todos sus clientes repartidos en más de veinte países.

42. El 6 de agosto de 2011, y en cumplimiento del artículo 153 de la Constitución, el Gobernador del Departamento Franco reconoció los resultados de la consulta popular mediante acto administrativo No. 1134-1, y requirió al Ministerio de Minerales e Hidrocarburos, al Ministerio de Asuntos Laborales y al Ministerio del Medio Ambiente para que adoptaran las medidas necesarias para que, de conformidad con la ley, se hiciera efectiva la voluntad popular.

43. En rueda de prensa, el Gobernador Ignacio Petti anunció el reconocimiento de los resultados de la consulta, diciendo:

“Aunque reconozco y he de someterme a las decisiones de este pueblo, mi pueblo, me sorprende que renuncien de esta manera a una promesa de desarrollo, de un nuevo porvenir para la historia de nuestro departamento. Tenemos las manos atadas, el pueblo es quien tiene el poder en la democracia y el ha decidido, ya mi autoridad no es nada frente a esa decisión... Más aún, la decisión popular en este, nuestro tiempo, cobra una especial valía, pues recordemos cómo la República del Pacífico adhirió oficialmente a la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública de 2009 y más reciente, ha reivindicado a la sociedad civil en relación con la inversión extranjera mediante la adhesión a las Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales”.

La terminación del contrato y la reclamación ante un tribunal arbitral local

44. El mismo 6 de agosto de 2011 Gold City Corp. remitió una comunicación al Ministro de Minerales e Hidrocarburos con copia a la OGA, solicitando que se procediera a la suscripción del contrato, a fin de poder continuar ejecutando con normalidad el proyecto.

45. El 11 de agosto de 2011, el Ministerio de Minerales e Hidrocarburos le envía una comunicación al representante de Gold City Corp., manifestando lo siguiente:

“Por las razones que son de dominio público, el contrato de concesión para la exploración minera en el valle del Celar no puede continuar siendo ejecutado, ya que se ha verificado la ilegalidad sobrevenida del objeto contractual. Ante la voluntad del pueblo, lo único que nos queda es proceder a la liquidación del contrato. En ese mismo sentido resulta imposible proceder a la firma de la Adenda para la explotación minera que se encontraba pendiente.”

46. El 10 de diciembre de 2011, Gold City Corp. con base en la cláusula 10 del contrato de exploración minera, presentó una solicitud ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de la Región del Celar indemnización de los daños y perjuicios sufridos por la terminación unilateral del contrato de concesión. Dentro de sus pretensiones Gold City Corp. incluyó, incluso, las ganancias dejadas de percibir por no haber podido proceder a la explotación del recurso minero.

47. La demanda arbitral fue admitida el 20 de febrero de 2012, y el proceso adelantado de manera regular. El tribunal aceptó conocer no solo respecto del contrato de exploración sino "todas las controversias que guarden relación con el mismo" y en esa medida asumió competencia para resolver, incluso, sobre la pretensión del inversionista por las ganancias dejadas de obtener de la explotación de la mina. El 30 de noviembre de 2012, el Tribunal Arbitral profirió el laudo arbitral, negando las pretensiones de la parte convocante. El tribunal encontró con base en los hechos, el contrato y el derecho nacional, que el Estado solo debía restituir a Gold City Corp. el valor pagado como canon de arrendamiento y que había sido sufragado por el inversionista, de manera anticipada, para la explotación en los 3 primeros años. A esta conclusión llegó el tribunal entendiendo que así se evitaría un enriquecimiento sin justa causa por parte del Estado. Sin embargo no accedió a alguna de las otras pretensiones de Gold City Corp. El tribunal incluso se negó a reconocer los gastos en que incurrió la empresa para adelantar las obras de construcción para la fase de explotación antes de la firma del contrato, pues entendía que el inversionista las había hecho por su cuenta y riesgo, ya que formalmente el contrato de explotación nunca se suscribió y por tanto no existió a efectos del derecho nacional, el derecho aplicable a la controversia. En cuanto a las ganancias dejadas de percibir por la explotación minera, el tribunal consideró que respecto de las mismas solo había una mera expectativa y no un derecho adquirido, en la medida que aún no había sido suscrito el contrato de explotación. Adicionalmente, incluso si el contrato de explotación hubiese existido, el Concesionario no tendría derecho a ningún tipo de indemnización por las ganancias dejadas de percibir, en la medida que se trataba de un contrato en una zona de riesgo medio, lo cual conforme a las cláusulas de este contrato implicaba que todo el riesgo recaía en cabeza del concesionario.

48. En diversos foros académicos, reconocidos juristas nacionales comentaron que, a la luz del contrato y del derecho nacional, la decisión de los árbitros había sido acertada. Algunos destacaron, además, que el proceso arbitral había sido un ejemplo de imparcialidad y respeto por las garantías procesales de las partes. Sin embargo, a nivel de doctrinantes del derecho internacional público hubo serias críticas a este laudo esta sentencia.

49. Teniendo en cuenta que el único recurso procedente para impugnar la decisión es el recurso de anulación, cuyas causales están referidas únicamente a errores de procedimiento, el inversionista se abstuvo de recurrir el laudo arbitral.

50. Pasados diez meses, cuando todos daban por clausurado el tema, Gold City Corp. presentó la notificación de intención en los términos del APPRI entre la República del Pacífico y del Oriente., Treinta días después, y por un lapso de nueve meses, transcurrieron sin fruto alguno las consultas y negociaciones entre el gobierno de la República del Pacífico y Gold City Corp.

51. En consecuencia el 30 de junio de 2014 Gold City Corp. radicó ante la Secretaría del CIADI una solicitud de arbitraje en contra de la República del Pacífico por la violación de las obligaciones sustanciales contenidas en el APPRI suscrito entre ese Estado y la República del Oriente.

52. Esa misma semana, el Noticiero de las 7 pm presentó una noticia inesperada. La sospecha de los ambientalistas era cierta. Había serias falencias en el EA y PMA. Según este noticiero, la razón por la que los estudios habían sido aprobados por la autoridad era que, al parecer, habían existido unos pagos al asesor independiente que evaluó el estudio de impacto ambiental, así como a los funcionarios técnicos de la OGA. El Fiscal General anunció que se procedería a la investigación pertinente, pero que en todo caso las pruebas eran bastante sólidas. Irónicamente dentro de la investigación que se hizo para determinar los responsables del ciberataque a la OGA se encontró un intercambio de correspondencia entre un funcionario de la entidad y un asesor privado de Gold City Corp., en el que explícitamente se hacía referencia a los pagos.

53. El 10 de julio de 2014 la Secretaría General del CIADI registró la solicitud de arbitraje y el tribunal quedó constituido el 21 de agosto de 2014. En la primera Orden Procesal, el Tribunal decidió celebrar sus audiencias en la ciudad de Bogotá (Colombia), y requirió a ambas partes que presentaran sus observaciones sobre los siguientes puntos de hecho y de derecho, para que el Tribunal arbitral los pudiera valorar y, en su caso, celebrar una audiencia sobre ellos:

1. Jurisdicción:
 - 1.1.Observaciones sobre la nacionalidad del inversionista.
 - 1.2.Observaciones sobre la inversión.
 - 1.3.Observaciones sobre el acceso a la jurisdicción interna.
2. Fondo:
 - 2.1.Observaciones sobre la aplicabilidad de la cláusula de la nación más favorecida.
 - 2.2.Observaciones sobre el trato justo y equitativo.
 - 2.3.Observaciones sobre la expropiación.

Nota: Los participantes deberán debatir como mínimo los problemas jurídicos listados en el ordinal anterior, sin embargo, si a bien lo tienen, también podrán proponer otros problemas jurídicos que resulten de su comprensión de los hechos del caso, de la interpretación de los anexos y del APPRI.

II. Relación de los asuntos en controversia

Problema jurídico	Hechos y normas relevantes
A. ¿A efectos de la reclamación, tiene Gold City Corp. la nacionalidad de la República de Olioque o de la República del Oriente, a la que se cambió el 29 de julio de 2011, durante los hechos que constituyeron la controversia sobre la concesión minera?	Hechos 13, 14, 42 Normas del APPRI entre la República del Pacífico y la República del Oriente Artículo 1.- Definiciones de empresa; Empresa de una Parte; Inversión cubierta; Inversionista de una Parte. Artículo 2. Ámbito y cobertura. Artículo 3. Denegación de beneficios. Artículo 13. Reclamación de un inversionista de una Parte a nombre propio.
B. ¿Es posible presentar una reclamación de arbitraje ante el CIADI por controversias de tipo contractual que ya fueron objeto de juzgamiento por el tribunal escogido por las partes en el contrato, cuando no existe una cláusula paraguas en el acuerdo de inversión?	Hechos 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 54 Normas del APPRI, entre la República del Pacífico y la República del Oriente Artículo 15. Condiciones precedentes para el sometimiento de una reclamación a arbitraje. Artículo 16. Sometimiento de una reclamación a arbitraje. Artículo 17. Consentimiento al arbitraje. Normas de la Republica del Pacífico Modelo de contrato de exploración tipo CM2, Clausula 10 de resolución de controversias Modelo de contrato de exploración tipo CM3, Clausula 10 de resolución de controversias

C. ¿Puede considerarse que el Estado violó el estándar de trato de nación más favorecida al haberle aplicado al inversionista los estándares de riesgo e indemnizaciones previstos para los contratos de exploración en zonas de riesgo medio a pesar de que el proyecto minero se encontraba en una zona que estaba presentando brotes de violencia similares a los que se originaron en la zona donde se encontraba un inversionista originario de Wastland, la cual fue declarada como de riesgo alto?	Hechos 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 15, 16, 17, 25, 26, 27, 35, 36, 37, 38, 39,40 Normas del APPRI entre la República del Pacífico y la República del Oriente Artículo 5 Trato de Nación más favorecida. Artículo 7. Compensación por pérdidas. Normas de la Republica del Pacifico Normas constitucionales: TÍTULO X. De la organización territorial del Estado, CAPÍTULO 5. De las zonas de atención prioritaria, ARTÍCULO 308. Identificación de zonas de atención prioritaria y ARTÍCULO 310. Política pública TÍTULO XI. De la actividad económica CAPÍTULO 2. De la actividad económica privada ARTÍCULO 327. Actividad económica en zonas de atención prioritaria LEY 16623 de 1998 DE LA REPÚBLICA DEL PACIFICO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA Artículo 716. Modelos contractuales. Artículo 728. Tipos contractuales para zonas de atención prioritaria. Artículo 732. Modelos contractuales para zonas de atención prioritaria Contrato tipo CM2: las siguientes clausulas 1. Ámbito de aplicación. 7. Fuerza mayor 8. Terminación unilateral del contrato por justa causa. 9. Indemnizaciones y asunción de riesgos Contrato tipo CM3: las siguientes clausulas 1. Ámbito de aplicación. 7. Fuerza mayor 8. Terminación unilateral del contrato por justa causa. 9. Indemnizaciones y asunción de riesgos
--	--

D. ¿Puede atribuirse como un hecho imputable al Estado que lo haga responsable internacionalmente, la conducta de sus ciudadanos de optar mediante el ejercicio de la democracia directa por la exclusión de un proyecto minero?	Hechos 13, 14 , 15 , 18, 19, 20, 21, 22, 23, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 41, 43, 44, 45, 46. Normas del APPRI entre la República del Pacífico y la República del Oriente Artículo 1.-Definicion de Medida y Resolución administrativa de aplicación general. Constitución de la Republica del Pacifico TÍTULO VII. De los mecanismos de participación democrática y de la participación en política; CAPÍTULO 1. De los mecanismos de participación popular y CAPÍTULO 3. De la consulta popular: Artículo 147. Objeto Artículo 148. Iniciativa. Artículo 150. Realización de la consulta popular Artículo 151. Mayorías decisorias. Artículo 152. Carácter vinculante. Artículo 153. Adopción de la medida. Artículo 154.
E. ¿Puede ser considerada como una expropiación el uso de medios de participación ciudadana producto del cual se termina la actividad económica que se planteaba desarrollar o estaba desarrollando el inversionista?	Hechos 13, 14 , 15 , 18, 19, 20, 21, 22, 23, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 41, 43, 44, 45, 46. Normas del APPRI entre la República del Pacífico y la República del Oriente Artículo 9. Expropiación. Constitución de la Republica del Pacifico TÍTULO VII. De los mecanismos de participación democrática y de la participación en política; CAPÍTULO 1. De los mecanismos de participación popular; CAPÍTULO 3. De la consulta popular Artículo 147. Objeto. Artículo 148. Iniciativa. Artículo 150. Realización de la consulta popular Artículo 151. Mayorías decisorias. Artículo 152. Carácter vinculante. Artículo 153. Adopción de la medida. Artículo 154

	LEY 16623 de 1998 DE LA REPÚBLICA DEL PACIFICO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Artículo 732. Modelos contractuales para zonas de atención prioritaria, CONTRATOS TIPO CM2 Y CM3 cláusulas de: 7. Fuerza mayor 8. Terminación unilateral del contrato por justa causa. 9. Indemnizaciones y asunción de riesgos. 11. Estabilidad y no expropiación
F. ¿La realización de una consulta popular por parte de los habitantes de una zona producto de la cual se termina un proyecto minero puede considerarse violatorio del trato justo y equitativo al inversionista?	Hechos 13, 14 , 15 , 18, 19, 20, 21, 22, 23, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 41, 43, 44, 45, 46.
	Normas relevantes del APPRI Artículo 6. Nivel mínimo de trato. Artículo 19.Derecho aplicable.
	Constitución de la Republica del Pacifico TÍTULO VII. De los mecanismos de participación democrática y de la participación en política; CAPÍTULO 1. De los mecanismos de participación popular; CAPÍTULO 3. De la consulta popular Artículo 147. Objeto. Artículo 148. Iniciativa. Artículo 150. Realización de la consulta popular Artículo 151. Mayorías decisorias. Artículo 152. Carácter vinculante. Artículo 153. Adopción de la medida. Artículo 154

III. Análisis de los asuntos objetos de controversia

A. **¿La compañía Gold City Corp., no obstante haber cambiado su nacionalidad de la República de Oloque a la República del Oriente después de realizar la inversión en la República del Pacífico, y también después de la ocurrencia de algunos de los hechos que sustentan su reclamación, puede ser considerada un inversionista de un Estado Parte distinto al Estado Parte en la controversia?**

1. El Artículo 1 del APPRI suscrito entre la República del Oriente y la República del Pacífico, que contempla diversas definiciones, establece que:

“Inversionista de una Parte significa una Parte o una empresa del estado de su propiedad, o una empresa o un nacional de una Parte, que realiza, está realizando o ha realizado una inversión. Una persona natural que tiene doble nacionalidad se considerará exclusivamente un ciudadano del Estado de su nacionalidad efectiva y dominante. Una persona natural que sea un ciudadano de una Parte y un residente permanente de la otra Parte se considerará como un nacional exclusivamente de la Parte de donde sea ciudadano”.

2. Dispone el mismo Artículo 1, a su vez, que:

“Empresa de una Parte significa una empresa constituida u organizada de conformidad con la legislación de una Parte, y una sucursal localizada en el territorio de una Parte que lleva a cabo actividades de negocios en ese territorio”.

3. El APPRI suscrito entre la República del Oriente y la República del Pacífico, como se puede apreciar, considera inversionistas de una parte a las empresas de esa parte, las cuales son, a su turno, aquellas constituidas y organizadas de conformidad con la legislación de ese Estado y sucursales localizadas en el territorio de tal parte que, además, realizan actividades de negocios en ese territorio.
4. Gold City Corp., quien se atribuye la calidad de inversionista de la República del Oriente, cambió su nacionalidad de la República de Oloque –Estado no parte en el APPRI- a la República del Oriente. Este cambio de nacionalidad tuvo lugar con posterioridad, tanto al establecimiento de la inversión en la República del Pacífico, como a la realización de la consulta popular mediante la cual se prohibió la realización de actividades de exploración y explotación minera el Departamento Franco. El cambio de nacionalidad, con todo, fue anterior a la terminación del contrato de concesión y a la presentación de la solicitud de arbitraje por parte de Gold City Corp.
5. El APPRI celebrado entre la República del Oriente y la República del Pacífico prevé, en su Artículo 3 (2), que:

“Una Parte podrá negar los beneficios de este Acuerdo a un inversionista de la otra Parte que sea una empresa de la misma y a las inversiones de ese inversionista si inversionistas de un país que no es Parte o de la Parte que niega los beneficios son

propietarios o tienen el control de la empresa y la empresa no tiene actividades económicas sustanciales en el territorio de la Parte bajo cuyas leyes se constituye o se organiza”.

6. La anterior disposición, que consagra la denominada cláusula de denegación de beneficios, permite a un Estado Parte, en este caso a la República del Pacífico, reservarse el derecho denegar los beneficios conferidos por el mismo acuerdo internacional a compañías que no tienen una verdadera conexión económica con el Estado en el que se radica su nacionalidad¹.
7. Las cláusulas de denegación de beneficios, en general, buscan hacer frente a situaciones de “treaty shopping”, que suponen la realización de procedimientos orientados a obtener la protección conferida por un acuerdo internacional de inversión. El “treaty shopping”, como lo han considerado algunos tribunales², no es, en sí mismo, censurable o reprochable, puesto que uno de los objetivos que determinan la suscripción de acuerdos internacionales de inversión es, de ordinario, el de atraer inversiones³.
8. Algunos tribunales se han ocupado de analizar eventos en los que el inversionista, de una forma u otra, realiza reestructuraciones, bien sea antes de la entrada en vigencia del respectivo acuerdo internacional⁴ bien sea ya después de surgida la controversia con el Estado receptor de la inversión⁵, con el fin de reforzar la protección de sus derechos ante el Estado receptor. Otros supuestos, relacionados con este mismo tema, han sido abordados por los tribunales internacionales⁶.

¹ CRISTOPH SCHREUER. “Nationality Planning”, en *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation. The Fordham Papers 2012*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, pág. 18.

² *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd., y Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Decisión de jurisdicción de junio 10 de 2010, Caso CIADI No. ARB/07/27, parr. 214. (“As stated by the Claimants, the aim of the restructuring of their investments in Venezuela through a Dutch holding was to protect those investments against breaches of their rights by the Venezuelan authorities by gaining access to ICSID arbitration through the BIT. The Tribunal considers that this was a perfectly legitimate goal as far as it concerned future disputes.”)

³ “In principle, there is no reason why a prudent investor should not organize its investments in a way that affords maximum protection under existing treaties. It is neither illegal nor for an investor of one nationality to establish a new entity in a jurisdiction perceived to provide a beneficial regulatory and legal environment, including the availability of an investor treaty. The establishment of companies so as to obtain benefits from domestic law and treaties is neither unethical nor illegal and is standard practice in international economic relations. Nationality has become as much a standard feature of diligent management as tax planning”. CRISTOPH SCHREUER. “Nationality Planning”, en *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation...*, cit., pág. 18.

⁴ *Tokios Tokelés c. Ucrania*. Decisión de jurisdicción de 29 de abril de 2004. Caso CIADI No. ARB/02/18, parr. 56.

⁵ *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*. Laudo de 15 de abril de 2009. Caso CIADI No. ARB/06/5, PARR. 95.

⁶ *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd., y Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Decisión de jurisdicción de junio 10 de 2010, Caso CIADI No. ARB/07/27, parr.

9. En el caso que nos ocupa durante la audiencia las partes podrían enfocar sus argumentos de la siguiente manera:

Demandada (República del Pacífico)	Demandante (Gold City Corp.)
1. La República del Pacífico podría argumentar que el inversionista, al cambiar su nacionalidad en un momento en que ya se podía avisorar la posible existencia de una controversia con el Estado, incurrió en un abuso del derecho a litigar. 2. El Estado puede acudir, en sustento de esta posición, a los razonamientos de ciertos tribunales que han puesto especial énfasis en la previsibilidad del surgimiento de la disputa⁷. El Estado podría argüir, en este sentido, que desde la realización de la consulta era previsible para el inversionista que el Estado habría de proceder a la terminación del contrato de exploración minera y, por lo tanto, que se iba a suscitar una controversia. 3. El Estado también puede argumentar, de forma complementaria, que el inversionista, si bien es nacional de la República del Oriente –pues es indudable que lo es-, no realiza actividades económicas sustanciales en el territorio de ese Estado y, por tanto, se encuentra incurso en una causal prevista en uno de los supuestos previstos en el Artículo 3 del APPRI en el que el Estado receptor se puede reservar su derecho a	1. Gold City Corp. podría afirmar, en primer lugar, que el Artículo 1 del APPRI, que contempla que “empresa de una Parte significa una empresa constituida u organizada de conformidad con la legislación de una Parte”, no exige que la constitución u organización en el Estado parte del APPRI, en este caso la República del Oriente, tenga lugar en un determinado momento en el tiempo. La única exigencia, que resulta del Artículo 25 del Reglamento CIADI, es que la persona jurídica “(...) en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado Parte en la diferencia”. 2. El inversionista puede acudir, también, a ciertas decisiones que han reconocido que, bajo ciertos supuestos, la reestructuración de la inversión con miras a reforzar la protección de los derechos del inversionista no implica, necesariamente, un abuso del derecho a litigar⁸. 3. El inversionista puede argumentar, finalmente, que el cambio de nacionalidad, realizado de la forma en que se realizó, no implica la

203 a 205; *Aguas del Tunari, S.A. c. República de Bolivia*. Decisión sobre las objeciones a la jurisdicción de 21 de octubre de 2005. Caso CIADI No. ARB/02/3.

⁷ *Rim Cayman LLC c. República de El Salvador*. Decisión sobre las objeciones a la jurisdicción de 21 de octubre de 2005. Caso CIADI No. ARB/09/12, parr. 2.99.

⁸ *HICEE B.V. c. The Slovak Republic*, Decisión parcial de 23 de mayo de 2011. Caso UNCITRAL No. 2009-11, parr. 103; *Aguas del Tunari, S.A. c. República de Bolivia*. Decisión sobre las objeciones a la jurisdicción de 21 de octubre de 2005..., cit.; *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd., y Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Decisión de jurisdicción de junio 10 de 2010..., cit.

denegar los beneficios conferidos por el acuerdo internacional.	configuración de un supuesto que permita a la República del Oriente denegar la protección conferida por el APPRI. El inversionista puede apoyarse, en este sentido, a las circunstancias que sirven para demostrar que ejerce actividades económicas sustanciales en el territorio de la República del Oriente, como puede ser el hecho de haber trasladado todas sus operaciones a ese lugar, de tener allí sus oficinas, empleados, etc.
---	--

B. ¿Es posible presentar una reclamación de arbitraje ante el CIADI por controversias de tipo contractual que ya fueron objeto de juzgamiento por el tribunal escogido por las partes en el contrato, cuando no existe una cláusula paraguas en el acuerdo de inversión?

10. El APPRI celebrado entre la República del Pacífico y la República del Oriente contempla, en su artículo 16.2, la que suele denominarse como cláusula “fork in the road” o de elección definitiva de foro. Prevé la disposición:

“ARTÍCULO 16.— Sometimiento de una reclamación a arbitraje.

1. Un inversionista contendiente que cumpla con las condiciones establecidas en el artículo 15 podrá someter la reclamación a arbitraje de conformidad con:

(a) el Convenio CIADI y las reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje del CIADI, siempre que tanto la Parte contendiente como la Parte del inversionista contendiente sean partes del Convenio CIADI; o en todo caso, podrá someter su reclamación por

(b) a la legislación interna de la Parte contendiente y ante sus Cortes nacionales.

2. La decisión del inversionista de someter su reclamación conforme al procedimiento descrito en el subpárrafo (a) o el procedimiento descrito en subpárrafo (b) será definitiva.
(Subrayado fuera de texto)

11. Esta disposición impone al inversionista la obligación de decidir, desde el comienzo, si va a someter su controversia ante las cortes locales del Estado receptor. Una vez sometida

la controversia ante alguno de estos foros, la elección, en este caso, resulta definitiva. Ello quiere decir, en otras palabras, que si el inversionista ya ha sometido el conocimiento de la controversia ante las cortes locales, no puede, con posterioridad, acudir al arbitraje internacional de inversión previsto en el APPRI.

12. Ahora bien, entre Gold City Corp. y la República del Pacífico media, como no es raro, una relación de carácter contractual en la que existe una cláusula arbitral, que dispone:

“Cualquier controversia relativa a este contrato o que guarde relación con el mismo, incluyendo pero no limitándose a su existencia, validez, cumplimiento, interpretación y terminación, deberán ser resueltas, a elección del demandante, por un tribunal de arbitramento constituido de acuerdo a la ley de arbitraje interno de la República del Pacífico o por los Tribunales Administrativos de la República del Pacífico. En todo caso, la elección del demandante será definitiva y no podrá hacer uso de ningún otro mecanismo de solución de controversias, sin el consentimiento de la parte contraria.

En caso de arbitraje, este tendrá sede en la capital de la República del Pacífico y se regirá por la ley de arbitraje de dicho Estado. El nombramiento de los árbitros será realizado de común acuerdo; en caso de que este acuerdo no sea posible, la parte interesada podrá acudir a los jueces civiles de la sede del arbitraje con el fin de obtener su nombramiento por sorteo. La decisión de este tribunal será final y vinculante para las partes”.

13. Gold City Corp., sometió la controversia, relacionada con la indemnización de los perjuicios derivados de lo que había considerado una terminación unilateral injustificada del contrato de concesión por parte de la República del Pacífico, ante un tribunal arbitral local. El tribunal arbitral local resolvió la controversia y desestimó, en su mayoría, las pretensiones del inversionista.
14. En los anexos del caso, se cuenta con una disposición constitucional según la cual los árbitros en la República del Pacífico, ejercen la función pública de la administración de justicia, es decir, que podría entenderse que la referencia que el APPRI hace a “Cortes locales” cubre en este evento, a un tribunal de arbitraje local. La aludida disposición constitucional, se transcribe, a continuación:

“CAPÍTULO 3. De la organización judicial

Artículo 101. Los particulares estarán investidos temporalmente de la función de administrar justicia cuando sean habilitados por las partes para obrar como árbitros. Sus decisiones serán obligatorias para las partes y, en sus efectos, se asimilarán a las decisiones de los jueces de la República.”

15. Gold City Corp., meses después de la decisión del tribunal arbitral local, decidió radicar ante la Secretaría del CIADI una solicitud de arbitraje en contra de la República del Pacífico por la violación de las obligaciones sustanciales contenidas en el APPRI suscrito entre ese Estado y la República del Oriente, de la cual es nacional.

16. Un número consistente de casos han delimitado, en buena medida, el alcance de la cláusula de elección definitiva de foro. La mayoría coincide en que es necesario, para entender que la controversia ya ha sido sometida antes las cortes locales, que exista identidad entre las partes, es decir, que las partes de los procedimientos ante las cortes locales y las partes del arbitraje internacional sean las mismas, y que la controversia sea la misma o, como lo han afirmado algunos tribunales, que tengan una misma causa de acción⁹. Los participantes deberán abordar, a la luz de los hechos del caso, estas cuestiones. Es de destacar, con todo, que en pocos de estos casos se ha discutido si acudir al mecanismo de solución de controversias previsto en el contrato, como en este caso, implica una elección definitiva del foro que obstaculiza el arbitraje internacional de inversión¹⁰.
17. Otra cuestión, que también deberá ser abordada, es la relativa a la posibilidad de asimilar el arbitraje local, que fue el que tuvo lugar en desarrollo del mecanismo de solución de controversias previsto en el contrato, con los recursos existentes ante las cortes locales del Estado receptor. Esta discusión ha sido abordada, tangencialmente, por algunos tribunales¹¹.
18. En el caso que nos ocupa, durante la audiencia las partes podrán enfocar sus argumentos de la siguiente manera:

Demandada (República del Pacífico)	Demandante (Gold City Corp.)
1. La República del Pacífico, sobre este punto, puede argumentar que Gold City Corp., al acudir al arbitraje local previsto en el contrato de concesión, eligió definitivamente el foro de solución de controversias y, en consecuencia, su solicitud de arbitraje internacional de inversión es inadmisibile ¹² .	1. El demandante podrá acoger diversas líneas argumentativas: 2. Por un lado, podría intentar demostrar que no es posible equiparar, para efectos de la aplicación de la cláusula “fork in the road” o “elección definitiva de foro”, la decisión de unos particulares, como lo es la de los árbitros locales, con la decisión de las cortes locales.

⁹ *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil c. Republica de Estonia*, Laudo arbitral de junio 25 de 2001. Caso CIADI No. ARB/99/2, parr. 331 a 333. *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, Decisión de jurisdicción de diciembre 8 de 2003, Caso CIADI No. ARB/01/12, parr. 88 a 92; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, Decisión de jurisdicción de 14 de enero de 2004, Caso CIADI No. ARB/01/3, parr. 97 y 98.

¹⁰ *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. y Compagnie Générale des Eaux, Demandantes, c. República Argentina*, Laudo de 21 de noviembre de 2000. Caso CIADI No. ARB/97/3, parr. 53 a 55; *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. y Compagnie Générale des Eaux, Demandantes, c. República Argentina*, Decisión del Comité de Anulación de 3 de julio de 2002. Caso CIADI No. ARB/97/3, parr. 55.

¹¹ *Desert Line Projects L.L.C. c. Republica de Yemen*, Laudo de 6 de febrero de 2008. Caso CIADI No. ARB/05/17, parr. 124 a 139; *Ronald S. Lauder c. República Checa*, Laudo de 3 de septiembre de 2001. Caso Uncitral, parr. 162 a 163.

¹² *Desert Line Projects L.L.C. c. Republica de Yemen*, Laudo de 6 de febrero de 2008. Caso CIADI No. ARB/05/17, parr. 124 a 139

1. La República del Pacífico debe, para sustentar su posición, demostrar que el arbitraje local puede ser equiparado, para efectos de la aplicación de la cláusula de elección definitiva de foro, a la solución de controversias por parte de las cortes locales de la República del Pacífico. El demandado puede utilizar, como soporte de esta afirmación, lo dispuesto por el artículo 101 de la Constitución Política, según el cual, <i>“los particulares estarán investidos temporalmente de la función de administrar justicia cuando sean habilitados por las partes para obrar como árbitros. Sus decisiones serán obligatorias para las partes y, en sus efectos, se asimilarán a las decisiones de los jueces de la República”</i>. 2. La República del Pacífico deberá, además, demostrar que las partes y las causas de acción, tanto en el procedimiento adelantado ante el tribunal arbitral como en el procedimiento promovido ante el tribunal arbitral internacional de inversión, son las mismas.	3. Por otra parte, Gold City Corp. podría argumentar que más allá de lo anterior, esto es, de si el recurso al arbitraje local puede ser tenido como la elección del fuero local, lo cierto es que la controversia, tal como es presentada ante el tribunal internacional, tiene como su causa la violación del APPRI suscrito entre la República del Pacífico y la República del Oriente y no la violación de los derechos contractuales conferidos por el contrato de concesión. 4. El inversionista podría afirmar, de otro lado, que no podía sustraerse del cumplimiento de la cláusula de solución de controversias prevista en el contrato de concesión, es decir, que la decisión del tribunal arbitral local constituía un presupuesto necesario para la admisibilidad de la solicitud de arbitraje presentada ante el CIADI. Puede acudir, en sustento de esta postura, a algunos casos en los que se ha considerado que es necesario agotar, antes de acudir al arbitraje internacional, el mecanismo de solución de controversias previsto en el contrato¹³.
---	---

C. ¿Puede considerarse que el Estado violó el estándar de trato de nación más favorecida al haberle aplicado al inversionista los estándares de riesgo e indemnizaciones previstos para los contratos de exploración en zonas de riesgo medio a pesar de que el proyecto minero se encontraba en una zona que estaba presentando brotes de violencia similares a los que se originaron en la zona donde se encontraba un inversionista originario de Wastland la cual fue declarada como de riesgo alto?

19. El artículo 5º del APPRI suscrito entre la República del Pacífico y la República del Oriente consagra el estándar de trato de nación más favorecida.

¹³ *SGS Société Générale de Surveillance S.A c. Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/02/6, Decisión de jurisdicción de 29 de enero de 2004; ¹³ *Bosh International, Inc and B&P Ltd Foreign Investments Enterprise c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/08/11, Decisión de 25 de octubre de 2012.

20. Cada Estado parte del APPRI, en razón del estándar del trato nacional, se obliga a no otorgar a las inversiones o inversionistas del otro Estado un tratamiento menos favorable que el otorgado, en similares circunstancias, a nacionales de otros Estados.
21. La legislación de la República del Pacífico contempla, con base en la calificación de su territorio en zonas de riesgo bajo, medio y alto, diversos modelos contractuales para la exploración y explotación minera. En el contrato de concesión celebrado por el inversionista, se incluyeron las cláusulas modelo para los contratos Tipo CM2, previstas en la ley 16623 de 1998 sobre Contratación Pública. El modelo contractual Tipo CM2, a diferencia del Tipo CM3, que fue diseñado para los proyectos de exploración y explotación minera en las zonas más afectadas por el conflicto, no confiere al contratista, en caso de terminación del contrato como consecuencia de la ocurrencia de una causa extraña, el derecho a una indemnización equivalente a las utilidades que, de no haberse producido la terminación, razonablemente habría podido esperar. Las cláusulas del contrato celebrado por el inversionista, que son relevantes para este punto, son las siguientes:

“7. FUERZA MAYOR

(a) Cada Parte estará eximida del cumplimiento de sus obligaciones bajo este Contrato, salvo la obligación de pagar dinero, y cualquier plazo en el que se deba cumplir una obligación o ejercer un derecho se extenderá, en la medida que, y por el tiempo que, dicho cumplimiento esté dificultado o impedido por ocurrencia de un evento de Fuerza Mayor.

(b) La Parte que haga valer la Fuerza Mayor debe ejercer los esfuerzos comercialmente razonables para eliminar el evento de Fuerza Mayor y debe dar pronto Aviso a las otras Partes dentro de un periodo razonable después de que tome conocimiento de que el evento constituye un evento de Fuerza Mayor.

La Parte primero mencionada deberá tomar todas las medidas razonables para superar la Fuerza Mayor y cumplir los términos y condiciones de este Contrato con la mínima demora posible (en la medida que ninguna de las Partes tenga la obligación de negociar una disputa laboral o de impugnar la constitucionalidad de cualquier legislación o ley) y debe dar aviso a la otra Parte al restaurarse las condiciones normales.

“Fuerza Mayor” significa cualquier evento o circunstancia más allá del control razonable de la Parte que alega la Fuerza Mayor, que impide o retrasa a dicha Parte el cumplir sus obligaciones o ejercer sus derechos bajo este Contrato. Los eventos de Fuerza Mayor incluyen: incendio, inundación, explosión, alteración atmosférica, rayos o relámpagos, tormenta, erupciones volcánicas, huracán, tornado, terremoto, epidemia o deslizamiento de tierra, guerra, vandalismo, guerra civil, bloqueo, insurrección o disturbios sociales, actos de terrorismo, huelga, cierre u otras alteraciones industriales, acto del gobierno, incluyendo la emisión o promulgación por parte de un cuerpo gubernamental o entidad que tenga jurisdicción, o de cualquier corte, de una orden, ley, estatuto, ordenanza, regla, regulación o directiva que afecte directamente la capacidad de una Parte de cumplir cualquier obligación bajo este Contrato, que no sea la obligación de remitir pago.

8. TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA. *El Ministerio de Minerales e Hidrocarburos está facultado para terminar de manera unilateral el presente contrato cuando se produzcan una o varias de las siguientes causales: a. Orden de autoridad judicial o administrativa competente; b. Verificación de circunstancias que pongan en peligro el orden público social, económico o ambiental del país; c. Disolución de la persona jurídica del concesionario; d. Insolvencia del concesionario; e. Incumplimiento por parte del concesionario de cualquiera de sus obligaciones conforme a las cláusulas del presente contrato; f. Por ilegalidad sobreviniente del objeto contractual.*

9. INDEMNIZACIONES Y ASUNCIÓN DE RIESGOS. *En caso de terminación unilateral injustificada o incumplimiento esencial injustificado por parte del Ministerio de Minerales e Hidrocarburos, el concesionario tendrá derecho a una indemnización equivalente a las utilidades que habría podido esperar razonablemente de no haberse producido la terminación o el incumplimiento.*

En los demás casos, el concesionario asumirá la totalidad de los riesgos inherentes a las prestaciones derivadas del presente contrato. No obstante, las partes o el tribunal al que se refiere la cláusula de solución de controversias podrán determinar una indemnización equitativa que compense, en todo o en parte, la inversión y demás gastos relacionados con la obtención de la licencia o la exploración y explotación llevadas a cabo, según el caso”.

22. El modelo contractual CM3 prevé, para eventos similares, las siguientes estipulaciones:

“9. INDEMNIZACIONES Y ASUNCIÓN DE RIESGO. *En caso de incumplimiento esencial injustificado por parte del Ministerio de Minerales e Hidrocarburos, el concesionario tendrá derecho a una indemnización equivalente a las utilidades que habría podido esperar razonablemente de no haberse producido la terminación o el incumplimiento.*

El concesionario tendrá derecho a la misma indemnización por causa de terminación unilateral del contrato por parte del Ministerio de Minerales e Hidrocarburos, así como por la ocurrencia de cualquier causa extraña a la voluntad de las partes que haga inviable el objeto contractual”.

23. Gold City Corp., con anterioridad a la celebración del contrato, solicitó al gobierno central declarar la región como zona de alto riesgo, lo cual habría implicado la aplicación del Modelo contractual CM3, teniendo en cuenta que era previsible que la llegada del proyecto minero podía generar un incremento de los ataques guerrilleros. El gobierno central consideró que no habían elementos objetivos que mostraran que las predicciones de Gold City Corp., fuesen a cumplirse y en consecuencia no cambió la declaración de la zona como de riesgo medio. A pesar de esta decisión del gobierno central, Gold City Corp., accedió a suscribir el contrato de exploración.

24. La República del Pacífico, por vía legislativa, contempla un tratamiento diferenciado entre los concesionarios de contratos de exploración y explotación minera. Ahora bien, no basta, para la violación del estándar de trato nación más favorecida, con que exista un trato diferenciado, pues se requiere también, por un lado, que el inversionista extranjero y los inversionistas de otro Estado se encuentren en circunstancias similares y, por otro lado, que el trato conferido a aquellos sea menos favorable que el otorgado a estos.
25. En lo que se refiere a los supuestos en que es posible considerar que ambos, inversionista extranjero e inversionistas de un tercer Estado, se encuentran en “circunstancias similares”, la discusión está abierta y es posible identificar, en los casos, la existencia de decisiones contradictorias. La discusión existe, básicamente, entre quienes sostienen una interpretación amplia de esta exigencia¹⁴ y quienes, por el contrario, la interpretan de forma rígida como para exigir, por ejemplo, la comparación con una inversión o inversionista idéntico¹⁵.
26. También reviste especial importancia la discusión sobre la relevancia, o no, de que la medida, en este caso legislativa, persiga la consecución de un motivo de utilidad pública, lo cual puede tener relevancia para determinar si los inversionistas objeto de comparación se encuentran en “similares circunstancias”.
27. En el caso que nos ocupa, durante la audiencia las partes podrán enfocar sus argumentos de la siguiente manera:

Demandada (República del Pacífico)	Demandante (Gold City Corp.)
4. La República del Pacífico podrá argumentar que el inversionista extranjero no se encuentra, frente a los demás, en “circunstancias similares”, lo cual se debe a la existencia de un motivo de utilidad pública que justifica el otorgamiento de un trato diferenciado. 5. El Estado podrá, en este sentido, acudir a los antecedentes socio-políticos	1. Gold City Corp., podrá argumentar que ha recibido un trato menos favorable que el recibido por los inversionistas nacionales del tercer país. 2. El inversionista podrá argumentar que, bien desde una postura amplia o bien desde una postura estricta, se encuentra en “similares circunstancias” respecto de los inversionistas nacionales del tercer país, pues el modelo Contractual CM3, que es aplicado para contratos de exploración y explotación minera en zonas calificadas como de alto riesgo, se

¹⁴ *Occidental Exploration and Production Company c. República de Ecuador*, Laudo de 1 de julio de 2004, Case Uncitral No. UN3467, parr. 173 (“The Tribunal is of the view that in the context of this particular claim the Claimant is right and its arguments are convincing. In fact, “in like situations” cannot be interpreted in the narrow sense advanced by Ecuador as the purpose of national treatment is to protect investors as compared to local producers, and this cannot be done by addressing exclusively the sector in which that particular activity is undertaken”).

¹⁵ *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*. Laudo de 3 de agosto de 2005. Disponible en: <http://www.italaw.com/cases/683>

que explican la necesidad de adoptar, en atención a las características propias de cada región, disposiciones normativas diferentes en materias relacionadas no solo con la exploración y explotación minera, sino, en general, con diversidad de materias. 6. La República del Pacífico podría afirmar que no basta con que el inversionista se encuentre en una situación de competencia respecto de los inversionistas del tercer Estado. Al tribunal le corresponde escudriñar en, las circunstancias del caso, si existen motivos que justifican un tratamiento diferenciado y esas razones las puede encontrar, en el presente caso, en las circunstancias propias del conflicto armado que vive la República del Pacífico. 7. Por otra parte, la República del Pacífico puede afirmar que la medida diferenciadora, además de estar consagrada en su legislación como una medida general, no puede suponer tampoco arbitrariedad alguna, pues es conocido que el trato de nación más favorecida debe ceder frente al principio de libertad negocial; en este sentido, fue el propio Gold City Corp., el que desde un principio aceptó firmar el contrato siguiendo las cláusulas propias del Tipo CM2.	aplica a inversionistas que ejercen su actividad en el mismo sector económico –el de la explotación minera- y que se encuentran entre sí bajo una relación de competencia. 3. En cuanto a la existencia de un motivo de utilidad pública que justifique el trato diferenciado, el inversionista podría esgrimir varios argumentos. Por un lado, podría plantear que no es necesario constatar la intención de la medida estatal, pues eso dificultaría de sobre manera la tarea de verificar posibles violaciones del estándar de trato de nación más favorecida. En otras palabras, el inversionista no tendría que demostrar que la medida, en el caso concreto, fue adoptada con fines discriminatorios. Por otra parte, el inversionista podría discutir si se justificaba, desde un punto de visto fáctico, el otorgamiento de un trato diferenciado, toda vez que el caso proporciona algunos elementos que permiten discutir sobre la eficiencia y razonabilidad de la calificación del territorio en zonas de bajo, medio y alto riesgo. Asimismo el caso muestra cómo, posiblemente, la motivación del Estado de negar la solicitud del inversionista no estaba soportada en un razonamiento técnico o jurídico, sino más bien, estaba justificado en una conveniencia política coyuntural o riesgo político, el cual, no puede ser trasladada al inversionista. Lo anterior, puede ser complementado en la argumentación del inversionista, con el hecho que la nacionalidad del inversionista con el que se esta haciendo la comparación es la República de Wastland, que es a su vez, el mayor socio comercial de la República del Pacífico, con lo cual, se refuerza la afirmación según la cual la diferenciación en la forma de
--	---

	contratación, si bien esta formalmente promulgado en la ley, en el caso concreto, es una verdadera arbitrariedad, pues se están encubriendo mediante la legislación nacional y contratos estatales singulares motivaciones que realmente son políticas.
--	---

D. ¿Puede atribuirse como un hecho imputable al Estado que lo haga responsable internacionalmente, la conducta de sus ciudadanos de optar mediante el ejercicio de la democracia directa por la exclusión de un proyecto minero?

28. Los habitantes del territorio Franco, mediante el procedimiento de consulta popular previsto en la Constitución de la República del Pacífico, decidieron excluir la realización de actividades de exploración y explotación minera en su territorio. El Ministerio de Minería e Hidrocarburos de la República del Pacífico, a raíz de la decisión del pueblo, decidió no celebrar la Adenda al contrato para la explotación de los recursos mineros con Gold City Corp. y, además, ordenó la terminación y liquidación del contrato de exploración.
29. La responsabilidad internacional del Estado, y particularmente aquella que surge como consecuencia de la violación de las obligaciones asumidas en razón de la suscripción de un Acuerdo Internacional de Inversión, supone la existencia de un hecho internacionalmente ilícito¹⁶. Para que exista un hecho internacionalmente ilícito del Estado es necesario, a su vez, que el comportamiento –que puede ser una acción u omisión– sea atribuible al Estado de acuerdo con el derecho internacional y, adicionalmente, que constituya la violación de una obligación internacional a cargo del Estado¹⁷.
30. El caso plantea, dentro de sus problemas, el relativo a la atribución de la conducta del pueblo, que constituye una expresión del principio democrático, al Estado receptor de la inversión. En otras palabras, la cuestión que surge es la de si un Estado puede ser responsable internacionalmente por conductas realizadas por sus ciudadanos en ejercicio de los mecanismos de participación democrática previstos en el derecho local.
31. Para abordar esta cuestión, los participantes deberán analizar, por ejemplo, los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión

¹⁶ Artículo 1 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

¹⁷ Artículo 2 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas (2001), que según una opinión generalizada recogen la costumbre internacional existente en materia de responsabilidad internacional del Estado. Esta tarea supone, de entrada, una investigación sobre las fuentes de derecho aplicables para resolver la controversia y su interacción.

32. Es relevante, sobre este aspecto, determinar el alcance del artículo 5 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de la CDI, el cual dispone lo siguiente:

“Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4, pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad”.

33. Esta disposición prevé el supuesto atribución de las conductas desplegadas por personas o entidades que, si bien no constituyen órganos del Estado, se encuentran investidas, por el ordenamiento jurídico de este Estado, de la posibilidad de ejercer atribuciones de orden público. El Comentario Oficial a los Artículos menciona, particularmente, la actuación de corporaciones públicas, entidades semipúblicas, agencias públicas y compañías privadas¹⁸. El factor determinante, según señala dicho Comentario, es el hecho de que tales entidades, que no son órganos estatales, se encuentren facultados para ejercer atribuciones de carácter público.

34. La cuestión, no resuelta ni por el artículo 5 ni por el Comentario oficial, es la de si la actuación del pueblo, sustentada en el ejercicio de uno de los mecanismos de participación democrática previstos por el derecho interno, puede ser atribuida al Estado con base en la disposición, es decir, si el pueblo, al ejercer uno de tales mecanismos, puede ser considerado como “una persona o entidad” que está “facultada por el derecho de ese Estado –el receptor de la inversión- para ejercer atribuciones del poder público”.

35. También se debe tener en cuenta lo previsto por el artículo 7 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de la CDI, según el cual:

“El comportamiento que no sea atribuible al Estado en virtud de los artículos precedentes se considerará, no obstante, hecho de ese Estado según el derecho internacional en el caso y en la medida en que el Estado reconozca y adopte ese comportamiento como propio”.

36. En el caso que nos ocupa, durante la audiencia las partes podrán enfocar sus argumentos de la siguiente manera:

Demandada (República del Pacífico)	Demandante (Gold City Corp.)
------------------------------------	------------------------------

¹⁸ Naciones Unidas. “Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries”, 2008, pág. 43.

1. La República del Pacífico podría desde distintas ópticas, afirmar que no le puede ser atribuido, como un acto suyo, la decisión popular de excluir la realización de actividades de exploración y explotación minera en su territorio. 2. Por un lado, el Estado podría afirmar que el artículo 5 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de la CDI, que contempla el supuesto de atribución por conductas de entes que no tienen el carácter de órganos del Estado, no comprende la actuación del pueblo amparada en los mecanismos de participación democrática, pues no es posible considerar que el Estado delega en el pueblo el ejercicio de atribuciones del poder público, ya que el pueblo, en tanto soberano, siempre ha gozado de tales atribuciones. 3. Así mismo, el Estado puede argumentar que la conducta no puede ser atribuida a la actuación de sus órganos, como el Ministerio de Minerales e Hidrocarburos, toda vez que estos no hicieron más que adoptar las medidas necesarios para garantizar la efectividad de la decisión del pueblo. 4. La República del Pacífico puede aludir, en sustento de lo anterior, a las normas que regulan el mecanismo de la consulta popular, de las cuales se puede concluir que las autoridades, frente a la decisión del pueblo, no pueden hacer cosa distinta que adoptar las medidas necesarias para garantizar su efectividad. Los órganos del Estado, en otras palabras, no pueden negarse a reconocer y acatar las decisiones del pueblo. Puede tenerse en cuenta, por ejemplo, lo dispuesto en el artículo 152	1. El inversionista puede optar por varias estrategias argumentativas, para argumentar que la conducta es atribuible a la República del Pacífico, a saber: 2. Por un lado, el inversionista puede argumentar que el pueblo, en razón de los mecanismos de participación democrática previstos en el ordenamiento de República del Pacífico, se encuentra investido de la facultad de ejercer atribuciones propias del poder público y, por tanto, su conducta puede ser atribuida al Estado con base en lo dispuesto por el artículo 5 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de la CDI. Gold City Corp. puede aludir, para sustentar esta posición, a las normas que regulan los mecanismos de participación democrática y, particularmente, la consulta popular, las cuales le confieren al pueblo, en los distintos niveles de la organización territorial, la posibilidad de regular directamente materias que, se encuentran dentro del ámbito de actuación de las autoridades. 3. Por otro lado, el inversionista puede sostener que, más allá del resultado de la consulta popular, fue el Ministerio de Minerales e Hidrocarburos quien, al negarse a suscribir el contrato de explotación minera, desconoció los derechos del inversionista. Desde esta óptica, la conducta sería atribuible al Estado con base en lo dispuesto por el artículo 4 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de la CDI, según el cual, <i>“Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas,</i>
---	---

de la Constitución de República del Pacífico, según el cual: <i>“La decisión del pueblo, adoptada de conformidad con el artículo anterior, será obligatoria para todas las autoridades públicas”.</i>	<i>judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado”.</i>
--	--

E. ¿Puede ser considerada como una expropiación cuando por iniciativa de la de participación ciudadana se termina la actividad económica que se planteaba desarrollar o estaba desarrollando el inversionista?

37. El artículo 9 del APPRI suscrito entre la República del Pacífico y la República del Oriente consagra el estándar de no expropiación sin indemnización.
38. El estándar de protección contra la expropiación ilegal busca evitar que el inversionista, directa o indirectamente, sea expropiado sin el cumplimiento de las condiciones previstas en el APPRI. De este modo, el estándar no prohíbe a los Estados expropiar activos del inversionista, sino que prohíbe la expropiación sin el cumplimiento de unos requisitos mínimos. La expropiación, según exigen buena parte de los APPRI, debe estar motivada por razones de utilidad pública, debe hacerse con respeto del debido proceso, no debe hacerse de forma discriminatoria y debe estar acompañada de una compensación pronta, adecuada y efectiva.
39. La expropiación puede ser directa o indirecta. En este último caso, la expropiación resulta de una medida o de una serie de medidas de una Parte Contratante que tengan un efecto equivalente a una expropiación directa sin que medie la transferencia formal de un título o del derecho de dominio. Varios tribunales han sostenido, sobre este aspecto, que la expropiación indirecta supone la privación sustancial del valor de la inversión¹⁹. Ahora bien, no existe, en la actualidad, una opinión uniforme respecto de bajo qué circunstancias es posible entender que el inversionista ha sufrido una privación sustancial del valor de su inversión. Así por ejemplo el tribunal del caso *Bogdanov*²⁰ sostuvo que una afectación en la inversión equivalente al 7% no era sustancial. Por su parte, el tribunal del caso *Waste Management* afirmó que la pérdida de beneficios económicos no es por sí solo un elemento suficiente para que exista una expropiación, ya que la función de la noción de expropiación indirecta no tiene como objeto compensar negocios fallidos, cuando no se

¹⁹ *Pope & Talbot Inc. c. The Government of Canada*, UNCITRAL, Laudo provisional de 26 de junio de 2000, par. 102; *CMS Gas Transmission Company c. The Argentine Republic*, Laudo de 12 de Julio de 2005, Caso CIADI No. ARB/01/8, par. 262; *Eastern Sugar B.V. c. Czech Republic*, Laudo de 12 de abril de 2007, SCC Case No. 088/2004, par. 210; *Corn Products International, Inc. c. United Mexican States*, Decisión de Responsabilidad de 15 de enero de 2008, Caso CIADI No. ARB (AF)/04/1, par. 91

²⁰ *Iurii Bogdanov, Agurdino-Invest Ltd. and Agurdino-Chimia JSC v. Republic of Moldova*, Laudo de 22 de septiembre de 2005, Caso SCC.

ha producido un acto arbitrario del Estado equiparable a una expropiación virtual o a la destrucción de la compañía²¹.

40. También es necesario tener en cuenta, para analizar la existencia de una expropiación indirecta, el impacto de las medidas sobre las legítimas expectativas del inversionista²² y si este ha perdido, como consecuencia de las medidas estatales, el control de su propia inversión²³.
41. De otra parte, existe discusión sobre la relevancia de la “intención” del Estado al realizar las medidas. Algunos tribunales han manifestado que la intención del Estado es irrelevante para determinar la existencia de una medida expropiatoria, pues se trata de una obligación de resultado, en dónde los efectos son los que se toman en consideración²⁴. Otros tribunales, en cambio, han considerado que si un daño económico es causado al inversionista como resultado de una regulación de buena fe emitida dentro del poder de policía del Estado, el derecho consuetudinario internacional no requiere el pago de una indemnización. Ciertos tribunales han considerado que no se debe compensación por expropiaciones indirectas cuando se pueda demostrar que el inversionista o la inversión nunca gozaron de un derecho adquirido en la actividad comercial que fue posteriormente prohibida.

Demandada (República del Pacífico)	Demandante (Gold City Corp.)
1. La República del Pacífico en este punto, debe explicar cómo, en el caso concreto se verifican todos y cada uno de los elementos que eximen al Estado receptor de la inversión del pago de una compensación. Si bien, la no suscripción de la Adenda, supone de suyo, la pérdida para el inversionista del derecho de explotación minera, esto se encuentra justificado en que la convalidación que hizo el estado de la decisión popular, la hizo de buena fe, de manera no arbitraria y persiguiendo los objetivos legítimos de bienestar público de la seguridad y la protección del	4. El demandante deberá, si quiere alegar la violación del estándar, demostrar que la decisión del pueblo y las medidas estatales para su adopción implicaron una afectación sustancial del valor de su inversión. Aunque no existe un porcentaje de afectación requerido, lo cierto es que el inversionista debe probar que su inversión ha resultado anulada y lo puede hacer fundamentándose en el hecho que las inversiones y los trabajos adelantados de exploración solamente pueden ser aplicados en ese territorio, por lo cual de nada serviría una relocalización de sus

²¹ *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos de México* (2), Decisión final de 30 de abril de 2004, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/3, parr. 159 a 160.

²² *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*. Laudo de 3 de agosto de 2005. Disponible en: <http://www.italaw.com/cases/683>

²³ *Sempra Energy International c. República de Argentina*, Laudo de 28 de septiembre de 2007, Caso CIADI No. ARB/02/16; *Pope & Talbot Inc. v. Canadá*, Laudo de 10 de abril de 2001, Caso UNCITRAL;

²⁴ *Siemens c. Argentina*, Laudo de 6 de febrero de 2007, Caso CIADI No. ARB/02/8, parr. 270; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos de México*, Laudo de 29 de mayo de 2003, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, para. 114; *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexico*, Laudo de 30 de agosto de 2000, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, parr. 103.

medio ambiente. 2. Para que los objetivos legítimos de bienestar público puedan servir de eximente de la responsabilidad internacional del estado, será necesario, que éste pruebe que en el caso concreto lo que ocurrió, fue realmente una expropiación indirecta. 3. Lo anterior, puede argumentarlo la República del Pacífico demostrando que la causa eficiente de la terminación del contrato fue el resultado de la consulta popular y no la decisión unilateral del estado. Cosa distinta, es que en cumplimiento de la Constitución y de las leyes el Ministerio de Minerales haya refrendado la voluntad del pueblo mediante la terminación del contrato. Así las cosas, la causa eficiente de la terminación del contrato, la consulta popular, no afecta de manera directa el título de la inversión si no que implica efectos equivalentes a la expropiación. Entonces, si bien en el caso concreto, en un principio se configuran los elementos de una expropiación indirecta, lo cierto es que deberá eximirse la responsabilidad del estado de indemnizar ya que se verifican las causas que el mismo APPRI establece para que una actuación estatal no sea considerada como expropiación indirecta.	activos a otras regiones del Estado receptor. 5. El inversionista podrá aludir también en este estándar, (como en el de trato justo y equitativo), a la afectación de sus legítimas expectativas, las cuales puede entender bien formadas a raíz de diversas actuaciones estatales mencionadas en el caso, como el hecho de haber resultado adjudicatario del contrato de concesión (lo cual ya supone el cumplimiento de innumerables exigencias impuestas por el Estado) y a la postre, como consecuencia de la celebración de dicho contrato, al haber obtenido la respectiva licencia. 6. El inversionista podría hacer alusión, igualmente, al carácter definitivo de la medida que afecta su inversión. Para este propósito, podrá aludir a las normas que regulan el procedimiento de consulta popular, las cuales no prevén un término de vigencia de las decisiones populares, ni tampoco un procedimiento de revisión periódica. 7. Finalmente, el inversionista debería sostener que se está frente a una expropiación directa, ya que la terminación unilateral del contrato recae sobre el título de propiedad de la inversión, que es justamente el contrato. En consecuencia, si bien pudiera reputarse que la República del Pacífico actuó con base en la utilidad pública, no puede eximirse de su obligación de indemnizar.
---	---

F. ¿La realización de una consulta popular por parte de los habitantes de una zona producto de la cual se termina un proyecto minero puede considerarse violatorio del trato justo y equitativo al inversionista?

42. El artículo 6º del APPRI suscrito entre la República del Pacífico y la República del Oriente consagra dentro del nivel mínimo de trato, el estándar de trato justo y equitativo.
43. El estándar de trato justo y equitativo es un estándar cuyo contenido, de ordinario, no es detallado por los APPRI. La indeterminación del estándar ha dado lugar a diferentes problemas de interpretación, el más importante de ellos relacionado con el umbral de protección o grado de amplitud del principio. Algunos tribunales, de forma restrictiva, han considerado que el estándar se encuentra atado al contenido del derecho mínimo de trato bajo el derecho consuetudinario internacional²⁵. Sin embargo, otros tribunales han considerado que el estándar proporciona una protección adicional a la otorgada por el derecho internacional consuetudinario y, en consecuencia, puede abarcar un sinnúmero de supuestos.
44. La violación del estándar, en razón de su amplitud y flexibilidad, puede ser la consecuencia de actuaciones estatales de diversa naturaleza, las cuales pueden consistir, por ejemplo, en la inobservancia del debido proceso, conductas arbitrarias, injustificadas, desproporcionadas, discriminatorias, de mala fe o abusivas por parte del Estado receptor²⁶.
45. Sin embargo, en el APPRI aplicable al caso concreto, se señalan con claridad las actuaciones que eventualmente podrían constituir la violación por parte del estado receptor de la inversión del trato justo y equitativo. Lo anterior, se hace por la vía de calificar cómo deben ser las actuaciones de dicho Estado:
46. En el caso que nos ocupa, durante la audiencia, las partes podrán enfocar sus argumentos de la siguiente manera:

“(…) La obligación en el párrafo 1 de otorgar “trato justo y equitativo” incluye (i) la obligación de no denegar justicia en procedimientos penales, civiles o contenciosos administrativos; (ii) la obligación de no otorgar un trato a las inversiones cubiertas que sea manifiestamente arbitrario; (iii) la obligación de no violar de manera flagrante el debido proceso; (iv) la obligación de no otorgar un trato manifiestamente abusivo que suponga el continuo acoso y coacción injustificados; (v) la obligación de no infringir las legítimas expectativas del inversionista con base en las representaciones inducidas por las medidas adoptadas por el Estado parte.”

²⁵ *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, Laudo de 8 de junio de 2009, Caso UNCITRAL, parr. 22.

²⁶ *Railroad Development Corporation c. Republica de Guatemala*, Laudo de 29 de junio de 2009, Caso CIADI No. ARB/07/23, parr. 219. (“Regarding the content of the standard, the Tribunal refers to and adopts the conclusion reached by the tribunal in *Waste Management II* in considering NAFTA Article 1105 standard of review and after surveying NAFTA arbitral awards: “[...] the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety—as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candor in an administrative process. In applying this standard it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonably relied on by the claimant”).)

47. Es decir, que las partes contendientes, deberían analizar uno por uno los numerales transcritos que caracterizan la conducta del estado receptor, correspondiéndole a la demandada descartar la configuración una por una, de estas características en el caso concreto, y a la demandada acreditar cómo se verifica por lo menos una de éstas.

Demandada (República del Pacífico)	Demandante (Gold City Corp.)
1. La República del Pacífico podría afirmar que, al no haberse celebrado nunca el contrato de explotación minera, como sucedió después de la realización de la consulta popular, ningunas expectativas podrían haberse formado para el inversionista. 2. A esto se suma que el inversionista, al momento de establecer su inversión, ha debido tener conocimiento del marco normativo de la República del Pacífico y, particularmente, de la existencia de mecanismos de participación democrática que, como la consulta popular, confieren amplios poderes al pueblo en los niveles nacional y regional. El inversionista ha debido estar informado, también, de la existencia de distintos modelos contractuales según el riesgo existente en la respectiva zona, modelos que, como en el caso de las zonas calificadas como de riesgo medio, no contemplan el pago de una indemnización en el caso de terminación del contrato como resultado de la ocurrencia de una causa extraña.	3. Se ha considerado, en algunos casos, que el estándar de trato justo y equitativo supone una protección de las legítimas expectativas del inversionista²⁷, y así lo esta consagrado específicamente en el APPRI base de la reclamación. 4. Gold City Corp. podría argumentar que la celebración del contrato de exploración, junto con el marco normativo de la República del Pacífico, crearon en él legítimas y fundadas expectativas de obtener determinadas ganancias. 5. Al resultar privado de la posibilidad de celebrar el contrato de explotación minera, como consecuencia de la decisión popular adoptada mediante el mecanismo de consulta popular, el inversionista fue privado de las legítimas expectativas que se había formado. 6. El inversionista podría afirmar, además, que al no haber podido participar en el proceso de verificación de la constitucionalidad de la pregunta sometida a los habitantes de la región, recibió un trato manifiestamente arbitrario y contrario a la garantía del debido proceso.

²⁷ *Tecmed c. Mexico*, Laudo de 29 de mayo de 2003, Caso CIADI No ARB (AF)/00/2, parr. 154; *CMS Gas Transmission Company v. República de Argentina*, Laudo de 12 de mayo de 2005, Caso CIADI No. ARB/01/8; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. República de Argentina*, Laudo de 22 de mayo de 2007, Caso CIADI No. ARB/01/3.

	7. El inversionista podría argumentar, también, que recibió tratos discriminatorios por parte de la República del Pacífico, como lo puede ser, por ejemplo, el haber sido forzado a celebrar un contrato en condiciones distintas a las de otros inversionistas aunque, en la práctica, no existiera una razón que justificara la diferencia en el trato.
--	---

G. Algunas referencias a inversión sostenible

El APPRI contempla algunas disposiciones que son consideradas promotoras y protectoras de la inversión sostenible, esto puede verse contenido en su (i) Preámbulo; (ii) en la cláusula de denegación de beneficios; (iii) en el apartado que caracteriza el trato justo y equitativo; (iv) en la cláusula de medidas sobre salud, seguridad y medio ambiente; (v) en la cláusula sobre responsabilidad social corporativa y; (vi) en la cláusula de responsabilidad del inversionista²⁸.

Asimismo en el caso se mencionan instrumentos como la carta iberoamericana de participación ciudadana en la gestión pública, la resolución del Parlamento Europeo sobre la prohibición general del uso de las tecnologías mineras a base de cianuro en la Unión Europea, la líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales, con los cuales, puede darse cierto alcance a las disposiciones del APPRI señaladas en el numeral anterior.

Si bien, la sostenibilidad no es el eje central de la problemática del caso, harán bien los equipos, que, especialmente, en su rol de defensores de estado se valgan de estos elementos para justificar el eximente de responsabilidad internacional del estado.

²⁸Para profundizar en este sentido puede consultarse el “Investment Policy Framework for Sustainable Development” de la UNCTAD http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2012d6_en.pdf y el IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development, http://italaw.com/documents/investment_model_int_agreement.pdf