

# Minería y amenazas de arbitraje internacional: balance y perspectivas

NICOLÁS BOEGLIN

La reciente decisión del Tribunal Contencioso Administrativo, cuyo contundente *por tanto* fue dado a conocer el 24 de noviembre de 2010, en relación con el proyecto minero ubicado en la localidad de Crucitas, ha provocado explosiones de júbilo en la población costarricense. Sin embargo, algunas voces se elevaron inmediatamente para advertir de la “inseguridad jurídica” que generaría la resolución de dicho Tribunal. Por su parte, la empresa Industrias Infinito S. A. advirtió que estudia, entre varias opciones, la posibilidad de recurrir a un arbitraje internacional.

Cabe recordar que el argumento de amenaza de arbitraje internacional se ha usado en distintas oportunidades, incluso por las propias autoridades gubernamentales. A finales de julio de 2010, el vicepresidente Alfio Piva, con el fin de justificar ante los caminantes y la opinión pública la no derogatoria del decreto de conveniencia nacional del 13 de octubre de 2008, se adelantó a ofrecer como posible indemnización a Industrias Infinito una suma de \$1.700 millones, según una “estimación a mano alzada”, en declaraciones dadas a *La Nación* el 27 de julio de 2010, que causó comentarios variados de analistas y columnistas (véase Cerdas, 2010).

Aparte de que el monto es de importancia, deslució el hecho que a la fecha se desconozca el tipo de estudio que sustenta esta cifra y quiénes fueron los “expertos” en materia de arbitraje y montos indemnizatorios consultados por las autoridades. Como lo indicamos en su momento, “multiplica por 6,2 el monto de una demanda similar que la misma empresa, para el mismo proyecto, contra el mismo país, había retirado ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferendos entre Inversionistas y Estados (Ciadi, también conocido como ICSID por sus siglas en inglés) del Banco Mundial, en octubre de 2005. Aquella demanda era por \$276 millones, monto superior a la reciente demanda ante el Ciadi contra El Salvador por parte de una empresa minera canadiense, en mayo de 2010 por \$100 millones (véase Boeglin, 2010). En aquella

oportunidad, aduciendo “negociaciones en curso” sobre las cuales la empresa Vanessa Ventures -nombre anterior de Industrias Infinito- se mostraba *reasonably optimistic* en documentos de octubre de 2005, retiró esta demanda ante el Ciadi en ese mes de 2005. Dos meses después, la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (Setena) aprobaba el estudio de impacto ambiental -12 de diciembre de 2005- que había sido rechazado anteriormente. En diciembre de 2010, en uno de los últimos debates a los que accedió participar Industrias Infinito, sus representantes se negaron públicamente a revelar la identidad de los funcionarios con que “negociaron” en 2005 (véase “Nuevo debate”, 2010).

Posiblemente nunca en la historia de la minería ni, tal vez, del arbitraje, un monto a indemnizar haya sido anunciado por un representante estatal antes de que la empresa o el inversionista señale un rango, o se refiera a un valor de esta. El reportaje de *La Nación* del 27 de julio es en ese sentido edificante y más que ilustrativo: los representantes de la empresa se muestran “sorprendidos” por el alto monto, no sin, segundos después, aprovechar al vuelo y acariciar una esperanza caída del cielo. Fueron segundos, minutos tal vez, que quedarán plasmados por siempre en la historia de este polémico expediente.

Es menester recordar que, a unos días de iniciar el proceso ante el Tribunal Contencioso Administrativo, el cual empezó formalmente el 4 de octubre de 2010, el máximo representante de Industrias Infinito en Costa Rica, John Thomas, indicó en declaraciones a la prensa: “Estamos ante un momento crucial, confiados en que el sistema legal costarricense nos dará la razón *sin necesidad de tener que buscar instancias internacionales para resolver el conflicto*” (Diario Extra, 2010). De igual manera, al arrancar el proceso ante la Sala IV, que inició el 21 de octubre de 2008 con el recurso presentado por Edgardo Araya y finalizó el 16 de abril de 2010, el gerente de Industrias Infinito, Arnoldo Rudín, en una entrevista del mismo medio indica que “la compañía podría acudir a un arbitraje” (Diario Extra, 2008).

El autor, especialista en derecho internacional público y profesor en la Universidad de Costa Rica, es miembro de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN).

Hay que tener claro, desde ya, que el mecanismo de arbitraje internacional ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferendos entre Inversionistas y Estados se ideó en las décadas de los años 60 y 70 para solventar situaciones donde un inversionista extranjero invierte de buena fe en un Estado y ve su proyecto frenado o suspendido a raíz de una decisión de este mismo Estado que le significa un “cambio en las reglas del juego” y afecta la inversión planeada. El caso más frecuente ocurre ante acciones realizadas por un gobierno en caso de expropiación o nacionalización de bienes o activos, de revocación de una concesión o de permisos de explotación. Usualmente se trata de decisiones tomadas por un nuevo gobierno, según lo ilustra la abundante jurisprudencia del Ciadi. De los 129 casos pendientes ante este Centro Internacional -a agosto de 2010- 64 conciernen a países de América Latina: 28 a Argentina; 11 a Venezuela; 3, respectivamente, a Costa Rica, Ecuador, Perú y El Salvador; 2, respectivamente, a Bolivia, Honduras, Granada, Guatemala y Paraguay; y 1, respectivamente, a México, Panamá y Uruguay.

En el caso de Costa Rica, por ejemplo, el decreto del 5 de mayo de 1978 que crea en Guanacaste el Parque Nacional de Santa Rosa dio lugar a un arbitraje ante el Ciadi. En esta oportunidad, la demanda presentada en 1995 por los propietarios norteamericanos expropiados exigía el pago de \$41.200 millones al Estado costarricense. En 2000, el Centro Internacional de Arreglo de Diferendos ordena el pago de \$16 millones a Costa Rica por la expropiación operada en el decreto ejecutivo del 5 de mayo de 1978 -sentencia del 17 de febrero de 2000-. Sin embargo, la figura del arbitraje no aplica en caso de permisos, concesiones o viabilidades ambientales otorgadas en condiciones irregulares y así declarado por tribunales nacionales; menos aun cuando se logra inferir que un inversionista extranjero no es del todo ajeno a este “padrón” de irregularidades. En Costa Rica, por ejemplo, tenemos el caso de la petrolera Harken, empresa que amenazó a Costa Rica con una demanda por \$57.000 millones en 2009 ante un tribunal arbitral nacional; el caso nunca fue elevado ante el Ciadi. La suma en discusión era de tan solo \$13 millones y el Estado no se apersonó. Las probables razones por las cuales la petrolera Harken -cuya concesión fue anulada por la Sala IV- no ha elevado el caso ante el Ciadi derivan del hecho que no cuenta con una decisión unilateral del Estado que afecte su proyecto, marco usual para el que está previsto el recurso al Centro Internacional de Arreglo de Diferendos. Todo inversionista extranjero que acude a este Centro Internacional debe demostrar que actuó siempre de buena fe y que puede exigir una indemnización por haber actuado en todo momento apegado a este principio, que conlleva, entre otros, cumplir a cabalidad con la legislación nacional y con los permisos -concesiones, via-

bilidades ambientales- vigentes. Arriesgarse a invertir a sabiendas que la concesión, permiso o declaratoria de conveniencia nacional está en discusión ante los tribunales es un riesgo que solo debe asumir el inversionista extranjero. En el caso de Crucitas, si limitamos el análisis únicamente a la concesión minera de explotación, la situación es la siguiente: la primera concesión otorgada en diciembre de 2001 -publicada en *La Gaceta* el 30 de enero de 2002- fue anulada por la Sala IV en 2004 (voto 2004-13414 del 26 de noviembre de 2004). Posteriormente, a la concesión minera otorgada el 21 de abril de 2008 (R-217-2008 Minae, publicada en *La Gaceta* el 20 de mayo de 2008) se le entabló un recurso en su contra inmediatamente ante la Sala IV, el 11 de junio de 2008, la cual remitió (voto 2010-14009 del 3 de setiembre de 2010) el recurrente a problemas de legalidad. Finalmente, dicha concesión se anula en el fallo reciente del Tribunal Contencioso Administrativo. La buena fe de un inversionista extranjero indica que, al saber que la concesión minera estaba siendo cuestionada ante los tribunales, debió esperar la sentencia y no adelantarse a invertir sin saber si los permisos, en este caso la concesión minera, serían declarados vigentes o no. La empresa Industrias Infinito puede intentar recurrir al Centro Internacional de Arreglo de Diferendos entre Inversionistas y Estados contra Costa Rica y presentar como prueba de descargo la reciente sentencia de este Tribunal que condena a esta empresa así como a varias entidades públicas del Estado por incumplimiento de la normativa vigente. Que logre convencer al Ciadi de su buena fe es otra cosa.

#### Referencias bibliográficas

- Astorga, A. (2010, agosto 24). Crucitas y números del Gobierno. *Diario Extra*. Disponible en: <http://www.diarioextra.com/2010/agosto/24/opinion07.php>
- Boeglin, N. (2010, agosto 1). Minería, arbitraje y amenazas. *La Nación*. Disponible en: <http://www.nacion.com/2010-08-02/Opinion/Foro/Opinion2469196.aspx>
- Cerdas, R. (2010, julio 31). Ojo Crítico. *La Nación*. Disponible en: <http://www.nacion.com/2010-08-01/Opinion/PaginaQuince/Opinion2465537.aspx>
- Nuevo debate en la UPAZ sobre Crucitas: minera reconoce haber perdido una batalla. (2010, diciembre 8). *Costa Rica Hoy*. Disponible en: <http://costaricahoy.info/nacionales/se-realiza-nuevo-debate-sobre-crucitas-en-la-universidad-para-la-paz/76316/>
- Artavia, B. (2008, noviembre 24). Se ocupan cerca de 240 permisos para tener una mina operando. *Diario Extra*. Disponible en: [www.diarioextra.com/2008/noviembre/24/nacionales07.php](http://www.diarioextra.com/2008/noviembre/24/nacionales07.php)