LA IMPORTANCIA DEL CONOCIMIENTO Y APOYO DE LA COMUNIDAD EN EL ARBITRAJE

El siguiente artículo analiza cómo la consulta previa y la licencia social inciden en conflictos arbitrales vinculados a proyectos extractivos.





Blanca Gómez de la Torre

Camila Andrade

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, las controversias llevadas a arbitraje han demostrado la importancia del conocimiento y el apoyo continuo de la comunidad para el desarrollo de los proyectos relacionados con inversiones en sectores extractivos como minería, petróleo y gas.

Así, dos figuras resultan centrales para asegurar el respaldo de las comunidades en el el emprendimiento y desarrollo de este tipo de proyectos.

En primer lugar, tenemos la consulta previa que se instituye en muchos casos como un paso previo para el inicio de cualquier actividad; y segundo, la licencia social (LSO) que aunque no consta desarrollada en normativa se erige como una autorización continua de la comunidad para la ejecución de proyectos de gran envergadura en el sector de la energía.

En efecto, operaciones de aprovechamiento económico de recursos naturales han demostrado que las tensiones entre inversionistas, Estados y comunidades pueden generar conflictos que las comunidades locales, si no han sido debidamente informadas e involucradas en la gestión de las empresas han provocado reclamaciones internacionales por violaciones de trato al inversor, en función de la responsabilidad del Estado en el aseguramiento del desarrollo pacífico de las actividades del inversionista.

Iniciaremos nuestro trabajo dando una definición de los mecanismos de participación de la comunidad, para luego concentrarnos en cuatro casos, a nuestro ver, emblemáticos para explicar cómo han manejado los tribunales arbitrales esta problemática.

CONSULTA PREVIA:

La consulta previa es un derecho colectivo reconocido tanto por instrumentos internacionales, por ejemplo, el "Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales", como por normas constitucionales de varios países de América Latina. En Ecuador, el artículo 57 numeral 7 de la Constitución reconoce la consulta previa, libre e informada a las comunidades indígenas sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos naturales no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarlas ambiental o culturalmente. La norma constitucional además dispone que la consulta deberá ser realizada dentro de un plazo razonable, e incluye el derecho a participar en beneficios, así como el derecho a recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, ambientales o culturales que les causen.

Pero, además, el artículo 398 establece que toda decisión o autorización estatal que pueda afectar el ambiente deberá ser consultada con la comunidad con información amplia y de forma oportuna. Esta norma indica también que, si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad, la decisión de ejecutar o no el proyecto quedará en manos del Estado.

Se trata, en consecuencia, de un derecho colectivo con protección a nivel constitucional y que, en la práctica, tal y como se analizará, su inadvertencia no solo puede derivar en controversias a nivel interno, sino también en disputas que escalen a instancias internacionales.

LICENCIA SOCIAL PARA OPERAR (LSO):

Distinto a lo que ocurre con la consulta previa, la licencia social para operar (LSO) no suele estar respaldada por norma legal explícita, ni aún puede ser obtenida a través de un trámite administrativo. Se trata más bien de un concepto de validación o legitimación social, que depende de la aceptación continua de un proyecto por parte de una comunidad a través de la construcción de relaciones sociales y, en la mayoría de casos económicas, en beneficio de las distintas comunidades.

En la práctica arbitral ha sido definida como[1]:

> *"La licencia social constituye un acuerdo intangible, no escrito y dinámico. Debe quedar claro que el uso de la palabra 'licencia' en este concepto corresponde a un sentido metafórico, y no involucra la obtención formal de un Permiso en el sentido estricto o desde el punto de vista del derecho administrativo […]. La licencia social tampoco involucra necesariamente la suscripción de un acuerdo formal con las partes involucradas, aunque ello puede servir como una herramienta para materializar (y medir) la licencia en cuestión. Esta licencia metafó-*

[1] Concepto vertido por la perito de la demandada, Dra. Miyanou Dufour von Gordon, en el procedimiento de arbitraje entre LUPAKA GOLD CORP y la REPÚBLICA DEL PERÚ.

rica [...] es en principio el consentimiento que tácitamente recibe la compañía cuando existe confianza y cuando las expectativas de la comunidad son manejadas apropiadamente, de manera que esta última acepta o aprueba la ejecución del proyecto"

La LSO, entonces, constituye la aprobación social por parte de la comunidad local y terceros interesados, de una actividad que va más allá del cumplimiento formal de requisitos de orden legal o técnico.



EXPERIENCIAS ARBITRALES RELEVANTES

Junefield Gold Investments Limited v. República del Ecuador (PCA Caso No. 2023-35)

Este caso tiene su génesis en el reclamo de la comunidad de no haber sido debidamente consultada previamente a la inversión, hecho que ha generado una serie de reclamos judiciales que han interrumpido la explotación del proyecto al inversionista.

En este proceso arbitral, que aún se encuentra en desarrollo, el reclamo del inversor hace relación a las actividades de la comunidad y el Estado, en tanto en cuanto a decir de la empresa habría operado una expropiación indirecta de su inversión, al no haber el estado ecuatoriano asegurado la pacífica explotación del proyecto.

Por otro lado, la comunidad involucrada reclama el no haber sido debidamente consultada previamente a la inversión, hecho que ha generado una serie de reclamos judiciales que han interrumpido la explotación del proyecto por parte del inversionista.

El caso Junefield Gold v. República del Ecuador, aún pendiente de resolución en cuanto al fondo de la controversia, es de especial importancia por su vinculación con conflictos sociales y la alegación sobre afectación de inversiones. Esta controversia fue presentada por Junefield Gold Investments Limited, una compañía minera china, ante la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), con fundamento en el Tratado Bilateral de Inversiones entre China y Ecuador de 1994.

Este arbitraje, iniciado formalmente el 4 de octubre de 2022, se centra en el proyecto minero Río Blanco, ubicado en la provincia de Azuay, donde Junefield asegura enfrentó protestas comunitarias desde 2018, cuando individuos ingresaron por la fuerza a las instalaciones del proyecto.

Según la empresa china, Ecuador envió fuerzas policiales y militares el mismo día que ocuparon el proyecto minero y sus instalaciones. No obstante, también afirma que, en los meses siguientes, el Estado ecuatoriano retiró gradualmente las fuerzas que había desplegado, supuestamente sin asegurarse de que la inversora pudiera recuperar la posesión y el control del proyecto minero[2].

Junefield considera que ello hizo que los ataques se intensificaran, y el 4 de octubre de 2019, los individuos que ocupaban el proyecto minero supuestamente tomaran control total de sus vías de acceso. Junefield también sostiene que desde ese momento no ha podido realizar ninguna actividad minera en las áreas concesionadas y lo que es peor, ni siquiera puede acceder a ellas[3].

Por otro lado, en el contexto de la justicia a nivel local, en mayo de 2018, un grupo de comuneros que afirmaban estar afectados por el proyecto, junto con ciertas organizaciones indígenas, presentaron una solicitud de medidas cautelares en contra de la República del Ecuador, argumentando que su derecho a la consulta previa no fue respetado antes de la ejecución de actividades mineras en su territorio[4].

Como resultado, los tribunales ecuatorianos han dictado sentencias[5] que Junefield considera han cancelado de facto las concesiones que fueron otorgadas su favor:

i) primero, el 5 de junio de 2018, un juez de primera instancia dictó una sentencia encontrando que la consulta previa obligatoria con las comunidades indígenas no se había realizado por parte de Ecuador antes del inicio de las actividades mineras. El juez ordenó la suspensión de las actividades de explotación, la realización de la consulta previa y la desmilitarización del proyecto; ii)

ii) segundo, el 3 de agosto de 2018, la Corte de Apelaciones de la Provincia del Azuay, tras un recurso contra la sentencia del 5 de junio interpuesto por Ecuador, dictó otra sentencia. Esta decisión confirmó la suspensión de las actividades de explotación, basándose en la prohibición de llevar a cabo actividades mineras en áreas naturales protegidas[6].

A criterio de Junefield, el retiro

[2] PCA Caso No. 2023-35 JUNEFIELD GOLD INVESTMENTS LIMITED y la República del Ecuador, Laudo parcial de jurisdicción de 2 de junio de 2025 ¶ 57

[3] PCA Caso No. 2023-35 JUNEFIELD GOLD INVESTMENTS LIMITED y la República del Ecuador, Laudo parcial de jurisdicción de 2 de junio de 2025 ¶ 58

[4] PCA Caso No. 2023-35 JUNEFIELD GOLD INVESTMENTS LIMITED y la República del Ecuador, Laudo parcial de jurisdicción de 2 de junio de 2025 ¶ 59

[5] PCA Caso No. 2023-35 JUNEFIELD GOLD INVESTMENTS LIMITED y la República del Ecuador, Laudo parcial de jurisdicción de 2 de junio de 2025 ¶ 60, 61 y 62

[6] El 14 de septiembre de 2018, el Ministerio de Energía y Minas interpuso una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional del

de la protección estatal sumado a las decisiones judiciales constituye una serie de actos atribuibles a instrumentos y órganos del Ecuador que suspendieron sus operaciones, y con ello, le causaron una privación sustancial del uso y disfrute económico de sus inversiones, constituyendo una forma de expropiación indirecta de su inversión que le daría derecho a ser compensado por aproximadamente USD 480 millones.

El 2 de junio de 2025, el tribunal emitió un laudo parcial de jurisdicción, en el cual la mayoría de los árbitros resolvió que sí tiene jurisdicción para conocer sobre la reclamación por expropiación indirecta, no obstante, dejó de lado otros reclamos como la violación de los estándares de trato justo y equitativo o de protección y seguridad plena que también fueron sostenidos por Junefield en su demanda[7].

Limitar el arbitraje, como lo ha hecho el tribunal, al reclamo de expropiación indirecta pone de manifiesto que los hechos que rodean la controversia — como las protestas comunitarias por omisión de consulta previa y falta de validación social— constituyen, al menos, elementos esenciales que explican por qué se generó el reclamo internacional.

En otras palabras, a pesar de que estos mecanismos de participación comunitaria no hayan sido invocados como disposiciones o normas incumplidas bajo el tratado, no dejan de ser hechos que necesariamente alimentan la disputa porque impactan en la percepción de legitimidad del proyecto de inversión que se trate, y con ello, en los riesgos de carácter legal y social a los que están expuestos tanto inversores como los Estados.

Bear Creek Mining Corporation v. República del Perú (Caso CIADI No. ARB/14/21)

En este caso la discusión se centró en el concepto de licencia social en tanto en cuanto su ausencia provocó que el estado peruano emitiera la revocatoria de la licencia de explotación y con ello el tribunal arbitral encontró que el estado habría vulnerado el estándar de trato justo y equitativo.

El arbitraje Bear Creek Mining Corporation v. República del Perú, que se tramitó bajo el Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Perú, constituye también un ejemplo que pone en evidencia cómo un conflicto social puede escalar a una disputa internacional.

En este caso, Bear Creek, una empresa minera canadiense, presentó una demanda internacional alegando la vulneración de sus derechos bajo el tratado internacional por la revocación, por parte del Estado peruano, de los derechos mineros que mantenía en el proyecto Santa Ana al emitir el Decreto Supremo 32. La justificación del Estado peruano para la emisión del indicado decreto fue el restablecimiento del orden público y paz social, en el contexto de intensa conflictividad social y protestas masivas de comunidades locales en contra del proyecto minero.

El tribunal del CIADI concluyó que la revocación constituyó a una violación de las obligaciones contractuales y de trato justo y equitativo, ordenando una compensación de aproximadamente USD 18.2 millones a favor de la empresa[8].

Lo relevante de este caso, para propósitos de nuestro análisis, es que el Tribunal se refirió de forma expresa al concepto de "licencia social" y su incidencia en el conflicto, reconociendo que ello llevó al Estado peruano a emitir del Decreto Supremo 032. El Tribunal también consideró necesario determinar si el conflicto social era imputable a Bear Creek o al Estado peruano y al respecto concluyó que *"habrían sido viables más acciones por parte de la Demandante, sobre la base de la coordinación continua con las autoridades de la Demandada y el respaldo de estas, el Tribunal arriba a la conclusión de que la Demandante pudo dar por hecho haber cumplido con todos los requisitos legales en lo que se refiere a su divulgación y contacto con las comunidades locales. La Demandada, después su aprobación y respaldo continuo a la conducta de la Demandante, no puede afirmar en retrospectiva que esta conducta fue contraria al Convenio 169 de la OIT o insuficiente, y que ocasionó el conflicto social en la región o contribuyó a este."*[9]

En otras palabras, la ausencia de esa validación social no fue ignorada por el Tribunal; por el contrario, fue expresamente analizada y resolvió que ello ni eximió al Estado de su responsabilidad, ni aún justificó la medida adoptada, de manera que *"el Decreto Supremo 032 constituyó una expropiación indirecta en el sentido del Artículo 812 y el Anexo 812.1 del TLC"*[10].

Finalmente, el tribunal reconoció que, aunque el concepto de "licencia social" no se define en el derecho internacional, instrumentos relevantes exigen la obligación de realizar consultas a las comunidades indígenas para obtener su consentimiento[11].

Copper Mesa Mining Corporation v. República del Ecuador (CPA Caso No. 2012-02)

En este proceso el enfoque del tribunal difiere en su enfoque al considerar las acciones de Copper Mesa Mining Corporation como coadyuvantes para el perjuicio causado al inversionista. De esta manera, el tribunal distribuyó la responsabilidad en el daño aplicando un porcentaje aleatorio del 30% de rebaja al monto de la indemnización a favor del inversionista.

En el arbitraje Copper Mesa Mining Corporation v. República del Ecuador, que se ventiló bajo el Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre Canadá y Ecuador, la empresa demandó los daños y perjuicios derivados de la revocación de concesiones mineras

Ecuador contra la sentencia del 5 de junio y la sentencia del 3 de agosto por irregularidades en el proceso, decisión que hasta la fecha no ha sido resuelta.

[7] PCA Caso No. 2023-35 JUNEFIELD GOLD INVESTMENTS LIMITED y la República del Ecuador, Laudo parcial de jurisdicción de 2 de junio de 2025 ¶ 221

[8] Caso CIADI No. ARB/14/21 Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú, Laudo de 30 de noviembre de 2017.

[9] Caso CIADI No. ARB/14/21 Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú, Laudo de 30 de noviembre de 2017, ¶ 412.

[10] Caso CIADI No. ARB/14/21 Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú, Laudo de 30 de noviembre de 2017, ¶ 417.

[11] Caso CIADI No. ARB/14/21 Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú, Laudo de 30 de noviembre de 2017, ¶ 416.

en Intag, argumentando violaciones de trato justo y equitativo, protección y seguridad plena y expropiación indirecta.

Lo interesante de este caso, es que el tribunal concluyó que Ecuador incumplió con sus deberes, pero para efectos del cálculo del daño, aplicó el denominado principio de "negligencia contributiva" porque consideró que el perjuicio de la empresa canadiense fue causado tanto por la expropiación ilícita del Estado ecuatoriano, pero también por sus propios actos y omisiones negligentes. Lo anterior, dada la imprudente gestión de la empresa extranjera al momento de manejar las relaciones con las comunidades locales[12].

A criterio del tribunal, la demandante actuó de forma negligente cuando varios miembros de su personal directivo superior dirigieron actos violentos en contra de comunidades locales que ya tenían una actitud hostil. El tribunal concluyó que tales actos no constituyeron un incidente accidental o aislado, sino más bien planes premeditados y bien financiados para tomarse la justifica por su propia mano. El tribunal agregó que la respuesta adversa de los miembros de las comunidades era inevitable y que, por tanto, Cooper Mesa contribuyó a su propio perjuicio[13].

El tribunal valoró la contribución de empresa canadiense al ejecutar actos y omisiones negligentes en un 30 por ciento de su propia pérdida y, por tanto, decidió que la pérdida neta asciende a USD 11.184.595,80[14].

En otras palabras, en este caso, el tribunal consideró que, a la hora de evaluar un conflicto social no solo existe responsabilidad estatal, sino que la actuación del inversor también será apreciada como un factor para mitigar los daños que reclama. La forma en la que la empresa inversora gestione sus relaciones con las comunidades es entonces un aspecto que necesariamente será valorado por los tribunales y, por tanto, no puede ser desatendido por los inversores.

Lupaka Gold Corp. v. República del Perú (CIADI ARB/20/46)

Finalmente, en este caso el tribunal arbitral no se refiere a ninguno de los dos conceptos mencionados previamente, sin embargo, si tomamos en cuenta la definición de licencia social, es evidente que la razón de la condena al estado peruano se refiere a la falta de ella y a la actuación del estado peruano en quebrantamiento de su obligación al expropiar la inversión, aunque los hechos conducentes a ello no le hayan sido directamente atribuibles.

El caso Lupaka Gold Corp. v. República del Perú, en donde la empresa minera canadiense reclamó contra el Estado peruano debido a que la comunidad de Parán se apoderó de su propiedad mediante la toma completa, ocupación y explotación de la mina y del campamento minero, interrumpiendo sus actividades y, en consecuencia, ocasionándole pérdidas económicas[15].

El tribunal emitió su laudo el 30 de junio de 2025, ordenando al Estado peruano pagar aproximadamente USD 40.4 millones en daños.

En este caso, el tribunal consideró que Lupaka Gold fue directamente expropiada por actos de la Comunidad de Páran y que Perú es internacionalmente responsable, dado que, en este caso, se cumplen los dos supuestos para que ello opere: la inversora fue privada de la titularidad de su inversión y además, existió un apoderamiento directo de la inversión[16].

El tribunal también concluyó que la mina de la demandante fue objeto de apropiación para el limitado beneficio económico de la Comunidad de Parán y sus miembros, y no para algún propósito público más amplio, que la inversora no recibió una indemnización pronta, adecuada ni efectiva, y que, por consiguiente, la demandada expropió directamente la inversión de Lupaka Gold[17].

Más adelante, el tribunal también concluyó que, en cualquier caso, si los actos de la Comunidad de Parán no resultan directamente atribuibles a la demandada, esta última ha expropiado indirectamente la inversión de Lupaka Gold debido a la omisión frente a los hechos comunitarios cuando hubo por parte de la demandada únicamente insistencia a un diálogo, con exclusión de otras medidas más activas. El tribunal concluye que ello dejó a la demandante expuesta a las exigencias y amenazas de la Comunidad de Parán, que culminaron con apoderamiento y explotación ilegales de la inversión por parte de la comunidad[18].

En consecuencia, el caso Lupaka Gold Corp. v. República del Perú se suma a la lista de laudos arbitrales en los que los tribunales, a la hora de decidir, valoran no solo la letra de los contratos o tratados, sino también los hechos fácticos que constituyen precedentes de las controversias, incluida la manera en la que tanto inversores como Estados han manejado las relaciones con las comunidades locales.

CONCLUSIONES

Tanto la consulta previa como la LSO se constituyen en obligaciones que el estado debe asegurar y garantizar, con ello, el inversionista asegura una protección efectiva de su inversión.

Si el estado no precautela su cumplimiento o lo hace de manera imperfecta, la responsabilidad del estado frente a los inversionistas es plena y conlleva una eventual indemnización a favor del inversionista.

Los estados deben tomar en cuenta que estos conceptos no se encuentran desarrollados como eximentes de responsabilidad en los tratados, por lo que su manejo debe ser prioritario para el estado a efectos de asegurar una inversión apropiada y eficiente en su territorio. ■

[12] CPA Caso NO. 2012-2, Copper Mesa Mining Corporation y la República del Ecuador, Laudo emitido el 15 de marzo de 2016, ¶ 6.97
[13] CPA Caso NO. 2012-2, Copper Mesa Mining Corporation y la República del Ecuador, Laudo emitido el 15 de marzo de 2016, ¶ 6.99 y 6.100.
[14] CPA Caso NO. 2012-2, Copper Mesa Mining Corporation y la República del Ecuador, Laudo emitido el 15 de marzo de 2016, Parte 10 – Resumen de las decisiones del Tribunal ¶ 10.7.
[15] Caso CIADI No. ARB/20/46, LUPAKA GOLD CORP y la REPÚBLICA DEL PERÚ, Laudo arbitral del 30 de junio de 2025 ¶ 426.
[16] Ibídem
[17] Caso CIADI No. ARB/20/46, LUPAKA GOLD CORP y la REPÚBLICA DEL PERÚ, Laudo arbitral del 30 de junio de 2025 ¶ 435 y 436.
[18] Caso CIADI No. ARB/20/46, LUPAKA GOLD CORP y la REPÚBLICA DEL PERÚ, Laudo arbitral del 30 de junio de 2025 ¶ 450.