OPINIÓN >



La licencia social para operar y el arbitraje

RAÚL F. ZÚÑIGA

Abogado del Estudio Muñiz

A lo largo de la historia no han sido pocas las disputas en las que se discutió la oposición pública de ciudadanos a una inversión, afectándola directamente o provocando que el Estado la afecte. Algunos ejemplos son los casos Bilcon of Delaware c. Canadá de 2015, Copper Mesa c. Ecuador de 2016, South American Silver c. Bolivia de 2018; los dos últimos relacionados específicamente con actividad minera.

Esta práctica permite aprender algunas lecciones; sin embargo, los criterios que aplican los tribunales arbitrales en respuesta a las defensas de los Estados en estos procedimientos todavía están dispersos.

En Bilcon se concluyó que los 'valores fundamentales de la comunidad' (rótulo que le dio Canadá a la oposición pública) no podían justificar la afectación a la inversión si es que ya se cumplieron los requisitos legales para obtener una licencia, especialmente si los requisitos adicionales carecían de soporte científico claro. En Copper Mesa se valoró que Ecuador no cumplió con apoyar al inversionista en ejecutar consultas con la comunidad; sin embargo, el tribunal arbitral redujo al 50% la indemnización del inversionista porque este adoptó medidas que incrementaron el conflicto. En South American Silver, el tribunal arbitral consideró que las concesiones mineras fueron ilegalmente expropiadas, porque pese a tener un interés público, Bolivia no pagó una compensación; no obstante, se desestimaron otros reclamos del inversionista porque este no implementó una forma consensual de organización de su inversión.

Perú no es ajeno a este tipo de disputas. En el conocido caso Bear Creek Mining de 2017, el tribunal arbitral comparó la SLO con el derecho a la consulta previa, que está contenida en instrumentos de derecho internacional. No obstante, el tribunal reconoció que si bien el inversionista pudo haber ejecutado más y mejores medidas para obtener la SLO, el aspecto clave era determinar si tales medidas eran legalmente exigibles. En mayoría, se desestimó la defensa de Perú bajo el argumento de que este aprobó la conducta del inversionista. Sin embargo, dada la falta de SLO de la inversión, entre otras razones, el tribunal arbitral otorgó únicamente US$ 18'237,592 (más intereses), de los US$ 522'200,000 inicialmente reclamados.

"El tiempo dirá cómo evolucionan los criterios de los tribunales arbitrales".

Actualmente, en otros arbitrajes internacionales pendientes también se está discutiendo la falta de SLO como una defensa del Estado. En el caso Gabriel Resources c. Romanía, el Estado está afirmando que la SLO es parte de los permisos necesarios para ejecutar un proyecto. Por otro lado, el 24 de marzo de este año, Perú ha presentado su contestación a la demanda en el caso Lupaka Gold. El Estado ha invocado la falta de SLO del inversionista y el incumplimiento de conductas de responsabilidad social corporativa, afirmando que "... la legislación peruana exige a todos los operadores mineros que se comprometan y lleguen a un acuerdo con las comunidades locales...".

El tiempo dirá cómo evolucionan los criterios que los tribunales arbitrales aplican en disputas de inversionistas extranjeros sobre conflictos sociales. Sin embargo, es importante que un inversionista sea consciente, anticipadamente, de los distintos aspectos que, posteriormente, formarían parte de un estándar para obtener una indemnización en un reclamo frente a las acciones que tome el Estado sobre su inversión.