

16 de mayo de 2018

Honorable Acisclo Valladares Urruela
Ministerio de Economía
8a. Av. 10-43 Zona 1
Guatemala, Guatemala

White & Case LLP
701 Thirteenth Street, NW
Washington, DC 20005-3807
T +1 202 626 3600

whitecase.com

Sr. Alexander Salvador Cutz Calderón
Dirección de Administración del Comercio Exterior
Ministerio de Economía
8a. Av. 10-43 Zona 1
Guatemala, Guatemala

Notificación de Intención de conformidad con el Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos

Estimado Sr. Ministro y Sr. Director:

De conformidad con los Artículos 10.15 y 10.16 del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos ("DR-CAFTA" o el "Tratado"), de los que son parte tanto los Estados Unidos como Guatemala, y con miras a resolver esta disputa amistosamente a través de consultas y negociaciones, el Sr. Daniel W. Kappes, ciudadano de los Estados Unidos de América, y Kappes, Cassidy & Associates, una compañía establecida y totalmente propiedad del Sr. Kappes e incorporada bajo las leyes del Estado de Nevada, Estados Unidos de América, el 13 de mayo de 1982 ("KCA" y conjuntamente con el Sr. Kappes, los "Inversionistas"), presentan respetuosamente a la República de Guatemala ("Guatemala" o el "Estado") esta notificación escrita de su intención de someter un reclamo a arbitraje bajo el Capítulo 10 del DR-CAFTA.

Los Inversionistas y su Inversión

El Sr. Kappes y KCA están ubicados en 7950 Security Circle, Reno, Nevada, 89506, Estados Unidos de América. Los Inversionistas son muy reconocidos en la industria minera. Desde 1982, KCA ha proporcionado servicios para procesos metalúrgicos a compañías mineras internacionales. KCA se especializa en todos los aspectos de la minería de lixiviación en pilas y procesos mineros a base de cianuro, incluidas las pruebas de laboratorio, los estudios de factibilidad de proyectos, el diseño de ingeniería y la gestión de construcción y operaciones.

Los Inversionistas ingresaron al mercado minero guatemalteco en 2009 mediante la adquisición de Exploraciones Mineras de Guatemala, S.A. ("Exmingua" o la "Inversión"), la cual fue debidamente constituida según las leyes de Guatemala el 25 de julio de 1996. Minerales KC Guatemala, Ltda. en la cual KCA posee el 90% y el Sr. Kappes posee el 10%, es propietaria del 75% de Exmingua. El Sr. Kappes posee directamente el 25% restante de Exmingua. Exmingua obtuvo una licencia de explotación para desarrollar y operar el proyecto minero de "El Tambor", también conocido como Progreso VII

Honorable Acisclo Valladares Urruela
Sr. Alexander Salvador Cutz Calderón
16 de mayo de 2018

Derivada (el "Proyecto Progreso VII"), y posee una licencia de exploración con respecto al proyecto minero Santa Margarita (el "Proyecto Santa Margarita"). Además, Exmingua es propietaria de una planta instalada y equipos de procesamiento, ubicados en las afueras del municipio de San José del Golfo, Departamento de Guatemala y se utilizan para desarrollar los Proyectos Progreso VII y Santa Margarita.

El Proyecto Progreso VII es un proyecto minero de oro y plata ubicado en los municipios de San José del Golfo y San Pedro Ayampuc, dentro del Cinturón Regional de Oro orogénico denominado "Tambor". El Proyecto Santa Margarita también es un proyecto minero de oro y de plata ubicado en el municipio de San Pedro Ayampuc.

Fundamentos de Hecho del Reclamo

A pesar de las importantes contribuciones positivas que el Proyecto Progreso VII aportaría a las comunidades locales, los Inversionistas se han visto privados del uso y disfrute de su inversión en Exmingua, misma que ha sido objeto de una serie de actos y omisiones por parte del Estado que han sido arbitrarios, injustos y contrario al debido proceso. Como consecuencia de estas medidas, las operaciones del Proyecto Progreso VII han estado suspendidas por más de dos años y a Exmingua se le ha impedido el acceso al sitio de los recursos minerales de Santa Margarita para completar las acciones necesarias con el fin de obtener una licencia de explotación.

Después de obtener la aprobación de su Evaluación de Impacto Ambiental ("EIA") el 23 de mayo de 2011, mediante Resolución 03394 del 30 de septiembre de 2011, Exmingua obtuvo una licencia de explotación por 25 años emitida por el Ministerio de Energía y Minas ("MEM") (la "Licencia de Explotación"), con respecto al Proyecto Progreso VII. Durante el curso de sus preparativos para el Proyecto Progreso VII, y como parte de sus tareas de la EIA, Exmingua realizó consultas públicas con las comunidades locales, e incluso participó en varios proyectos de mejoras para la comunidad. El Artículo 46 de la Ley de Minería establece que "[q]uien se creyere perjudicado por la solicitud de un derecho minero podrá oponerse al otorgamiento del mismo, formalizando su oposición ante la Dirección en cualquier momento antes de que se dicte la resolución de otorgamiento.... Si el oponente no cumple con todos los requisitos, se le señalará un previo por el plazo de diez días para que cumpla con lo establecido bajo apercibimiento de no darle trámite a la gestión". No se presentó oposición contra la EIA de Exmingua de conformidad con el Artículo 46, y Exmingua cumplió todos los requisitos para asegurar las autorizaciones para obtener su licencia de explotación.

A principios de 2012, el Proyecto Progreso VII inició su construcción y, en 2014, estaba en plena producción, logrando un primer embarque de concentrado el 12 de diciembre de 2014. Mientras el Proyecto Progreso VII estaba en curso, más de 180 empleados estaban en nómina y más de 60 embarques fueron realizados.

El 28 de agosto de 2014, el Centro de Acción Legal, Ambiental y Social de Guatemala ("CALAS"), una organización no gubernamental guatemalteca, interpuso un recurso de amparo contra el MEM, alegando que la Licencia de Explotación de Exmingua había sido otorgada erróneamente, debido a que Guatemala no llevó a cabo las consultas necesarias con las comunidades locales de conformidad con la Convención sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (el "Convenio de la OIT"). Exmingua se unió a la acción como una "tercera parte interesada". La acción carecía de fundamento, sobre todo porque en el momento en que se otorgó la Licencia de Explotación de Exmingua, no existía una ley o regulación guatemalteca que implementara el Convenio de la OIT o requiriera algún medio particular de consulta

Honorable Acisclo Valladares Urruela
Sr. Alexander Salvador Cutz Calderón
16 de mayo de 2018

con las comunidades locales. Sin embargo, el 11 de noviembre de 2015, la Corte Suprema de Guatemala otorgó un amparo provisional contra el MEM.

El 5 de mayo de 2016, la Corte de Constitucionalidad confirmó el amparo provisional otorgado por la Corte Suprema y dictaminó que la Licencia de Explotación de Exmingua podría volver a ser efectiva solo si el Estado realizaba consultas con las comunidades locales en virtud del Convenio de la OIT. Posteriormente, el 28 de junio de 2016, la Corte Suprema de Guatemala emitió un amparo definitivo a favor de CALAS, ordenando la suspensión de las actividades mineras de Exmingua. El fallo de suspensión ordenó la paralización total del Proyecto Progreso VII, a pesar de que el supuesto incumplimiento de las consultas era únicamente atribuible al Estado. La Corte no otorgó ninguna compensación a Exmingua por ser una víctima colateral de esta presunta conducta ilegal del Estado. El 30 de junio de 2016, Exmingua apeló el amparo definitivo otorgado por la Corte Suprema ante la Corte de Constitucionalidad. Hasta la fecha, esta apelación no ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional.

Al emitir estos fallos adversos, los tribunales guatemaltecos no han podido pronunciarse de manera consistente en comparación con otros casos. Por ejemplo, en otra acción de amparo relativa a dos proyectos propiedad de empresas guatemaltecas, el 26 de mayo de 2017 (es decir, un año después de la sentencia de amparo en el caso Exmingua), la Corte de Constitucionalidad guatemalteca permitió a las entidades guatemaltecas continuar con sus proyectos mientras que el MEM debía llevar a cabo consultas bajo el Convenio de la OIT. Además, a diferencia del caso Exmingua, el Estado concluyó las consultas a fines de 2017. En este caso, incluso, si el Tribunal Constitucional revocara el fallo de la Corte Suprema contra la Licencia de Explotación de Exmingua, los Inversionistas ya se han visto perjudicados por la paralización del Proyecto Progreso VII por varios años.

Sumando más daños, la Credencial para Exportadores de Productos Mineros de Exmingua fue inexplicablemente suspendida por orden del MEM. El 25 de septiembre de 2015, el MEM emitió a Exmingua una Credencial para Exportadores de Productos Mineros válida y efectiva. Sin embargo, el 3 de mayo de 2016, el Director General de Minería del MEM ordenó la suspensión de esta credencial, citando el fallo de la Corte Suprema del 11 de noviembre de 2015 y la Resolución 1202 del MEM del 10 de marzo de 2016, que suspendió el derecho de Exmingua a explotar oro y plata y disponer de dichos minerales para su venta, transformación y explotación. Es importante destacar que ninguno de estos instrumentos hacía referencia a la Credencial de Exportación de Exmingua. El MEM además dañó arbitraria e ilegalmente a los Inversionistas al prohibir que Exmingua ejerciera su derecho a exportar los minerales que ya había extraído del Proyecto Progreso VII antes de que su Licencia de Explotación fuera suspendiera indebidamente.

Además, Guatemala ha fallado en brindar protección y seguridad plenas a Exmingua a pesar de sus múltiples solicitudes al Estado. En particular, los manifestantes, principalmente organizados por CALAS, han bloqueado ilegalmente la entrada a los Proyectos Progreso VII y Santa Margarita, impidiendo el acceso a estos sitios. A pesar de los esfuerzos de los Inversionistas para obtener apoyo por medio de la presentación de peticiones a las autoridades gubernamentales locales y nacionales y la presentación de demandas judiciales, Guatemala no le ha facilitado a Exmingua acceso a los sitios de sus Proyectos.

El fracaso de Guatemala a este respecto en particular le ha impedido a Exmingua usar y disfrutar su licencia de exploración para el Proyecto Santa Margarita y obtener una licencia de explotación para este Proyecto. Debido a que el acceso a ese sitio ha sido bloqueado y el personal de Exmingua ha sido amenazado si ingresan al sitio, Exmingua no ha podido trabajar en el sitio de Santa Margarita y completar

Honorable Acisclo Valladares Urruela
Sr. Alexander Salvador Cutz Calderón
16 de mayo de 2018

las consultas con las comunidades locales para completar su EIA, así como todos los otros requisitos regulatorios para obtener la licencia de explotación correspondiente.

Incumplimiento de Obligaciones bajo el Tratado

Guatemala, por medio y a través de sus entidades e instrumentalidades, como se describió anteriormente, ha incumplido sus obligaciones bajo el Capítulo 10 del DR-CAFTA. El Sr. Kappes y KCA han incurrido en pérdidas significativas como consecuencia de esos incumplimientos. En particular, las acciones de Guatemala violan las siguientes disposiciones del DR-CAFTA:

- (i) Artículo 10.3 – Trato Nacional;
- (ii) Artículo 10.5 – Nivel Mínimo de Trato; y
- (iii) Artículo 10.7 – Expropiación e Indemnización

Petitorio

Como consecuencia del incumplimiento por parte del Estado: (i) el Proyecto Progreso VII, con un valor actual neto estimado de aproximadamente US \$150 millones en 2017, ha sido suspendido por años y los Inversionistas han sido privados de su valor; (ii) el Proyecto Santa Margarita no ha recibido una licencia de explotación, porque no ha sido posible concluir la EIA correspondiente, pero en base a la cantidad y calidad de los recursos minerales, las medidas de Guatemala han resultado en pérdidas de al menos, y muy probable por encima de, el monto del Proyecto Progreso VII, y (iii) tres embarques de concentrados con un valor de US\$500,000 fueron incautados abruptamente, privando a los Inversionistas de estos ingresos.

* * *

De buena fe y en un espíritu de cooperación, los Inversionistas invitan a Guatemala a entablar conversaciones y negociaciones con miras a lograr una solución amistosa de la controversia que aquí se menciona. Si tales consultas con Guatemala no tienen éxito, los Inversionistas tienen la intención de presentar un reclamo de arbitraje conforme al Tratado, procurando daños y perjuicios por las cantidades descritas anteriormente, más intereses, costas y cualquier otra determinación que el Tribunal considere apropiada.

Atentamente,

[s]

Andrea J. Menaker

Rafael Llano

Asesores del Sr. Daniel W. Kappes y Kappes, Cassidy & Associates

T +1 202 626 3617

F +1 202 639 9355

E amenaker@whitecase.com

E rlano@whitecase.com

C.c.p.: Honorable Luis Alfonso Chang Navarro, Ministro del Ministerio de Energía y Minas
Honorable Luis E. Arreaga, Embajador de los Estados Unidos en la República de Guatemala
Sr. Daniel W. Kappes, Kappes, Cassidy & Associates