

El Triángulo del Litio: Retos y oportunidades para América Latina

Septiembre 25 de 2023

La demanda de litio ha aumentado rápidamente en los últimos años, impulsada por proyectos mundiales de energía limpia que dependen del litio para cumplir sus objetivos de sostenibilidad. Esta demanda mundial presenta oportunidades de inversión para las empresas que buscan capitalizar el auge del litio en el Triángulo del Litio de América Latina. Las empresas que operan dentro de este espacio tendrán que adaptarse a los desafíos que la exploración, el desarrollo y la producción de litio implican en países que tienen distintos regímenes jurídicos. Resolver disputas de forma efectiva, en particular a través del arbitraje internacional, podría ser una herramienta crucial para abordar los desafíos que plantea la industria del litio y las potenciales disputas que se generen dentro de las entidades que forman parte de la cadena de producción del litio, entre otras razones, porque el arbitraje puede:

- proporcionar un foro neutral para que entidades multinacionales resuelvan sus disputas; y
- otorgar mayor flexibilidad a las partes permitiéndoles optar por procedimientos a medida, en particular en lo que respecta a la confidencialidad y a la posibilidad de consolidar disputas, entre múltiples partes, derivadas del mismo contrato o de distintos contratos que son parte de la misma cadena productiva.

Este memorándum resume algunos desafíos y disputas legales que pueden enfrentar las empresas involucradas en la industria del litio en América Latina, y destaca el uso del arbitraje como mecanismo potencial de resolución de disputas.

NUEVA YORK

Jeffrey A. Rosenthal

+1 212 225 2086

jrosenthal@cgsh.com

Ari D. MacKinnon

+1 212 225 2243

amackinnon@cgsh.com

Adam J. Brenneman

+1 212 225 2704

abrenneman@cgsh.com

Aaron J. Meyers

+1 212 225 2844

ameyers@cgsh.com

Boaz S. Morag

+1 212 225 2894

bmorag@cgsh.com

Katie L. González

+1 212 225 2423

kgonzalez@cgsh.com

Elisa Zavala

+1 212 225 2336

ezavala@cgsh.com

Maria E. Manghi

+1 212 225 2214

mmanghi@cgsh.com

LONDRES

Christopher P. Moore

+44 20 7614 2227

cmoore@cgsh.com

SAO PAULO

Pedro Martini

+55 11 2196 7233

pmartini@cgsh.com

Los autores agradecen la ayuda del antiguo abogado internacional Martin Vainstein por sus contribuciones a este memorándum.

clearygottlieb.com



© Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP, 2023. Todos los derechos reservados.

Este memorándum se ha elaborado como un servicio a los clientes y otros amigos de Cleary Gottlieb para informarles sobre acontecimientos recientes que puedan ser de su interés. La información contenida en el mismo es, por tanto, de carácter general y no debe ser considerada ni invocada como asesoramiento jurídico. A lo largo de este memorando, "Cleary Gottlieb" y el "despacho" se refieren a Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP y sus entidades afiliadas en determinadas jurisdicciones, y el término "oficinas" incluye las oficinas de dichas entidades afiliadas.

La industria latinoamericana del litio: liderando la transición energética mundial

En los últimos años, el litio se ha vuelto fundamental para la economía mundial debido principalmente a dos factores: (1) la demanda de baterías recargables de iones de litio que alimentan teléfonos, ordenadores portátiles y vehículos eléctricos, entre otros;² y (2) una mayor atención a las energías renovables, ya que las grandes baterías de iones de litio pueden utilizarse para almacenar el exceso de energía generada por las fuentes eólicas, solares y otras fuentes de energía renovables.³

América Latina, como región, tendrá un rol clave en la satisfacción de la creciente demanda por litio. Chile, Argentina y Bolivia, conocidos como los “Países del Triángulo del Litio” o los “LTCs” (por la sigla en inglés *Lithium Triangle Countries*), concentran más del 75% de la oferta mundial de litio.⁴ Es probable que esta industria del litio, ya en auge, siga creciendo a medida que los países exploran posibles reservas de litio. Por ejemplo, Perú ha comenzado a desarrollar el proyecto de exploración de litio de Falchani, donde se estima que se alberga el sexto mayor yacimiento de roca dura del mundo y, por tanto, puede permitir a Perú

entrar en el mercado como uno de los principales productores de litio en el futuro.⁵ Del mismo modo, en Brasil, el gobernador de Minas Gerais, uno de los estados más grandes de Brasil, celebró recientemente un evento en el Nasdaq de Nueva York para lanzar Lithium Valley Brazil, una iniciativa destinada a atraer a los mercados de capitales y la inversión privada en la industria del litio en Brasil. Además de aumentar la producción, la iniciativa Lithium Valley Brazil pretende “facilitar el desarrollo de una huella industrial verde” en la minería del litio, al tiempo que avanza en los objetivos de desarrollo social en uno de los estados menos desarrollados de Brasil.⁶

En los últimos años las empresas han aumentado su interés en los LTC y, en concreto, en la producción de litio. Por eso, ha aumentado el flujo de inversiones extranjeras en esta industria, lo que ha contribuido a ampliar la producción de litio. Esto se ha logrado, en parte, gracias a la introducción de tecnologías mineras avanzadas y equipos especializados para mejorar la eficiencia y la sostenibilidad, lo que a la vez ha aliviado la carga financiera que los LTC han soportado en la promoción del litio.⁷

² Véase Marcelo Azevedo y otros, *Lithium Mining: How New Production Technologies Could Fuel the Global EV Revolution*, MCKINSEY & CO. (12 de abril de 2022), <https://www.mckinsey.com/industries/metals-and-mining/our-insights/lithium-mining-how-new-production-technologies-could-fuel-the-global-ev-revolution>. En 2022, la fabricación de baterías recargables representará el 74% de la demanda mundial de litio.

³ Véase *The Role of Critical Minerals in Clean Energy Transitions*, AIE (mayo de 2021), <https://www.iea.org/reports/the-role-of-critical-minerals-in-clean-energy-transitions>.

⁴ Samar Ahmad, *El triángulo del litio: Where Chile, Argentina, and Bolivia Meet*, 41 HARV. INT'L REV. 51 (2020), <https://hir.harvard.edu/lithium-triangle/>.

⁵ Véase Patricia I. Vásquez, *El triángulo del litio: The Case for Post-Pandemic Optimism*, WILSON CTR. 1, 6 (oct. 2020),

https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/media/uploads/documents/LAP_201002_vasqyez%20brief_update_v1b%5B1%5D.pdf.

⁶ Comunicado de prensa, Nasdaq (11 de mayo de 2023), <https://www.nasdaq.com/press-release/sigma-lithium-and-brazilian-government-officials-ring-nasdaq-opening-bell-to>.

⁷ Los costos asociados a la extracción de litio pueden ser especialmente elevados en los LTC, situadas en una de las regiones más áridas del planeta. El litio requiere un proceso de extracción intensivo en agua: se necesitan aproximadamente 500.000 galones de agua para extraer una tonelada de litio. Véase Ahmad, nota 4 *supra*, en 53. Véase también Stefan Ellerbeck, *Lithium: Here's why Latin America is Key to the Global Energy Transition*, WORLD ECON. F. (10 de enero de 2023), <https://www.weforum.org/agenda/2023/01/lithium-latin-america-energy-transition/>.

Panorama normativo actual del litio en los LTC

Aunque los LTC comparten procesos de extracción y preocupaciones similares con respecto a la industria del litio, existen importantes diferencias respecto a cómo ellos enfocan sus esfuerzos de inversión.

Bolivia controla el proceso de producción de litio a través de la empresa estatal Yacimientos de Litio Bolivianos (“YLB”).⁸ Recientemente, Bolivia ha anunciado posibles asociaciones con empresas extranjeras para que éstas puedan extraer litio utilizando nuevas tecnologías, en un caso asociándose con una empresa china para aumentar la producción de litio.⁹

Chile permite iniciativas privadas con respecto al litio – recurso calificado como ‘estratégico’ a nivel interno – pero sujeto a ciertas limitaciones. Al igual que hace con el petróleo y gas, el Estado arrienda a privados el derecho a explotar el litio durante un periodo de tiempo determinado (sujeto a plazos máximos impuesto por la ley). En la actualidad, dos entidades controlan la industria extractiva: Albemarle, empresa estadounidense, y Sociedad Química y Minera de Chile (“SQM”), la mayor empresa minera de litio de Chile.¹⁰ Los contratos de arrendamiento de estas empresas expiran en 2030 y 2043, respectivamente.¹¹

El 21 de abril de 2023, el Presidente de Chile, Gabriel Boric, anunció el plan para la estrategia nacional del litio.¹² Aunque esta propuesta aún no se ha presentado al Congreso Nacional de Chile, que tendrá que aprobar cualquier plan, la propuesta probablemente implicará la creación de una empresa nacional del litio, que poseerá una participación significativa en la industria y supervisará la minería del litio. Ésta también podría conceder a privados otros derechos de minería, pero siempre asegurando que la empresa minera estatal sea propietaria de parte de sus proyectos.¹³ La creación de una empresa nacional del litio también podría dar lugar a negociaciones y asociaciones con empresas privadas que deseen tener participaciones minoritarias en las minas de litio de Chile.¹⁴

Argentina permite iniciativas privadas y ha adoptado lo que se ha considerado un enfoque favorable a los inversores. En Argentina, las provincias tienen el control sobre los derechos mineros, pero deben gestionar los recursos de acuerdo con el código federal de minería¹⁵ que permite la participación de empresas estatales y privadas (nacionales y extranjeras) en la minería.¹⁶ En estos proyectos público-privados, la empresa estatal nacional conserva una participación minoritaria, mientras que el inversor suele aportar financiamiento, recursos y conocimientos técnicos.

⁸ Marcelo Rochabrun, *Bolivia Still Evaluating Six Firms for Lithium Mining Partnerships*, REUTERS (7 de junio de 2022), <https://www.reuters.com/markets/deals/bolivia-still-evaluating-six-firms-lithium-mining-partnerships-2022-06-07/>.

⁹ Ward Zhou, An Limin, Luo Guoping y Lu Yutong, *China consortium to develop lithium deposits in Bolivia*, NIKKEIASIA (27 de enero de 2023), <https://asia.nikkei.com/Spotlight/Caixin/China-consortium-to-develop-lithium-deposits-in-Bolivia>.

¹⁰ Véase Vásquez, nota 5 *supra*, en 14-15.

¹¹ Catherine Osborn, *Chile Details Its National Lithium Strategy*, FOREIGN POL’Y (23 de junio de 2023),

https://foreignpolicy.com/2023/06/23/chile-boric-lithium-strategy-minerals-industry-green-energy-batteries/?tpcc=onboarding_trending.

¹² *Id.*

¹³ *Id.*

¹⁴ *Id.*

¹⁵ Ministerio de Desarrollo Productivo Argentina, *Doing Business: Main Fiscal & Legal Issues of the Argentina Mining Industry*, GOB. DE ARG. 1, 4,

https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/argentina_legal_framework.pdf (última visita: 26 de junio de 2023).

¹⁶ *Id.* en 6.

Desafíos y posibles conflictos en la industria del litio en Latinoamérica

Al igual que otros negocios mineros, la industria del litio en los LTC presenta oportunidades que a la vez implican desafíos. Para comenzar, la premisa comercial básica es que existe gran demanda por el litio – y es probable que dicha demanda siga aumentando – dado que su uso es requerido en diversas áreas que son cada vez más importantes en el mundo moderno. Esto significa que empresas y países de todo el mundo dependen de los LTC para extraer y exportar litio, y seguirán dependiendo en los próximos años y décadas. Esto ha y seguirá impulsando la ejecución de acuerdos de compraventa de litio a largo plazo. Para cumplir esos acuerdos, las empresas extractoras de litio suelen realizar inversiones a largo plazo y con gran intensidad de capital en proyectos de extracción de litio en los LTC. Como consecuencia, existe una serie de contratos interrelacionados, a menudo internacionales, en la cadena de producción o *chain of value* del litio, que sin duda satisfacen una importante necesidad económica, pero que también abren la puerta a litigios potencialmente complejos en caso de que se produzcan alteraciones o rupturas en algún punto de dicha cadena. Estas disputas pueden desarrollarse a través de diferentes contratos bajo diferentes leyes y en diferentes puntos de la cadena.

1. Acuerdos de exploración y explotación

En los LTC (y en la mayoría de los países del mundo), los minerales como el litio son propiedad del Estado mientras permanezcan bajo tierra. En consecuencia, en los casos en que se permite a privados realizar actividades de extracción de litio en los LTC, como en Chile y Argentina,

generalmente se debe obtener autorización para ello, típicamente a través de un contrato de licencia, concesión o algún acuerdo similar que les autorice a extraer recursos naturales pertenecientes al Estado. Múltiples conflictos podrían surgir a raíz de estos acuerdos de licencia o concesión, como podría ser un incumplimiento en el pago de cánones adecuados o de la obligación de explorar y explotar de acuerdo con las normas de diligencia exigidas o con el calendario previsto.

Por ejemplo, surgió una disputa bajo un acuerdo de concesión entre la agencia de desarrollo de Chile, Corporación de Fomento de la Producción, y uno de sus arrendatarios, Albemarle Corporation, en virtud de la cual Chile inició dos procedimientos CCI separados contra Albemarle: uno en 2019, relacionado con el nivel de precios preferenciales a las empresas dispuestas a invertir en materiales de litio, y otro en 2021 por pagos supuestamente insuficientes de regalías.¹⁷ Mientras que el arbitraje de 2019 se resolvió, el de 2021 sigue pendiente.

En la industria del litio, como en muchas otras industrias mineras, también es especialmente probable que surjan desacuerdos en relación con las cambiantes políticas reguladoras, incluyendo específicamente las relativas a cuestiones medioambientales y sociales, así como a cuestiones relacionadas con el uso del agua. Dado que la minería del litio puede generar impactos medioambientales, y dado que la minería del litio requiere cantidades significativas de agua y que a menudo se lleva a cabo en climas extremadamente áridos, las normativas medioambientales, sociales y de uso del agua pueden tener un impacto sustancial en las actividades de extracción del litio. Este impacto, a su vez, puede dar lugar a litigios en

¹⁷ Oliver Hailes, *El litio en el derecho internacional: Trade, Investment, and the Pursuit of Supply Chain Justice*, 25 J. INT'L ECON. L. 148 (2022),

<https://academic.oup.com/jiel/article/25/1/148/6529346#341263562>.

el marco de licencias o concesiones, ya que la ecuación económica en la que se basaban estos acuerdos puede verse alterada sustancialmente.

2. Acuerdos de Joint Venture

Los *joint ventures* son empresas en las que dos o más partes – en el caso de los LTC, normalmente una empresa estatal y una o varias empresas privadas – acuerdan compartir riesgos, recursos y beneficios. Los *joint ventures* son un mecanismo muy utilizado en la industria minera en general y en la del litio en particular para repartir los riesgos y garantizar la participación del Estado, especialmente en Bolivia y Argentina.

Las disputas entre las partes en los *joint ventures* pueden surgir por diversas razones, como desacuerdos entre las partes en relación con las operaciones y la gestión, las obligaciones financieras, el reparto equitativo de los ingresos y los problemas medioambientales. También pueden surgir disputas cuando las partes de un *joint ventures* intentan vender parte de su participación a un tercero sin el consentimiento de la otra parte. Esto ocurrió recientemente en Chile cuando la empresa minera china Tianqi compró una participación en SQM a un accionista canadiense.¹⁸ Aunque SQM y el gobierno chileno plantearon objeciones la venta, un tribunal chileno permitió finalmente que se llevara a cabo la transacción.¹⁹ Esto también ha ocurrido fuera de los LTC, como en la República Democrática del Congo, donde un

joint ventures entre la empresa australiana AVZ Minerals y Jin Cheng Mining Company y Congolaise d'Exploitation Minière (“Cominière”) ha dado lugar a varias reclamaciones en un arbitraje de la CCI después de que Cominière y Jin Cheng Mining Company intentaran poner fin a la empresa conjunta y transferir una participación del 15% a otra empresa, lo que AVZ alega fue indebido.²⁰

En algunos casos, los *joint ventures* pueden fracasar incluso antes de haber finalizado. Bolivia creó un *joint ventures* en 2018 con ACI Systems Alemania (“ACI”), una empresa alemana.²¹ La empresa conjunta habría dado lugar a una inversión por parte de ACI de 1.300 millones de dólares estadounidenses a cambio de los derechos para construir una planta de hidróxido de litio y una fábrica de baterías para vehículos eléctricos en Bolivia.²² Después de una serie de protestas civiles en la ciudad de Potosí porque las regalías pagadas habrían sido muy bajas, el *joint ventures* se dio por terminado el 3 de noviembre de 2019.²³ El colapso de este *joint ventures* sirve como ejemplo de lo difícil que puede ser concluir y operar *joint ventures*, especialmente si poco apoyo popular al proyecto.

3. Acuerdos de distribución

Los acuerdos de compra y distribución son una importante fuente de apoyo financiero en los proyectos de extracción minera, ya que proporcionan seguridad de ingresos mediante acuerdos de compra de cantidades específicas de

¹⁸ Antonio De la Jara, *Tianqi compra a Nutrien una participación en la minera de litio SQM por 4.100 millones de dólares*, REUTERS (3 de diciembre de 2018), <https://www.reuters.com/article/us-chile-tianqi-lithium-idUSKBN1O217F>.

¹⁹ *Id.*

²⁰ Jack Ballantyne, *Claims Pile up in Congo Lithium Dispute*, GLOB. ARB. REV. (16 de mayo de 2023), <https://globalarbitrationreview.com/article/claims-pile-in-congo-lithium-dispute>. Los daños estimados en el caso superan actualmente los 1.000 millones de dólares

estadounidenses, y AVZ también ha presentado contrademandas contra Cominière. Recientemente, AVZ obtuvo una medida cautelar de un árbitro de emergencia para impedir que Cominière tomara nuevas medidas para poner fin a la empresa conjunta.

²¹ Daniel Ramos *et al.*, *Bolivia's Lithium Partnership with Germany's ACI Systems Hits Snag*, REUTERS (4 de noviembre de 2019), <https://www.reuters.com/article/us-bolivia-germany-lithium-idUSKBN1XE01N>.

²² *Id.*

²³ *Id.*

producto a precios determinados, así como valor estratégico para los inversores al garantizar el acceso a determinados niveles de producción de litio. En virtud de estos acuerdos, los precios y las cantidades suelen acordarse desde el principio, lo que puede generar disputas en caso de que las condiciones cambien o que eventos inesperados afecten la lógica de los precios acordados o no puedan suministrarse o recibirse las cantidades acordadas. También pueden surgir disputas si una de las partes intenta rescindir unilateralmente el acuerdo, lo que es una preocupación que afecta especialmente a la industria del litio dados los esfuerzos por nacionalizar este recurso que se han observado recientemente.

4. Acuerdos de construcción

Al inicio de un proyecto de litio, es habitual que las empresas firmen contratos de construcción que regularán las obras de ingeniería civil necesarias para que una mina de litio esté lista para su explotación. Los acuerdos de construcción, que suelen adoptar la forma de contratos de Ingeniería, Aprovechamiento y Construcción (“EPC”) o contratos de Ingeniería, Aprovechamiento y Gestión de la Construcción (“EPCM”), son instrumentos jurídicos habituales para regir la construcción de obras mineras. En la industria minera se utilizan diversos tipos de contratos EPC y EPCM, que deben adaptarse al proyecto de construcción específico. Los litigios en el sector de la construcción son habituales, y a menudo surgen por retrasos, problemas de calidad y sobrecostos.

Las ventajas de arbitrar disputas relacionadas con el litio

A medida que el mundo continúa la transición hacia fuentes de energía renovables, se espera que

la demanda de litio crezca por encima de la capacidad de suministro actual. A medida que crezca esta demanda, también lo harán los posibles litigios. Los posibles litigios entre inversores extranjeros y Estados han capturado la atención de los abogados, en parte dados los cambios legislativos introducidos en materia de litio y el posible impacto que futuros cambios normativos podrían tener en la industria.²⁴ Las disputas inversor-Estado u otras que surjan a partir de ellas podrían generar acciones adicionales – y en particular, disputas comerciales – entre otras entidades de la cadena de producción del litio, que probablemente generarían consecuencias en cascada en otros contratos y partes contractuales, dada la interrelación entre los acuerdos y los actores de la industria.

Dada la posibilidad de que surjan disputas a lo largo de toda la cadena de producción del litio, será crucial incluir disposiciones sólidas de resolución de disputas en los acuerdos comerciales para mantener el éxito de los proyectos relacionados con el litio a largo plazo. El arbitraje internacional, como mecanismo preferido de resolución de conflictos para muchas empresas extranjeras y multinacionales que ya operan en el sector minero en América Latina, probablemente sea una herramienta útil. Esto es particularmente cierto en situaciones en las que múltiples contratos encadenan actores que participan de distintas etapas de construcción, desarrollo, extracción y producción del litio. El arbitraje también permite que las disputas no queden atrapadas en los tribunales nacionales de ningún Estado, lo que es importante cuando se considera una cadena de producción transfronteriza.

²⁴ Véase, por ejemplo, Juan Pablo Escudero, *The Latin American Lithium Industry is at a Crossroads*, LEGALPLANET (20 de abril de 2023), [https://legal-](https://legal-planet.org/2023/04/20/the-latin-american-lithium-industry-is-at-a-crossroads/)

[planet.org/2023/04/20/the-latin-american-lithium-industry-is-at-a-crossroads/](https://legal-planet.org/2023/04/20/the-latin-american-lithium-industry-is-at-a-crossroads/).

Como tal, hay cuestiones que tanto las empresas como los Estados deberán tener en cuenta a la hora de redactar acuerdos relacionados con la minería del litio. Las empresas deberán cuidadosamente incorporar cláusulas arbitrales que maximicen los beneficios de un potencial arbitraje, y deberán considerar, incluso en la fase de negociación contractual, si cláusulas relativas a la consolidación de procedimientos y la confidencialidad del arbitraje, por ejemplo, podrían eventualmente ser útiles. El arbitraje internacional también permitiría a las empresas consolidar potenciales arbitrajes, suponiendo que las cláusulas sean compatibles, lo cual es una consideración importante a la hora de redactar cláusulas arbitrales. En conjunto, los Estados deberían considerar la posibilidad de añadir cláusulas arbitrales en sus acuerdos de concesión como medio de fomentar la inversión y garantizar a los inversores una resolución de litigios eficaz y equilibrada. A medida que crece la industria del litio en los países menos adelantados, surgen diversas consideraciones tanto para los Estados como para las empresas privadas, sobre todo a medida que surgen retos y posibles disputas debido a la complicada naturaleza de los contratos dentro de la cadena del litio. Es probable que el arbitraje internacional sirva como herramienta eficaz de resolución de disputas en esta industria, y que proporcione una forma de resolver problemas sin afectar toda la cadena productiva.

...

CLEARY GOTTlieb