

Distr.
RESTRINGIDA
LC/R.377(Sem.19/4)
14 de noviembre de 1984
ESPAÑOL
ORIGINAL: INGLES

C E P A L

Comisión Económica para América Latina y el Caribe

Taller de Trabajo sobre Cooperación Técnica y Económica para el Sector Minero Metalúrgico de América Latina organizado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) bajo los auspicios de la Comisión de las Comunidades Europeas (CCE)

Santiago de Chile, 19 a 23 de noviembre de 1984



CONSECUENCIAS FINANCIERAS DE LOS ACUERDOS DE EXPLOTACION DE MINERALES:
ALGUNAS NOTAS SOBRE RECIENTES ACUERDOS MINEROS EN SUDAMERICA */

*/ Este documento fue preparado por el señor Thomas W. Wälde, Asesor Interregional, División de Recursos Naturales y Energía, Departamento de Cooperación Técnica para el Desarrollo, Naciones Unidas, Nueva York.

84-10-1772

1997
1998
1999
2000
2001
2002
2003
2004
2005
2006
2007
2008
2009
2010
2011
2012
2013
2014
2015
2016
2017
2018
2019
2020
2021
2022
2023
2024
2025
2026
2027
2028
2029
2030

1997
1998
1999
2000
2001
2002
2003
2004
2005
2006
2007
2008
2009
2010
2011
2012
2013
2014
2015
2016
2017
2018
2019
2020
2021
2022
2023
2024
2025
2026
2027
2028
2029
2030

1997
1998
1999
2000
2001
2002
2003
2004
2005
2006
2007
2008
2009
2010
2011
2012
2013
2014
2015
2016
2017
2018
2019
2020
2021
2022
2023
2024
2025
2026
2027
2028
2029
2030

1997
1998
1999
2000
2001
2002
2003
2004
2005
2006
2007
2008
2009
2010
2011
2012
2013
2014
2015
2016
2017
2018
2019
2020
2021
2022
2023
2024
2025
2026
2027
2028
2029
2030

INDICE

	<u>Página</u>
I. INTRODUCCION: EL EFECTO DEL REGIMEN LEGAL PARA EL FINANCIAMIENTO DE LA EXPLOTACION DE MINERALES	1
II. ACONTECIMIENTOS RECIENTES EN MATERIA DE LEGISLACION MINERA Y DE INVERSION Y CONTRATOS DE EXPLOTACION DE MINERALES	5
III. REGIMENES FISCALES PARA LA EXPLOTACION DE MINERALES	12
IV. ARREGLO DE CONTROVERSIAS Y RENEGOCIACION	16
V. TRES ACUERDOS RECIENTES EN MATERIA DE EXPLOTACION DE MINERALES EN SUDAMERICA	20
A. Antecedentes	20
1. Chile/St. Joe Minerals de 1977 (El Indio)	21
2. Contrato de asociación Colombia/EXXON para el bloque B del proyecto de carbón Cerrejón (1976)	25
3. Acuerdo de explotación del uranio Guyana/COGEMA (1982)	26
B. Tipo de contrato	28
C. Organización, gestión y control	33
D. Régimen financiero	36
E. Situación legal	41
F. Conclusiones	43
Referencias	45

SECRET

1. (S)

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

I. INTRODUCCION: EL EFECTO DEL REGIMEN LEGAL PARA EL FINANCIAMIENTO DE LA EXPLOTACION DE MINERALES

El régimen legal por el que se rigen los proyectos de explotación de minerales es de esencial importancia para el arreglo de financiamiento, es decir, la negociación, la estructura y finalmente la puesta en práctica del mecanismo financiero para un proyecto minero. El régimen legal para una inversión minera determina primordialmente la cantidad de fondos disponibles del futuro flujo de efectivo del proyecto para reembolsar préstamos, repartir utilidades entre los socios y permitir la repatriación de depreciación, dividendos y capital a los patrocinadores del proyecto. De ese modo, define la distribución del ingreso entre los inversionistas (patrocinadores) del proyecto, los financistas y el gobierno. Por ejemplo, con toda probabilidad la participación del gobierno consistirá en impuestos sobre la renta, moderados por amplias reglas de depreciación/amortización acelerada, en impuestos adicionales sobre las utilidades basados en ingresos que excedan una determinada tasa interna de rendimiento, en gravámenes sobre el valor de producción (cánones; impuestos a las exportaciones; gravámenes mineros; etc.), en impuestos sobre los dividendos distribuidos y en el ingreso compartido sobre la base de la participación libre, transferida o plenamente pagada del gobierno en un proyecto. La participación en la producción es otro aspecto que influye en la cantidad de flujo de efectivo disponible, y en realidad se parece, si se calcula como porcentaje fijo, a un canon.

Además, el régimen legal de un proyecto minero contendrá disposiciones que son esenciales para un prestamista (y un inversionista) que tenga un interés vital en obtener un beneficio (basado en el interés o basado en la utilidad) del financiamiento que proporciona. Por ejemplo, habrá disposiciones relativas a la disponibilidad de divisas para atender al servicio de la deuda y permitir la repatriación hasta un determinado nivel de dividendos; habrá disposiciones que regulen el componente de divisas de los ingresos obtenidos de las ventas, con prioridad para el servicio de la deuda, y en algunos acuerdos hay una cuenta fiduciaria externa especial establecida para recibir los ingresos de las ventas, en particular de los contratos de venta a largo plazo vitales para el financiamiento minero; las cantidades mantenidas en la cuenta son administradas por un fideicomisario de conformidad con instrucciones contractuales y distribuidas

/de acuerdo

de acuerdo con las directrices establecidas, en general con prioridad para el servicio de la deuda, seguida por el pago al inversionista/patrocinador de lo que le corresponde con arreglo a los contratos pertinentes. (Suratgar, 1982; Stockmayer y Suratgar, en: UN/DSE, 1982; Cormick, 1983; Stockmayer, 1984.)

Las disposiciones en los contratos mineros abordan a veces de manera muy específica cuestiones de financiamiento. Por ejemplo, los contratos pueden estipular que no se exceda una determinada relación deuda/capital (por ejemplo 75:25), que los pagos recibidos por los inversionistas del proyecto como intereses sobre los préstamos de accionistas se consideren como ingreso sujeto a impuestos si se excede una determinada relación deuda/capital. Los contratos a menudo distribuyen la responsabilidad del financiamiento principalmente en el operador del proyecto minero y le imponen obligaciones generales, tales como buscar el financiamiento en condiciones competitivas. Los préstamos de accionistas constituyen una parte importante del conjunto del financiamiento y pueden estar vinculados a compromisos de compra a largo plazo y ser reembolsados con los ingresos obtenidos de contratos de compra a largo plazo. Evidentemente, los préstamos de accionistas tienen que ser examinados cuidadosamente a fin de evitar alejarlos de las utilidades libres de impuestos. El riesgo de los créditos del gobierno, de los inversionistas/patrocinadores del proyecto y de las empresas estatales participantes se ha convertido en una cuestión importante para las negociaciones, donde la obligación de proporcionar garantías de los préstamos para los gastos previstos, pero en particular para los excesos de costos y el déficit inesperado de los ingresos requeridos para el servicio de la deuda, tiene que ser distribuida entre el gobierno, las empresas estatales y los patrocinadores del proyecto. (Véase Stuart Mc Gill, 1983.)

Como la tributación del país de origen puede afectar el flujo de efectivo disponible, con frecuencia en los contratos se estipula la obligación de los dos socios de promover la celebración de un tratado favorable de doble imposición o de adaptar el acuerdo en caso de un cambio en las reglas impositivas del país de origen a fin de permitir que el patrocinador del proyecto obtenga una máxima deducción por impuestos pagados en su país sin perjuicio para el país receptor.

Independientemente de las disposiciones contractuales o reguladoras dirigidas directamente hacia el financiamiento, el régimen legal de un proyecto minero es de gran interés para los prestamistas, ya que sus disposiciones, la estructura

/de gestión

de gestión y control, el sistema financiero y la condición jurídica establecidas por él serán decisivas para la capacidad del proyecto de inversión de obtener resultados satisfactorios y de ese modo reembolsar los préstamos y proporcionar un rendimiento de la inversión. Si bien algunas cláusulas en el acuerdo, como las disposiciones que estabilizan el régimen fiscal constituido contra la legislación subsiguiente o las disposiciones que establecen un procedimiento de arbitraje para el arreglo de controversias, afectan la estabilidad del acuerdo directamente, otras estipulaciones, como las cláusulas de renegociación, el sistema de propiedad mixta, de la gestión y el control establecidos, son decisivas para la capacidad del proyecto de obtener buenos resultados. Por estas razones, los prestamistas tienden cada vez más a examinar detenidamente no sólo las disposiciones de un acuerdo directamente relacionadas con la disponibilidad de fondos para reembolsar los préstamos, sino también el carácter general, la situación, la equidad y la flexibilidad de un acuerdo de explotación minera. Sus intereses estarán mejor resguardados si el acuerdo, generalmente previsto para que rija las relaciones durante varios decenios, presenta buenas probabilidades de resistir la prueba del tiempo y el cambio. Los contratos que pueden parecer muy beneficiosos para los inversionistas y que se celebran en un momento en que el poder de negociación, los conocimientos especializados, la información y la experiencia del gobierno son bajos pueden resultar ser contraproducentes en el largo plazo y es probable que provoquen presiones para que se introduzca un cambio, renegociado o unilateralmente impuesto, que puede ser peligroso para la fina estructura de un arreglo complejo que coordina los intereses y el desempeño de los inversionistas, las instituciones financieras, los compradores a largo plazo y el gobierno.

Según sea la tradición jurídica de un determinado país en desarrollo, el régimen legal de un proyecto minero consiste por una parte en elementos legislativos y reguladores y, por otra parte, en elementos contractuales. Por ejemplo, las leyes del país en materia de minería, inversiones, impuestos, compañías, aduanas, divisas, trabajo y medio ambiente pueden proporcionar el marco legislativo y regulador, y a menudo pueden proporcionar reglas que sean directamente aplicables (como la ley de impuesto sobre la renta; la duración de los títulos mineros; los reglamentos de seguridad de las minas), mientras que los elementos contractuales pueden especificar la pertinencia de los principios

/jurídicos generales,

jurídicos generales, ajustar el régimen legal general a las necesidades concretas del proyecto en cuestión y reflejar el largo y difícil proceso de negociación para llegar a un acuerdo sobre la distribución de ingresos, de riesgos, de propiedad, aportaciones de capital y poderes de administración entre los participantes. Por el lado de los contratos, se puede encontrar un contrato de inversión entre el gobierno y el inversionista que rijan el otorgamiento de incentivos a la inversión, un acuerdo minero con el Ministerio de Minas que determine la aplicabilidad de la legislación minera, el contenido, el alcance y la duración de los títulos mineros, pero también obligaciones relativas a la protección del medio ambiente, el desarrollo económico y varios componentes del régimen fiscal del proyecto. Si la empresa estatal desempeña un papel importante, a menudo se abordan en un acuerdo específico con la empresa minera estatal las principales cuestiones del control, la administración, la propiedad, la comercialización, la coparticipación en los ingresos y el riesgo del capital. Más recientemente, a medida que las empresas estatales se han convertido ellas mismas en patrocinadoras de proyectos, el inversionista extranjero ha pasado a desempeñar el papel de contratista (o contratista/inversionista de empresa mixta) que proporciona administración, asistencia técnica y financiamiento a la empresa estatal. Los arreglos financieros son manejados a veces exclusivamente en acuerdos entre patrocinadores/inversionistas y prestamistas, pero a menudo es necesaria una red de acuerdos que abarquen patrocinadores de proyectos, empresa estatal, autoridades de gobierno (a saber, Ministerio de Minería, Banco Central, Ministerio de Hacienda), instituciones financieras públicas multilaterales y bilaterales, organismos de financiamiento de exportaciones y compradores a largo plazo de la producción minera proyectada (véanse Suratgar, Stockmayer, Mc Gill).

En la sección siguiente se examinarán los acontecimientos recientes en materia de legislación minera y de inversiones, así como de acuerdos mineros, y se analizarán con mayor detalle tres acuerdos específicos de considerable interés celebrados en Colombia, Chile y Guyana.

II. ACONTECIMIENTOS RECIENTES EN MATERIA DE LEGISLACION MINERA Y DE INVERSION Y CONTRATOS DE EXPLOTACION DE MINERALES

El período comprendido entre 1965 y 1980 se caracterizó por acontecimientos que reflejaron una enérgica afirmación de la soberanía permanente sobre los recursos naturales por parte de los países en desarrollo, por las nacionalizaciones en gran escala de la extracción de minerales, por la renegociación de los acuerdos existentes, por la creación de empresas estatales y por numerosas asociaciones de productores de productos básicos. En el decenio de 1980 al parecer se destacan los problemas de inversión, es decir, el éxito de la combinación de capital, tecnología y capacidad administrativa, y los problemas de la demanda decreciente, ambos necesarios para transformar las reservas en proyectos prácticos que generen beneficios para el desarrollo de la economía nacional. La recesión de las economías desarrolladas de mercado, que dio origen a la crisis actual de la industria minera mundial, no facilita esta tarea. Los persistentes precios bajos, las altas tasas de inflación y los elevados costos de inversión dieron por resultado bajos márgenes de utilidad o pérdidas de explotación; la capacidad y el deseo de invertir en actividades de exploración y explotación mineras se han reducido considerablemente. La situación de los proyectos en los países en desarrollo se ha agravado particularmente. Los costos muy elevados de los nuevos proyectos, en particular de las instalaciones fundamentales de infraestructura, y la percepción del riesgo político por parte de las compañías y de las instituciones financieras hacen muy difícil desarrollar nuevos proyectos. La mayoría de los proyectos mineros en gran escala ejecutados en el decenio de 1970 no han satisfecho las expectativas financieras de los gobiernos, inversionistas y prestamistas, y varios (por ejemplo, Selebi Phikwe in Botswana, EXMIBAL en Guatemala) han dado por resultado grandes pérdidas y una continua reestructuración de la deuda. Muchos proyectos en gran escala han sido reducidos en escala o abandonados del todo (por ejemplo, Tenke Fungurume en el Zaire). La competencia entre muchos yacimientos potencialmente económicos aumenta sustancialmente el tiempo que transcurre entre el descubrimiento de la mayoría de los yacimientos y su explotación comercial. Las nuevas inversiones tienen lugar principalmente en el caso de proyectos de minerales de alta ley y en escala más pequeña o en proyectos con productos secundarios significativos (por ejemplo,

/el oro),

el oro), en proyectos sin considerables necesidades de infraestructura y generalmente en países que se benefician de una evaluación favorable del riesgo o en proyectos que gozan de subsidio público (por ejemplo, el proyecto de cobre Sohar en Omán). Los cierres de las minas existentes y de las instalaciones de elaboración son frecuentes.

No cabe sorprenderse de que los grandes recursos financieros necesarios para la ejecución de proyectos sean muy difíciles de obtener. La pesada carga de la deuda de la mayoría de los países productores y la frecuencia del actual reajuste del servicio de la deuda ha hecho a las instituciones financieras públicas y comerciales más cautelosas para consignar fondos a arriesgados proyectos mineros, con cada vez menos seguridades de efectuar más tarde ventas al precio necesario para reembolsar los préstamos. El financiamiento de proyectos, la solución de los últimos años del decenio de 1970, se está tornando más difícil, ya que en la actualidad pocos nuevos proyectos prometen producir por sí mismos suficientes utilidades que permitan la cobertura del riesgo y un reembolso adecuado; si el financiamiento del proyecto es posible, se emprende en los términos más estrictos, tanto para los países como para los inversionistas, y se agregan severas garantías de cumplimiento, que actúan como otro factor que desalienta las inversiones. Los nuevos proyectos casi siempre incluyen cuantiosos créditos de los proveedores y financiamiento público concesionario y no comercial.

Las compañías que tradicionalmente han estado dispuestas a invertir su propio capital de riesgo han optado por llevar a cabo exploraciones sobre una base de contrato de servicios, especialmente en los países productores de petróleo. Los países empeñados en hacer que se exploten los yacimientos descubiertos han descubierto que abundan las compañías dispuestas a vender sus servicios o sus equipos (administración, asistencia técnica, proyectos listos para empezar a funcionar), pero que es sumamente difícil lograr que esos proveedores se comprometan poniendo en juego un capital considerable en el proyecto. El reemplazo de la participación en el capital social por los préstamos externos continúa en el decenio de 1970 y el financiamiento externo exige garantías que no todos los países y empresas estatales pueden dar o se considera que estén en condiciones de hacerlo.

/Las compañías

Las compañías petroleras, consideradas una fuente nueva y prometedora de financiamiento a fines de los años 1970, son más cautelosas en materia de inversiones en minerales no combustibles, ya que la entrada en gran escala de las principales compañías petroleras ha producido hasta ahora únicamente pérdidas (por ejemplo, la EXXON Minerals ha incurrido hasta ahora en pérdidas superiores a los 500 millones de dólares). Se esperaba también que los países productores de petróleo intervinieran más activamente en la explotación de minerales duros; sin embargo, tuvieron que reducir su papel ya que los ingresos reales por concepto del petróleo no han alcanzado el nivel de las proyecciones optimistas. Los precios comparativamente altos de algunos años del pasado y las preocupaciones por la seguridad del suministro han estimulado grandes corrientes de fondos privados y públicos hacia la exploración de minerales y el desarrollo minero; como resultado, hay una oferta excesiva de la mayoría de los minerales (bauxita, níquel, uranio, mineral de hierro, cobre y otros) y los nuevos proyectos compiten entre sí por el financiamiento y las promesas de compra.

La elección para los gobiernos deseosos de explotar sus recursos nacionales es difícil. Pueden optar por postergar la explotación de minerales, con la excepción de los minerales necesarios para el consumo interno, hasta que se presente una situación más propicia. Asimismo, pueden adoptar la estrategia de establecer un vigoroso sector estatal, financiado por fondos públicos, que podría ser el vehículo principal para el desarrollo por etapas de una industria minera nacional. Este es el camino que ha sido escogido, por ejemplo, por la India y que podría estar disponible para los países con grandes recursos tecnológicos, administrativos y financieros autóctonos y un mercado interno de tamaño suficiente. Los gobiernos pueden escoger también la política de fomentar entusiastamente las inversiones. En ese caso, es esencial preparar los cimientos para mejores políticas gubernamentales, expresadas en acuerdos y en leyes de inversión y explotación de minerales. En varios países, los instrumentos legales para la explotación de minerales no alcanzan todavía el punto óptimo posible, es decir, la atracción de las inversiones, la equidad de las condiciones y una contribución significativa al desarrollo económico nacional. Por consiguiente, existen posibilidades de introducir considerables mejoras que podrían llegar a ser sumamente eficaces si mejoraran las perspectivas macroeconómicas para las industrias mineras del mundo. Los múltiples ejemplos de las inversiones en minerales que

/han hecho

han hecho recientemente en los países en desarrollo otros países en desarrollo o las economías de planificación centralizada (véase infra) pueden augurar una mayor participación en el futuro.

La legislación relativa a inversiones, en particular a la inversión extranjera, ha sido un aspecto característico del último decenio. En los primeros años del decenio de 1970, la legislación en materia de inversión se dirigió predominantemente hacia la selección, vigilancia y restricción de la inversión extranjera; más recientemente, y especialmente en la actualidad, el énfasis parece haberse desplazado, al observar las tendencias a nivel mundial, desde la restricción hacia la promoción y el incentivo, aunque selectivos y controlados. Esta tendencia refleja el cambio experimentado por las condiciones económicas: la inversión, particularmente en recursos naturales, ha disminuido considerablemente; asimismo, en varios países, las nuevas políticas constituyen una respuesta a la experiencia con las empresas paraestatales adquirida con posterioridad a la nacionalización.

La legislación minera es el método utilizado por los gobiernos para reglamentar las actividades mineras propiamente tales. Tradicionalmente, la principal función de las leyes mineras se centraba en la relación entre la propiedad de las minas y de las tierras y en la reglamentación estatal de las actividades de la minería. El derecho minero regía la emisión, la administración y la cancelación de títulos mineros; organizaba los organismos gubernamentales y sus facultades de supervisión; y abarcaba el arreglo de las controversias entre reclamaciones en pugna. Durante el último decenio se han promulgado nuevas leyes mineras en muchos países en desarrollo, las que están siendo actualizadas. Las políticas que fundamentan la legislación minera reciente reflejan las prioridades y las estrategias nacionales de los respectivos gobiernos. Un denominador común parece haber sido en muchos casos la necesidad percibida de reemplazar la legislación vigente antes de la independencia. Otra característica de muchas leyes mineras de los últimos años del decenio de 1960 y de los primeros años del decenio de 1970 fue el hincapié que se hizo en el sector estatal, aunque dicho hincapié ha sido menos pronunciado en los años recientes, como lo ilustra el mayor énfasis en la inversión privada.

En el caso de los proyectos en gran escala, son habituales las negociaciones de contratos entre el gobierno y el posible inversionista. Mientras los sistemas jurídicos influidos por el derecho francés reglamentan algo detalladamente los

/contratos de

contratos de inversión (convention d'établissement), los países influidos por el derecho británico tienden a negociar acuerdos ad hoc, comprendidos a veces en "licencias especiales". La experiencia ha demostrado que tal vez sería preferible para ambos socios que la autoridad y el procedimiento para negociar y celebrar acuerdos con inversionistas, incluido el alcance de dichos acuerdos, fuesen claramente indicados en la ley minera. La posición de un gobierno para negociar mejora también claramente si sus leyes proporcionan un marco claro, un conjunto de objetivos de política y seguridad legal para los distintos contratos de proyectos. Finalmente, se puede observar una tendencia hacia la normalización de los mecanismos negociados en contratos que han resultado útiles, ya sea incorporándolos en acuerdos modelos o en la legislación generalmente aplicable. Este hecho fortalece la autoridad de los gobiernos y reduce la carga a menudo muy pesada sobre los recursos gubernamentales que exigen las negociaciones detalladas y prolongadas. Asimismo, la cuestión de los derechos mineros está siendo separada en forma creciente de los acuerdos cuya función es formular con mayores detalles las obligaciones y los derechos adicionales relacionados con la inversión.

Algunos escritores han descrito los acontecimientos del último decenio como un avance desde los acuerdos de "concesión" a los de "empresa mixta" y a los de "servicio" (asistencia técnica/administración), dando a entender que el inversionista extranjero al principio admite la participación del país receptor (empresa mixta) y finalmente presta servicios como "contratista" subordinado a la empresa minera estatal. Es cierto que algunas empresas estatales han adquirido la propiedad total y han suscrito acuerdos de servicio relativos al petróleo y en unos pocos casos a los minerales no combustibles. Un análisis comparativo de los diversos tipos de acuerdo ha comprobado que, desde un punto de vista financiero, la forma del acuerdo tiene poca importancia y que los Estados a menudo pueden haber incluso perdido ingresos a causa de los arreglos innovadores defendidos en los años 1970. Algunos países han llegado a la conclusión de que el énfasis en la propiedad extensiva ha conducido a una merma de sus ingresos y, presionados por sus tesorerías, se encuentran actualmente buscando medios de volver a atraer el capital privado para que asuma el riesgo de la inversión en minerales. Asimismo, los países han descubierto que se puede lograr un control efectivo sobre la inversión minera mediante adecuadas políticas e instituciones económicas y

/administrativas de

administrativas de una manera menos costosa y arriesgada que mediante la completa propiedad gubernamental. Una solución que se ha aplicado ha sido la de hacer que el inversionista realice las operaciones bajo una supervisión simbólica y exigirle que organice el financiamiento y asuma el riesgo, pero calificando esta inversión de hecho como contrato de servicio.

La actitud que mantienen las compañías actualmente puede parecer paradójica a cualquier persona que considere el movimiento hacia los contratos de servicio como un movimiento hacia un mayor control del país receptor: en los proyectos recientes, las compañías a menudo prefieren claramente actuar como proveedores de servicios y equipo, como directores del proyecto y por último como compradores a largo plazo de la producción, pero no han estado dispuestas a aportar su propio capital de riesgo.

Las obligaciones de la compañía de renunciar gradualmente a las zonas exclusivas de exploración, llevar a cabo programas de trabajo mutuamente convenidos y efectuar gastos mínimos, depositar fianzas de cumplimiento de contrato, avisar cuanto antes acerca de un descubrimiento y finalmente presentar un adecuado estudio de viabilidad son en la actualidad cláusulas corrientes de los contratos y están siendo transferidas al derecho minero general. Una cuestión es debatida con frecuencia en las negociaciones: ¿bajo qué condiciones debe la compañía, después de un descubrimiento, explotar el yacimiento o abandonar sus derechos mineros? Los gobiernos naturalmente desean que los yacimientos descubiertos sean explotados lo antes posible, mientras que las compañías prefieren adoptar una decisión basada en sus propias políticas de explotación minera, financiamiento, comercialización y reservas de minerales. Los acuerdos modernos a menudo prevén un examen del estudio de viabilidad por expertos independientes. En caso de llegar a la conclusión de que el yacimiento puede ser explotado comercialmente (es decir, producir la tasa de rendimiento habitual en la industria), se debilita la posición de una compañía que no está dispuesta a explotar el yacimiento. Debe explotar la mina o perder sus derechos mineros o está obligada a transferir la totalidad o parte de sus derechos a otra compañía que esté dispuesta a asumir la inversión. A veces, un período de espera (combinado a la larga con un derecho de espera calculado como un canon sobre la posible producción) permite a la compañía retener el derecho minero durante un período más largo. Si los derechos mineros son transferidos a otra compañía que esté dispuesta a invertir, a menudo

/se otorga

se otorga compensación al descubridor. Dicha compensación puede hacerse sobre la base de los gastos previos de exploración (ajustados finalmente por un índice de inflación o de interés), sobre la base de una participación en la empresa de explotación, sobre la base de un canon de producción o un mecanismo combinado.

Los contratos modernos (de concesión, de empresa mixta o de servicios) tienen en cuenta el hecho de que la propiedad no confiere automáticamente control y que la función de administración puede separarse de la propiedad. Si bien la propiedad accionaria del gobierno es frecuente, a veces excede el 50% o incluso llega (en el caso de los contratos de servicios) al 100%, a menudo se confía la administración al socio extranjero. Esta estructura organizacional parece constituir un reflejo del hecho de que las compañías mineras y las instituciones financieras internacionales no están dispuestas a aportar capital si no se les asegura que una empresa minera experimentada estará a cargo de las operaciones. Los bancos, en particular, insisten en estrictas garantías de cumplimiento otorgadas por operadores experimentados. Las facultades administrativas de vasto alcance pueden ser incluidas en acuerdos separados de administración, en las condiciones de un "contrato de trabajo" (por ejemplo, los contratos de Indonesia de 1981), en la escritura constitutiva de las empresas mixtas o en la estructura organizacional de los acuerdos de servicio y las empresas mixtas contractuales. El verdadero papel del gobierno se hace claro en el grado de supervisión ejercido sobre la administración. A veces se establecen comités técnicos conjuntos (en los casos de empresas mixtas que no son sociedades anónimas) para celebrar consultas, supervisar, a veces adoptar decisiones de política y aprobar importantes cuestiones presentadas por la administración. En los casos de las empresas mixtas que son sociedades anónimas, la junta de directores tiene el potencial de convertirse efectivamente en órgano directivo. Los requisitos de unanimidad hacen que la cuestión de cuál parte tiene mayoría sea en su mayor parte teórica. La importancia real de esa representación en los órganos supervisores o encargados de adoptar decisiones depende de la dedicación y capacidad de los representantes gubernamentales y de los procedimientos de adopción de decisiones. Si bien algunos gobiernos nombran como delegados a políticos, otros designan como delegados a expertos técnicos o por lo menos adoptan medidas para que un grupo técnico asesore a los miembros de la junta.

III. REGIMENES FISCALES PARA LA EXPLOTACION DE MINERALES

Al examinar y al negociar los diversos instrumentos fiscales, es útil considerarlos como componentes de un solo conjunto, independientemente de su nombre, llámense impuestos, derechos de exportación, cánones o acciones libres. El empleo de los métodos de negociación y el análisis financiero permiten a los negociadores evaluar los efectos y la acción recíproca de los diversos gravámenes fiscales. En algunos países sin experiencia previa en materia de industria de la minería, se necesitan considerables esfuerzos para coordinar la labor de los organismos estatales interesados --el Ministerio de Minas, el Ministerio de Hacienda, el Banco Central y otros-- y permitir la formulación de una política gubernamental coherente y general.

Los cánones, como cargo a la producción de minerales basado en el valor, no han desaparecido, como se ha pronosticado a menudo. Proporcionan ingresos estabilizados, constituyen un cobro mínimo por el agotamiento de los recursos no renovables y constituyen en algunos países mineros la principal fuente de ingresos. Algunos países han descubierto que la extensión de los pagos tipo cánones independientes de rentabilidad (impuestos a las exportaciones, impuestos sobre las ventas, tipos artificiales de cambio) pueden perjudicar la capacidad de la compañía para reinvertir y mantener la productividad. Asimismo, pueden hacer antieconómica la explotación de minas marginales y pueden fomentar la explotación exclusiva de mineral de alta ley. La explotación de minerales de baja ley puede ser objeto, por determinación de los gobiernos, de considerables descuentos de cánones; tales descuentos son concedidos también si los gastos de explotación más los cánones exceden una determinada cantidad. Los gobiernos que siguen una política de promoción activa de las inversiones han conseguido descuentos de cánones para los primeros años de producción comercial (para aumentar el flujo temprano de efectivo, con considerables efectos sobre el análisis del flujo de efectivo descontado) y han reconocido los cánones de esos años como pago a cuenta de futuros impuestos sobre la renta, reduciendo de esa manera la carga fiscal, mientras se retiene una fuente estable de ingresos.

La participación del gobierno en la forma de propiedad accionaria tiene importantes consecuencias sobre los cálculos de la tasa de rendimiento, en particular si el gobierno obtiene propiedad accionaria gratis o, a su elección

/en el

en el momento de la explotación de la mina en condiciones preferenciales ("participación en cuenta"). A menudo el aparente beneficio financiero de un alto porcentaje de propiedad accionaria gratis se reduce en la realidad. La propiedad accionaria nunca es realmente "gratis" ya que siempre requiere una compensación. En algunos casos esto se arregla manteniendo en un nivel bajo el capital original de la compañía de explotación y reuniendo el capital necesario ya sea mediante aportaciones en efectivo o mediante garantías de la deuda de todos los accionistas, incluido el gobierno. En otros casos, la propiedad accionaria gratis se concede a cambio de derechos mineros, pero se adoptan medidas para reembolsar totalmente al inversionista sus gastos previos de exploración. Una cuota más alta de propiedad accionaria gratis del gobierno se compensa regularmente con una cuota más baja de otros gravámenes, por ejemplo, impuestos sobre la renta. En los casos en que el inversionista puede obtener descuento impositivo del país de origen por los impuestos sobre la renta pagados, el país receptor perderá si reduce los impuestos para compensar por una propiedad accionaria gratis más alta.

En los modernos acuerdos de minería y tributación minera con frecuencia se encuentran otros impuestos a las utilidades (impuestos imprevistos, impuestos al alquiler de recursos), activados por los ingresos que exceden una tasa estipulada de rendimiento. El principio común implícito en las múltiples fórmulas complejas es que los ingresos que excedan una tasa razonable de rendimiento estarán sujetos a una participación adicional del gobierno. Este mecanismo permite considerable flexibilidad, ya que las operaciones marginales y medias no son afectadas por impuestos prohibitivos, mientras que en los casos de operaciones altamente rentables el Estado obtiene una participación adicional, sin tener que solicitar la renegociación del acuerdo. En general, el impuesto es activado por una determinada tasa de rendimiento sobre la inversión total, no sobre la inversión en acciones. En la práctica, el rendimiento del inversionista puede en consecuencia ser mucho más alto, lo que dependerá de la relación deuda-patrimonio neto antes de que sea sometido al impuesto. Sin embargo, este mecanismo tiene en cuenta los riesgos que corre el inversionista mediante garantías de préstamo y de cumplimiento y la estipulación por parte de las instituciones financieras del rápido reembolso de los préstamos antes de que el impuesto pueda comenzar a operar. Si bien este complicado sistema probablemente tenga la ventaja de proporcionar

/mayor flexibilidad

mayor flexibilidad y de reducir los riesgos de la inversión, su manejo es también bastante complejo. Por lo tanto, puede funcionar mejor como un mecanismo adicional que complementa un sistema de tributación minera plenamente desarrollado.

Un indicio de los efectos de un medio económico inestable es la difusión de la indización y otros mecanismos de adaptación. El control de costos es importante para los gobiernos de los Estados receptores porque las compañías tienen un interés natural en representar las utilidades libres de impuesto como reembolsos de costos, en particular mediante transacciones de las compañías filiales. A medida que los acuerdos con las empresas estatales dependen cada vez más de las fórmulas de costo más reembolso, tanto más importante se torna el control de costos. El procedimiento normal es someter las transacciones de las compañías filiales a una inspección minuciosa y medirlas en comparación con los precios de mercado o los precios fijados con arreglo a la regla de la independencia, donde esto sea factible. Otro mecanismo ha sido rechazar determinados gastos generales realizados en el exterior, o por lo menos fijar límites porcentuales a los gastos generales.

Las reservas para agotamiento de recursos han sido criticadas en el último decenio, pero todavía son utilizadas en los países africanos de habla francesa y han reaparecido en el Perú (1981). Algunos gobiernos favorecen el sistema canadiense de las reservas ganadas para el agotamiento de recursos: se permite a las compañías reservar una parte del valor de la producción anual o de las utilidades (por ejemplo, el 10% de la producción o el 25% de las utilidades) o un porcentaje de los gastos de exploración (Guyana 1982: 10% durante cinco años, 5% después) para que se utilicen en nuevas exploraciones. Si dentro de cinco años no se utiliza este fondo de reserva para exploración, se aplicarían los impuestos totales sobre la renta, en definitiva sobre el fondo de reserva ajustado con los intereses.

El descuento impositivo que aplica el país de origen por los impuestos pagados por la empresa minera al país en desarrollo puede convertirse en un problema importante, en particular en el caso de las empresas con sede en los Estados Unidos. Los cánones y la participación del gobierno por lo general no reúnen los requisitos para el descuento impositivo; por consiguiente, algunos gobiernos han podido obtener mayores ingresos financieros de la explotación de minerales cambiando la propiedad accionaria por mayores cuotas del impuesto sobre

/la renta.

la renta. En particular, la formulación de nuevos impuestos a las utilidades está dirigida a menudo a la obtención de descuentos impositivos en el país de origen, por ejemplo, aplicando el impuesto al ingreso antes de descontar los impuestos (lo que requiere una tasa de rendimiento considerablemente más elevada para activar el impuesto).

Las cláusulas de estabilización de impuestos restringían anteriormente el derecho del gobierno a aplicar nuevos impuestos; su validez era discutible ya que estaban dirigidas a restringir la soberanía legislativa nacional. Las cláusulas modernas son más sutiles: hacen que el proyecto quede plenamente sometido a la legislación nacional (incluida la legislación tributaria), pero estipulan que los nuevos gravámenes fiscales que afecten el equilibrio financiero han de ser compensados por una correspondiente reducción de los gravámenes existentes.

La aparición de empresas estatales está planteando nuevos problemas a las políticas fiscales estatales. Muchos gobiernos que han nacionalizado la producción de petróleo y minerales han visto disminuir considerablemente sus ingresos y algunos han tenido que proporcionar considerable apoyo financiero para mantener en operación las empresas estatales (Indonesia, 1972-1975; Colombia, 1965-1975; Bolivia, 1951-1972; Ghana, a partir de 1960; México, 1982). Como resultado, muchos países han empezado a exigir a las empresas estatales que efectúen pagos a la tesorería, a veces mediante dividendos al Estado como accionista, a veces por medio de la consolidación con la renta nacional administrada por la tesorería. Algunas empresas estatales están sujetas a toda la gama de impuestos (Malasia, Pakistán, las empresas de explotación de minerales no combustibles en Indonesia). Sin embargo, en general las empresas estatales disfrutaban de un tratamiento impositivo privilegiado basándose en la teoría de que se supone pretenden alcanzar objetivos más amplios que la simple maximización de utilidades y, por consiguiente, requieren la correspondiente compensación fiscal. El tratamiento impositivo de las empresas mineras estatales es todavía un campo no explorado y tanto la cantidad efectiva de ingresos obtenidos como las políticas fiscales que se pretende aplicar exigen extensos estudios.

IV. ARREGLO DE CONTROVERSIAS Y RENEGOCIACION

Las nacionalizaciones, frecuentes en los últimos años del decenio de 1960 y en los primeros años del decenio de 1970, han sido relativamente raras últimamente. En algunos casos recientes, las compañías se han retirado por su propia voluntad, por ejemplo, algunas compañías petroleras estadounidenses en Libia. Como muchos proyectos están incurriendo en pérdidas actualmente, se puede notar cierto interés por parte de las empresas matrices en lograr que los proyectos sean nacionalizados por el gobierno mediante una compensación. Si bien la cuestión de la nacionalización con arreglo al derecho internacional todavía se está discutiendo, la práctica efectiva --en contraste con las reclamaciones legales-- se ha basado predominantemente en el valor contable neto, a veces ajustado según la inflación. En la práctica, por lo general el pago se hace en moneda dura, pero a menudo es diferido, como en el caso de los bonos en dólares de los Estados Unidos garantizados por el gobierno. Un aspecto característico de muchos arreglos de compensación es la presencia continua del inversionista nacionalizado, aunque en el papel de un contratista que proporciona administración, servicios y capacidad de compra. Tales arreglos mixtos a menudo contienen un elemento adicional de compensación en las fórmulas utilizadas para calcular los honorarios de gestión, transporte marítimo y comercialización.

La renegociación de los acuerdos existentes constituye un medio más sutil y flexible de adaptar una relación al cambio. Si bien los países receptores han recurrido a este método de adaptación de contratos cuando su poder de negociación es fuerte, las compañías también recurren a este instrumento si las circunstancias técnicas o económicas parecen exigir una revisión de los acuerdos existentes.

Una renegociación sustancial de los acuerdos a largo plazo existentes es un reflejo de cambios fundamentales en el medio económico que afectan al equilibrio de un acuerdo. Por ejemplo, el inesperado aumento de precio del uranio en los años 1970 ha dado por resultado la renegociación de la mayoría de los acuerdos de ventas a precio fijo y a largo plazo, con litigación respecto de la cuestión de si una multiplicación del precio del uranio constituye "no factibilidad comercial" y por lo tanto una razón legítima para pedir una renegociación. Los contratos a largo plazo para suministro de bauxita, cobre y mineral de hierro

/entre Australia

entre Australia y el Japón han sido renegociados, y han influido tanto en el precio como en la cantidad de la producción minera que ha de ser entregada al Japón. También ha tenido lugar una renegociación de los precios en los acuerdos sobre gas natural; los países productores se basan en la explosión de los precios del petróleo para justificar un aumento correspondiente de los precios del gas natural. En la actualidad, debido a los aumentos del precio de la energía, varias empresas energéticas de propiedad del gobierno atadas con contratos de precio fijo y a largo plazo celebrados en el decenio de 1960 con los fundidores de aluminio están solicitando aumentos de las tasas de suministro de energía. La renegociación constituye también una cuestión que ha de ser examinada si un mecanismo de fijación de precios --por ejemplo, en los contratos de ventas de minerales a largo plazo-- está basado en índices cuya evolución ya no guarda ninguna relación con la estructura de costos de las operaciones mineras.

Cuando solicitan una renegociación, los gobiernos y las empresas se basan en el principio jurídico rebus sic stantibus (un cambio fundamental en las circunstancias básicas de un contrato justifica una revisión); mientras que la parte que se defiende insistirá en la "inviolabilidad del contrato". Asimismo, los inversionistas a menudo señalarán los "compromisos de estabilización" para evitar que el contrato sea modificado. Si bien la evaluación jurídica de esos argumentos es difícil, la práctica efectiva demuestra que la renegociación es una avenencia natural de los socios en las relaciones comerciales a largo plazo. La práctica contractual en los acuerdos de explotación de minerales, en los contratos a largo plazo sobre productos básicos y en los acuerdos de financiamiento ha dado por resultado la formulación de mecanismos cada vez más complicados de revisión periódica, de reajuste automático y de adaptación de los parámetros contractuales en respuesta a las cambiantes condiciones del medio y los índices externos (de costos, precios e inflación).

El arbitraje es el modo generalizado de solucionar las controversias que surgen inevitablemente. Su función es, en primer lugar, motivar a las partes para que lleguen a un acuerdo entre ellas a fin de evitar la intervención de terceras partes y, en segundo lugar, proporcionar un foro neutral para el arreglo de controversias. Los principales productores de petróleo han insistido con

éxito en la jurisdicción de sus tribunales nacionales. La mayoría de los países latinoamericanos han adherido a políticas semejantes. En otros países en desarrollo, la norma es el arbitraje, ya sea bajo los auspicios de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) o del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial. La Asamblea General de las Naciones Unidas (en sus resoluciones 31/198 de 1976 y 35/52 de 1980) recomendó la utilización del Reglamento de Conciliación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Mientras la CCI y el CIADI proporcionan un marco institucional, el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI sólo proporciona reglas de procedimiento; corresponde a las partes ponerse de acuerdo sobre una autoridad que designe el decisivo tercer árbitro en caso de que los dos árbitros nombrados por las partes no puedan llegar a un acuerdo. En algunos acuerdos recientes se estipula una facultad de designación de árbitros para institutos nacionales o regionales o para instituciones supuestamente más familiarizadas con los países en desarrollo. Como lo demuestran los recientes procedimientos arbitrales, dicha elección a menudo determina el resultado del arbitraje.

Se han examinado los casos más recientes de arbitraje internacional relacionados con la nacionalización en 1972 de las compañías petroleras en Libia y con el gravamen a la producción de Jamaica. Los casos libios han conducido a sentencias que han exigido restitución y compensación por parte de Libia. Los esfuerzos por hacer cumplir dichas sentencias confiscando los bienes libios han fallado en Suiza, pero lograron éxito en los tribunales norteamericanos que sostuvieron que Libia, al someterse a arbitraje, había renunciado a su inmunidad soberana.

Una sentencia arbitral reciente tiene relación con una controversia entre Kuwait y la compañía AMINOIL respecto de la nacionalización de una concesión petrolera con una duración hasta el año 2020. El tribunal arbitral reconoció el derecho de Kuwait a nacionalizar, supeditado al pago de una compensación. Sostuvo que incluso una cláusula de estabilización no podía impedir que Kuwait ejerciera su derecho a la nacionalización. Para llegar a esa conclusión se basó en la teoría expuesta anteriormente de que la cláusula de estabilización es sólo uno de los muchos factores que se han de tener en cuenta y contrapesar cuando

a los árbitros les corresponde determinar la compensación pagadera por la intervención legislativa en derechos contractuales adquiridos. Al determinar la compensación que se había de pagar, los árbitros sostuvieron también que son las circunstancias concretas del caso, y no principios generales abstractos, los que deberían regir la cuestión de la compensación que se debe pagar. En particular, se basaron en el concepto de que los inversionistas debían poder por lo menos ganar una tasa de rendimiento razonable sobre su inversión. En lugar del valor contable, utilizaron el valor depreciado de reposición (que tiene en cuenta la inflación) y ajustaron dicho valor por una tasa razonable de rendimiento, que se supuso sería de 17.5% anual hasta la fecha de la sentencia arbitral (es decir, no hasta el año 2020, en que debía terminar originalmente la concesión). La sentencia, en comparación con laudos arbitrales previos, se distingue por un enfoque menos rígido y más flexible, que permite que se reconozcan los diversos factores planteados en el debate de derecho internacional dentro de un contexto de equilibrio basado en las características específicas del caso en discusión.

/V. TRES

V. TRES ACUERDOS RECIENTES EN MATERIA DE EXPLOTACION DE
MINERALES EN SUDAMERICA

A. Antecedentes

La inversión extranjera ha sido un factor destacado, y probablemente el factor principal, en el desarrollo de las importantes industrias mineras de Chile, Perú, Bolivia (aunque en este país los empresarios nacionales desempeñaron un papel decisivo), Venezuela, Brasil y Guyana. Por otra parte, el nacionalismo económico y el sentimiento contra la dominación extranjera de las industrias nacionales vitales crecieron en los años 1960, basados en antecedentes anteriores, y la mayoría de los principales proyectos mineros fueron transferidos a la propiedad del Estado, y manejados mediante empresas mineras estatales (CODELCO; MINERO-PERU/CENTROMIN; COMIBOL, desde 1952; Hierro-PERU; GUY-BAU/BIDCO:...) desde 1969 hasta 1975. Durante ese período, las nuevas inversiones no fueron activamente fomentadas y fueron sometidas a las condiciones relativamente restrictivas de los reglamentos sobre inversiones del Pacto Andino (en particular la Decisión 24). El Pacto Andino agrupaba a Chile (en esa época), Bolivia, Perú, Ecuador, Venezuela y Colombia. La idea que surgió en esa época era que los recursos minerales debían ser explotados exclusivamente por empresas (públicas o privadas) nacionales y que los insumos extranjeros esenciales debían ser adquiridos en forma "disociada", es decir, como compras separadas de equipos y servicios de asistencia técnica. Las leyes mineras de ese período, notablemente la Ley General de Minería de 1970 del Perú, obedecieron a este énfasis en la inversión minera nacional.

Esta situación ha venido evolucionando a partir de 1975 y ha adquirido considerable velocidad como consecuencia de la recesión económica mundial 1980-1982, que ha afectado particularmente a las industrias mineras. Muchos proyectos que se consideraban viables en 1970 no fueron ejecutados, como se previó originalmente, por las nuevas empresas estatales, debido a la falta de capital y de capacidades administrativas y técnicas, a problemas con la comercialización y, más recientemente, a los efectos de la recesión y la consiguiente declinación a largo plazo de los precios de los metales. Los gobiernos se han dado cuenta de que es difícil lograr la organización de la inversión, ya sea mediante empresas nacionales o extranjeras, y que hay que hacer frente a compensaciones recíprocas entre el control nacional

/y la

y la explotación activa de minerales. Se puede seguir el rastro a la evolución de las políticas gubernamentales en el plano legislativo: la ley minera peruana de 1981, la ley minera de 1982 del Uruguay y las leyes de promoción de minerales 1979-1980 de la Argentina señalan el desplazamiento gradual del énfasis desde la restricción hacia la promoción. Las reglas del Pacto Andino relativas a la inversión han sido suavizadas progresivamente mediante la reglamentación nacional y hoy en día son más o menos inaplicables a la inversión minera. No ha habido nacionalización o renegociaciones forzadas en los últimos años y los países han hecho todo lo posible --sin demasiado éxito-- por volver a atraer la inversión extranjera, si bien en condiciones que tienen que conciliar las sensibilidades políticas de los países sudamericanos y las exigencias prácticas de los inversionistas y financieros. Se han seleccionado tres contratos que reflejan esta acomodación entre gobiernos e inversionistas/financieros en tres países sudamericanos, donde la producción de minerales desempeña, o se espera que desempeñe, un importante papel para la economía nacional. Como norma, estos contratos van acompañados por otros acuerdos influidos por el modelo aplicado; por una parte, reflejan la situación particular, las actitudes y tradiciones de los distintos países, pero marcan también el cambio en las políticas de inversión en minerales que ha tenido lugar.

1. Chile/St. Joe Minerals de 1977 (El Indio)

El contrato de inversión suscrito en 1977 entre Chile y la St. Joe Minerals refleja la muy dramática relación histórica entre Chile y los inversionistas mineros extranjeros. En la historia de Chile, uno de los principales productores de cobre del mundo, la minería, en particular el cobre, ha desempeñado un destacado papel. La explotación del cobre en gran escala fue iniciada y desarrollada por compañías estadounidenses (en particular, la Kennecott y la Anaconda), y la nacionalización de las minas explotadas por esas dos compañías durante el gobierno de Allende en julio de 1971 constituyó un importante acontecimiento, tanto en la política chilena interna como dentro del contexto de la ola de nacionalizaciones de las operaciones extranjeras en el campo de la minería y el petróleo que tuvo lugar en esa época (véase Theodore Moran, El cobre en Chile, 1974). El gobierno militar que sucedió a Allende mantuvo las nuevas compañías mineras estatales chilenas (CODELCO y ENAMI), pero trató de acelerar la explotación de minerales

/--el baluarte

--el baluarte de la economía chilena y su principal fuente de divisas y de ingresos de exportación-- promoviendo la inversión privada extranjera y cancelando de ese modo las políticas nacionalistas seguidas por el gobierno de Allende y también por el gobierno anterior de Frei.

La nueva política del gobierno militar se expresó en el Decreto-Ley 600 de 1974, que rige la inversión extranjera en Chile. El Decreto-Ley 600 (modificado desde 1977) ha sido el instrumento legal de capital importancia para la reglamentación de la inversión en minería, en particular si se considera que hasta la nueva ley de minería de 1982 no había ninguna legislación minera moderna que rigiera el otorgamiento de concesiones mineras en Chile y que Chile no ha celebrado "acuerdos mineros" específicos. El sistema utilizado en Chile, en virtud del Decreto-Ley 600, era un "acuerdo de inversiones extranjeras" negociado con el Comité de Inversiones Extranjeras, que rige el otorgamiento de una serie de incentivos a las inversiones y de garantías al inversionista extranjero. Este enfoque se diferencia de la legislación comparable de la época en materia de inversiones --notablemente la Decisión 24 del Pacto Andino-- en que hace hincapié no en los incentivos, sino en las restricciones y obligaciones impuestas a la inversión extranjera (y no cabe sorprenderse de que Chile haya abandonado el Pacto Andino poco tiempo después de aprobar su Ley de Inversiones Extranjeras de 1974). Asimismo, difiere de los acuerdos de inversión y explotación de minerales, que por lo general combinan requisitos de obligaciones y rendimiento, incluidos impuestos mineros especiales, con garantías y algunos incentivos tributarios. Por otra parte, la ley chilena de inversiones al parecer es bastante análoga a las leyes y acuerdos relativos a inversiones que han sido aprobados en varios países africanos de habla francesa ("convention d'établissement"). En principio, la ley autoriza al gobierno para otorgar a inversionistas extranjeros un gran número de garantías y exenciones tributarias y conexas, las que están incluidas en forma de un "acuerdo" (en lugar de una simple concesión administrativa, probablemente para aumentar la expectativa de estabilidad). La mayoría de los acuerdos celebrados o suscritos en el mismo período difieren relativamente poco entre sí. La ley de inversiones de 1974 no contó con el apoyo incondicional de todos los miembros del grupo gobernante en Chile, en particular debido a que contenía un elemento de discriminación en favor

/de los

de los inversionistas extranjeros mediante el otorgamiento de derechos que no estaban disponibles para los inversionistas nacionales. Algunos de los privilegios de más vasto alcance (por ejemplo, la garantía de estabilización durante 30 años) fueron reducidos en la modificación de la ley en 1977 (Decreto-Ley 1748).

Los principales aspectos de las leyes chilenas sobre inversión extranjera, que entrarían en vigor mediante acuerdo de inversión extranjera específicos, son los siguientes:

- máximas garantías tributarias
- garantías contra restricciones futuras relativas a repatriación de utilidades, capital, compensación
- depreciación acelerada
- disposiciones de traslado de pérdidas a ejercicios futuros
- privilegios en materia de divisas.

Además, el gobierno militar disoció el papel operativo y regulador de la CODELCO y creó (Decreto-Ley 1350) a la CODELCO como la empresa estatal encargada de la producción y la comercialización del cobre, por una parte, y la Comisión Chilena del Cobre (Decreto-Ley 1349 de 1976) para que asesorara al gobierno sobre políticas del cobre y reglamentara y supervisara las compañías de cobre, por otra parte (véase Carlos Fortin, La política del cobre del gobierno de Pinochet).

Desde 1975, Chile ha celebrado, con arreglo a la ley de inversiones extranjeras de 1974, varios acuerdos. En 1975, un acuerdo con la Metallgesellschaft (reimpreso en el volumen I, páginas 467 y siguientes) inició la inversión extranjera en los recursos minerales de Chile ("Toqui"). En 1977, se celebraron acuerdos con la Noranda (una empresa mixta con participación del 51% y del 49% entre Noranda y la empresa estatal chilena ENAMI para explotar el yacimiento de cobre Andacollo); con la Superior Oil/Falconbridge/McIntyre Mines (una empresa mixta con participación del 51% y del 49% con la empresa estatal CODELCO para explotar el yacimiento de cobre Quebrada Blanca); con la Foote Minerals (filial de la Newmont Mining), una empresa mixta con participación del 55% y del 45% con la corporación de desarrollo estatal CORFO para explotar el litio en el Desierto de Atacama; con la Nippon Mining (para explotar el yacimiento de cobre Cerro Colorado); y finalmente con la Compañía Minera San José, Inc., una filial controlada ciento por ciento

/de la

de la St. Joe Minerals para explotar el yacimiento de oro/cobre El Indio. En 1978, la EXXON Minerals compró la mina de cobre La Disputada a la empresa estatal ENAMI y celebró un acuerdo de inversión extranjera; en 1979, la Anaconda suscribió un acuerdo de inversión extranjera para la exploración y explotación de los yacimientos Los Pelambres. En 1982, la Getty Oil y la Utah International suscribieron un acuerdo en que se autorizaba la inversión en la minería del cobre hasta 1 500 millones de dólares estadounidenses (yacimiento de cobre La Escondida).

En 1983, la Noranda se había retirado del proyecto Andacollo, debido a dificultades financieras, y se le reembolsaron los gastos de exploración que había efectuado. La Nippon Mining abandonó el yacimiento Cerro Colorado. La Metallgesellschaft se retiró del proyecto Toqui. El proyecto del litio está avanzando. La EXXON ha continuado invirtiendo en exploraciones. La Anaconda ha interrumpido sus trabajos en Los Pelambres debido al elevado costo del proyecto. Si bien debido a los bajos precios del cobre la viabilidad comercial y por consiguiente la ejecución de los proyectos relacionados con el cobre no están claros, el proyecto El Indio, ejecutado por la St. Joe Minerals, es el único caso importante de éxito de la inversión extranjera en minerales en Chile; es más, se ha informado que entre los principales proyectos mineros iniciados en el decenio de 1970, la mina El Indio fue la única que logró una buena tasa de rendimiento (Mikesell, Foreign Investment in Mining Projects, páginas 230 y siguientes).

El yacimiento El Indio está situado a unos 4 000 metros sobre el nivel del mar en la parte chilena de la Cordillera de Los Andes. El yacimiento contiene oro, plata y cobre. Fue explotado en pequeña escala durante decenios, hasta que en 1974 atrajo la atención de la St. Joe Minerals. Dicha compañía compró los derechos mineros a propietarios privados por conducto de la Compañía Minera San José; San José posee actualmente el 80.6% de El Indio y el resto pertenece a propietarios chilenos privados. La exploración intensiva comenzó en septiembre de 1976 y nuevamente en septiembre de 1977, una vez que se firmó en 1977 el acuerdo de inversión. Para 1978, ya se había delineado la veta metalífera, con dos tipos de minerales: minerales de envío directo, 49 222 TM, con 345 gramos de oro por tonelada métrica, 145 gramos de plata por tonelada métrica y 2.60% de cobre; y minerales que se procesarían en la planta, 3 120, 616 toneladas métricas, con

/12 gramos

12 gramos de oro por tonelada métrica, 144 gramos de plata por tonelada métrica y 3.52% de cobre. A fines de 1978, se adoptó la decisión de explotar la mina. A fines de 1981 se iniciaron los primeros embarques comerciales. Las operaciones correspondientes a 1982 produjeron ventas de aproximadamente 12 000 kilogramos de oro, 19 900 kilogramos de plata y 9 700 toneladas métricas de cobre. Según se informa, la St. Joe ha gastado más de 214 millones de dólares en la explotación del yacimiento (véanse Mikesell, 1983, 234 y Mining Magazine, marzo de 1982; Denis Acheson, Revista Mensaje, septiembre de 1983).

2. Contrato de asociación Colombia/EXXON para el bloque B del proyecto de carbón Cerrejón (1976)

Tras prolongadas, y en definitiva infructuosas, conversaciones entre el Gobierno y la Peabody International para explotar el yacimiento carbonífero de Cerrejón, Block A (Central Cerrejón), que abarcaba alrededor de 38 000 hectáreas, el Gobierno otorgó en 1976 los derechos mineros a la compañía petrolera del Estado (ECOPETROL). La ECOPETROL presentó el proyecto a una licitación internacional sobre la base de un contrato de asociación. La EXXON fue seleccionada y estableció la INTERCOR como su filial del proyecto. Los derechos mineros fueron ulteriormente transferidos a la CARBOCOL, una empresa estatal recién establecida para la explotación del carbón. Después de la celebración del acuerdo en 1976, se efectuó una exploración intensiva que dio por resultado, en 1980, la declaración de un descubrimiento comercial. La decisión sobre la inversión fue adoptada con posterioridad. En 1981, se había iniciado la ejecución del proyecto (por ejemplo, caminos, pista de aterrizaje, instalaciones ferroviarias y portuarias, estudio de las repercusiones socioeconómicas). En 1979 se estimó que la inversión total ascendería a más de 1 200 millones de dólares de los Estados Unidos, suma que es probable que resulte ser considerablemente más elevada. Se espera que la producción comercial comience en 1984/1985 y que dure por lo menos 23 años, con una producción anual de 15 millones de toneladas. El proyecto es uno de los principales proyectos de explotación del carbón en todo el mundo y el más grande proyecto de inversión en Colombia.

El marco legal para las actividades mineras en Colombia está constituido por la Ley de Minería N° 60 de 1967 y N° 20 de 1969, enmendadas por el Decreto N° 1275 de 1970 y por el código de petróleo de Colombia. La CARBOCOL obtuvo

/sus derechos

sus derechos mineros con arreglo a esas leyes. El acuerdo de inversión, contenido en el contrato de asociación, exigía una aprobación en virtud de los reglamentos de inversión aplicables (véase la autorización de la inversión del 12 de agosto de 1976, que figura como anexo al acuerdo). Los privilegios en materia de divisas (en particular, el derecho a transferir los ingresos obtenidos por la venta del activo de la INTERCOR y las utilidades netas de la INTERCOR) se concedieron con arreglo a la Resolución 23, del 16 de diciembre de 1976, del Consejo Nacional de Política Económica y Social de Colombia, CONPES (véase el anexo).

3. Acuerdo de explotación del uranio Guyana/COGEMA (1982)

Guyana, país sudamericano y al mismo tiempo caribeño, es un importante productor de bauxita. Entre 1972 y 1974 los inversionistas extranjeros fueron desplazados de la explotación de la bauxita, la que desde entonces ha estado a cargo de compañías estatales guyanesas (GUY-BAU/BIDCO). En años recientes, debido a problemas técnicos, financieros y administrativos, pero debido también a la recesión económica y al debilitamiento de la fuerte posición de Guyana como productor de bauxita calcinada, la producción y los ingresos han disminuido considerablemente y se ha tratado de conseguir ayuda extranjera para mejorar los resultados de la explotación de la bauxita de Guyana. Además de la bauxita, existe una vigorosa actividad de mineros en pequeña y mediana escala que extraen oro, en su mayor parte mediante operaciones de dragado de yacimientos de aluvión. La mayor parte del oro se saca del país de contrabando, para evitar tener que venderlo a las autoridades gubernamentales a cambio de moneda guyanesa sobrevalorada. Desde hace algunos años, Guyana ha venido tratando de diversificar su producción de minerales, fomentando la explotación de yacimientos de oro, manganeso, petróleo y uranio, primordialmente por compañías extranjeras. Como hay indicios de interesantes yacimientos de uranio, alrededor de 1980 se celebraron conversaciones con la Uranerzbergbau, una compañía de la República Federal de Alemania que se dedica a la explotación del uranio, pero dichas conversaciones no lograron éxito debido a diferentes concepciones acerca del reparto de los ingresos. En 1979, se concedió a la COGEMA, filial de la CEA, el organismo de energía nuclear del gobierno francés, una licencia no exclusiva para la prospección de uranio. Con arreglo a los términos del acuerdo relativo a la licencia de prospección, la COGEMA

/tenía derecho

tenía derecho a realizar exploraciones en busca de uranio durante tres años, después de los cuales podría solicitar un derecho exclusivo de exploración en virtud de un contrato que se negociaría. El acuerdo de prospección era más bien ambiguo y no quedaba claro qué tipo de acuerdo se preveía y lo que ocurriría en caso de desacuerdo sobre las condiciones del mismo.

Las negociaciones entre Guyana (con el Ministerio de Minas y Energía y la Comisión de Geología y Minas de Guyana) continuaron durante 1981 y 1982 y condujeron a un acuerdo en febrero de 1982. Ambas partes fueron presionadas para hacer ajustes: el Gobierno de Guyana estaba ansioso por obtener inversión extranjera y demostrar su aceptación por parte de las compañías mineras extranjeras; además, la exploración en busca de uranio había de realizarse en una zona de Guyana que es reclamada por Venezuela. Por lo tanto, conseguir la participación estatal de Francia se consideró como una ventaja en la controversia de Guyana con Venezuela. Por otra parte, la COGEMA estaba interesada en diversificar sus fuentes de suministro de uranio para el programa de energía nuclear de Francia, muy vigoroso y de vasto alcance, que hasta ahora dependía principalmente de Gabón, Níger y Namibia. Subsidiada por el Gobierno, estaba dedicada a una importante estrategia para conseguir nuevas fuentes de suministro, lo que dio por resultado la exploración o participación de la COGEMA en Zambia, Colombia, Australia, Indonesia, Canadá y otros países.

Guyana recibió la asistencia de las Naciones Unidas y de un consultor de la Secretaría de la Commonwealth, y se tomó como ejemplo un acuerdo sobre uranio suscrito recientemente por la República Unida de Tanzania con la Uranerzbergbau. Con posterioridad, aunque el precio del uranio estaba bajando espectacularmente y la mayoría de los pronósticos predecían un exceso considerable de oferta para el futuro, la COGEMA ha seguido efectuando exploraciones y ha gastado alrededor de 20 millones de dólares estadounidenses (hasta 1984) sobre la base del acuerdo. Dicho acuerdo se basa en la ley minera de Guyana (de origen británico) y en la legislación tributaria aplicable, pero, en comparación con los casos de Colombia y Chile, el equipo negociador de Guyana disponía de un margen mucho mayor para negociar y estaba menos limitado por los reglamentos aplicables en materia de minería, inversión, empresas, aduanas o impuestos. El tamaño más pequeño de Guyana y una tradición de derecho británico podrían ser los factores que han estimulado esa flexibilidad comparativa.

B. Tipo de contrato

A diferencia de los acuerdos colombiano y guyanés, el contrato de 1977 entre Chile y la St. Joe es un "contrato de inversión" exclusivamente entre el Estado, que actuaba por conducto de su Comisión de Inversión, y la St. Joe como inversionista, que solicitaba incentivos a la inversión y garantías con arreglo a la legislación aplicable sobre inversión. Están ausentes del contrato la mayoría de las cuestiones que en otras circunstancias son reglamentadas en los acuerdos de explotación de minerales (empresa mixta; participación en los ingresos, incluidos impuestos especiales, cánones, honorarios, etc.) entre los gobiernos y las empresas estatales, por una parte, y los inversionistas extranjeros, por otra parte. Este método refleja la política chilena de no imponer a los inversionistas extranjeros empresas mixtas con la CODELCO, la empresa estatal de minería, y de utilizar la ley de inversiones primordialmente como un mecanismo para atraer la inversión en proyectos ajenos a la CODELCO (a menudo, como en el presente caso, con socios privados chilenos) mediante el otorgamiento de incentivos y garantías. Si bien otras cuestiones están notablemente ausentes, los incentivos y garantías que se otorgan son amplios, detallados y generales, lo que refleja las preocupaciones de los inversionistas respecto de una repetición de las nacionalizaciones del gobierno anterior y los métodos del nuevo gobierno chileno para proporcionar seguridades contra dichas ansiedades.

Los principales temas de la negociación con San José (y los otros acuerdos, que son muy similares) fueron la cuestión de la estabilización de impuestos, tasas de depreciación/amortización, la exención de derechos de importación, los privilegios cambiarios, la no injerencia por parte del gobierno en la comercialización y producción, otras exenciones tributarias, la relación deuda/capital y las cuestiones de arbitraje. Una cuestión importante fue el alcance de los privilegios cambiarios. La historia de la inversión extranjera en América Latina está llena de dificultades en cuanto a las restricciones cambiarias: por lo general, los países tienden a apropiarse de todas las entradas de divisas provenientes de los proyectos mineros, especialmente en épocas de crisis de divisas, mientras que los inversionistas extranjeros tienden, naturalmente, a poder retener los ingresos en divisas para atender al servicio de la deuda, repatriar utilidades y proteger la inversión contra la nacionalización. Además, a veces se impusieron tasas de cambio con un /valor artificialmente

valor artificialmente elevado de la moneda nacional, lo que dio por resultado la imposición de cuasi impuestos a la inversión extranjera. Los privilegios en materia de divisas del acuerdo tienen que considerarse a la luz de esas experiencias. En particular, la St. Joe puede retener los ingresos de exportación en el exterior, abrir cuentas en moneda extranjera en Chile y tener libre acceso a las divisas para llevar a cabo la inversión. Estos privilegios tienen por finalidad asegurar que el inversionista puede atender efectivamente el servicio de su deuda y obtener utilidades en divisas.

Otra cuestión importante fue la exención de impuestos y la limitación de nuevos impuestos. Estas garantías e incentivos fueron también producto de la experiencia de los inversionistas con nuevos impuestos y otros gravámenes cuasi fiscales (por ejemplo, el gravamen a la bauxita de Jamaica impuesto en 1974) que desbaratan el sistema financiero convenido o asumido al adoptar la decisión relativa a la inversión. La renegociación de los arreglos fiscales y la imposición de nuevos impuestos, gravámenes y otras participaciones adicionales del gobierno, de carácter fiscal, constituían una característica destacada de las relaciones gobierno/inversionista en el decenio de 1970 y la St. Joe y las demás compañías insistían en obtener de Chile garantías tan numerosas y tan completas como fuera posible. Por consiguiente, el Gobierno prometió que no recaudaría impuestos sobre la venta de activos por parte de la St. Joe, posiblemente haciendo alusión a la reclamación del gobierno de Allende de aplicar impuestos sobre las "utilidades excesivas", que se deducirían de la compensación por pagar después de la nacionalización de la Kennecott y la Anaconda en 1971. La promesa esencial se relaciona con una carga fiscal máxima de 49,5% sobre la renta ganada (artículo 4.16). Dado que Chile no utiliza cánones basados en la producción o gravámenes semejantes (gravamen a la producción; impuestos de exportación, etc.) y combinado con la promesa de Chile de no imponer nuevos impuestos o gravámenes fiscales comparables (artículo 4.17), esta promesa (incluidas la renta de las sociedades, la retención de dividendos y un impuesto a la construcción de viviendas) efectivamente restringe la tributación del gobierno a aproximadamente el 50% del ingreso imponible. En contraste, la mayoría de los demás productores de minerales (incluidos Canadá, Australia y Sudáfrica), utilizan, además de un impuesto general sobre la renta, impuestos de retención de dividendos e impuestos sobre la propiedad, así como cánones /basados en

basados en la producción (en el cobre entre 1 y 5% del valor del metal contenido en el mineral) y recientemente impuestos mineros especiales sobre otras utilidades (imprevistas/excesivas) que superen una tasa estipulada de rendimiento de la inversión. El método chileno de evitar la aplicación de nuevos impuestos mineros especiales y de someter la inversión minera únicamente a los impuestos sobre la renta generalmente aplicables constituye ciertamente un incentivo de considerable poder. Probablemente se basa en la filosofía imperante en Chile en esa época que favorecía los incentivos eficaces para una política dinámica de promoción de la inversión.

El efecto financiero de estos incentivos fiscales se ve reforzado por la depreciación acelerada del activo fijo y por una amortización en cinco años de los gastos previos a la producción. Estas disposiciones son frecuentes en los modernos acuerdos mineros y algunos acuerdos celebrados bajo los efectos de una inflación de dos dígitos incluso ajustan los gastos previos a la producción mediante referencia a un índice de inflación o costo de capital (por ejemplo, el contrato sobre uranio celebrado en 1982 entre Guyana y la COGEMA). Un traslado de pérdidas a ejercicios futuros durante cinco años (artículo 4.12) asegura que las disposiciones para depreciación/amortización acelerada surtirá el efecto necesario en los cálculos del flujo de efectivo del inversionista.

Otras exenciones fiscales se relacionan con el interés pagado sobre los préstamos extranjeros; esta disposición está dirigida hacia los intentos que se hacen en algunos países de recaudar un impuesto sobre los empréstitos externos que hacen el financiamiento y los costos de financiación una carga más pesada tanto para el inversionista como para las autoridades fiscales encargadas de recaudar los ingresos. Se concede también a la St. Joe la exención de los derechos de importación, siempre que no se disponga en Chile de productos de calidad comparable en condiciones semejantes.

Una característica sobresaliente del acuerdo es la congelación del impuesto sobre la renta y de las tasas de derechos aduaneros durante el plazo de vigencia del acuerdo, es decir, durante treinta años (artículos 4.16 y 4.24) y la garantía de que no se aplicarán nuevos impuestos en el futuro, salvo que la St. Joe opte por su propia voluntad por un ulterior sistema tributario aplicable en general. Esta cláusula de congelación (autorizada por la ley de 1974 y reducida en virtud de la ley de 1977 a 10 años) no es muy frecuente, ya que al parecer

/inmoviliza la

inmoviliza la facultad soberana del Estado en materia de tributación por un período excesivamente largo. Pocos países estarían dispuestos a comprometerse --y comprometer a los siguientes gobiernos-- durante un período tan prolongado; en varios países (por ejemplo, en Jamaica), los tribunales han determinado que un gobierno no puede atar las manos de los gobiernos siguientes y se han planteado argumentos en el sentido de que cualquier disposición a ese respecto es contraria a los principios básicos de soberanía y está en contradicción con el principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales. En efecto, la reciente sentencia arbitral en *Kuwait v. AMINOIL* (International Legal Materials, 51 (1982) 976) atribuye sólo un efecto relativo a una cláusula contractual de estabilización y un fallo anterior (*LIAMCO v. Libia*, *Revue de l'Arbitrage*, 1981, 132) reconoce el derecho del Estado de anular tales cláusulas de estabilización mediante nacionalización con compensación. Sin embargo, una lectura minuciosa del acuerdo revela que Chile puede haberse reservado su derecho a abrogar las garantías dadas, aunque bajo la condición de pagar compensación por daños, ya que en el artículo 4.26 del acuerdo se prevé el "pago de plena y adecuada compensación por cualquier daño o perjuicio a la San José causado directa o indirectamente" (es decir, si las garantías con arreglo al acuerdo son menoscabadas, aminoradas o abrogadas). Cabe presumir que, con arreglo al derecho internacional, Chile no podría abrogar dichas disposiciones de compensación, aun cuando pueda tener derecho a abrogar las garantías antes mencionadas.

Otra garantía de considerable importancia se relaciona con la libertad del inversionista para determinar las políticas de producción y comercialización, sin injerencia del gobierno. Nuevamente, esta cláusula (que es frecuente en las "conventions d'établissement" africanas) es producto de la experiencia de las compañías mineras con los gobiernos que imponen objetivos mínimos de producción, incluso en épocas de explotación antieconómica (para mantener los ingresos en divisas o para mantener el empleo en la minería), y que exigen a las compañías productoras que vendan por debajo de los precios de mercado a los consumidores internos o en el marco de los arreglos intergubernamentales. Además, la posición de la St. Joe es reforzada también por la disposición (otra cláusula de estabilización) de que la St. Joe "tendrá el derecho a vender y exportar con sujeción a las leyes y reglamentos que estén en vigor en la fecha de este Acuerdo". Esta

/disposición reconone

disposición reconoce las facultades de supervisión de la Comisión Chilena del Cobre basadas en la ley aplicable en 1977 (por ejemplo, su derecho a verificar si las ventas a las empresas afiliadas están de acuerdo con las condiciones del mercado mundial) (véanse también los párrafos a) y b) del artículo 4.15 del acuerdo y el artículo 8 del Decreto-Ley 1349, acerca de un monopolio estatal para las ventas, así como los artículos 7, 8 y 9 de la Ley Nº 16624, sobre reservas obligatorias para el consumo nacional y las Normas de la Junta de la Comisión Chilena del Cobre sobre el precio del productor chileno, fijado de momento por la Junta como el precio del cobre de más alta ley en la LME), pero exime a la St. Joe de la intervención gubernamental subsiguiente y más intensiva, tal como, por ejemplo, la imposición de los "precios estipulados" al estilo de la OPEP.

El acuerdo Colombia/EXXON de 1976 sobre el carbón de Cerrejón es un "contrato de asociación". El contrato de asociación ha sido utilizado por la ECOPETROL desde 1959 para las operaciones más grandes con inversionistas extranjeros en petróleo. Hasta 1980, se habían firmado 62 contratos de ese tipo. El contrato de asociación constituye básicamente una empresa mixta distinta de la sociedad de capital en la cual la empresa estatal colombiana mantiene el derecho minero, el socio extranjero asume el riesgo de la exploración y ambos socios comparten tanto los gastos de ejecución del proyecto como los ingresos del mismo. Difiere tanto de la forma de la empresa mixta de capital, utilizada en Colombia para el acuerdo de 1970 sobre el níquel de Cerro Matoso, como de los contratos de operaciones utilizados por la ECOMINAS para participar en las operaciones mineras más pequeñas, principalmente relacionadas con esmeraldas, administradas y financiadas por compañías mineras privadas. (Los contratos de operaciones significan básicamente que la empresa estatal arrienda el área, es decir, los derechos mineros, contra la participación financiera basada en el valor probable o, de ser averiguable, el valor real de la producción.) Otros proyectos importantes (por ejemplo, el yacimiento de carbón Cerrejón-Block A) son explotados directamente por la CARBOCOL sobre la base de contratos de servicio y llave en mano con las empresas de ingenieros consultores.

En el contrato Guyana/COGEMA de 1982 sobre uranio se dispone que en caso de un descubrimiento y explotación comercial, se establecerá una sociedad anónima. A diferencia de Chile, donde no hay participación estatal en el proyecto El Indio,

/tanto Colombia

tanto Colombia como Guyana utilizan un modelo de empresa mixta. Mientras la empresa mixta colombiana es una empresa mixta sólo contractual, sin ninguna dependencia de los modelos del derecho de sociedades anónimas, Guyana utiliza la sociedad anónima para constituir la forma de cooperación. Como se apreciará, tanto en Guyana como en Colombia el socio extranjero asume el papel de director, y las funciones de supervisión y adopción de políticas se delegan a los órganos conjuntos de cooperación. De este modo, el sistema de un contrato de gestión separado (como en los acuerdos Panamá-Cerro Colorado 1976/1980) se integra en la organización de la propia empresa mixta.

C. Organización, gestión y control

Mientras, conforme a su carácter de acuerdo de inversión, el contrato Chile/St. Joe deja la organización de la sociedad de capital a las compañías privadas que forman una empresa mixta, tanto Colombia como Guyana han establecido una delicada estructura de gestión por parte de la empresa extranjera, mientras que la supervisión y la adopción de políticas corresponden a un órgano mixto. Las verificaciones y equilibrios cuidadosamente insertados originan la necesaria fórmula de transacción entre el interés del gobierno en el control, la participación y finalmente el pleno control nacional, y la exigencia de las compañías y de los inversionistas de tener a su cargo la gestión total durante la exploración y una parte prolongada de la etapa de producción.

En el caso colombiano, el "Operador", es decir, la INTERCOR será establecida como una compañía independiente y emprenderá la construcción conforme a un programa de trabajo previamente establecido y convenido. Los gastos se cargarán a una cuenta conjunta. Se asignan tres años para el período de construcción, con posibilidades de una extensión. El período de explotación comienza con el primer embarque de carbón a los buques marítimos y dura hasta el final del plazo del contrato (30 años). Las partes han puesto de relieve (artículo 31) que no se prevé establecer una empresa de propiedad conjunta o una sociedad. Cada una de las partes no tiene poder notarial para representar a la otra y no existe responsabilidad conjunta. Sin embargo, contrariamente a esas negativas de empresa comercial conjunta, la participación de 50/50% en un proyecto de explotación de carbón conjunta, de alto riesgo y a largo plazo, exige una organización de cuasi-sociedad que permita a los socios lograr la necesaria coordinación e

/institucionalización de

institucionalización de su comunidad de intereses. Por consiguiente, es interesante observar cómo la INTERCOR y la CARBOCOL han construido una red institucional distinta de la sociedad de capital para la cooperación conjunta en el proyecto.

La INTERCOR establecerá una compañía como el "Operador", que asumirá las mayores responsabilidades de gestión y tendrá derecho a nombrar el "Director" del proyecto conjunto. El nombramiento del "Director" exigirá la celebración de consultas previas con la CARBOCOL. Las operaciones estarán sujetas a un "Comité Ejecutivo". La tarea de dicho comité será supervisar la construcción y las operaciones; evaluar el desempeño del Operador, aprobar los programas de trabajo, de inversión y de gastos; aprobar los gastos y contratos en gran escala; designar a los auditores y supervisar la administración de la cuenta conjunta. El Comité Ejecutivo está integrado por representantes de la CARBOCOL y de la INTERCOR en igual número. Sus decisiones requieren de la unanimidad. Se reunirá cuatro a cinco veces al año y está facultado para establecer subcomités. Por lo tanto, el Comité Ejecutivo aparece como el principal órgano para organizar la cooperación del proyecto. En caso de que la regla de la unanimidad impida adoptar una decisión, se recurrirá a los jefes ejecutivos de ambos socios y en definitiva los desacuerdos serán resueltos por el mecanismo previsto en el contrato para el arreglo de controversias. Este proceso de adopción de decisiones en tres niveles puede llegar a ser más bien pesado, pero se puede prever que la expectativa de negociaciones largas y prolongadas motivará a los socios en el Comité Ejecutivo a buscar ellos mismos una solución, evitando de esa manera la realización de consultas de alto nivel y, finalmente, el arbitraje y la litigación.

El Comité Ejecutivo supervisa al Operador; el Operador tienen libertad para designar personal, pero tiene que acatar las directrices generales del Comité Ejecutivo.

La cuenta conjunta es el principal instrumento para organizar la relación financiera entre las partes. De conformidad con el acuerdo, ha de crearse la cuenta conjunta si se descubren yacimientos comercialmente explotables. Esta disposición refleja el carácter de riesgo del acuerdo: el socio extranjero se hará cargo del riesgo de exploración, y una sociedad plena con participación en los costos, beneficios y riesgos sólo será efectiva si la exploración da por resultado yacimientos comercialmente explotables. Mediante la cuenta conjunta,

/Colombia participa

Colombia participa plenamente, si no en el riesgo de exploración, en el riesgo relacionado con la explotación de la mina y la comercialización del producto. Asimismo, tiene que asegurar el financiamiento, con lo cual asume plenamente los riesgos de financiación, por ejemplo, aumentando las tasas de interés a pesar de un posible déficit de los ingresos y costos superiores a los previstos. La cuenta conjunta se caracteriza por la distribución 50/50% de los gastos y beneficios. Todos los gastos han de cargarse a la cuenta conjunta. Si una parte está en mora con respecto a su contribución obligatoria a la cuenta conjunta, la otra parte recibirá interés a tasas comerciales sobre su posición positiva en la cuenta. Como los gastos se efectuarán en pesos colombianos y en dólares de los Estados Unidos, se establecen normas especiales para la conversión de monedas. Si la CARBOCOL no cumple con sus obligaciones de contribuir a la cuenta conjunta, la INTERCOL puede utilizar sus obligaciones de pago de cánones para cubrir el incumplimiento e igualar las posiciones de ambas partes en la cuenta conjunta.

En Guyana, la posición del gobierno se caracteriza por su incapacidad, ahora y en el futuro, para aportar capital de riesgo a la explotación del uranio. Desde hace bastante tiempo, Guyana ha experimentado graves dificultades en lo que se refiere a la disponibilidad de divisas y es poco probable que encuentre financiamiento comercial. Por otra parte, dada su historia de nacionalizaciones y su profesado socialismo estatal y cooperativo, estaba ansiosa por ocupar las posiciones dominantes de la empresa minera. La fórmula de transacción resultante es más bien singular: Guyana obtiene un 25% de patrimonio libre en el proyecto, protegido también en caso de aumentos de capital y contra cualquiera obligación de asegurar garantías de préstamos de los accionistas. Además, Guyana nombrará a la mayoría de los miembros de la junta de directores, incluido el presidente, de la probable compañía mixta de explotación, independientemente de su 25% de participación en el capital social. Finalmente, Guyana retiene la opción de adquirir hasta el 51%, ya sea cuando la compañía mixta de explotación se eleve a un precio que refleje el capital desembolsado de la COGEMA o, con ulterioridad, a tasas comerciales valoradas por tasadores independientes.

A cambio, la COGEMA insistió en retener plenos poderes administrativos y estar protegida por el requisito de la unanimidad de la junta de directores en todas las cuestiones relativas a decisiones importantes. Otras verificaciones y /equilibrios consisten

equilibrios consisten en una "guyanización" de los puestos de Principal Contralor Financiero, cinco años después de la autorización de la planta, y de Gerente General, diez años después de la autorización de la planta; otros mecanismos de control son un comité conjunto de comercialización que supervisa la comercialización, en particular los contratos de ventas a largo plazo, un método de arreglo de controversias para determinar en caso de controversias sobre fijación de precios y elaborar normas sobre gastos admisibles. El contrato de Guyana es más bien singular en el sentido de que la COGEMA aceptó la mayoría guyanesa prescindiendo del patrimonio guyanés libre o desembolsado, pero puede ser factible sobre la base de los amplios poderes de administración y las exigencias de unanimidad para la COGEMA.

D. Régimen financiero

En el acuerdo Chile/St. Joe, los instrumentos fiscales no se encuentran tan establecidos como incorporados de la legislación tributaria general y congelados (véase supra). La promesa se relaciona con una carga impositiva máxima de 49.5% sobre los ingresos devengados (artículo 4.16). Dado que Chile no utiliza cánones basados en la producción o gravámenes similares (gravamen a la producción; impuestos a las exportaciones, etc.), y combinado con la promesa de Chile de no aplicar nuevos impuestos o gravámenes fiscales comparables (artículo 4.17), esta promesa (incluidas las rentas de las sociedades de capital, la retención de dividendos y un impuesto a la construcción de vivienda) efectivamente restringe la tributación gubernamental a aproximadamente el 50% de la renta imponible. En contraste, la mayoría de los demás productores de minerales (incluidos Canadá, Australia y Sudáfrica) utilizan, además de un impuesto general sobre la renta, impuestos a la retención de dividendos e impuestos a las propiedades, así como cánones basados en la producción (en el cobre, entre el 1% y el 5% del valor del metal contenido en el mineral) y recientemente un impuesto especial a la minería sobre utilidades adicionales (imprevistas/excesivas) que excedan una tasa estipulada de rendimiento de la inversión. El método chileno de evitar nuevos impuestos especiales a la minería y de someter la inversión minera únicamente a los impuestos sobre la renta generalmente aplicables constituye ciertamente un incentivo de considerable poder. Está basado probablemente en la filosofía imperante en Chile en esa época que favorecía incentivos eficaces para una dinámica política de promoción de las inversiones.

/Las repercusiones

Las repercusiones financieras de estos incentivos fiscales son reforzadas por la depreciación acelerada de los activos fijos y por una amortización en cinco años de los gastos previos a la producción. Estas disposiciones son frecuentes en los modernos acuerdos mineros y algunos acuerdos celebrados bajo el efecto de la inflación de dos dígitos incluso ajustan los gastos previos a la producción mediante referencia a un índice de inflación o de costo de capital (por ejemplo, el contrato Guyana/COGEMA de 1982 relativo al uranio). Un traslado de pérdidas a cinco ejercicios futuros (artículo 4.12) asegura que las disposiciones para la depreciación/amortización acelerada surtirán los efectos necesarios sobre los cálculos de flujo de efectivo del inversionista.

En el acuerdo Colombia/EXXON, el régimen fiscal tiene que considerarse teniendo en cuenta el hecho de que la CARBOCOL, la empresa estatal colombiana, asume el 50% de los gastos de desarrollo del proyecto, y por ende una carga financiera pesada y más bien inusitada para una empresa minera estatal. Los ingresos del Estado colombiano son generados por instrumentos fiscales y por la participación que le corresponde a la CARBOCOL como parte del contrato de asociación. El Estado colombiano recibe ingresos primordialmente por conducto de los impuestos regulares sobre la renta (al 52%). Un análisis reciente (Stephen Zorn, Coal and Uranium Investment Agreements, Natural Resources Forum 6(1982), en la página 350) se basa en la hipótesis de que, aparte de los "ingresos de participación" (véase infra) no corresponde pagar impuestos sobre la renta; esta interpretación del contrato pasa por alto que los artículos 16.4 y 30 del acuerdo están basados en el supuesto de que se paga el impuesto regular sobre la renta con arreglo a la ley de impuesto sobre la renta generalmente aplicable. Como el contrato reglamenta únicamente la cooperación INTERCOR/CARBOCOL, y como no constituye una modificación, o renuncia, de la legislación generalmente aplicable, el hecho de que el contrato mismo no proporcione detalles sobre el impuesto general sobre la renta no puede utilizarse de manera alguna para suponer que no deba pagarse el impuesto sobre la renta. En Colombia, como en otros países con una sólida tradición jurídica, el gobierno no puede modificar la aplicabilidad de la legislación general ni renunciar a ella salvo que esté expresamente autorizado por la ley para hacerlo. Esta interpretación es confirmada por un análisis del contrato hecho por el Departamento de Planificación Nacional de Colombia (1981, op.cit., en 2.2.1).

/El segundo

El segundo método para generar ingresos del gobierno es mediante el sistema de coparticipación en los ingresos, de tres niveles, entre la INTERCOR y la CARBOCOL, como socios de la empresa mixta contractual: la CARBOCOL recibe 1) cánones; 2) una parte del carbón producido; 3) ingresos de participación, es decir, una especie de impuesto adicional sobre las utilidades que excedan una tasa básica de rendimiento de la inversión (artículo 13 y siguientes).

La producción de carbón es compartida entre ambos socios a la tasa de 50/50%. Además, la INTERCOR tiene que proporcionar a la CARBOCOL un 15% de regalía sobre su participación. Una parte de la regalía ha de ir a las autoridades provinciales y municipales con arreglo a la ley colombiana. La CARBOCOL puede recibir la regalía ya sea en dinero efectivo o en especie. En ambos casos, la regalía se calcula sobre el valor o volumen en la bocamina y los gastos de transporte y almacenamiento por concepto de la entrega a los terminales de exportación han de ser considerados por separado.

Los "ingresos de participación" pagaderos a la CARBOCOL constituyen un instrumento fiscal muy interesante. Básicamente, los ingresos de la INTERCOR (no incluida la depreciación indizada en dólares de los Estados Unidos) que excedan una tasa de rendimiento de 35% sobre la inversión total acumulada están sujetos al mecanismo de impuesto/participación en tasas que se elevan progresivamente en proporción a la cantidad absoluta de ingresos antes de deducir los impuestos (pero después de las regalías) que excedan el nivel de 35% de la tasa de rendimiento (véanse el artículo 16.2 y el documento de prueba I, párrafo 3). Este mecanismo tiene que ser considerado a la luz del hecho de que la INTERCOR registró la totalidad de su contribución de capital como inversión en acciones de capital para que no hubiera deducción de intereses sobre la contribución de capital de la INTERCOR al calcularse los ingresos sujetos a tributación y al mecanismo de participación. En una evaluación de las condiciones financieras realizada para el Departamento de Planificación Nacional de Colombia (párrafo 2.2.1) se llega a la conclusión de que el mecanismo de participación, desde el punto de vista del valor actual neto, tiene un efecto financiero equivalente a regalías adicionales a una tasa de entre 2% y 7%, lo que depende de los precios del carbón térmico.

/Si bien

Si bien concuerda en principio con el mecanismo de participación, la evaluación financiera considera excesivamente alto el umbral de un 35% de la tasa de rendimiento para imponer el impuesto adicional, especialmente cuando se compara con una tasa media de rendimiento de aproximadamente 15% obtenida por las compañías mineras estadounidenses sobre la inversión en acciones de capital. Si bien un umbral del 35% es en efecto desacostumbradamente elevado, no se debería olvidar que, a diferencia de los impuestos adicionales sobre las utilidades que se aplican en otras partes (por ejemplo, en Guyana, la República Unida de Tanzania y Papua Nueva Guinea), el mecanismo de participación colombiano se impone sobre una cifra de inversión total que no es ajustada por referencia a un índice de inflación; por lo tanto, a medida que la inflación aumenta el valor nominal de los ingresos, pero no el valor nominal de la base de inversión, el objetivo del 35% será más fácil de alcanzar. Asimismo, el hecho de que la INTERCOR no deduce el interés cuando calcula sus ingresos con fines tributarios, aumenta los ingresos y, por lo tanto, hace más fácil alcanzar el umbral del 35%. Finalmente, mientras los expertos financieros siempre hacen hincapié en que los impuestos adicionales a las utilidades deberían calcularse utilizando una tasa de rendimiento sobre el patrimonio neto y no sobre la inversión total, es muy difícil encontrar en la práctica efectiva cualquier contrato o reglamento fiscal sobre minerales que utilice ese enfoque teórico.

Cuando se considera en su totalidad, el régimen financiero del contrato basado en una participación en la producción de 57.5/42.5 (considerando ya las regalías), un impuesto sobre la renta del 52% y el mecanismo de participación aplicada a las utilidades antes de deducir los impuestos es más favorable que lo que sostienen los comentaristas. Cuando se compara con contratos más recientes en materia de carbón (por ejemplo, los acuerdos de 1981 entre Indonesia y las compañías estadounidenses) con menores regalías, menores impuestos sobre la renta y sin un impuesto adicional a las utilidades, al parecer Colombia no ha hecho tan mal negocio, después de todo. Esa evaluación sigue siendo válida aun si se toma en cuenta el hecho de que Colombia tiene que contribuir con el 50% de los gastos para preparar y poner en marcha el yacimiento de carbón (lo que se hace efectivo mediante la cuenta conjunta, artículo 21); el inversionista tiene que asumir el riesgo de la exploración (artículo 5) y al parecer no se le reembolsa por los gastos /de exploración

de exploración y otros gastos previos a la producción (como se hace a menudo en los acuerdos de exploración/explotación), salvo por la amortización de tales gastos previos a la producción para reducir la carga del impuesto sobre la renta. Por otra parte, al participar en los gastos y en la producción, la CARBOCOL ciertamente está comprometida en mayor grado en el riesgo comercial y técnico --y en los beneficios-- del proyecto Cerrejón que Indonesia en 1981, donde el gobierno veía limitado su papel a la tributación y no participaba en el empresa con su propio capital de riesgo.

En el acuerdo Guyana/COGEMA, los arreglos financieros y el régimen fiscal se basan en la filosofía de que Guyana no debería exponerse a contraer obligaciones en divisas y que el régimen fiscal debería ser flexible para tener en cuenta los altibajos del veleidoso mercado del uranio. Guyana obtiene un 25% de patrimonio neto libre, protegido contra el aumento de capital y las forzosas garantías o préstamos de los accionistas. Guyana sólo tienen la obligación de proporcionar anticipos mediante bienes, servicios y productos o dinero efectivo en moneda de Guyana. Se ha convenido en una relación deuda-patrimonio neto de 4:1 (en Chile, 85:15).

Los cánones son pagaderos a una tasa del 3% del valor de venta de los minerales. La tasa aumentará al 5%, si la proporción de los costos anuales totales de producción, incluidos los gastos de explotación, los intereses, la amortización, la depreciación y el canon del 3% sobre el valor de las ventas anuales, es inferior al 85%. Mediante este mecanismo, Guyana aumenta el flujo rápido de efectivo para la compañía y obtendrá los mayores cánones sólo en una etapa posterior, cuando las condiciones del mercado y los gastos de explotación lo permitan. La COGEMA pagará impuestos sobre la renta e impuesto sobre los beneficios de sociedades a una tasa del 45% y obtiene depreciación/amortización acelerada (5 x 20%), exención de derechos aduaneros y traslado de pérdidas a ejercicios futuros en siete años. La compañía mixta en perspectiva tendrá derecho a un subsidio de exploración para futuras exploraciones que realice fuera de la zona minera hasta el 10% del gasto total de capital en los primeros cinco años, y el 5% de ahí en adelante. Se establece un "canon minero especial", que básicamente activa un impuesto adicional a una tasa del 25% sobre los ingresos que /excedan una

excedan una tasa interna de rendimiento de la inversión total de 10% más, a elección de la compañía, la tasa de inflación de los Estados Unidos o el tipo de interés interno de los Estados Unidos de los empréstitos a sociedades de capital. Otros métodos de participación gubernamental en los ingresos consisten en un 15% del impuesto percibido por retención sobre los dividendos y el 25% de patrimonio neto libre del gobierno.

Se establecen derechos cambiarios para hacer frente a las obligaciones en divisas y para pagar cantidades adeudadas a la COGEMA; estos derechos están garantizados por el Banco de Guyana.

E. Situación legal

En los tres casos, la situación legal de un contrato entre el gobierno y una compañía extranjera es difícil de determinar, ya que los países sudamericanos (en particular los países latinoamericanos) siempre han hecho hincapié en la doctrina Calvo que somete totalmente dichos acuerdos al derecho y la jurisdicción nacionales. Por otra parte, los inversionistas han tratado de asegurar alguna protección contra la ulterior injerencia del gobierno teniendo acceso a tribunales de derecho internacional y de arbitraje.

En los contratos Chile/St. Joe se estipula varias veces una estabilización ("congelación") de la ley válida en el momento de la celebración del contrato por la duración del acuerdo. Sin embargo, en forma sorprendente dada la filosofía de Chile de promoción de las inversiones en esa época, el acuerdo sigue los principios Calvo y omite cualquier referencia al arbitraje internacional (por ejemplo, el CIADI, la CCI, o el arbitraje externo ad hoc, por ejemplo con el reglamento de la CNUDMI).

El contrato Colombia/EXXON está exclusivamente sujeto a la ley colombiana y a la jurisdicción de los tribunales colombianos; de manera consecuente con la doctrina Calvo, la INTERCOR renuncia a la protección diplomática salvo en el caso de una denegación de justicia estrechamente definida. De ese modo, Colombia aplica fielmente y con éxito los principios Calvo que con frecuencia han sido denunciados por las compañías extranjeras como opuestos a la seguridad de las inversiones. Sin embargo, sus efectos en Colombia pueden ser aminorados y su /aceptabilidad por

aceptabilidad por parte de la EXXON puede ser aumentada por el hecho de que Colombia ha disfrutado de una tradición legalista poco común y de independencia del poder judicial, lo que puede hacer que el cambio unilateral de las disposiciones contractuales mediante medidas legislativas sea menos probable que en otros países.

Si bien el acuerdo no prevé el arbitraje internacional sobre controversias en materia de inversiones, como por lo general prefieren los inversionistas extranjeros, contiene un procedimiento especial para las "controversias técnicas", las que han de ser presentadas a un grupo integrado por tres expertos; en caso de que las dos partes no puedan ponerse de acuerdo, el presidente será designado por la Junta Directiva de la Asociación Colombiana de Ingenieros y, en el caso de controversias sobre contabilidad, por la Junta Central de los Contadores de Bogotá. En caso de que la calificación de una controversia como legal o técnica sea discutible, decidirán los tribunales colombianos. Las controversias no técnicas corresponden exclusivamente a la jurisdicción de los tribunales colombianos.

Varias cláusulas demuestran la preocupación del inversionista por la estabilidad de los términos esenciales del acuerdo: el artículo 16.4 procura estabilizar el efecto de los cambios futuros de la ley general sobre el impuesto a la renta en Colombia; si bien, de acuerdo con el carácter del acuerdo que crea una obligación legal únicamente entre la INTERCOR y la CARBOCOL, pero no con el Gobierno de Colombia como tal, el artículo no intenta "congelar" la legislación tributaria aplicable en 1976, sino más bien dispone que las repercusiones financieras que tenga para la INTERCOR un cambio de las normas generales sobre el impuesto a la renta sean compensadas mediante una correspondiente modificación de los "ingresos de participación" pagaderos a la CARBOCOL. En otras palabras, la CARBOCOL tendrá que reducir sus reclamaciones contra la INTERCOR, si la INTERCOR es gravada por el Estado colombiano con mayores impuestos que lo que se suponía en 1976. Este método de estabilizar el régimen fiscal es menos cuestionable que las "cláusulas de congelación" tradicionales, que eran susceptibles de ser atacadas sobre la base de que un Estado soberano no puede atar sus manos mediante un contrato con una empresa privada. Sin embargo, la cláusula no cubre todas las eventualidades: por ejemplo, se podría prever un aumento o una imposición de impuestos a la producción de minerales que excediera la cantidad pagadera con arreglo al mecanismo de participación. En ese caso, la INTERCOR estaría en apuros para reclamar compensación de la CARBOCOL.

/En el

En el artículo 39 se declara que el régimen cambiario determinado por el Consejo Nacional de Política Económica y Social (véase supra) es una de las "condiciones básicas" para el contrato y el acuerdo incorpora el texto íntegro de la decisión pertinente. En el acuerdo no se dispone un procedimiento o una sanción si ese régimen cambiario es modificado. Probablemente, la INTERCOR tendría derecho a reclamar por incumplimiento de contrato, dar por terminado el acuerdo y solicitar compensación.

El acuerdo Guyana/COGEMA de 1982 relativo al uranio también da testimonio de los difíciles métodos de conciliación entre la soberanía nacional y las preocupaciones por la estabilidad de la inversión. Además de un procedimiento de determinación de expertos en caso de controversias sobre la fijación de precios para las exportaciones de uranio, las controversias estarán sujetas a un procedimiento de conciliación entre el Ministro y el Jefe Ejecutivo de la COGEMA. Por otra parte, el Jefe Ejecutivo del Banco Interamericano de Desarrollo puede nombrar un mediador que podrá hacer una recomendación no obligatoria para las partes. De otra manera, habrá arreglo de controversias mediante arbitrajes sobre la base del reglamento de arbitraje de la CNUDMI. La autoridad encargada del nombramiento será el Secretario General de la Secretaría de la Commonwealth o el Secretario General de la Corte Internacional de Justicia (probablemente, los términos utilizados en el acuerdo son obsoletos). Otras controversias técnicas serán determinadas por expertos utilizando las normas o reglas sobre determinación de los hechos del CIADI; esos expertos serán designados por la autoridad encargada de los nombramientos para arbitraje (véase supra).

Se declara que el acuerdo se registrará por la ley de Guyana; sin embargo, se estipula que los términos del acuerdo prevalecerán sobre la legislación general. Las reglas tributarias aplicables en el momento en que se celebra el contrato quedan congeladas mientras dure el contrato.

F. Conclusiones

Los tres acuerdos analizados más detalladamente con respecto a la forma de contrato, gestión y control, régimen financiero y situación legal del contrato ilustran los nuevos mecanismos de adaptación contractual entre los gobiernos y los inversionistas como resultado de la ola de nacionalizaciones y restricción de la inversión /extranjera de

extranjera de los primeros años del decenio de 1970. En los tres casos, el nacionalismo económico está claramente presente y los gobiernos se empeñan, en diversos grados, en defender la soberanía nacional; por otra parte, los gobiernos se empeñan igualmente en atender a las preocupaciones de los inversionistas y financieros consideradas razonables, legítimas y necesarias debido al carácter específico del proyecto. La situación concreta de cada país se hace sentir con fuerza: mientras Chile otorga garantías en todos aquellos asuntos en que los anteriores inversionistas mineros habían sido gravemente afectados por medidas adoptadas por el gobierno anterior, el endeudamiento relativamente reducido de Colombia en 1976 hacía que este país estuviese más dispuesto a asumir el 50% de la carga financiera del proyecto. Por otra parte, ciertas susceptibilidades políticas al parecer han obligado al Gobierno de Colombia a rehuir una asociación legal plena con el socio extranjero en la forma de una empresa mixta. Debido a su vivo interés en obtener la exploración de uranio en zonas disputadas con Venezuela, Guyana accedió a conceder un vasto derecho de exploración exclusiva, si bien en el contrato se subraya vigorosamente la importancia de que Guyana tenga una fuerte representación visible en toda compañía explotadora del uranio que se establezca en el futuro. Asimismo, los problemas de Guyana en materia de divisas se reflejan en su renuencia a exponerse a deudas en divisas, mientras hace hincapié en los ingresos financieros, aunque en una forma muy flexible para tener en cuenta las necesidades del inversionista de disponer de un cuantioso flujo de efectivo inicial. En conjunto, los tres contratos ilustran que los acontecimientos ocurridos en el decenio de 1970 tal vez hayan aumentado las dificultades con que se tropieza para alcanzar acuerdos complejos sobre explotación de minerales, pero que por otra parte existen amplias posibilidades, siempre que las dos partes tengan interés en invertir, para establecer mecanismos contractuales estables, pero flexibles, que podrían acomodar durante un tiempo bastante prolongado las principales preocupaciones de ambos socios, aun cuando se introduzcan cambios en el medio económico.

/Referencias

Referencias

Gran parte de la información utilizada en el presente informe se basa en misiones de asesoramiento llevadas a cabo desde 1981 por el escritor o por consultores del DCTD en legislación sobre explotación de minerales en Colombia, Guyana, Costa Rica, Honduras, Guatemala, República Dominicana, Haití, Bolivia, Suriname y Argentina (en Sudamérica y Centroamérica). Sin embargo, el informe expresa exclusivamente la opinión personal del autor.

UN/DSE, Legal and Institutional Arrangements in Minerals Development, Mining Journal, 1982 (con aportaciones de Albrecht Stockmayer y David Suratgar sobre arreglos de financiación en proyectos de minería).

David Suratgar, International Project Finance, en: Natural Resources Forum, Vol. 6, Nº 2, 1982, pp. 113 a 127.

Stuart Mc Gill, Project Financing applied to the Ok Tedi Mine, en: Natural Resources Forum, Vol. 7, Nº 2, 1983, pp. 115 a 131.

Roger Cormick, Legal Issues in Project Finance, en: Journal of Energy and Natural Resources Law, Vol. 1, Nº 1, 1983, pp. 21 a 44.

Albrecht Stockmayer, Projektfinanzierung und Kreditsicherung (Financiamiento de proyectos y seguridad de los préstamos, Frankfurt, 1982, se prevé que se publicará una traducción al inglés en 1984).

Peter Fischer/Thomas Wälde, International Concessions and Related Instruments, Oceana, Vols. I - V, años 1981 y siguientes.

Thomas Wälde, Permanent Sovereignty over Natural Resources: Recent Developments in the Minerals Sector, en: Natural Resources Forum, Vol. 6, Nº 3, 1983, pp. 239 a 253.

Thomas Wälde, Third World Mineral Development: Current Issues, en: Columbia Journal of World Business, Vol. XIX, primavera de 1984, 27.

Thomas Wälde, Third World Mineral Development: Recent Literature, en: CTC Reporter, 1984, 52.

MEMORANDUM

1. The purpose of this memorandum is to advise you of the results of the investigation conducted by the FBI on the matter of the alleged activities of the [redacted] in the [redacted] area.

2. It is noted that the [redacted] has been identified as a person who has been active in the [redacted] area and who has been associated with the [redacted] group.

3. The [redacted] has been identified as a person who has been active in the [redacted] area and who has been associated with the [redacted] group.

4. It is noted that the [redacted] has been identified as a person who has been active in the [redacted] area and who has been associated with the [redacted] group.

5. The [redacted] has been identified as a person who has been active in the [redacted] area and who has been associated with the [redacted] group.

6. It is noted that the [redacted] has been identified as a person who has been active in the [redacted] area and who has been associated with the [redacted] group.

7. The [redacted] has been identified as a person who has been active in the [redacted] area and who has been associated with the [redacted] group.

8. It is noted that the [redacted] has been identified as a person who has been active in the [redacted] area and who has been associated with the [redacted] group.

9. The [redacted] has been identified as a person who has been active in the [redacted] area and who has been associated with the [redacted] group.

10. It is noted that the [redacted] has been identified as a person who has been active in the [redacted] area and who has been associated with the [redacted] group.