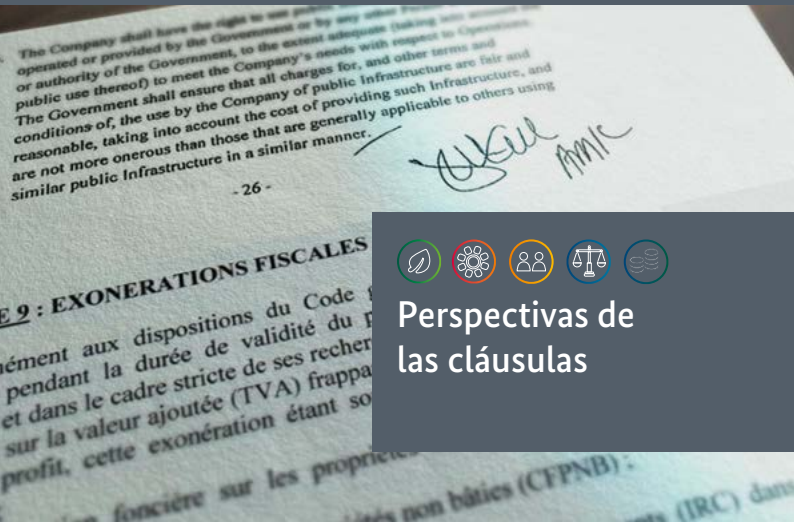
CONNEX

Contract Negotiation Support

CLAUSE INSIGHTS



Perspectivas de las cláusulas

Co-funded by the European Union

german cooperation
DEUTSCHE ZUSAMMENARBEIT

Implementado por
giz Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

CONNEX

Contract Negotiation Support

Nuestra misión

Capacitar a los gobiernos para negociar mejor las inversiones internacionales.

Nuestra visión

Inversiones que las generaciones futuras entenderán, aceptarán y de las que se sentirán orgullosas.

https://www.connex-unit.org/

Nota: Los siguientes artículos representan las opiniones de sus autores y no reflejan en modo alguno las de la Unidad de Apoyo CONNEX, su Junta Directiva, su Comité Asesor, sus empleados o sus financiadores.

Índice

CLÁUSULA 1: Cláusulas de estabilización 5

CLÁUSULA 2: Gestionar las relaciones empresa-comunidad mediante contratos de desarrollo comunitarios 15

CLÁUSULA 3: Cambio climático: aspectos que deben tener especialmente en cuenta en los contratos mineros 29

CLÁUSULA 4: Negociación de los cánones de la escala móvil: aprovechar el auge, amortiguar la caída 39

CLÁUSULA 5: Fuerza mayor – Preparar el futuro hoy 50

Como es el trabajo de Connex 60

LOU WELLS es miembro del Comité Consultivo de CONNEX y ha impartido clases en la Harvard Business School durante 47 años. Una parte importante de su labor de asesoría se ha concentrado en el apoyo a negociaciones en el sector extractivo. Sus numerosos libros y artículos han encontrado un lugar en decenas, si no cientos, de escritorios gubernamentales y estudiantiles del mundo entero. Además, Lou Wells ha recorrido decenas de miles de millas trabajando con los Gobiernos para lograr mejores acuerdos.

CLÁUSULA 1
Cláusulas de estabilización

Bienvenidos y bienvenidas a la edición inaugural de "Tan solo es una cláusula, ¿verdad?". Nuestro objetivo es informar, provocar e inspirar a los lectores y lectoras, así como, finalmente, crear conciencia sobre la importancia que tienen las cláusulas de los contratos en el ámbito de las materias primas. En efecto, sus repercusiones para la generación actual y las futuras son enormes.

La demanda mundial de materias primas críticas está aumentando con rapidez para dar respuesta a la transición energética, por lo que los contratos que regulan la exploración y producción de estas materias primas — litio, cobalto, níquel, grafito, cobre y muchas otras — se han vuelto todavía más importantes.

Conforme a la visión de lograr mejores acuerdos para los países ricos en recursos, la misión de CONNEX consiste en proporcionar a los Gobiernos que la soliciten asistencia a corto plazo, a medida y multidisciplinaria para negociaciones en materia de minería,

infraestructura relacionada con la minería y energías renovables. Nuestro Comité Consultivo está compuesto por líderes mundiales de la negociación de contratos y el sector de la minería.

En cada edición de "Tan solo es una cláusula, ¿verdad?" se examinarán cláusulas específicas, se recurrirá a los conocimientos de un o una colega y estos se compartirán con equipos de negociación que puedan estar afrontando dificultades en torno a estas cláusulas.
A continuación, sin más preámbulos, Lou Wells (LW) aborda la espinosa cuestión de las cláusulas de estabilización:

"Si, tras la fecha de entrada en vigor del Contrato, se produjera cualquier cambio o serie de cambios en las leyes o reglamentaciones de [país asociado] que redujera materialmente los beneficios económicos obtenidos, o a ser obtenidos, por el Concesionario constituido en el presente, el Concesionario podrá informar al Gobierno de manera correspondiente y posteriormente las Partes se reunirán para negociar...las modificaciones necesarias al presente Acuerdo para restablecer para el Concesionario básicamente la misma situación económica general que prevalecía en virtud del presente con anterioridad a dicho cambio o cambios. En caso de que las Partes no fueran capaces de llegar a un acuerdo... cualquiera de las Partes podrá remitir el asunto para su resolución [a arbitraje internacional]."

LW: Esta disposición de "estabilización", procedente de un contrato del sector de la industria extractiva entre un país africano y una empresa multinacional, plantea importantes cuestiones de política, así como de claridad en la formulación:

1. **¿Son las disposiciones de "estabilización" elementos que los países deberían incluir en los acuerdos del sector extractivo?**
2. **Si se van a incluir disposiciones de este tipo, ¿qué deberían estabilizar y durante cuánto tiempo?**
3. **¿Está clara esta disposición en concreto? Si no es el caso, ¿qué tipo de controversia se predeciría para el futuro?**

SOBRE ESTA DISPOSICIÓN EN CONCRETO

1. Con frecuencia, los inversores piden a los Gobiernos de los países en desarrollo garantías de que las leyes y políticas se mantendrán sin cambios, iguales que en el momento de alcanzar el acuerdo. O, como en este caso, insisten en una compensación para el inversor por el impacto de futuros cambios. He recomendado vivamente a los Gobiernos a oponerse a este tipo de disposiciones, que ofrecerían a los inversores una protección que no recibirían en su país de origen. No obstante, si el Gobierno anfitrión decidiera que son necesarias algunas garantías, aconsejo intentar

negociar una cláusula de vigencia más breve, de cobertura menos amplia, y más clara.

2. El presente ejemplo proporciona una estabilización durante toda la vida del contrato, pero habitualmente las disposiciones de estabilización lo hacen solo durante un tiempo limitado. La estabilización durante la vida del contrato, es decir, unos 20 a 30 años, ata de manos a los Gobiernos durante un período excesivamente largo.

3. Esta disposición en concreto protege al inversor de toda medida del Gobierno que afecte a la rentabilidad. Pero las cláusulas modernas de estabilización típicamente limitan las garantías a las disposiciones fiscales, por ejemplo, impuestos, regalías y tasas específicas. Dejan espacio para nuevas leyes y reglamentaciones que regulen el impacto ambiental, la seguridad, la salud y otras cuestiones.

4. Esta disposición proporciona una compensación por cualquier cambio. Medir el impacto y determinar la compensación incluso para un sencillo cambio del tipo impositivo es problemático. Si se prevé una compensación a través de la modificación de otras disposiciones, ¿cómo medir el impacto futuro de estas últimas? Un enfoque en gran medida obsoleto de estabilización, aparentemente más sencillo, exige

la aplicación continuada de las leyes y reglamentaciones vigentes en el momento de celebrar el acuerdo. El tipo impositivo y la normativa fiscal y, frecuentemente, todas las leyes y reglamentaciones, se siguen aplicando tal cual eran en el momento en que se firmó el acuerdo. Este tipo de disposición confronta a las autoridades con la costosa carga de administrar diferentes regímenes para distintos inversores.

5. El ejemplo parece ofrecer una garantía unidireccional al inversor: si el tipo impositivo aumenta, el inversor será compensado por este aumento, y, si disminuye, el inversor se beneficia de un tipo más bajo. Personalmente, no encuentro ningún argumento convincente para apoyar este enfoque unidireccional. Si el proyecto hubiese sido rentable con el tipo impositivo original, debería seguir siéndolo independientemente de los tipos aplicados a otros; en las industrias exportadoras, los precios se fijan en los mercados internacionales. Me opondría a otorgar al inversor el beneficio de tipos impositivos futuros más bajos si rechaza la posibilidad de que se apliquen en el futuro tipos más altos.

6. La formulación de esta disposición deja sin abordar un nutrido número de cuestiones:

» ¿Qué significa reducir “materialmente” los beneficios?

- ¿Qué ocurre si los tipos impositivos aumentan, pero se acompañan de otras políticas que compensen los efectos de dicho aumento?
- ¿Se deberán ignorar los beneficios?
- ¿Y si los cambios beneficiosos ocurrieron antes que los cambios que reducen los beneficios?

De hecho, se generó una controversia. El Gobierno redujo el tipo impositivo y el inversor se benefició de ello. El tipo impositivo inicial era, digamos, del 50 % y fue reducido al 25 %. Poco después se incrementó al 35 %. El inversor reclamó que con el tipo del 25 % se había establecido un nuevo estándar respecto del cual se debía valorar el impacto del posterior aumento al 35 %, independientemente del hecho de que el tipo del 35 % era inferior al tipo vigente en el momento del cierre del acuerdo original. Para reclamar una compensación por el aumento al 35 %, el inversor recurrió a arbitraje internacional. Finalmente se impuso el Gobierno, pero el arbitraje internacional es costoso, consume tiempo valioso de los funcionarios y funcionarias y puede perjudicar a la reputación del país anfitrión.

> “En mi opinión, esto tiene sentido: se ofrece una estabilización, pero con un costo por la “póliza de seguro”.

CUESTIONES MÁS GENERALES

Los inversores temen que, una vez hayan comprometido los fondos, los Gobiernos anfitriones adopten medidas que reduzcan el rendimiento previsto de la inversión. En su país de origen, se sienten protegidos frente a medidas poco razonables del Gobierno, gracias al acceso de su sector al proceso político y a garantías generales de no discriminación. En el extranjero, se sienten desarmados, especialmente en los países con un largo historial de cambios de regímenes y políticas.

Es posible recordarles a los inversores, de manera informal, que los tratados de inversión bilaterales y las disposiciones de inversión en los acuerdos comerciales ofrecen actualmente cierto grado de estabilidad, en concreto en forma de protección frente a medidas discriminatorias y violaciones de las "expectativas legítimas".

Si el país anfitrión, no obstante, decidiera consentir en las exigencias de estabilización, podría cobrar por el "seguro". Un país ha ofrecido a los inversores la siguiente opción: pagar un tipo impositivo congelado, ligeramente superior al tipo vigente en el momento de la negociación, a cambio de la garantía de que no se producirá ningún aumento del tipo impositivo. En mi opinión, esto tiene sentido: se ofrece una estabilización, pero con un costo por la "póliza de seguro".

Los acuerdos bien elaborados pueden, por sí mismos, reducir la presión política en relación con futuros cambios en las disposiciones fiscales. La historia nos enseña que los acuerdos a largo plazo en el sector extractivo son particularmente susceptibles a volverse inestables cuando los precios de los productos crecen repentinamente o el "hallazgo" resulta ser especialmente rentable. La presión política exige a los Gobiernos hacerse con una proporción superior de las "ganancias extraordinarias" procedentes de la extracción de riqueza nacional no renovable.

A principios de la primera década del siglo XXI, cuando el precio del petróleo ascendió a 140 dólares por barril, los Gobiernos de gran parte del mundo, no solo de los países en desarrollo, aumentaron sus ingresos procedentes de la extracción de petróleo. Surgieron conflictos especialmente en torno a los acuerdos negociados a mediados de los años noventa del siglo pasado, cuando unos precios del petróleo de entre 15 y 17 dólares por barril habían resultado en contratos con una baja participación de los Gobiernos. Las disposiciones de estabilización no siempre protegían a los inversores. Los Gobierno aumentaron sus ingresos, y algunos inversores recurrieron a arbitraje internacional, pero el resultado muchas veces fueron altísimos honorarios jurídicos, daños a la reputación, la pérdida de activos atractivos e indemnizaciones que, en el mejor de los casos, pudieron cobrarse solo años después.

Los riesgos para los inversores derivados de los cambios en las circunstancias se pueden mitigar parcialmente si los acuerdos contemplan la posibilidad de que se produzcan. La reacción de un Estado a ganancias extraordinarias puede hacerse más previsible mediante disposiciones fiscales debidamente diseñadas: con regalías progresivas o impuestos sobre las ganancias, por ejemplo. Evidentemente, los inversores oponen resistencia a tales disposiciones, esperando poder captar para sí mismos las ganancias extraordinarias. La experiencia muestra que la esperanza puede ser en vano.

En conclusión, si un Gobierno se ve obligado a ofrecer disposiciones de estabilización, estas deben tener un límite de vigencia y alcance, ser viables y estar formuladas de manera que den lugar al mínimo posible de ambigüedades. No obstante, con ideas originales se podrían generar condiciones contractuales menos polémicas, que ofrezcan a los inversores las garantías adecuadas sin privar a los Gobiernos de su derecho a dar respuesta a las necesidades y condiciones del futuro.

KRISTI DISNEY BRUCKNER es directora ejecutiva en el Sustainable Development Strategies Group, donde trabaja con partes interesadas del Gobierno, la comunidad y la industria de todo el mundo con el fin de revisar y mejorar los marcos jurídicos y políticos, desarrollar capacidades para negociar y gestionar contratos relativos a recursos naturales y contratos empresa-comunidad y promover los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas. Puede ponerse en contacto con Kristi Disney Bruckner en la dirección disney@sdsg.org.

CLÁUSULA 2

Gestionar las relaciones empresa-comunidad mediante contratos de desarrollo comunitarios

Ya sea usted gerente de una mina o inversor o inversora, miembro de una comunidad situada en el área de influencia de una mina, líder de un organismo gubernamental o una ONG o si está involucrado o involucrada en el sector minero de cualquier otra manera, probablemente tendrá una enorme experiencia con la gestión del cambio.

Las partes necesitan herramientas que les ayuden a evaluar y manejar el cambio. Pueden recurrir a un "contrato de desarrollo comunitario (CDC)" con el fin de hallar soluciones en épocas de cambios, pero demasiado a menudo encontrarán un contrato sin mecanismos de evaluación o mejora para actuar ante el cambio. El CDC puede ser muy rígido e inflexible ante el cambio. Esto puede aumentar la frustración de todas las partes y los malentendidos justo cuando más se necesitan una comunicación abierta, una evaluación honesta de las opciones y respuestas proactivas.

En esta edición de “¿Tan solo es una cláusula, ¿verdad?” se examina un mecanismo de comité de relaciones en el marco de un CDC que ayuda a las partes a revisar, evaluar y mejorar regularmente sus planes y los resultados directos de su contrato global.

Deberíamos aclarar el término “contrato de desarrollo comunitario”[1] como un contrato entre una empresa minera y una o varias comunidades situadas en el área de influencia de una mina (y/o un Gobierno local en nombre de una comunidad) para obtener beneficios socioeconómicos, tales como puestos de trabajo, inversiones sociales y/o reparto de ingresos.[2]

Algunos países, como Liberia, usan un modelo de contrato de desarrollo minero que requiere un CDC; otros Gobiernos, como el de Mongolia, disponen de un modelo de CDC como plantilla; e incluso otros Gobiernos definen los requisitos de los CDC en términos que van de muy generales a más específicos en la legislación nacional o subnacional.

Los CDC constituyen una herramienta para gestionar los impactos y beneficios de una mina, con diferentes grados de éxito en función de una serie de factores. Es necesaria una mayor supervisión de los CDC para garantizar una práctica mejor y un aprendizaje compartido en y entre los grupos de partes interesadas. Esto resulta particularmente importante, pues la legislación empieza a exigir ese

tipo de contratos y los contratos existentes están a punto de expirar, lo que supone una oportunidad para negociar nuevos contratos y contratos mejorados.

Las buenas prácticas en el ámbito de los CDC implican que las partes potenciales negocien el contrato. Dado que las partes, los tipos de proyecto y las circunstancias varían en gran medida, no puede haber un modelo de contrato idóneo para todas las variantes sin un grado sustancial de flexibilidad y margen para la negociación. En los casos en que la legislación exija la celebración de un CDC, un buen enfoque podría ser proporcionar una lista de temas que deban incluirse en un CDC[3], pero no limitar a las partes únicamente a esos temas. Esto puede permitir encontrar un equilibrio entre el establecimiento de algunas normas y expectativas acordadas y los beneficios que reporta negociar y elaborar un

[1] Entre otras denominaciones, se incluyen las siguientes: contratos de cooperación, contratos de participación, contratos comunitarios, contratos con propietarios de tierras, contratos de responsabilidad compartida, contratos de inversión, contratos de exploración, contratos de reparto de beneficios, fondos fiduciarios sociales, contratos de empoderamiento o empresas en participación comunitarias, por nombrar solo algunos ejemplos. Véase Banco Mundial: Mining Community Development Agreements: Source Book, 2012, https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/12641.

[2] Loutit, J., Mandelbaum, J., y Szoke-Burke, S.: "Emerging Practices in Community Development Agreements", Columbia Center on Sustainable Investment, 2016, http://ccsi.columbia.edu/files/2016/07/Emerging-Practices-in-Community-Development-Agreements.pdf.

[3] Véase International Bar Association, Contrato Modelo de Desarrollo Minero (MMDA) 1.0, Anexo B, Objetivos del Contrato de Desarrollo Comunitario, 2011. https://www.mmdaproject.org/anexo-b-2/?lang=es.

contrato que responda a circunstancias únicas. La orientación puede ayudar a las partes a evitar costosos errores y ser mejorada regularmente para incorporar lecciones aprendidas y buenas prácticas.

Establecimiento del [comité de relaciones]
X. El [comité de relaciones] queda establecido y se compone de 4 representantes [de la empresa] y 26 representantes [de la comunidad].
...
Las funciones del [comité de relaciones] son las que siguen:

a. fomentar y mantener una relación positiva entre las partes, de acuerdo con los principios establecidos [anteriormente] relativos a las relaciones;
b. hacer un seguimiento de la implementación en curso de los planes de gestión y formular recomendaciones a las partes sobre cómo deberían implementarse determinados planes de gestión en particular y cómo se podría mejorar la implementación de esos planes de gestión;
c. llevar a cabo una revisión regular de cada plan de gestión y presentar a [la empresa] y [la comunidad] informes sucintos sobre:

(1) la eficacia de la implementación y la provisión de recursos;
(2) los logros y dificultades operativos;

(3) recomendaciones para variar el contenido o la implementación de cada plan de gestión;

...

En algunos contratos este comité se denominará "comité de gestión". Otros contratos incluyen múltiples comités, pero abundan los contratos en los que no se contempla en absoluto un comité como este y se desaprovechan sus múltiples ventajas.

El comité de relaciones anteriormente citado se describe en las páginas del texto en sí del contrato que contienen las cláusulas particulares, ofreciendo así un alto nivel de claridad. Este extracto se centra en la función del comité de hacer un seguimiento de la implementación en curso y formular recomendaciones para mejorar la implementación. Con frecuencia, estas funciones carecen completamente de CDC o los CDC son tan genéricos que carecen de significado. Ello redunda en oportunidades perdidas para mejorar las relaciones, aprender mediante el proceso de implementación, evaluación y reflexión y promover los beneficios de los CDC para todas las partes implicadas.

En las secciones que siguen a continuación se analizará este extracto a partir de las preguntas siguientes: ¿Quién? ¿Qué? ¿Cuándo? ¿Dónde? ¿Por qué? ¿Cómo? ¿Entonces, qué? y se expondrán algunas ventajas e inconvenientes del enfoque del contrato.

¿QUIÉN?

En el ejemplo que nos ocupa, el comité de relaciones incluía cuatro representantes de la empresa y 26 representantes de la comunidad, en cada caso, con un mandato de 3 años. Un o una representante de la empresa y un o una representante de la comunidad actuaron como copresidentes o copresidentas, en cada caso, con un vicepresidente o vicepresidenta del sexo opuesto.

La ventaja de este enfoque es que brinda la oportunidad de incluir en el comité a un nutrido número de representantes de la comunidad, junto con sus puntos de vista. Una amplia representación de la comunidad es importante porque “la comunidad” casi nunca va a tener “una” única perspectiva. El número de representantes anteriormente indicado correspondió a una familia o vivienda particular. En el contrato se especificó el requisito del “sexo opuesto” para el vicepresidente o la vicepresidenta. Otros contratos han añadido requisitos más detallados, p. ej., de grupos específicos de la comunidad o categorías de cualificaciones, con el fin de garantizar que estén representados hombres y mujeres, jóvenes, grupos religiosos, etc. Esta amplia muestra de la comunidad permite comprender mejor las distintas perspectivas, intereses y objetivos.

La relación de 26 representantes de la comunidad a cuatro representantes de la empresa puede hacer sentir más cómodos y empoderados a los y las representantes de la comunidad en presencia de los y las representantes de la empresa. Sin embargo, el número de representantes de la empresa puede limitar los conocimientos o experiencias adicionales, que enriquecerían los debates, así como limitar el desarrollo de relaciones entre la empresa y representantes de la comunidad, las cuales podrían repercutir de manera positiva en la cultura y la moral de la empresa.

Los y las representantes de la empresa tal vez se sientan más cómodos con un mayor número de compañeros y compañeras suyos en el comité de relaciones, pero tales beneficios podrían verse contrarrestados por efectos negativos si la nutrida representación por parte de la empresa intimida a los y las representantes de la comunidad. Las partes deberían debatir y evaluar estas dinámicas. Contar con sendos copresidentes o copresidentas de la empresa y de la comunidad puede ayudar a crear un equilibrio a numerosos niveles, incluidos la preparación de reuniones, la facilitación y el seguimiento, y puede ayudar a nivelar las dinámicas de poder y toma de decisiones para favorecer a largo plazo las relaciones, el contrato y el proyecto.

¿QUÉ?

Las funciones de este comité de relaciones han ido más allá de “fomentar y mantener una relación positiva entre las partes”. Muchos contratos se paran justo ahí. Los principios de las relaciones están presentes, con sus funciones prácticas y proactivas, incluido el seguimiento y las recomendaciones de mejora. La cláusula incluso describe lo que se incluirá en los informes de la empresa y se comunicará a la comunidad tras las revisiones periódicas: un informe sucinto en el que se recoja qué ha funcionado y qué no ha funcionado y qué debería cambiarse en el plan o su implementación para promover una mejora.

Un comité de relaciones puede tener otras muchas funciones. En el caso que nos ocupa, entre las funciones se incluye una función detallada de seguimiento, evaluación y mejora, algo tan práctico pero a menudo tan ignorado en los CDC por varios motivos, entre los que figuran:

» Algunas partes simplemente no están familiarizadas con los CDC o no están seguras de lo que implica hacer un seguimiento y una evaluación y cómo llevarlos a cabo.
» Otras partes puede que no se atrevan a sugerir cambios en el contrato o tal vez les preocupe cómo implementarlos.

» A las empresas les puede preocupar que los cambios conlleven un mayor gasto, posiblemente en un momento en que no están haciendo todavía ganancias sustanciales o necesitan asegurar a los inversores e inversoras que el proyecto se mantiene dentro del presupuesto.

Sin embargo, la función de seguimiento y evaluación es importante de cara a la mejora continua del contrato y su implementación. El desarrollo de la capacidad de seguimiento y evaluación también puede mejorar la gestión de las pequeñas y medianas empresas (pymes) y apoyar la diversificación económica y la resiliencia en toda la comunidad.

¿CUÁNDO?

En este ejemplo, el comité de relaciones acordó reunirse al menos una vez cada trimestre para hacer un seguimiento de la implementación en curso de los planes de gestión. El comité también acordó reunirse a solicitud del copresidente o de la copresidenta. Este calendario, con reuniones al menos una vez cada trimestre y reuniones adicionales a conveniencia, favorece el establecimiento de relaciones y, a su vez, las reuniones no son tan poco frecuentes como para desatender los asuntos y oportunidades importantes en el marco de la función de seguimiento y evaluación. Sin embargo, esas reuniones restan tiempo para otras obligaciones, inclu-

yendo posiblemente las profesionales y familiares. Estas variables deben tenerse en cuenta y los costos deben reducirse de forma conveniente para las partes.

¿DÓNDE?

En este contrato se ha establecido que el lugar de reunión serán las instalaciones de la mina. Este podría ser un lugar de reunión seguro que irá resultando familiar a las partes a lo largo del tiempo. La seguridad de los y las representantes de la comunidad de cara a la participación en reuniones puede ser una cuestión importante en algunas regiones y, en ocasiones, una preocupación prioritaria. En otras regiones, las partes pueden preferir reunirse en un centro comunitario o un recinto gubernamental o incluso en unas instalaciones construidas para las partes en virtud del contrato. Todos los factores relevantes para las partes, p. ej., seguridad, distancia de los desplazamientos y costos relacionados, debería ser considerados al determinar los lugares de reunión.

¿POR QUÉ?

¿Por qué establecer un comité de relaciones? Esta cuestión puede desarrollarse al establecer las funciones del comité, así como los principios relativos a las relaciones; toda esta información se detalla en el CDC. Como se ha señalado anteriormente, es importante que las partes potenciales discutan las ventajas e inconvenientes,

desarrollen opciones y negocien las particularidades del contrato. No solo por la calidad y la relevancia del contrato, sino porque es una manera de fraguar relaciones. Los principios relativos a las relaciones pueden ser un buen punto de partida. Entre las preguntas que deben plantearse se incluyen: ¿cuáles son los principios que valoran las partes? ¿Por qué cooperan las partes? ¿Cómo van a relacionarse las partes entre sí?

¿CÓMO?

¿Cómo operará el comité de relaciones? ¿Dispondrá de personal de apoyo y un presupuesto? En el contrato mencionado más arriba, el comité puede crear subcomités, contratar a expertos y expertas y organizar cursos de capacitación para desarrollar los conocimientos y capacidades necesarios para el cumplimiento de sus obligaciones. Esto es importante, ya que tanto las partes de la empresa como de la comunidad pueden ser totalmente noveles en sus roles y funciones. Tener acceso a cursos de capacitación, a expertos y expertas y a soporte puede ayudar a implementar el contrato y mejorar los objetivos de desarrollo.

Los y las representantes de la empresa suelen considerar que, aunque el desarrollo de las capacidades de los y las representantes de la comunidad absorbe tiempo y recursos, ello redunda en contratos negociados más exitosos y duraderos con una gestión y resultados

directos mejores. Las empresas deben invertir en el desarrollo de sus capacidades, así como en los expertos y expertas necesarios para las partes, a fin de hacer un seguimiento, evaluar y mejorar con éxito la implementación de su contrato.

¿ENTONCES, QUÉ?

¿Qué ocurre si el comité de relaciones desea cambiar parte del contrato o la forma en que se está implementando? En el contrato anteriormente citado, se requiere el voto por unanimidad del comité de relaciones, firmado por todos los y las representantes presentes en la reunión en la que se hayan realizado los cambios. De esta forma, se dispone de un método claro para realizar modificaciones del contrato. Sin embargo, especialmente cuando un cambio es esencial, los y las representantes tal vez deseen especificar cómo informarán a las entidades y grupos a los que representan y solicitar contribuciones y comentarios en relación con el cambio propuesto. En virtud de este contrato, cualquier miembro de la comunidad podría asistir a las reuniones del comité de relaciones en calidad de observador u observadora. El comité, por tanto, puede invitar a participar a invitados o invitadas. Esto podría ser útil cuando se van a mantener debates críticos y realizar votaciones. No obstante, posiblemente también podría ser contraproducente si se aborda un tema controvertido o sensible,

por lo que las partes podrían establecer y acordar de antemano algunos límites razonables para participar.

Numerosos CDC no incluyen ninguna cláusula sobre cómo realizar modificaciones en el contrato. Sin embargo, esto puede ser sumamente útil para ayudar a manejar cambios o modificar aspectos de un contrato que se han quedado desfasados o simplemente no son eficaces para cumplir los objetivos de las partes.

Si desea aprender más sobre el desarrollo comunitario en el sector minero o compartir su experiencia, visite el sitio Community Development in Mining Collection, un nuevo recurso presentado por el Instituto Internacional para el Medio Ambiente y el Desarrollo (IIED, por sus siglas en inglés), el Sustainable Development Strategies Group (SDSG), y el Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI) este mes de mayo.

En este sitio se han recopilado, entre otras cosas, leyes y contratos de desarrollo comunitario para el sector minero, con ya casi 300 leyes de 54 países en un mapa interactivo y una base de datos en línea que permite realizar búsquedas. El sitio web tiene por finalidad facilitar la investigación, alimentar el debate público sobre la formulación de políticas y mejorar los resultados directos de desarrollo local. Visite el sitio web aquí y acceda a noticias sobre publicación en inglés, español y francés.

En el sentido de las agujas del reloj, desde arriba, **PERRINE TOLEDANO, MARTIN DIETRICH BRAUCH** y **JACK ARNOLD** son miembros del equipo de Minería y Energía del CCSI. Perrine Toledano es Jefa: Minería y Energía, Martin Dietrich Brauch es Investigador Principal de Derecho y Economía, y Jack Arnold es Asociado de Programa. El equipo realiza trabajos de investigación, formación y asesoramiento sobre inversiones en industrias extractivas, energías renovables, industrialización con cero emisiones de carbono y descarbonización de toda la economía. Su trabajo se centra en las políticas y prácticas para apoyar a los países ricos en recursos en la consecución de los objetivos del Acuerdo de París y los Objetivos de Desarrollo Sostenible más amplios.

CLÁUSULA 3

Cambio climático –

aspectos que deben tener especialmente en cuenta en los contratos mineros

Con el cambio climático alcanzando un punto álgido en la escena política internacional y los impactos físicos que ya se están sintiendo en numerosos países, queríamos destacar algunas de las cuestiones que los contratos mineros específicamente deberían tener en cuenta en relación con el cambio climático.

Se trata de un campo de interés en constante evolución y, dado que los contratos suelen existir a lo largo de (al menos) una generación, es importante que los gobiernos consideren hoy el impacto potencial del mañana.

Para esta edición de “Es sólo una cláusula, ¿no?” tenemos el placer de contar con un trío de expertos del Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI) que aportan sus reflexiones sobre la forma en que no sólo los gobiernos, sino también las empresas, pueden prepararse para el debate, quizá incómodo pero muy necesario, sobre cómo abordar el cambio climático cuando se trata de una comunidad minera y de una explotación.

Martin, Perrine y Jack plantean algunos puntos excelentes y enmarcan el tema de forma muy práctica.

En el Acuerdo de París de 2015, los gobiernos del mundo establecieron el ambicioso objetivo de limitar el aumento de la temperatura global a 1,5 °C con respecto a los niveles preindustriales. Para lograr este objetivo, las emisiones antropogénicas de CO2 a nivel mundial deben disminuir de forma constante y llegar a ser netas para el año 2050 aproximadamente, mediante un cambio fundamental de los combustibles fósiles a las tecnologías de energía limpia.

Esta transición será muy intensiva en minerales. El Banco Mundial calcula que la producción de minerales podría aumentar más del 450% de aquí a 2050 para satisfacer la demanda de tecnologías energéticas limpias. La forma en que se produzcan estos minerales tendrá un impacto duradero en la transición hacia la energía limpia.

MINERÍA Y CAMBIO CLIMÁTICO

El sector minero y metalúrgico contribuye actualmente contribuye al 4-7% de las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) a nivel mundial. Sin una regulación adecuada que incentive las operaciones sostenibles y respetuosas con el clima, el aumento de la extracción de minerales corre el riesgo de incrementar la huella de

carbono del sector. Además, el cambio climático actúa como un multiplicador de riesgos -aumenta el riesgo de inundaciones, sequías y corrimientos de tierra- y, como tal, exacerba las externalidades negativas causadas por las malas prácticas mineras.

Para abordar estas cuestiones, las consideraciones sobre el cambio climático deberían incorporarse a las leyes sobre el clima, el medio ambiente, el agua, la silvicultura, la energía o la minería de los países ricos en minerales. Por desgracia, los procesos legislativos suelen ser lentos y, en los países en los que la legislación no incluye requisitos de mitigación y adaptación al cambio climático, los gobiernos pueden recurrir a disposiciones contractuales para obligar al sector minero a adoptar prácticas sensibles al clima.

Una reciente publicación de la CCSI evalúa si se incluyeron consideraciones climáticas en 21 contratos mineros de acceso público que los Estados frágiles de África firmaron desde la desde la adopción del Acuerdo de París. La sección 2.2.1 de la publicación analiza el papel de las cláusulas contractuales sobre estrategias de climático, las evaluaciones de riesgos climáticos y las evaluaciones de vulnerabilidad de las comunidades en el contexto de la minería.

ESTRATEGIAS DE ADAPTACIÓN

La adaptación al cambio climático en un contexto minero se refiere a la forma en que las empresas pueden incorporar las consideraciones climáticas en sus procesos, prácticas y estructuras para mitigar los riesgos relacionados con el clima. Se refiere a la "capacidad de las empresas para adaptarse a los cambios, anticiparse a lo que pueda ocurrir después y absorber las perturbaciones meteorológicas y climáticas cuando se produzcan". Es importante que la adaptación también se refiera al papel de las empresas mineras en el fortalecimiento de la resiliencia de las comunidades afectadas por la minería frente a los impactos relacionados con el clima afectadas por el clima.

El cambio climático plantea riesgos para el sector minero y las comunidades afectadas por la minería con el aumento de la frecuencia e intensidad de los fenómenos meteorológicos graves que afectan a las operaciones mineras a las operaciones mineras, tanto de forma directa -daños en las infraestructuras infraestructura (durante la vida de la mina o después de su cierre), el acceso al agua y unas condiciones de trabajo más peligrosas, como indirectamente, cuando sus cadenas de suministro sufren un impacto similar.

Una estrategia de adaptación al clima puede ayudar a garantizar que los activos relacionados con la minería

sean más capaces de soportar fenómenos climáticos más frecuentes y graves. También puede ayudar a mitigar el impacto del proyecto en el medio ambiente y la comunidad circundante, incluyendo agua, durante la vida de la mina o después del cierre de la mina. Una estrategia de este tipo es más eficaz cuando las empresas mineras integran las consideraciones relativas al cambio climático en sus propias estrategias corporativas y, a continuación, toman decisiones de inversión, construcción y explotación basadas en modelos globales de cambio climático adaptados a las condiciones locales específicas del emplazamiento.

La integración de las estrategias de adaptación al clima en el ciclo de vida de un proyecto minero beneficia a todas las partes interesadas. Para las empresas mineras tiene sentido desde el punto de vista comercial, ya que reduce sus costes y mejora su rendimiento y eficiencia. Para los Estados, ayuda a garantizar e incluso a aumentar los ingresos fiscales de las actividades mineras. Además, aumenta la resiliencia climática de las comunidades afectadas por la minería. comunidades afectadas por la minería.

RECOMENDACIONES PARA LOS CONTRATOS MINEROS Y LA ADAPTACIÓN AL CLIMA

A pesar de estas ventajas, ninguno de los contratos revisados incluye disposiciones sobre

estrategias de adaptación al clima. CCSI elaboró las siguientes recomendaciones políticas para los gobiernos anfitriones que aún no cuentan con leyes sólidas que hagan operativos los objetivos de adaptación:

» En los contratos mineros, los gobiernos deberían exigir expresamente a las minas que cumplan los planes nacionales de adaptación (PNA) y las y las directrices de adaptación al clima elaboradas por el país.
» En el contexto de las EIA (evaluaciones de impacto ambiental) y los PGA (planes de gestión ambiental), los gobiernos deberían exigir contractualmente a las empresas mineras que evalúen los riesgos e impactos climáticos y desarrollen planes de gestión para abordarlos. Del mismo modo que los contratos suelen prescribir el contenido de una EIA y un PGA, también podrían definir lo que implica una evaluación de riesgos climáticos y el plan de gestión correspondiente.
» La evaluación de los riesgos climáticos debería abarcar también los cambios incrementales en las condiciones climáticas, ya que éstos pueden afectar al diseño de la mina y repercutir en el medio ambiente circundante de forma acumulativa.
» La evaluación de los riesgos climáticos debe realizarse como si no existieran medidas de adaptación para aprehender el máximo riesgo.

» Las estrategias de mitigación de riesgos deberían revisarse periódicamente (al menos una vez al año) para reflejar los últimos datos y predicciones disponibles.

» Los planes de preparación para emergencias también deberían establecerse, revisarse y actualizarse para reflejar las mejores prácticas con respecto a los riesgos relacionados con el clima.
» En el plan de desarrollo minero, las empresas mineras deberían integrar los resultados de la evaluación de los riesgos climáticos en la gestión decisiones de gestión sobre la ubicación de los activos mineros y diseño de infraestructuras.
» Dado que las empresas mineras están bien situadas para ayudar a las comunidades a mejorar su resiliencia frente a los riesgos relacionados con el clima, por ejemplo, desarrollando prácticas de planificación de emergencias, apoyando a las comunidades para que elaboren y apliquen planes de adaptación y cambio climático, o de adaptación al cambio climático, o el apoyo a las infraestructuras, los acuerdos de desarrollo comunitario (CDA) podrían exigir a las empresas que contribuyan a las estrategias de adaptación al cambio climático de la comunidad si las comunidades lo consideren oportuno.

CONSTRUIR LA RESILIENCIA: UN DEBER PARA LOS GOBIERNOS Y UNA OPORTUNIDAD PARA LAS EMPRESAS MINERAS

Para facilitar la transición hacia organizaciones e infraestructuras resilientes al clima, se necesitarán cantidades significativas de financiación, y una mayor cantidad deberá provenir de fuentes privadas. Nuestras recomendaciones pueden suponer en la práctica mayores costes iniciales para las empresas mineras, por ejemplo, al realizar evaluaciones de riesgos climáticos o invertir en infraestructuras resistentes al clima. Sin embargo, los estudios realizados indican que estas medidas tienden a generar ahorros a largo plazo, importantes beneficios financieros que superan la inversión inicial y beneficios sociales cruciales en el futuro. inversión inicial, y beneficios sociales cruciales en forma de flujos de ingresos para los gobiernos, así como de resiliencia climática para las comunidades afectadas por la minería. comunidades afectadas por la minería.

Por lo tanto, al tiempo que trabajan en la adopción de un marco jurídico sólido para la acción climática, los gobiernos deberían utilizar los contratos mineros como herramientas legales para imponer a las empresas mineras obligaciones de adaptación y resiliencia al cambio climático, aprovechando sus recursos para los esfuerzos

de creación de resiliencia en línea con las estrategias y planes nacionales de adaptación.

A su vez, las empresas mineras que den prioridad a la resiliencia climática -además de reducir las emisiones de GEI y limitar otras externalidades negativas- tienen la oportunidad única de convertirse en líderes en esta nueva era. Se beneficiarán de la disponibilidad continuada de recursos; de la seguridad de los trabajadores, las infraestructuras y las cadenas de suministro; y de la prosperidad de sus grupos de interés, al tiempo que apoyan la consecución de los objetivos de París. En consecuencia, los gobiernos tienen argumentos de peso para que las empresas no se resistan a las obligaciones de adaptación y resiliencia como cargas que reducen los beneficios, sino que las adopten como oportunidades de liderazgo o incluso de supervivencia.

STEFANIE HEERWIG es economista y asesora en materia de políticas públicas, posee experiencia en tributación de minería y modelado financiero de proyectos de minería, y ha trabajado con Gobiernos de África Occidental, Asia-Pacífico y América Latina.

Fundador de Econias, **IAIN STEEL** es economista especializado en políticas fiscales y las industrias extractivas, y ha asesorado a Gobiernos de África, Asia-Pacífico y América Latina sobre minería, petróleo y gas, y proyectos de infraestructura.

CLÁUSULA 4

Negociación de los cánones de la escala móvil:

aprovechar el auge, amortiguar la caída

Las regalías constituyen un elemento importante del régimen fiscal de la minería, ya que compensan a los Estados receptores por la pérdida de sus recursos naturales finitos. Su diseño suele ser crucial para el desempeño del sector minero y para los ingresos generados para los Estados receptores. Una regalía demasiado elevada puede disuadir la inversión y la producción, lo que reduce los ingresos públicos, pero una regalía demasiado baja puede hacer que el Estado no recaude suficientes ingresos a través de su sector minero, en particular cuando los precios de los minerales están en alza.

En los últimos años, muchos países han pasado del modelo de una regalía basada en un porcentaje fijo sobre el valor de venta a una regalía de escala móvil. En las escalas móviles, la tasa de regalía varía sobre la base de criterios que buscan incrementar la tasa cuando los beneficios son más elevados y reducirla cuando son más bajos. Estas regalías de escala móvil pueden mejorar la "progresividad" del régimen fiscal: el Estado cobra una porción financiera mayor de los beneficios de la mina

cuando estos son mayores. Este sistema tiende a reducir las presiones políticas nacionales a favor de impuestos sobre las ganancias extraordinarias y otros cambios en el régimen fiscal. A su vez, cuando los precios de los minerales son bajos y las empresas mineras afrontan mayores dificultades financieras, la regalía de escala móvil reduce automáticamente la carga fiscal, ayudando a apoyar las inversiones y la producción.

En esta versión de "Tan solo es una cláusula, ¿verdad?", analizamos los problemas clave del diseño de las regalías de escala móvil utilizando una cláusula del régimen de regalías de un país de América Latina:

> **"[...] El titular de la concesión minera... deberá abonar una regalía equivalente a un porcentaje del valor de venta del mineral principal y los minerales secundarios de entre el 3 y el 8 %, además del pago correspondiente del impuesto sobre la renta y otros impuestos atribuidos al Estado conforme a la presente Ley [...]. A los efectos de establecer la tasa de regalía aplicable, se respetarán los crite-**

rios de progresividad, los volúmenes de producción del titular de la concesión minera y/o el tipo y precio de los minerales, según lo dispuesto en la reglamentación relativa a la presente Ley [...]".

Esta cláusula dispone la base de la regalía, el rango de tasas de regalía y los posibles criterios para la escala móvil. Sin embargo, se omiten algunos detalles clave y, como indicamos a continuación, tales detalles pueden tener efectos considerables sobre el rendimiento de la regalía.

DETERMINACIÓN DE LA BASE DE LA REGALÍA

En esta cláusula, la base de la regalía es "el valor de venta del mineral principal y los minerales secundarios" de la mina. Una regalía sobre el valor de venta es relativamente fácil de administrar, aunque el hecho de que se permita o no deducir conceptos como los cargos de tratamiento y refinación, los costos de marketing y el transporte internacional puede afectar la generación de ingresos, la facilidad de administración y el riesgo de elusión fiscal. Es importante considerar con cuidado qué deducciones se permiten y especificarlo claramente en la ley o en los contratos a fin de disipar dudas. La

cláusula incluye específicamente la venta de minerales secundarios. Las minas suelen producir más de un mineral (por ejemplo, un yacimiento de cobre también puede contener oro y plata) y la cláusula asegura que el Estado receptor también reciba una compensación por la pérdida de esos minerales secundarios.

Una alternativa al valor de venta es utilizar los beneficios de explotación como base de la regalía, como ocurre en Chile y el Perú. Este enfoque es más "eficiente", dado que los beneficios de explotación reflejan mejor la capacidad de la empresa para pagar regalías que los ingresos por ventas. Por lo tanto, es menos probable que impida las inversiones y la producción.

Sin embargo, comparadas con las regalías sobre el valor de venta, las regalías sobre los beneficios de explotación son más complejas de administrar y tienen un mayor riesgo de elusión fiscal. Esto es particularmente importante cuando las empresas mineras operan con empresas afiliadas y tienen la posibilidad de inflar los costos para reducir las regalías. Una regalía sobre beneficios de explotación tampoco garantiza que el Estado receptor reciba una compensación por todas las unidades de minerales producidas, debido a que si los beneficios de explotación son nulos o negativos no se abonarán regalías. Para superar este inconveniente, el Perú complementa la regalía sobre los beneficios de

explotación con una regalía mínima sobre el valor de venta.

DETERMINACIÓN DE LA TASA DE REGALÍA

Esta tasa de regalía fluctúa entre el 3 y el 8 %, pero no se especifica el mecanismo de escala móvil. En cambio, la reglamentación puede establecer la escala móvil sobre la base de los siguientes elementos:

» los criterios de progresividad,
» los volúmenes de producción,
» y/o el tipo y precio de los minerales.

VOLUMEN

Si la intención es mejorar la progresividad de la regalía, no se suele utilizar el volumen como criterio principal, debido a que los volúmenes de producción no necesariamente guardan relación con la rentabilidad. En algunos casos, como en la minería del carbón de Colombia, se utiliza una tasa más baja para las minas de menor tamaño. Este enfoque también podría emplearse como medida de simplificación, por ejemplo, excluyendo a operaciones más pequeñas de las regalías de escala móvil más complejas. Sin embargo, los Gobiernos deben asegurarse de que el umbral no incentive inadvertidamente a las empresas mineras a reducir de forma artificial la producción para mantenerse por

debajo del umbral a fin de beneficiarse con una tasa de regalía menor.

PRECIOS

La definición de una regalía de escala móvil con referencia a los precios de los minerales mejora la progresividad. En este caso, el contrato aplica mayores tasas de regalía a precios más altos y menores tasas de regalía a precios más bajos. Los precios se utilizan como una variable sustitutiva de la rentabilidad, dado que con frecuencia los beneficios aumentan cuando se incrementan los precios de los minerales.

Los beneficios de una regalía de escala móvil con precios más altos pueden ser muy grandes. Por ejemplo, una mina de cobre de gran escala que producía 400 000 toneladas al año antes de la pandemia de COVID-19 hubiera pagado una regalía anual de US $120 millones al 5 % del precio de venta de 2019, cuando los precios del cobre oscilaban alrededor de 6 000 USD por tonelada. Cuando en 2021 los precios del cobre aumentaron hasta alcanzar máximos históricos de 9 300 USD por tonelada, una regalía del 5 % hubiera generado US $185 millones. Sin embargo, una regalía de escala móvil con una tasa del 8 % hubiera generado US $300 millones, es decir, US $115 millones más de ingresos públicos para financiar el desarrollo del país (véase Tabla 1).

Tasa de regalía para el cobre	Tasa de regalía del 5 %	Regalía de escala móvil (3 % al precio bajo, 8 % al precio alto)	Efecto de la regalía de escala móvil sobre las regalías
Precio del cobre bajo (6 000 USD/t, 2019)	US $120 millones	US $70 millones	- US $50 millones
Precio del cobre alto (9 300 USD/t, 2021)	US $185 millones	US $300 millones	+ US $115 millones

Tabla 1. Impacto potencial de un canon deslizante por precios en comparación con un canon fijo para una mina de cobre a gran escala con precios de cobre bajos y altos en 2019 y 2021.

Del mismo modo, la regalía de escala móvil podría reducir la tasa de regalía al 3 % con precios más bajos, sumando a los flujos de caja de la empresa 50 millones USD en 2019, cuando los precios eran más bajos. Durante años de precios bajos constantes, reducir la regalía puede marcar la diferencia entre que una

empresa minera siga siendo viable en términos financieros y continúe invirtiendo en un proyecto, o que incurra en pérdidas que amenacen la sostenibilidad de las operaciones.

Las principales ventajas de las regalías de escala móvil por precio son que son relativamente fáciles de administrar y menos propensas a la elusión, en particular cuando la tabla de tasas se refiere a precios de minerales que cotizan en una bolsa pública y, por ello, se pueden verificar con facilidad. Los siguientes son problemas de diseño más específicos:

» definir las tasas precisas y los umbrales de precios para cada mineral;
» establecer cómo se aplica la escala móvil a los minerales secundarios;
» determinar cómo ajustar los umbrales de precios según la inflación.

Este enfoque se utiliza en Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Mauritania, Zambia, Zimbabwe y otros países de África. Sin embargo, las regalías de escala móvil basadas en precios no siempre son eficientes. En algunos casos, los costos de los insumos pueden aumentar más que los precios, lo que significa que una regalía de escala móvil basada en los precios puede imponer una regalía mayor sobre una empresa aunque sus beneficios estén en

baja. Por esta razón, el Perú y Chile, entre otros, utilizan los beneficios de explotación para determinar la tasa de regalía aplicable. Los beneficios de explotación son más eficientes, ya que la tasa de regalía se incrementa solo cuando aumentan los beneficios reales, pero son más complicados de administrar y presentan un mayor riesgo de elusión fiscal, en particular cuando tanto la tasa como la base de la regalía son determinadas por beneficios operativos que incluyen transacciones de alto riesgo entre partes vinculadas.

CONCLUSIONES

Ningún enfoque relativo a las regalías es óptimo para todas las situaciones. El diseño de una regalía implica compensaciones entre diferentes objetivos, como la eficiencia y la progresividad, por un lado, y la simplicidad y la minimización de los riesgos de elusión, por el otro. Los Gobiernos deben considerar sus circunstancias y objetivos específicos, y diseñar la regalía en consecuencia, en vez de seguir modelos empleados en otros lugares.

Deben evaluar la regalía con un enfoque amplio que abarque todos los demás elementos del régimen fiscal (el impuesto sobre la renta, retenciones fiscales en origen y cualquier otro impuesto general o gravámenes mineros especiales).

Las regalías de escala móvil pueden mejorar la progresividad de la regalía, pero también existen otras opciones para mejorar la progresividad general del régimen fiscal, tales como un impuesto sobre la renta progresivo o un impuesto sobre los ingresos provenientes de recursos (un impuesto sobre los flujos de caja acumulados de un proyecto que se aplica una vez que el inversor ha obtenido un rendimiento mínimo de la inversión). Utilizar modelos financieros para evaluar el rendimiento anticipado del régimen fiscal y el efecto de diferentes diseños de regalías sobre los resultados generales en diferentes escenarios económicos es esencial para diseñar un régimen fiscal moderno, eficiente y progresivo.

NICOLA WOODROFFE es analista jurídico senior en el Instituto de Gobernanza de Recursos Naturales (Natural Resource Governance Institute). Su trabajo se centra en la asistencia técnica, el desarrollo de capacidades y el análisis de cuestiones relacionadas con la reforma legislativa y política, la negociación y el seguimiento de contratos y las instituciones que rigen el sector extractivo. Nicola es licenciada en economía por el Swarthmore College y licenciada en derecho por la Harvard Law School. También fue pasante de derecho para el vicepresidente del Tribunal Supremo de Ruanda.

CLÁUSULA 5

Fuerza mayor –

Preparar el futuro hoy

Las cláusulas de fuerza mayor son disposiciones contractuales que autorizan a una parte a incumplir sus obligaciones contractuales debido a circunstancias imprevistas ajenas a su control, las cuales evitan o impiden su cumplimiento.

En las jurisdicciones de derecho civil (por ejemplo, las que siguen el modelo del ordenamiento jurídico francés), estas salvaguardas pueden estar incluidas en la legislación. No obstante, si las partes han incluido una cláusula específica en el contrato (algo que ocurre con frecuencia en los contratos de inversión), prevalecerá el texto de este. En las jurisdicciones que se rigen por el common law (como las que siguen el modelo del ordenamiento jurídico inglés), el alcance de las salvaguardas se basa en la redacción del contrato.

Estas cláusulas estandarizadas de fuerza mayor reciben una atención comparativamente menor que otras disposiciones objeto de debates más amplios, como

las referentes a la estabilización y el arbitraje; ambos aspectos se abordan en numerosas publicaciones dedicadas a analizar el equilibrio entre los intereses de los inversores y los del Estado.

Sin embargo, el estallido de la pandemia y las consiguientes perturbaciones mundiales han puesto el foco en estas cláusulas con frecuencia ignoradas. Las partes, quizá por primera vez, comenzaron a analizar qué tipos de salvaguardas y requisitos incluían sus cláusulas de fuerza mayor.

Ahora que lo peor de la crisis provocada por la pandemia parece haber quedado atrás, los Gobiernos no deberían bajar la guardia al negociar las cláusulas de fuerza mayor. De hecho, deberían guiarse por lo ocurrido en el pasado reciente y tener en cuenta la elevada incertidumbre a la que nos podemos enfrentar en el futuro.

El cambio climático y la creciente frecuencia de fenómenos meteorológicos extremos plantean riesgos cada vez mayores para los proyectos mineros y sus operaciones. Los contratos deben establecer una adecuada asignación de responsabilidades en lo que respecta a la gestión de estos riesgos. Los Gobiernos deberían exigir a las empresas que incorporen la resiliencia al cambio climático en el diseño, la concepción y las operaciones

de sus proyectos. Las cláusulas de fuerza mayor son una forma de distribuir el riesgo y asignar responsabilidades en lo que respecta a la resiliencia al cambio climático, pero todavía existen numerosas cláusulas estandarizadas que no abordan de manera apropiada la preparación para los efectos del clima.

Las cláusulas de fuerza mayor deberían incluir los elementos siguientes:

» Definición de un suceso de fuerza mayor.
» Mitigación, notificación y requisitos de acreditación.
» Consecuencias del suceso de fuerza mayor, especificando, por ejemplo, si las obligaciones quedan simplemente suspendidas y se amplía el plazo otorgado para posibilitar su cumplimiento, si una parte puede quedar exenta de dicho cumplimiento o si una de las partes puede rescindir el contrato.
» Obligaciones que permanecerán en vigor, especificando, por ejemplo, que la parte debe cumplir aquellas obligaciones que no se vean directamente afectadas por el suceso de fuerza mayor, indicando que las obligaciones de pago continúan vigentes o señalando cualquier obligación que permanezca en vigor tras la rescisión del contrato, en el caso de que la cláusula permita rescindirlo en determinadas circunstancias.

Los Gobiernos deberían garantizar, como mínimo, que sus cláusulas de fuerza mayor aclaren todas las cuestiones anteriores. Este análisis particular se centrará en las consecuencias de las definiciones y de los requisitos de mitigación para la distribución del riesgo asociado a los efectos del cambio climático.

DEFINICIÓN

Las cláusulas de fuerza mayor a menudo enumeran una serie de sucesos considerados de fuerza mayor y con frecuencia incluyen una disposición genérica que abarca otros sucesos ajenos al control razonable de una parte. Por ejemplo, la cláusula de fuerza mayor que se expone a continuación, extraída de un contrato de explotación minera, incluye la definición siguiente (bastante extensa):

"A efectos de lo dispuesto en el presente Contrato, los sucesos de fuerza mayor incluirán las guerras, sublevaciones, disturbios civiles, bloqueos, revueltas, embargos, huelgas, cierres patronales y otros conflictos laborales, conflictos territoriales, epidemias, erupciones volcánicas, terremotos, ciclones, inundaciones, explosiones, incendios, caída de rayos, restricciones gubernamentales, modificaciones de la legislación vigente, falta de disponibilidad de materiales y equipos, no concesión o expedición por parte del [Gobierno] o de cualquiera de sus ministerios, departamentos o agencias competentes

a la Empresa (en calidad de consultor u operador) o a los contratistas o subcontratistas designados por esta (en calidad de consultor u operador) de las autorizaciones y los permisos necesarios para poder llevar a cabo operaciones en [país] o importar equipos a [país], o no concesión o expedición de los permisos necesarios para que empleados y empleadas de la Empresa no nacionales de [país] entren en [país] y comiencen a trabajar sin dilación, así como cualquier otro suceso que la Parte que invoque la concurrencia de un suceso de fuerza mayor no fuera capaz de evitar o controlar razonablemente y que impida a una Parte cumplir cualquiera de los términos, condiciones o cláusulas de este Contrato (siempre que [el Gobierno] no tenga derecho a notificar la ocurrencia de un suceso de fuerza mayor ni quede exento del cumplimiento del presente Contrato como resultado de cualquiera de sus acciones u omisiones o de cualquiera de las acciones u omisiones de sus ministerios, departamentos o agencias competentes).”

A diferencia del ejemplo expuesto, algunas cláusulas contractuales pueden exigir también que el suceso sea imprevisible. Por ejemplo, un contrato formalizado en el sector extractivo especifica que un suceso solo se considerará de fuerza mayor si “es imprevisible, inevitable y ajeno al control de la Parte que declare la ocurrencia del suceso de fuerza mayor”.

La referencia a los fenómenos meteorológicos extremos es muy habitual en las cláusulas de fuerza mayor que se incluyen en los contratos del sector extractivo. Recientemente llevé a cabo una revisión de 34 contratos y modelos de contratos en el sector petrolero firmados o suscritos tras la adopción del Acuerdo de París.[1] Todos ellos, excepto uno, incluían fenómenos meteorológicos extremos como tormentas, caída de rayos o inundaciones como base para reclamar la ocurrencia de sucesos de fuerza mayor; solo 12 de ellos requerían expresamente que el suceso fuera imprevisible.

Cabe destacar que ninguno de los contratos exigía específicamente a las empresas prepararse para sucesos asociados al cambio climático.

Sin embargo, el cambio de los patrones meteorológicos plantea actualmente la pregunta de cuándo debe considerarse que los sucesos meteorológicos extremos son "imprevisibles". De hecho, algunos expertos y expertas[2]

[1] Estos contratos representan la totalidad (hasta junio de 2021) de los contratos firmados o suscritos en lengua inglesa desde 2016 en el sector petrolero y disponibles en la base de datos www.ResourceContracts.org.

[2] Véase, por ejemplo, Motoko Aizawa y Howard Mann: Environmental, Social and Economic Development Provisions in Investment Contracts: A Resource for Government Lawyers in the Commonwealth (Secretaría del Commonwealth, 2021), disponible en https://production-new-commonwealth-files.s3.eu-west-2.amazonaws.com/s3fs-public/documents/Development%20Provisions%20in%20Investment%20Contracts_UPDF_0.PDF?VersionId=-cPEYP1_Ah4B7lr6u4MDg8vug0n5Qne3f.

han señalado explícitamente que los sucesos causados por el cambio climático han dejado de ser imprevisibles debido a su creciente frecuencia y a la sofisticación cada vez mayor de los datos y modelos climáticos.

En lugar de ello, los Gobiernos deberían exigir a las empresas que integren la resiliencia al cambio climático en el diseño, la concepción, las mejoras y las operaciones de sus proyectos basándose en evaluaciones de los riesgos climáticos. Además, deberían exigir también que las empresas contraten seguros que ofrezcan cobertura frente a los fenómenos climáticos. Otros autores y autoras aconsejan que los contratos definan qué se entiende por "imprevisible" o qué fenómenos meteorológicos se pueden considerar "extremos" o "inusuales" con base en fuentes de datos aceptadas.[3]

Dada esta frecuencia creciente de fenómenos meteorológicos extremos, los Gobiernos deben incluir las consideraciones relativas al cambio climático en los contratos, sobre todo teniendo en cuenta que la duración de numerosos contratos formalizados en el sector extractivo se prolonga durante décadas.

[3] Véase, por ejemplo, Jocelyn L. Knoll y Shannon L. Bjorklund: "Force Majeure and Climate Change: What is the New Normal?", Journal of the American College of Construction Lawyers, vol. 8, n.º 1 (febrero de 2014), 18-21, disponible en https://www.dorsey.com/-/media/files/newsresources/publications/2017/force-majeure-and-climate-change-what-is-the-new-normal.pdf?la=en.

La definición anterior de fuerza mayor incluye también las “modificaciones de la legislación vigente” y las “restricciones gubernamentales”. No obstante, los Gobiernos deben tener presente que las modificaciones legislativas, especialmente cuando se combinan con cláusulas de estabilización, pueden menoscabar su capacidad para fortalecer la normativa ambiental, climática, laboral, de seguridad y salud y otras regulaciones a lo largo del tiempo.

Un contrato que revisé recientemente en el sector extractivo incluía la regulación gubernamental como suceso de fuerza mayor cuando provoca “la incapacidad de la empresa para cumplir puntualmente sus obligaciones”. El contrato adjudicaba asimismo al Gobierno la responsabilidad de asumir cualquier costo resultante, al disponer que “[e]l Gobierno no será responsable... de los daños, restricciones o pérdidas” producidos como consecuencia del suceso de fuerza mayor “salvo en el caso de sucesos de fuerza mayor causados por cualquier orden, regulación o directriz del Gobierno publicada en forma de ley o de otro modo”.

Los Gobiernos deben reflexionar profundamente acerca de la inclusión de este tipo de salvaguardas en los contratos, ya que podrían incrementar los costos derivados de la mejora de las regulaciones a lo largo del tiempo.

MITIGACIÓN

Las cláusulas de fuerza mayor suelen requerir que la empresa adopte algún tipo de medida para mitigar las consecuencias de los sucesos; el common law inglés incluso exige a las partes contractuales que lo hagan. Por ejemplo:

"La Parte afectada por el suceso de fuerza mayor hará todo lo que esté razonablemente en su mano para eliminar la causa y mantener plenamente informadas a las demás Partes de la situación y de la evolución del suceso de fuerza mayor, e informará con prontitud a las demás Partes cuando el suceso de fuerza mayor haya finalizado y deje de impedirle cumplir sus obligaciones o las condiciones estipuladas en virtud de este Contrato".

Es igualmente importante, sin embargo, que los Gobiernos especifiquen que la empresa debe adoptar medidas de precaución previas, con el fin de evitar o mitigar las consecuencias del suceso, en lugar de limitarse únicamente a mitigar este a posteriori.

Recientemente examiné un contrato formalizado en el sector extractivo que exigía que "si el suceso es razonablemente previsible, [la empresa] deberá haber tomado previamente todas las precauciones razonablemente adecuadas...".

Otro contrato suscrito en el mismo sector definía un suceso de fuerza mayor como cualquier suceso que "afecte de manera significativa y adversa al cumplimiento de cualquiera de las obligaciones de la Parte afectada en virtud de o de acuerdo con este Contrato, siempre y cuando, no obstante, la Parte afectada no hubiera podido prever [énfasis añadido], superar o remediar dicho efecto significativo y adverso mediante el ejercicio de la diligencia y de una precaución razonable". Este requisito relativo a la adopción de medidas de precaución debe considerarse complementario a las nuevas definiciones del concepto de "previsibilidad" con respecto a los fenómenos meteorológicos extremos, así como a unos requisitos claramente articulados en lo tocante a la resiliencia al cambio climático.

En síntesis, no se debe ignorar ni subestimar la importante función de distribución de riesgos que desempeñan las cláusulas de fuerza mayor, sobre todo en vista de los cambiantes riesgos y desafíos globales. Los Gobiernos que negocien estas cláusulas con visión estratégica estarán mejor preparados y serán más resilientes a lo largo de la vigencia de los contratos.

COMO ES EL TRABAJO DE CONNEX

ENFOQUE GLOBAL: África, Asia, América Latina y el Caribe.

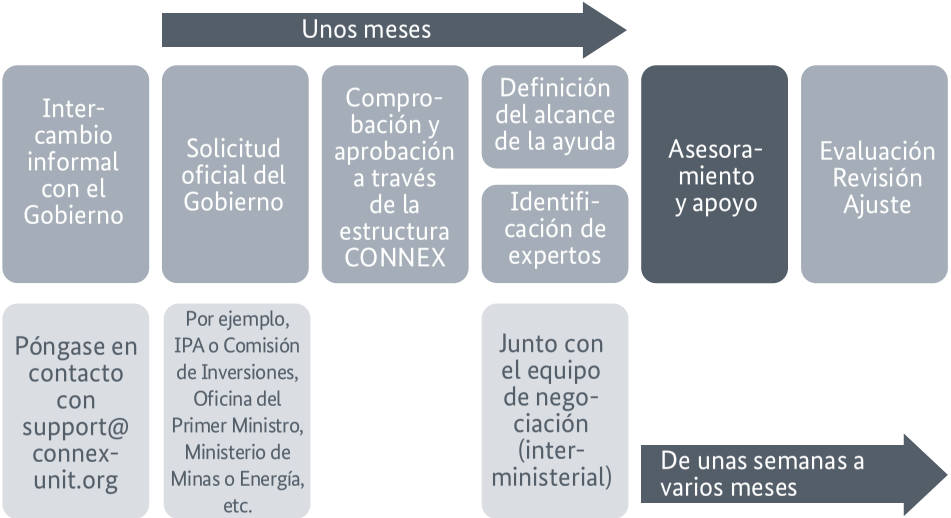
MULTIDISCIPLINAR: Proporcionar asesoramiento técnico, financiera, jurídica, estratégica, medioambiental y social.

TRANSVERSAL: Capaz de prestar apoyo a minería, infraestructuras y energías renovable (incluido el hidrógeno verde).

EFICAZ: Medidas a corto plazo adaptadas de desarrollo sostenible a largo plazo.

ORIENTADA A LA DEMANDA: Responde a la demanda país.

SOLICITE NUESTRA AYUDA



POSIBLES ÁREAS DE APOYO

» Modelización financiera

» Evaluación de la viabilidad técnica

» Revisión de las evaluaciones de medioambiental y social

» Estructuración de la inversión y redacción jurídica

» Desarrollo y ajuste la estrategia de la negociación

» Preparación de procesos de licitación

» Apoyar los procesos de cierre de minas

NOTAS:

NOTAS:

NOTAS:

NOTAS:

Pie de imprenta:
Esta publicación se ha realizado con el apoyo financiero de la Unión Europea y del Ministerio Federal de Cooperación Cooperación Económica y Desarrollo. Su contenido es responsabilidad exclusiva de la GIZ y no refleja necesariamente la opinión de la UE o del Ministerio Federal el Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo.

Deutsche Gesellschaft für
Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH
Oficinas registradas
Bonn y Eschborn, Alemania

Friedrich-Ebert-Allee 32+36
53113 Bonn, Alemania
T +49 228 44 60-0
F +49 228 44 60-17 66

Contacto:
Unidad de Apoyo CONNEX
Potsdamer Platz 10
10785 Berlín
Alemania
E support@connex-unit.org
I www.connex-unit.org

Fuentes fotográficas:
GIZ

Febrero de 2023

CONNEX

CONNEX

Contract Negotiation Support

UN BUEN CONTRATO ES LA SUMA DE SUS CLÁUSULAS

Para más información, visite nuestro sitio web o póngase en contacto con nosotros por correo electrónico:

support@connex-unit.org

www.connex-unit.org