

## Convulsión social, retos y arbitraje en el sector minero

Desde los últimos meses del 2022, el Perú ha sufrido diversas convulsiones sociales que han repercutido en muchos sectores, pero sobre todo en el minero. Este problema social se suma a muchos otros problemas que ya venían aquejando al sector y que, de no atenderse de forma adecuada, podrían culminar en una reclamación contra el Estado Peruano.

**Primero**, están los violentos ataques sufridos por los titulares mineros. En algunos casos, las instalaciones y bienes fueron afectados causándose un perjuicio material y generando incluso la paralización de las operaciones como es el caso de la minera Antapaccay. En otros casos, se bloquearon las carreteras de acceso a las unidades mineras, interrumpiéndose la cadena de suministro, como es el caso de la minera las Bambas.

De hecho, nuestro país ya tiene un antecedente de reclamación. Como consecuencia de los ataques sufridos por problemas sociales, en el 2020, la empresa canadiense Lupaka Gold presentó un reclamo (ARB/20/46) ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) afirmando que el Estado Peruano no protegió su inversión al no resolver el bloqueo de las vías hacia sus instalaciones, pese a que formuló reiteradas solicitudes de asistencia a la policía, a los fiscales y diversos órganos del gobierno. Aún no se cuenta con una decisión sobre la controversia; sin embargo, lo que resuelva el Tribunal en este caso podría marcar una línea de reclamos contra el Estado Peruano.

**Segundo**, está la problemática vinculada al procedimiento de consulta previa. El 5 de diciembre de 1993, el Estado Peruano ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y cuyos acuerdos entraron en vigor en 1995. Pero fue recién en el 2011 que se reguló en nuestro país a través de la Ley N° 29785 y se reglamentó a través del Decreto Supremo N° 001-2012-MC. La consulta previa, como lo define el artículo 2 de la Ley N° 29785, es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo.

Este procedimiento también es aplicable al sector minero. Sin embargo, no todo procedimiento minero está sujeto a la evaluación de consulta previa. La Resolución Ministerial N° 403-2019-MINEM/DM precisa qué actos administrativos están sujetos a consulta previa, mientras que, en el 2021, mediante Resolución Ministerial 254-2021-MINEM/DM, se modificó la oportunidad del inicio del procedimiento.

Los problemas en torno a la consulta previa son varios pero los que consideramos que podrían abrir una ventana de reclamos son **(i)** la demora excesiva por parte de la Administración para emitir su decisión, y **(ii)** la reciente posibilidad de exigir su realización incluso en etapas iniciales (como la exploración minera), volviendo más compleja la actividad minera.

**Tercero**, vinculado al punto anterior, están los recientes casos de anulación de concesiones otorgadas sin realizarse el procedimiento de consulta previa durante el periodo 1995-2011. En aquellos años en que la consulta

previa no estuvo regulada en nuestro país, se otorgaron diversas concesiones mineras. Recientemente, se han emitido sentencias en dos procesos de amparo<sup>1</sup>, en las que el Poder Judicial anuló el otorgamiento de una concesión o el acto administrativo que aprueba el inicio de la etapa de explotación por no haberse realizado la consulta previa. Estas decisiones por parte de uno de los poderes del Estado podrían interpretarse y alegarse como un acto de expropiación indirecta.

Un reclamo similar en contra del Estado Peruano ha sido recientemente resuelto. En el 2017, en el marco del arbitraje CIADI iniciado por la empresa canadiense Bear Creek Mining Corporation (ARB/14/21), el Tribunal resolvió que el Decreto Supremo 032-2011-EM en el que se revertía una concesión minera constituía una expropiación ilegal indirecta de la inversión, lo que ameritaba la indemnización a favor del inversionista.

Ante los problemas mencionados hay dos posibles escenarios: que nos encontremos frente un inversionista **no** protegido por un tratado internacional o uno que **sí** lo esté. Debemos precisar que no por la sola existencia de un tratado internacional se goza de protección. Para ser un inversionista protegido, la nacionalidad de un inversionista es el requisito principal. En algunos tratados, por ejemplo, únicamente se exige la incorporación del inversionista en el otro Estado signatario para gozar de protección, mientras que en otros tratados se exige tener la sede o el centro principal de los negocios o actividades en el territorio del otro Estado.

En el caso del inversionista no protegido por un tratado internacional, este solo podrá recurrir a los tribunales locales para ventilar su reclamo contra el Estado Peruano; mientras que el inversionista protegido no solo tendrá a disposición los tribunales locales, sino que podrá recurrir a un arbitraje de inversión ante el CIADI.

Este último escenario es el que podría ser más complejo. El Perú tiene a la fecha más de 20 tratados de inversión vigentes, que contienen compromisos recíprocos para proteger inversiones hechas por nacionales del otro Estado signatario en su territorio. Entre los tratados más importantes tenemos a los celebrados con Chile, España, Colombia, Estados Unidos, Canadá y China.

En su mayoría, estos tratados recogen las siguientes protecciones estándar a la inversión extranjera:

Protección y seguridad plena. Consiste en el deber del Estado receptor de la inversión de adoptar medidas razonables de prevención que cualquier Estado “bien administrado” podría otorgar en las mismas circunstancias. Este deber puede ser incumplido de forma activa o pasiva. En el caso de los titulares mineros que sufrieron ataques a sus inversiones como consecuencia de los problemas sociales y la inacción del Estado Peruano, podría evaluarse si nos encontramos ante el incumplimiento de este deber.

Trato justo y equitativo. Se infringe este deber cuando se incumplen las legítimas expectativas respecto a la estabilidad y previsibilidad del ordenamiento jurídico y económico que un inversionista tuvo al momento de hacer la inversión. Este deber prohíbe la adopción de medidas arbitrarias e irrazonables e impone respeto por el debido proceso. Aquí podríamos encontrar el reclamo de los titulares mineros que estuviesen a la espera de una decisión del procedimiento de consulta previa habiendo vencido de forma excesiva el plazo para ello.

No expropiación sin compensación. Consiste en la obligación del Estado receptor de la inversión en expropiar solo si se tiene un fin público, sin discriminación, asegurando el debido proceso y otorgando una compensación pronta, adecuada y efectiva. Si la anulación de las concesiones afectara a un inversionista protegido debería evaluarse, caso por caso, a fin de determinar si se configura una violación a este deber. Así como es importante tener presente las protecciones en beneficio del inversor, es más importante aún tener en consideración ciertas particularidades que pueden recogerse en algunos convenios y que podrían perjudicar el reclamo internacional del inversionista.

Por un lado, está la famosa cláusula “fork in the road”. Esta cláusula impide al inversionista poder llevar reclamos paralelos sobre la misma medida, con lo cual se busca evitar el riesgo de decisiones contradictorias. Sin embargo, no es tan simple establecer si estamos ante una acción local que involucre la misma violación que se alegaría en el arbitraje internacional, donde se invocan violaciones a estándares de protección bajo un tratado. Por lo que hay

<sup>1</sup> Expedientes N° 1436-2011-0-2101-JM-CI-03 y N° 00102-2020-0-0107-SP-CI-01.

cierto grado de flexibilidad en lo que se puede entender por una reclamación similar. Por ello deben analizarse cuidadosamente las acciones a nivel local que tomará un inversionista pues dichas acciones podrían luego representar un obstáculo para iniciar un arbitraje de inversión.

Por otro lado, tenemos las limitaciones temporales. La figura de la prescripción también está presente en los tratados internacionales y con ello el deber del futuro demandante de presentar su demanda en la oportunidad debida. En ciertos tratados, por ejemplo, no se regula la figura de la interrupción de la prescripción; por que el tiempo destinado al trato directo entre las partes o la notificación al Estado receptor de la inversión sobre la existencia de una controversia no interrumpe el plazo de prescripción. Algunos Tribunales CIADI han compartido la opinión de que el único hecho que interrumpe la prescripción es la presentación de la demanda.

Partiendo de estas particularidades, el inversionista que considere haber sido afectado por alguna acción u omisión del Estado Peruano y evalúa la opción de iniciar un arbitraje de inversión debe implementar una estrategia desde la etapa inicial de la controversia a fin de no perjudicar su futuro reclamo y plantear su demanda de forma oportuna.

Hasta este punto, podemos advertir que, hoy, como consecuencia de toda la problemática presente en el sector minero, el Estado Peruano está expuesto a diversos reclamos que podrían derivar en un arbitraje de inversión que no solo se tornarán en cuantiosas indemnizaciones, sino que seguirán incrementando el -lamentable- récord que mantiene nuestro país, como uno de los más estados demandados ante el CIADI.



**jaj@prcp.com.pe**

ASOCIADA

VER PERFIL

