

CAEI

Centro Argentino
de Estudios
Internacionales



DERECHO Y FINANZAS INTERNACIONALES DEL SECTOR MINERO

by Hernany Veytia

*Working paper N° 66
Programa Derecho Internacional*

DERECHO Y FINANZAS INTERNACIONALES DEL SECTOR MINERO

Por Hernany VEYTIA¹

Abogada / Árbitro y Consultor Internacional BNM con sede en Londres.

Las finanzas corporativas, contrariamente a lo que se piensa por ahí, tiene poco de especulativo y mucho de experiencia. Frecuentemente cuando algo da buen resultado se reiteran o al menos se intenta replicar el éxito. Cada vez más allá de la experiencia anterior cubriendo poco a poco más territorios y más sectores industriales. En toda estructuración financiera el eje del éxito radica en el concepto de “riesgo”: posibilidad de trasladarlo, reducirlo, o asumirlo y ser retribuido por ello. Día a día vemos como los mercados financieros tratan al “crédito” como algo medible, gestionable y transferible. La exposición a correr un riesgo puede resultar en pérdidas imprevistas y por ello los legisladores, o los abogados al redactar el contrato en lo futuro lo intentan controlar.

En el sector minero los bancos juegan un papel importante, indispensable, pero incompleto. Otros aspectos financieros tocan a otros jugadores:

Φ las aseguradoras,

Φ afianzadoras (por ejemplo con sus performance bonds),²,

ϕ los mercados de capitales (la mayoría de las empresas mineras listan en bolsas de valores sus acciones y algunas incluso sus deudas (obligaciones)),

ϕ intermediarios financieros (brokers que tratan con derivados), y más consultores financieros y legales que participan en la venta (muchas veces a futuro) de los metales.

¹ Abogado y árbitro internacional, radica en Roma, Londres o donde surjan proyectos de inversión o arbitrajes. Gran parte de sus ratos libres los dedica a sus hobbies: la guitarra clásica y la investigación jurídica. En su primera juventud fue profesora de la Universidad Iberoamericana de Ciudad de México, estudió desde licenciatura a doctorado en la Universidad Panamericana de Ciudad de México, el LL.M. en la Universidad de Yale y estudios postdoctorales en el Instituto Suizo de Derecho Comparado, Centro Europeo de Estudios Universitarios de Turin, Max Planck de Hamburgo y Munich y Universidad de Naciones Unidas en Jordania, y miembro corresponsal de UNIDROIT en América Latina. Antes de descubrir el apasionante mundo del gobierno corporativo, infraestructura y arbitrajes se ganaba la vida como Gerente Jurídico de Chrysler, Mercedes-Benz, de un banco que ahora es HSBC y Socio de Deloitte & Touche. Se agradecen los comentarios al presente artículo en hernanyveytia@gmail.com

² Un caso interesante es el de la minera de hierro de Bolivia donde una empresa de la India se comprometió a invertir x cantidad en un determinado plazo, pasó el término y cómo no se realizó tal inversión el gobierno cobró las garantías. La empresa de la India argumentó que el retraso se debió a que no le otorgaron los permisos y derechos de paso oportunamente. El caso está en arbitraje. Los llamados Performance Bond, suelen ser muy similares a una Carta de Crédito (Standby credit): Son garantías que un banco o afianzadora otorga, en caso de que la parte que le contrata incumpla: “Performance bonds range in type from an undertaking to pay the beneficiary on simple demand, or on demand coupled with a statement by the beneficiary that the person at whose request the bond was issued (“the account party”) is in default (a “demand guarantee”), to an undertaking to pay only upon proof of default by the account party, such as the production of an arbitration award or judgment in favour of the beneficiary, or a signed admission of default by the account party”. G. ANDREW & MILLET: Law and Guarantees, 4th ed (London 2005) 525.



El negocio minero, para que sea redituable necesita reconocer y proteger la interdependencia de los diversos grupos de interés. Las empresas mineras no son entes caritativos, ni son ladrones con buenos contadores y abogados y menos aún son sustitutos del Estado (que trae luz, caminos, puentes, puertos, ferrocarril, hospitales y escuelas para lejanas poblaciones). La sustentabilidad, o responsabilidad social corporativa³ no brota por generación espontánea ni como un punto de toque de voluntades contrapuestas entre una comunidad local y una empresa minera internacional. La sustentabilidad es lo primero en intención y último en ejecución en el negocio minero. Nada se logra sin los debidos contratos, estatutos sociales, y permisos administrativos. A todos interesa que la mina sea redituable (corporate financial performance).

El presente artículo aborda las diversas estrategias empresariales que requieren ser documentadas y protegidas con toda la fuerza que la autonomía de la voluntad y el derecho nacional e internacional otorguen para reducir riesgos aprovechando el crecimiento que el sector minero esta experimentando como causa (y efecto) del crecimiento de países como China e India.

I.- DESLOCALIZACIÓN DEL O LOS CONTRATOS Y ESTRUCTURAS CORPORATIVAS INTERNACIONALES

Las complejas transacciones del sector minero encuentran su “talón de Aquiles” en el derecho local. Millones de dólares se juegan a la discreción del poder judicial nacional y en ocasiones el tiempo de otorgar o no una licencia depende de la discreción de un funcionario gubernamental del lugar donde se encuentra el lejano yacimiento minero.

Por eso, a nadie extraña que en la medida de lo posible, la materia comercial y corporativa se tienda a la deslocalización contractual y arbitral. No resulta raro recomendar a clientes contratos paraguas, o proceder a la fragmentación de los derechos y obligaciones de las partes en varios contratos en lugar de someter todo a una sola jurisdicción en un solo instrument legal. Dependiendo de las circunstancias, también se presenta el caso de incorporación de sociedades madre (holding), o comercializadoras de metales (tradings) que ayuden a reducir el

³ Sobre el término Responsabilidad Corporativa puede verse UNCTAD, The Social Responsibility of Transnational Corporations (New York and Geneva, United Nations, 1999) y otros trabajos de la UNCTAD disponibles en www.unctad.org/ia

riesgo de cambio de moneda, pago de tasas altas de interés, y además permiten las ventas entre empresas relacionadas a precios de transferencia muy convenientes. Las transacciones frecuentemente se protegen (hedging) para evitar:

a)Alza de precios de materia primera (commodity futures)

b)Cambios en tasa de interés (interest rate swap)

c)Cambios en tipo de cambio (euro/dólar/real/peso/yen) (currency swap)

d)Arbitraje (alguien nota que un tipo de metal o acción se cotiza diversamente en Shangai que en Londres, compra barato y vende caro vía spot y así inmediatamente obtiene una utilidad que aunque pequeña por el volumen se vuelve importante⁴ nivelando la eficiencia de los mercados globales...)⁵

A principios de septiembre 2010, la empresa brasileña VALE negoció una línea de crédito con bancos chinos para la construcción de 12 barcos, en el entendido de que el constructor de los navios sería la empresa china Rongsheng. Con este financiamiento del 80% del costo de las naves que son pagaderas a 13 años, VALE podrá reducir el costo de transporte de sus minerales, particularmente hierro.

Otro ejemplo de proyectos a largo plazo (no siempre felices para las empresas que cuentan con el mineral, pero no con los recursos financieros para explorarlo y/o explotarlo) es el caso de la empresa china Minmetals Non-Ferrous Metals Co. Ltd para la exploración en colaboración de la empresa estatal chilena Codelco en yacimientos de cobre en Latinoamérica y Africa. En su momento Codelco recibió un pago adelantado de 550 millones de dólares por aceptar celebrar el contrato de joint venture para suministrar 55,750 toneladas de cátodos de cobre al año a Minmetals por quince años. Esta transacción se estructuró como un project finance without recourse to Codelco (un préstamo a una empresa de propósito específico donde Codelco responde únicamente con el flujo de efectivo que genere el proyecto, no con sus propios activos). De este modo las utilidades quedaban en la empresa de propósito específico, donde participa Minmetal, aunque el precio de los cátodos de cobre variara durante la vida del contrato. (Varió tanto el precio del cobre que llevó a Codelco, después de presiones sociales y políticas a renegociar el contrato en 2008, dos años después de celebrado).

⁴ Ejemplo de lo catastrófico que puede suceder sin reglamentación y control debido este tipo de arbitraje, es el caso de Jerome Kerviel en Francia

⁵ El arbitraje financiero (no se confunda con el mecanismo de solución de controversias) es simplemente cubrir las lagunas que dejan los mercados, contribuyendo a que los mercados tiendan a comportarse en modo similar en todo el mundo. By buying under-priced assets, they cause market prices thereafter to rise, and by selling overpriced assets, they cause market prices thereafter to fall. J. BENJAMIN, Financial Law, London (2007) 89

Lo que llama la atención es que frecuentemente las contrapartes de las empresas mineras que aceptan celebrar con una empresa de propósito específico (especialmente constituida para la transacción) no soliciten de la empresa madre, la respectiva responsabilidad solidaria mediante las llamadas Comfort Letter⁶

II.- LO ACCESORIO NO SIEMPRE SIGUE LA SUERTE DE LO PRINCIPAL. IMPORTANCIA DE LAS GARANTÍAS Y SEGUROS EN LA INDUSTRIA MINERA

Con el fin de reducir el riesgo de la costosa exploración minera, es frecuente realizar ofertas iniciales de acciones (conocidas por sus iniciales en ingles de initial public offer, como IPO) en bolsa de valores (en el AIM (Alternative Investment Market) de Londres o en la de Toronto en Canadá, que es una de las más activas en el sector de minas, petróleo y gas). Con estas IPO se logra obtener capital sin perder control y con la reducida, pero importante, obligación de realizar reportes frecuentes. Para realizar la exploración se requiere maquinaria cara, que suele ser tomada en arrendamiento por la empresa exploradora. En Perú ha dado muy buen resultado que sean los ejidos (comunidades locales) quienes compren esta maquinaria, con un préstamo que les de el banco, asegurándose previamente que existe tal contrato de arrendamiento con la empresa minera. De este modo los fondos que recibe la comunidad local son a título oneroso y no como una limosna de la empresa minera. Mediante este tipo de soluciones que requieren no sólo creatividad legal, sino conocimiento del entorno minero, se ha logrado reducir el costo de los extorsionadores que con máscara ecológica o social piden cantidades cada vez mayores a las empresas mineras. En algunos países, como México, ya existe la posibilidad de constituir una prenda sin transmisión de posesión al acreedor prendario, por lo que se puede pagar la maquinaria con su propio desempeño.

Para llevar a cabo proyectos mineros donde intervienen varias partes, incluyendo subcontratistas ha dado buen resultado el reducir el pago de seguros mediante la constitución de una sola póliza integral que abarque todos los riesgos del proyecto, independientemente de quien tenga la culpa

⁶ Comfort letter is one in which a lender may take from a third party to a transaction, for example the parent company of the borrower, in order to be able to demonstrate –to itself- that the third party approves of or supports (in business terms) the proposed transaction between lender and borrower. For example, a comfort letter will often confirm that the parent will (or intent to) continue to own the borrower M. HUGHES, Legal Principles in Banking and Structured Finance, 2nd ed (2005) 60



del siniestro. Las llamadas pólizas “wrap-up” que en varias jurisdicciones son ampliamente conocidas en el sector de la construcción han demostrado ser muy útiles en el sector minero, sin embargo en otras jurisdicciones es difícil poder aprovechar ciertos productos de las aseguradoras y reaseguradoras extranjeras por limitaciones a la autonomía de la voluntad y las normas imperativas.

Otro tema que aparentemente es accesorio, pero que suele ser prioritario en el sector minero es el transporte. Desde la mina al puerto de destino. BHP por ejemplo para reducir sus costos de bodegas y tiempo de traslado para ventas realizadas al London Metal Exchange, utiliza naves bodega que están en aguas internacionales hasta el momento en que sea el momento de entrega y le sea informado el lugar de entrega.

En Perú tres diferentes empresas mineras propusieron un mineroconducto para el traslado de metales; pero como los mineroconductos requieren de mucha agua y su construcción tendría que estar financiada al 100% por las empresas, las mineras que operaban en la zona sumaron esfuerzos con el gobierno regional y decidieron construir un ferrocarril que además permitirá el cofinanciamiento con entidades del Estado. De este modo, el tren beneficiará no sólo a las tres empresas mineras que propusieron un mineroconducto para el traslado de metales sino que dicho tren servirá para comunicar a diversas poblaciones de la sierra con la costa, lo que si se supiera aprovechar podría generar un desarrollo comercial y agrícola. Por actos como este, la minera Newmont, principal accionsita de Yanacocha en Perú por cuarto año consecutivo fue seleccionada para formar parte del Índice de Sostenibilidad de Dow Jones (DJSI por sus siglas en inglés), debido a su desempeño económico, social y ambiental.

III.- LEX NEGOTII

El primer y más importante componente del derecho financiero en el sector es ni más ni menos que “lo que pasa” (mining practice). Es la *lex mercatoria*⁷ en acción. Pero las prácticas, el “benchmark” no es sino copiar lo que hace el vecino, en otras palabras el primero que la realiza corre el riesgo y sus consecuencias... después viene la regulación o los seguidores,

⁷ La definición más vieja que he encontrado es la de Goodwin v Robarts en (1875) LR 10 Exch 337, 346 donde a la costumbre se le otorga la calidad de fuente de derecho: The law merchant... is neither more nor less than the usages of merchangs and traders in the diferente deparments of trade, ratified by the decisions of Courts of law... By this process, what before was usage only, unsanctioned by legal decisión, has become engrafted upon, or incorporated into, the common law, and may thus be said to form part of it”

(competidores). Hay asociaciones, o cámaras de comercio que dan ciertas reglas, principios, códigos de conducta, criterios, lineamientos... pero que no tienen fuerza de ley, salvo que quienes forman parte de la asociación se someten a las reglas del club. A manera de ejemplo en materia de derivados financieros para reducir el riesgo de tipo de cambio (volatilidad) en el valor del metal está la ISDA (International Swaps and Derivatives Association)⁸ y para los títulos valor está la International Capital Markets Association (ICMA).⁹ Para el sector minero, una muy buena fuente de soft law es el ICCM (International Council on Mining and Metals se estableció en 2001 y actualmente lo integran 18 de las mineras más grandes del mundo, así como 30 asociaciones mineras nacionales y regionales y asociaciones de commodities (metales). Por lo que toca a la prospección en Canadá es bastante activa la PDAC (Prospectors and Developers Association of Canada),¹⁰ a la exploración la AMEBC de Canadá (Association for Mineral Exploration British Columbia)¹¹ a la explotación el Institute of Materials, Minerals and Mining. El IMMA tiene 4 divisiones: Applied Earth Science (AES), Mineral Processing & Extractive Metallurgy (MPEM), Mining Technology (MT) and Petroleum & Drilling Engineering (PDE)

Dada la gran diversidad en el marco regulatorio, institucional y cultural en el sector, las empresas mineras, sus proveedores y clientes actúan bajo estándares internacionales (lex mercatoria) que son comúnmente aceptados entre ellos. Como podrá percibir el lector, este artículo no abordará los aspectos de técnica jurídica para lograr la implementación de estrategias internacionales, sino que se centra en el llamado “nuevo derecho corporativo -no solo comercial- (lex negotii)” que tiende a lograr no sólo la certeza jurídica sino también a un crecimiento sustentable. Hoy por hoy en Europa ya no basta que se entreguen diamantes, oro u otros minerales, se requiere que vengan de fuentes sustentables. Cada vez cobra mayor importancia los aspectos éticos, sociales y ambientales en toda la cadena de proveedores. Varias empresas mineras grandes cuentan con un acuerdo marco que es firmado con todos los clientes y proveedores. Como puede verse la lex negotii del sector minero no se reduce a la normativa minera vigente en el lugar donde se encuentra el yacimiento (compliance and regulatory limits) sino también incorpora las mejores prácticas en el sector a nivel global, incluyendo códigos de conducta, estándares de desempeño e iniciativas voluntarias por las empresas que operan en determinado sector.

⁸ www.isda.org

⁹ www.icma-group.org

¹⁰ <http://www.pdac.ca/>

¹¹ <http://www.amebc.ca>

Como punto de partida se pueden tomar el documento de la OECD para las empresas multinacionales,¹² como punto de llegada el que las minas, ubicadas en lugares apartados cuenten con un adecuado monitoreamiento y aplicación de las políticas corporativas, mejores practicas del sector y marco regulatorio local, nacional e internacional. En los Estados Unidos ya existen casos en donde la ATCA (Alien Tort Claims Act) faculta a organizaciones intergubernamentales (Intergovernmental organizations) para monitorear y darles derecho de acción contra empresas multinacionales que violan derechos humanos. Un ejemplo es el caso de Doe v. Unocal.¹³ Sin embargo son muy pocos los casos que se conocen. Más bien abundan los de fórum non conveniens cuando se quiere demandar a una empresa americana en los Estados Unidos por actos realizados en el extranjero. Panamá ha pasado una nueva ley en que determina que no es competente, de tal suerte que abre así la posibilidad de que los asuntos panameños sean resueltos en tribunales americanos.

IV.- IMPORTANTES ASPECTOS A CONSIDERAR EN CONTRATOS Y PERMISOS MINEROS

Para lograr que la extracción de recursos naturales contribuya al desarrollo económico y social del país en donde se encuentran las minas es de prioritaria importancia atender a:

- a) Control, uso y administración de la superficie (incluyendo sus rutas de acceso)
- b) Acuerdos con las comunidades locales y con los diversos grupos de interés
- c) Relaciones laborales
- d) Relaciones con los pequeños mineros en las intermediaciones
- e) Cuidado del medio ambiente. Por ejemplo el cuidado de emisiones, aguas, (effluents), basura incluye aspectos de determinación y gestión de riesgos relacionados con: piedras que no sirven, relaves (tailings), sludges metal leaching, desechos peligrosos), afectar el subsuelo, particularmente si se encuentran lagos, ríos o corrientes de agua subterráneas. Otro punto a tomar en consideración es el costo que lleva realizar explotación a cielo abierto o si se trata de mina subterráneas y cómo es el tratado de los canales (uso de madera o material que evite derrumbes, pero al mismo tiempo que no contribuya a la deforestación de la zona), polvo o ruido durante las normales operaciones de la mina lleguen a poblaciones vecinas. Cómo afectan los impactos sísmicos por el uso de explosivos que se utilizan para abrirse camino en la mina.

¹² OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 27 June 2000, pp. 3-4 <http://www.oecd.org/dataoecd/56/36/1922428.pdf>

¹³ 963 F Supp 880 US Dist Ct, CD Cal 25 marzo 1997 noted in 92 AJIL 309 (1998) y también el caso Wiwa v Royal Dutch Petroleum Company 96 Civ 8389 (SDNY)

Esto es ir un paso más adelante de los reclamos sociales y ambientales contra las empresas mineras, que muchas veces tienen su raíz en grupos mal llamados ecologistas que no son sino extorsionadores de multinacionales, porque si frente a la misma catástrofe natural o social se topan con una empresa nacional se lavan las manos. Muestra de lo anterior es el caso de la explotación de una empresa de fertilizantes en Puebla, México, Dragón Agricultura Nacional S.A. o la explotación de minas de carbón en China donde los grupos ecologistas no mostraron su mismo activismo.

Las empresas mineras están obligadas a cumplir con sus políticas internas, la normatividad nacional y con tratados internacionales, especialmente los relativos a cuestiones laborales (como los de la OIT) o los anticorrupción. Cuando una minera no acepta los reglamentos sociales, estos grupos agitadores pueden actuar con violencia e impunidad. Se han dado casos en que han causado daños a los activos mineros y a los trabajadores y funcionarios de la empresa minera. Si quien se encuentra en las apartadas zonas mineras, acepta las extorsiones de estos grupos pseudoambientalistas el problema se complica porque cada vez exigen más, hasta que la empresa minera incurre en notorios actos de corrupción (Como en el caso de Blackfire Exploration en Chiapas, México). Por otra parte el país esta obligado, por tratados bilaterales o multilaterales de inversión a proteger las inversiones mineras. Lo que en ocasiones lleva a dedicar recursos gubernamentales (incluso militares) a la protección de la inversión (como en el caso de varias mineras en Colombia).

En otras ocasiones el problema es a la inversa, existen justos reclamos contra una empresa trasnacional en el sector de recursos naturales y los países donde se encuentra el principal asiento de sus actividades cuenta ante daños extracontractuales con jueces que invocan el velo corporativo y/o falta de jurisdicción o el llamado forum non conveniens. Con lo que dejan a las víctimas sin derecho a la indemnización o a una indemnización de acuerdo al derecho donde se encuentra localizada la mina, que suelen ser muy modestas. Otro hecho que se da con mucha frecuencia, es que se constituye una sociedad mercantil para cada proyecto minero y así en cuanto no resulta rentable se terminan las relaciones laborales sin que los trabajadores puedan tener derecho de acción contra las otras empresas del grupo. En ocasiones, a algunos geólogos o personal calificado como favor les invitan a trasladarse a la otra mina, pero sin reconocer sus derechos laborales adquiridos con otras empresas del grupo.

Un principio universal de derecho corporativo es que existen empresas cuya responsabilidad es hasta por su patrimonio (no el de sus accionistas)¹⁴. En el sector minero este principio cobra particular importancia, por ejemplo en Chile la mina San José donde quedaron atrapados varios meses bajo tierra más de treinta mineros, los costos de rescate (y en su caso indemnización) son mayores a la inversión realizada, por lo tanto se declara en insolvencia. También se declaró en insolvencia la mina El Cubo en el estado de León Guanajuato, a algunos trabajadores les ofreció relocalizarlos en Chihuahua, principalmente a los geólogos donde los accionsitas tenían otro yacimiento de oro. El Cubo esta en huelga, pero los accionsitas sólo responderán hasta por el monto de lo que invirtieron en esa mina que resultó tener poco contenido de oro, tan poco que resulta más caro extraerlo y procesarlo que dejarlo ahí.

V.- LA MAYORÍA DE LOS PROBLEMAS MINEROS SON AMBIENTALES Y SOCIALES

En España muchos permisos o concesiones administrativas se otorgan sin perjuicio de derechos pasados o presentes de futuros. Esto no sucede en otros países, de ahí que con posterioridad a que se ha llevado a cabo la inversión se corre el riesgo de que existan reclamos sociales o ambientales por parte de diversos grupos de interés. El derecho local por lo general no es claro respecto a quien tiene el derecho de acción para presentar una demanda contra la empresa minera (o lo que en ocasiones es peor para la reputación de la misma, publicar o poner en conocimiento de los medios de información los supuestos daños sociales y ambientales de las mineras. A manera de ejemplo:

ECUADOR.- La filial minera canadiense en proceso de quiebra Merendon Mining (Merendon del Ecuador. SA) figura actualmente como la propietaria de una mina en litigio en Ecuador, donde se ha desplazado a la población sin indemnización y donde existen procesos ambientales. Una empresa del grupo también esta afrontando un proceso iniciado por la SEC (Securities and Exchange Commission) porque los accionistas de la empresa holding realizaron lo que se conoce como fraude pirámide o esquema de Ponzi, donde las ganancias (o en este caso intereses) de los primeros son pagadas por las inversiones de los siguientes. Esta empresa

¹⁴ Y ni hablemos en México del uso y abuso de la figura del fideicomiso. Alternative limited liability vehicles are also available. These may also have corporate personality, as in the case of a limited liability partnership, or not, as in the case of a limited partnership. Indeed, a synthetic form of limited liability may be created contractually, through limited recourse drafting in contracts with creditors. This involves defining a liability as being limited to the extent of assets available in an identified fund. Historically, this way widely relied on by commercial companies before the availability of limited liability incorporation. HANSMANN AND KRAAKMAN, *The Essential Role of Organizational Law*" (2000) Yale Law School 110, 287, 430.

consiguió 3,000 inversionistas de USA y Canadá a quienes prometió ganancias entre 18 y 36% y aseguraba que sus inversiones estaban garantizadas por el oro del yacimiento de las minas, incluso se contaba con una refinería en Honduras. La red de estructuraciones financieras incluyó cuentas bancarias en diversos países, entre ellos: Estados Unidos, Canadá, Bahamas, Belice, Bermuda, Ecuador, Honduras, Malasia, Panamá, Perú, Portugal y Venezuela. Los fondos se utilizaban principalmente para los millonarios gastos personales de los señores Brost y Sorenson y sus familias que incluían desde la compra de ranchos de lujo en África hasta la producción de una película dirigida por una de sus hijas. Actualmente se encuentra abierto el proceso judicial colectivo (class action) en los Estados Unidos. La demanda de la Securities and Exchange Commission vs Merendon Mining et al puede consultarse en <http://www.fraudsandscams.com/MerendonMining/Complaint.pdf>

MEXICO.- Minera San Xavier, subsidiaria de la empresa canadiense New Gold inició, con todas las licencias necesarias, operaciones en Cerro San Pedro en San Luis Potosí. Justo a pocos metros (no kilómetros) de donde se encuentra una de las iglesias más antiguas del Estado. En su momento la población se vio interesada en que llegara una empresa minera, puesto que eso significaría creación de empleos, sin embargo no se generaron tantos como habían sido las altas expectativas de la población. Llegaron agitadores sociales, la empresa cometió el error de pagar por su silencio y no hizo sino acrecentar sus demandas. La empresa invirtió en proyectos ambientales, educacionales, incluso remodeló la iglesia... pero un juez local decidió que el permiso ambiental con que solicitaron la autorización no era vigente y el asunto se complicó en la medida que se sumaron abogados, "lobistas" o abogados con contactos gubernamentales. Actualmente la mina esta cerrada, ocasionando grandes perdidas para todos.

GUATEMALA.- Mina Marlín, inició con fondos del Banco Mundial (IFC) pero su órgano de control en 2005, después de quejas en que se argumentaban violación al Convenio OIT No. 169, apuntó que el IFC incurrió en varias irregularidades al aprobar el proyecto. Actualmente el proyecto es propiedad de una filial de la empresa canadiense Goldcorp, la empresa minera de oro de menor costo de operación y mayor crecimiento en las Americas. Es una mina de oro y plata cuya producción durante el año 2007 fue de 227,233 onzas de oro y 2,837,204 onzas de plata. Actualmente se encuentra cerrada, el gobierno otorgó medidas cautelares a las 18 comunidades indígenas

SANTO DOMINGO.- 6 Jóvenes de Santo Domingo sometieron un recurso de amparo para que Barrick Gold cese con las operaciones de instalación en la mina de Pueblo Viejo en Cotui, esto ante la falta de una licencia ambiental. Según los jóvenes, después de respuesta ambiguas, negación de información de parte del ministerio de Ambiente y tras un estudio profundo de la Ley 64-00 de Medio Ambiente y Recursos Naturales decidieron interponer dicho recurso. Sus puntos petitorios son emitir una medida cautelar de paralizar los trabajos de construcción e instalación de una planta de procesamiento de minerales en la mina de pueblo viejo en Cotui, hasta tanto estos tengan una licencia ambiental que les permita operar e instalarse, respetando siempre el principio de precaución y certeza científica que la legislación ambiental estipula. Exigen mayor transparencia.

VI.- TRATADOS BILATERALES Y MULTILATERALES DE INVERSIÓN

¿Afectan estos factores la inversión minera? ¿Pueden arriesgarse las grandes empresas mineras a perder por estos factores su inversión? Obviamente la respuesta es que depende de las expectativas de ganancia y el modo de reducir el riesgo. Lo cierto es que los tratados bilaterales y multilaterales de inversión no deben ser considerados como un seguro a favor del inversionista, que ya desde el momento de realizar la inversión contempla dentro de sus cálculos el riesgo país. (A modo de ilustración puede verse la obra de LAFFONT & MARTIMORT, "The Theory of Incentives: The Principal-Agent Model" (2001).

De acuerdo a las ultimas estadísticas del CIADI, el 30% de los casos involucran partes de Sudamérica, en 2010 el 36% de sus casos versan sobre petróleo y minería. Tan solo en los últimos cinco años han llegado al CIADI casos sobre demandas de inversionistas a países que no les otorgaron la licencia ambiental para continuar con sus proyectos.

Algunos de los recientes casos mineros en el CIADI del Banco Mundial donde se han argumentado violaciones a los tratados de inversión por parte de los estados en donde se encuentran las minas se encuentran sujetos a proceso. Por ejemplo, en el caso de Nicaragua o El Salvador porque después de haber realizado los costosos trabajos de exploración el Estado no ha dado la concesión de explotación. Similar el caso Abengoa en Zimapan, Hidalgo, México donde el gobierno federal y estatal dieron sus autorizaciones pero no el municipio para la construcción de un basurero de tóxicos.



Los tratados de inversión facilitan enormemente a las empresas mineras el poder demandar a un estado soberano, pero a contrario sensu, la población local no tiene derecho de acción en contra del estado de la empresa minera. La Convención OIT 169 Art. 15(2) ha dado lugar a sustanciales indemnizaciones para quienes argumentaron falta de una adecuada compensación ('fair compensation and damages'). Esta convención puede servir para justificar pagos legales a las comunidades en lugar de caer en las extorsiones de grupos ambientalistas, sectas religiosas, o movimientos políticos insaciables y a los ejidos o comunidades locales les ayudaría a tener una más digna y sana relación de interdependencia con la empresa minera.

VII.- EL SANO NEGOCIO MINERO REQUIERE DE ADECUADOS CONTRATOS, PERMISOS ADMINISTRATIVOS Y CONVENIOS CON LOS GRUPOS DE INTERÉS

Son muchos los grupos de interés relacionados con el sector minero: los clientes, proveedores, empresas relacionadas, quienes prestan el servicio de transportación, el gobierno (federal, local, municipal), los titulares de la concesión minera, comunidades en donde se encuentra el yacimiento, empresas de construcción, empresas de operación minera, bancos, entidades con quien se celebra contratos de farm-in/farm out/off take (compraventa de mineral a futuro), los intermediarios financieros que se ocupan de la emisión de acciones, y sus relativos títulos valor accesorios, como son los derivados¹⁵ relativos a la venta de los minerales, etc.

Los Gobiernos tienen mucha responsabilidad en el éxito de la puesta en marcha de las minas. Es obvio que la Administración Pública en todos sus niveles requiere de mayor compromiso y seriedad en la manera en cómo opera y cómo trata a los interesados en explorar y explotar una mina. Sería conveniente que se elaboren métodos y políticas públicas dirigidas a hacer más eficiente el trato de los Gobiernos con todos los involucrados en el negocio de la mina: algo así

¹⁵ Sobre el tema de derivados vease VEYTIÁ, Hernán; International Commercial Arbitration on Financial Derivatives en International Arbitration, LEXIS NEXIS Horacio Grigera N, Coordinador (2010). En ese artículo se tratan los llamados "forwards", "Options", "Swaps" y las plazas donde se comercializan (Over the Counter OCT). También existen los derivados sintéticos, que son los que se basan en un Swap, Un buen sitio introductorio al tema es el de www.isda.org.

Los derivados sintéticos (a quienes más de uno ha acusado de causante de la crisis financiera), sirven para:

- a) Reducir costos de transacción
- b) Evitar restricciones regulatorias (foreign ownership of certain assets is restricted in some jurisdictions, and many financial institutions are subject to restricted investment powers)
- c) Facilitar transferencia de títulos valor
- d) Riesgo de falta de liquidez (todavía no se tienen los metales)
- e) Reducir riesgo legal, como el del derecho aplicable asociado a transferencia de activos extranjeros

como una guía o check list que asegure la eficacia y la calidad en los trámites que los burócratas tienen que efectuar.

El sector minero en muchos casos se encuentra en la base de la cadena de suministros de prácticamente todas las otras industrias. Mucho del mineral es exportado a precios de transferencia con pago de pocas regalías al estado donde se encuentran los recursos naturales. En otros casos se pueden unir actividades de la empresa de tal suerte si una empresa siderúrgica es también dueña de la mina de hierro y carbón puede fácilmente realizar dumping en los mercados que considere relevantes para su crecimiento. En otros casos el modo de limitar la actividad minera es mediante los proveedores, por ejemplo limitando el acceso a la dinamita, o a los ácidos o su transporte.

Logística.- Los transportistas no sólo de producto final, sino también insumos y que el transporte del personal se realice conforme a parámetros que brinden seguridad y salud a los trabajadores. Algunas mineras con el fin de reducir riesgos prefieren subcontratar estos servicios con un tercero. Al igual que lo hacen para la administración del campamento minero.

La explotación minera esta cambiando mucho en los últimos años. No sólo bajo los estímulos del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco del Cambio Climático (UNFCCC), sino también evitando multas nacionales o riesgos ambientales derivados del uso de ciertos productos químicos (NO, SO). Las grandes mineras también están considerando utilizar fuentes alternas de energía. Por ejemplo, utilizan los créditos de carbono del Protocolo de Kyoto por utilizar energía eólica, o aprovechar el gas metano que se produce en minas subterráneas de carbón.

Canadá ha pasado una iniciativa de ley (BILL 300) para que las empresas mineras que operan en el extranjero trabajen con altos estándares de transparencia y en respeto a los derechos humanos, para ello se emiten criterios en materia de seguridad y salud.

Otro modo, para lograr la sustentabilidad en la minería, es que cada vez son más las empresas mineras que incluyen reportes sustentables conforme a los criterios del Global Reporting Initiative(GRI). En estos reportes se refleja el estado actual, la meta a alcanzar y se compara con lo realizado en el pasado. Para que estos reportes realmente cumplan su función es muy recomendable que tales iniciativas cuenten con el soporte contractual pertinente. A manera de ejemplo:

ϕ uso de agua: Es importante de donde se toma y cuanta de ella se recicla o se semipurifica para enviarla libre de contaminantes a las redes de drenaje. Véase al respecto la Convención de Basilea, en sus anexos I, II, III, y VIII así como porcentaje de agua transportada internacionalmente conteniendo desechos peligrosos

ϕ uso de electricidad : En Perú se ha dado el caso, por ejemplo, que para poder explotar el oro en los Andes, empresas mineras han construido redes de transmisión de las que también se han beneficiado poblaciones cercanas. En otras ocasiones las mineras han construido dentro del terreno de la mina su propia generadora de electricidad. Incluso se ha dado el caso de que empresas filiales de la minera sean empresas de generación de electricidad o que entre varias mineras participen en las acciones de empresas de generación de electricidad. En Brasil por ejemplo, la empresa Vale utiliza energía de fuentes renovables

ϕ manejo de desechos: Los relaves corren el riesgo de que con las lluvias contaminen los ríos o agua disponible para la población. Además por el uso de ácidos empleados conviene que los desechos sean tratados adecuadamente (lo que repercute en el costo de la operación minera) y no se diga en el caso de que se violen leyes ambientales, como lo que sucede con la minería artesanal de oro, que hasta la fecha siguen utilizando mercurio para obtener el precioso metal.

ϕ medidas para conservación de la biodiversidad: Se trata de procurar no alterar el ecosistema o restaurar el hábitat del lugar del yacimiento. Conservar las especies animales y vegetales presenta problemas en ocasiones porque ciertas autoridades dan autorización para llevar a cabo estudios de prospección y/o exploración, luego vienen nuevas elecciones y el nuevo gobierno se niega a otorgar la licencia de explotación por razones ecológicas. Un caso es el de El Salvador, Nicaragua (en CIADI) y Pajarillos Amarillos en México, una mina de oro relativamente cercana al desierto del Vizcaíno, zona protegida por la UNESCO como patrimonio de la humanidad. Greenpeace en México no se mostró interesada en darle seguimiento a este caso.

ϕ condiciones laborales incluyendo salud y seguridad: Por la naturaleza del trabajo minero las discriminaciones por sexo, raza, lugar de procedencia de los trabajadores, edad y sexo merecen especial atención. Incluso por aspectos que se refieren a las pólizas de seguro sobre la naturaleza de accidentes y muertes.



ϕ trato con comunidades indígenas: Si se les ha informado con anterioridad el alcance de actividades de la minera y sus repercusiones y si existe acuerdo escrito celebrado con esas comunidades y su validez dentro de un acuerdo marco regulatorio nacional

ϕ relación con los mineros artesanos de los alrededores: Un modo de que países con ricas reservas minerales tengan zonas de extrema miseria cerca de las minas se debe a excesos de reglamentación que impide a los pequeños mineros artesanos operar adecuadamente. Existen normas ambientales y sociales que son indispensables que cuide una empresa minera grande, pero que es imponer un peso que no pueden soportar los pequeños mineros lo que les obliga a operar en la clandestinidad y por tanto a incurrir en mayores gastos (como puede ser obtener en el mercado negro dinamita, pago de transporte más caro, etc.)

ϕ procesos metalúrgicos seleccionados: Existen procesos metalúrgicos que resultan más ecológicos que otros, aunque posiblemente no sean tan eficientes (como el caso del bioleaching donde bacterias poco a poco se comen lo que no es el mineral buscado). Las grandes mineras cuentan con departamentos de investigación y desarrollo que les lleva a obtener lo más con lo menos, incluso empresas como BHP aporta donativos a universidades, como a la Royal School of Mining (Imperial College). Con esto las grandes empresas logran una ventaja competitiva, particularmente si su metodología es protegida por patentes adecuadamente.

ϕ cumplimiento con normatividad imperativas locales (compliance): Son diversas las normas locales, y de ahí que sea necesario contar con un abogado local que advierta oportunamente de los cambios en la legislación y mantenga al día los permisos y autorizaciones que resulten pertinentes. Aunque se sabe que el costo económico de una multa local bien puede compensar la operación de seguir adelante¹⁶, en palabras del padre Gracián del siglo XVI (más breve y claro que el enfoque de Law & Economics americano): “Mas lejos llega el arrepentido en su regreso, que el justo por el camino recto” el prestigio de la empresa a largo plazo bien puede valer lo que cuesta la actualización con los permisos locales. Para ello hay quien realiza complejos análisis de sensibilidad (Sensitivity Analysis), basta verse la formula 1 (elevado a la CSR) es igual o mayor a $p(f)+s(c)+r(d)$ donde con el fin de evitar las sanciones legales o de la comunidad local la empresa minera debe incurrir en un costo (f) , para no correr el riesgo de que le cierren la

¹⁶ “Law and Economics has become a field that all interested in social sciences –the scientific explanation of social behaviour- must understand” George Priest in MARCIANO, Alain: Law and Economics London (2009)



operación (c), o sufra una reducción en la competitividad debido a los gastos de Responsabilidad Social Corporativa (CSR) respecto a otros participantes en el sector (d) . p= a la posibilidad de recibir la multa, s= posibilidad de que cierren o paren la operación de la mina; r= la posibilidad de que puedan perder competitividad. E=el esfuerzo en términos de dinero, prestigio, tiempo, recursos humanos. Por lo que puede verse en lugares donde existe poca normatividad local o donde existiendo no se haga cumplir la posibilidad de la multa baja y por tanto si a nadie le importa la CSR entonces es un costo que en esos lugares puede ser eliminado [E=0]. De hecho, salvo Brasil, Latinoamérica es el área geográfica donde menos importa (incluso por debajo de África). Esto es particularmente relevante cuando se trata del costo de un cierre de mina donde en países como Brasil, Canadá o Australia esta ampliamente regulado como “devolver” el sitio. En Venezuela la empresa minera Vale ofreció que después de explotar a cierra abierto el carbón construiría un lago y existirá una presa donde la comunidad pueda vivir de la pesca.

Entre los temas a considerar en los instrumentos legales en el sector minero pueden negociarse “alianzas” bajo la forma de joint venture o similares donde cada grupo de interés aporte (no solo reclame) algo y todos se beneficien de la operación minera. Ejemplos hay muchos y a eso se dedica la BNM (www.bnmbusiness.com), a manera ilustrativa en este artículo solo mencionamos el “Contrato de Asociación para una Gestión de Ganancias Mineras”, que se celebró dentro del marco del compromiso de Naciones Unidas para la reducción de la pobreza del milenio. En este Contrato se establecen los derechos y obligaciones de las partes:

Empresas Mineras

- Entender la pobreza en el área de la explotación minera
- Participar en diálogos de desarrollo nacional
- Apoyar el desarrollo de capacidades sociales en relación con los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODMs)

Instituciones donantes:

- Vincular el sector minero con el apoyo a la reducción de la pobreza
- Alianzas tri-sectoriales para las capacidades efectivas claves por venir
- Colaborar con las ONGs y grupos religiosos

Gobiernos de países receptores:

- Reconocer explícitamente la contribución potencial de la minería para la reducción de la pobreza
- Integrar a la minería en estrategias de reducción de la pobreza

ONGs, Sociedad civil, Comunidades:



- Participar en el Diálogo sobre políticas públicas
- Reconocer el rol de la minería en la mitigación de la pobreza
- Participar en la realización final de proyectos para la reducción de la pobreza

Ejemplo en Indonesia: PT Freeport Indonesia lanzó una asociación de dos años con la Agencia Estadounidense para el Desarrollo Internacional (USAID por sus siglas en inglés), denominada Asociación para el Desarrollo de Negocios Agronómicos Papúes (PADA por sus siglas en inglés). Con un presupuesto de dos millones de dólares. PADA construyó una fábrica local de hielo y proveyó a la organización local de la iglesia con una embarcación de siete toneladas para facilitar el transporte. Como resultado de este programa, los pescadores de Kokonau han visto sus ingresos incrementarse hasta en un 400 por ciento, haciendo la vida en las poblaciones mucho más viable para las generaciones presentes y futuras. (Working towards sustainable development' de Freeport McMoRan, disponible en el sitio web de FCX: www.fcx.com)

CONCLUSIÓN.-

Se requiere de una audaz prudencia en la planeación de una estrategia eficaz que canalice los esfuerzos de todos los involucrados en la aventura de la minería. Es indispensable que las personas interesadas tomen los cuidados más minuciosos en la planeación jurídica del proyecto. Lidar con todos los agentes que circundan la puesta en marcha y la operación de un negocio minero implica: tener la apertura de miras, el savoir faire (know-what, know-how, know-when, know-who) y el arrojo que sólo la experiencia da. No es sensato confiar a legisladores advenedizos una tarea tan delicada como es la operación de una mina. Los legisladores antes de eso son políticos y suelen dejarse influir más por simpatías de partido e influencias económicas que por análisis científicos. El marco legal debe ser completado por abogados experimentados en redacción de contratos. La orografía, cultura, ambiente exige compromiso de todas las partes involucradas para que en la mina se materialice una relación donde todos los interesados ganen, en un entorno de equidad, justicia y donde todos aprovechen su situación de la mejor manera.

La dependencia mutua de todos los grupos de interés en el sector industrial minero obliga a construir (mediante los adecuados instrumentos legales y financieros) un entorno justo en todos los sentidos: económico, social, político y ético. Un modo de alcanzar este equilibrio multipartes es incluyendo en los diversos contratos la obligación de elaborar reportes respecto a metas claras previa y claramente definidas; obligando a las partes a mantenerse en comunicación;

estipulando mecanismos para recordar frecuentemente a las partes cuál es el interés común y cómo cada tarea, o función se vincula con la meta. Mediante los contratos adecuados se puede lograr un balance entre la rentabilidad y costo a corto y largo plazo así como reducir el riesgo de la operación.