

REVISTA

RIGHT OF WAY

La voz de la profesión del Derecho de Vía



DEFENDER LA
TIERRA **SAGRADA**
El poder del apego cultural

MÁS ALLÁ DE LOS PERMISOS



POR JAMES KENT Y KEVIN PREISTER

Los sioux de Standing Rock llevan la participación comunitaria a la vanguardia

Un evento reciente de protesta que involucra a la reserva sioux de Standing Rock afectará la forma en que la profesión del Derecho de Vía e infraestructura abordarán la participación comunitaria. Se ordenó al proyecto de Tubería de Acceso de Dakota (DAPL) de \$3,800 millones, que, según lo propuesto, se extenderá 1,170 millas a través de cuatro estados y que ya está en marcha, que detuviera la construcción el 9 de septiembre de 2016 a la espera de una revisión federal adicional. Esta acción no tiene precedentes, ya que la entidad que otorga los permisos, el Cuerpo de Ingenieros del Ejército de los EE.UU., ya había emitido un permiso para que el proyecto prosiguiera.

La historia se desarrolla

Un juez federal rechazó una apelación por parte de los sioux de Standing Rock para detener el proyecto después de que investigadores tribales encontraran sitios de enterramiento y culturales finalmente destruidos por los equipos de construcción en terrenos privados cerca del río Missouri. Unas horas más tarde, sin embargo, los Departamentos de Justicia, del Interior y del Ejército bloquearon temporalmente la construcción de partes del proyecto y solicitaron una reforma del enfoque del gobierno respecto de las tribus en torno a proyectos de infraestructura a gran escala.

Una serie de acciones por parte del proyecto DAPL sentaron las bases para una de las mayores movilizaciones de indígenas de todos los tiempos, en apoyo de la protesta de los sioux de Standing Rock sobre el proyecto. Como la sexta mayor reserva terrestre de los Estados Unidos, se estima que tiene una población que supera los 6,000 habitantes.

Una serie de eventos cada vez mayor

Hubo, por lo menos, cuatro errores desafortunados por parte de los reguladores y la compañía de la tubería, que pusieron esta confrontación en marcha. El primero fue el uso de un proceso defectuoso de otorgamiento de permisos, que fue diseñado por el gobierno federal para acelerar proyectos más pequeños. En este caso, el Cuerpo de Ingenieros del Ejército utiliza lo que se conoce como el "proceso de permisos amplios de la Nación", diseñado para acelerar proyectos más pequeños. Eso significa que nunca se realizó una declaración de impacto ambiental (EIS) completa, y, por lo tanto, los problemas que surgieron, como la importancia de las tierras ancestrales, no se debatieron ni mitigaron nunca. El uso de este proceso resultó ser un mal servicio para todos los involucrados y puso en marcha un movimiento que está destinado a cambiar las aprobaciones de proyectos de corredores en forma significativa.

El segundo error fue mover la ruta de la tubería de un terreno privado al norte de Bismarck, Dakota del Norte, para bordear la reserva de Standing Rock. Este movimiento inició la protesta, gran parte de cuya justificación se basa en la percepción del riesgo de que una ruptura de la tubería contamine el agua potable de la tribu. La ruta de construcción propuesta se encuentra a media milla del límite de la reserva de la tribu, lo que despertó preocupación por la protección de los recursos culturales que se mantienen en la tierra. Hay sitios religiosos y culturales ubicados a lo largo de la ruta de la tubería, lo que incluye cementerios de ancestros.

El tercer error consistió en no identificar las tierras tribales ni a las personas de la tribu, incluida la reserva sioux de Standing Rock, en los mapas del proyecto original. Todos los condados que la tubería atraviesa aparecen en el mapa, excepto la reserva.

Para los sioux, el mapa refleja lo que consideran un problema importante, específicamente, que su existencia es invisible para los poderes formales. Por supuesto, eso ha cambiado desde entonces con dicha movilización masiva de tribus nativas norteamericanas. Ahora son visibles y están en movimiento.

La gota que colmó el vaso

Todos estos errores podrían haber sido resueltos a través de negociaciones y manteniendo el problema a nivel local si el proyecto DAPL no hubiera realizado el cuarto error. Por razones que no están claras, el proyecto DAPL eligió emprender el movimiento de tierras precisamente en la ubicación que los sioux de Standing Rock habían identificado en documentos judiciales como áreas culturales particularmente sensibles. Y esto se realizó durante un fin de semana ante la presencia de muchos manifestantes y medios de comunicación internacionales.

Asimismo, la compañía utilizó personal de seguridad y perros de vigilancia para intentar evitar que los manifestantes detuvieran el trabajo. La visión de los perros utilizados para atacar a los manifestantes y a las personas que apoyaban a los sioux trajo recuerdos de las manifestaciones de Selma de la década de 1960. Este único acto

nacionalizó el tema y, literalmente de un día para el otro, atrajo a más de 200 tribus de Norteamérica y más allá en apoyo. Además de los propietarios y ecologistas locales que se unieron a la protesta, se estima que 2,000 grupos indígenas de todo el mundo expresaron su solidaridad con los sioux.

En concierto con los Ministerios de Justicia y del Interior, el Cuerpo de Ingenieros del Ejército ordenó la suspensión de la construcción de ciertas partes de la tubería, con la promesa de revisar oportunamente la Ley Nacional de Política Ambiental (NEPA) y su proceso de toma de decisiones con el fin de evaluar si los intereses tribales fueron tenidos en cuenta en forma debida. Las entidades también convocaron una cumbre entre gobiernos con las autoridades indígenas en el otoño de 2016 para revisar el marco legal existente y examinar lo que el gobierno federal podía hacer para asegurar en mayor medida un aporte significativo de las tribus a las revisiones y las decisiones relacionadas con la infraestructura. Si se observan deficiencias, el objetivo es proponer al Congreso una nueva legislación que promueva la protección de las tierras, los recursos y los derechos de tratados de las tribus.



El cacique David Archambault II de la tribu sioux de Standing Rock afirmó: "Queremos manifestaciones pacíficas. Necesito que todos entiendan que lo que estamos haciendo, de la manera en que lo estamos haciendo, está funcionando".



Al iniciar la construcción, la compañía utilizó personal de seguridad y perros de vigilancia para enfrentar a los manifestantes y, con ello, elevó el asunto a nivel nacional.

El impacto de la importancia cultural

Es significativo que, mientras la tubería propuesta en realidad no cruza la tierra de la reserva indígena, se acerca mucho. A lo largo de los EE. UU., los derechos de los tratados requieren que las tribus sean consultadas sobre los proyectos que atraviesan sus tierras ancestrales, incluso cuando estos proyectos existen fuera de los límites de la reserva. Es la importancia cultural del río Missouri y el apego de la tribu a él, así como a sitios sagrados, cementerios y otros lugares especiales específicos, lo que dio lugar a la intervención que cambió las reglas del juego.

Dos conceptos, ambos con legitimación legal, han dado a las tribus el tipo de influencia en la actualidad que se extiende mucho más allá de los límites de sus reservas. Se conocen como "propiedades culturales tradicionales" (TCP) y "apego cultural". Los efectos de los proyectos en las TCP elegibles para el Registro Nacional de Lugares Históricos deben ser considerados en virtud del Artículo 106 de la Ley Nacional de Conservación Histórica de 1966. El Artículo 106 requiere que los organismos federales tengan en cuenta los efectos de sus acciones sobre los lugares históricos, incluidas las TCP.

El Servicio Nacional de Parques de los EE. UU. define a las TCP como propiedades que son importantes debido a su asociación a prácticas culturales, tradiciones, creencias, estilos de vida, artes, artesanías o

instituciones sociales de comunidades que viven. Las TCP tienen sus raíces en la historia de una comunidad y son importantes para mantener su identidad cultural continua. Mediante la regulación, la interpretación y la jurisprudencia, el Artículo 106 requiere una revisión de los impactos sobre lugares históricos, un Memorando de Acuerdo, según corresponda, entre los grupos tradicionales y los organismos federales, y la mitigación de los efectos negativos.

Tom King, exdirector de la oficina de protección de recursos culturales para el Consejo Asesor Nacional para la Preservación Histórica, es ahora un consultor que ha trabajado con las tribus y otras personas durante más de cinco décadas. Señala que el Artículo 106 le permite a una tribu tener más influencia en la toma de decisiones federales. Los Memorandos de Acuerdo requieren que los organismos sean responsables de las medidas de mitigación. Los sioux de Standing Rock utilizaron la Ley Nacional de Conservación Histórica en su demanda contra el proyecto DAPL.

Relación con la tierra

Un concepto relacionado, el apego cultural, también ha adquirido estatus legal en las últimas décadas a través de la Ley Nacional de Política Ambiental (NEPA), la ley que exige las declaraciones de impacto ambiental.

El apego cultural se define como el efecto acumulativo con el tiempo de una colección de tradiciones, actitudes, prácticas e historias que une a una persona a la tierra, al lugar físico y a los patrones de parentesco. Nuestra compañía, JKA Group, acuñó originalmente el término "apego cultural" en 1995, y fue utilizado por primera vez por el Servicio Forestal de los EE. UU. en la realización de una EIS que rechazó una propuesta de línea eléctrica por parte de American Energy Power. Esa línea eléctrica en particular hubiera atravesado tierras privadas por el centro de los asentamientos irlandeses escoceses en Virginia Occidental y Virginia, que se remontan a la década de 1780. La investigación mostró un elevado apego cultural en el área donde la compañía eléctrica había trazado su ruta recta y conveniente.

Seis años más tarde, a través de una EIS complementaria, la línea eléctrica finalmente recibió la aprobación para una ruta alternativa que evitaba áreas de apego cultural elevado. Ahora, en 2016, los residentes del área con raíces culturales están utilizando el concepto para evaluar los impactos de la propuesta de tubería de Mountain Valley a través de un proceso de EIS que debe ser aprobado por el Servicio Forestal de los EE. UU. y la Comisión Federal Reguladora de Energía. Las compañías que trabajan dentro de la región cultural de los Apalaches, según la definición formal de la Comisión Regional de los Apalaches, deben estar al tanto de que se pueden esperar niveles altos de apego cultural en diversas áreas de esta región geográfica.

A partir de la decisión del proyecto de American Energy Power, que establece un precedente dentro del alcance de la NEPA, el apego cultural ha sido utilizado en otras partes del país y de todo el mundo. El Servicio Geológico de los EE. UU. citó la importancia del apego cultural para hacer frente a la erosión de las playas en Hawái. La Oficina de Asuntos de Hawái, considerado la cuarta rama del gobierno de Hawái y responsable del bienestar de su población nativa, ha utilizado el concepto de apego cultural para evaluar las propuestas de desarrollo en Oahu y la isla grande de Hawái.

Francia y Australia también han utilizado el concepto.

La nueva norma

Cuando se tiene en cuenta la pérdida del proyecto Keystone XL, junto con las protestas y las cuestiones de apego cultural, hay dos tendencias actuales que han conducido a una nueva norma. En primer lugar, parece que la línea de tiempo desde el inicio del proyecto hasta la movilización por los movimientos de protesta formales se está comprimiendo rápidamente. Si bien el proyecto Keystone XL demoró cerca de cuatro años en llegar a una etapa muy perjudicial, la movilización asociada a las protestas de los sioux de Standing Rock ocurrió casi inmediatamente después de que el Cuerpo de Ingenieros del Ejército emitiera las aprobaciones aceleradas. El movimiento surgió en cuestión de meses, no años. Esta misma línea de tiempo comprimida para la oposición a los proyectos se ha observado en una serie de otros proyectos y es un tema de debate activo en nuestra industria.

En segundo lugar, los proyectos Keystone XL y DAPL representan una mayor escala de protesta, que conduce a una nacionalización de los problemas de infraestructura, que genera debate y acción en un amplio espectro social y político. El proyecto Keystone XL generó grupos organizados que ahora se oponen a todas las tuberías y corredores eléctricos a nivel nacional. Algunos grupos están capacitando a los manifestantes para reubicar y oponerse a los proyectos en todo el país, lo que conduce a mayores niveles de intensidad emocional y una mayor cobertura de los medios de comunicación.

La realidad es que, cuando un problema se nacionaliza, las compañías que están desarrollando el proyecto sufren una gran pérdida de oportunidades. Y debido a que los debates a menudo cambian para convertirse en temas políticos de actualidad, la oportunidad de resolver la situación a nivel local, donde la compañía puede tener la mayor influencia, se desvanece en forma rápida e irreversible.

Por otra parte, debido a que el proyecto recibe atención pública, los actores comienzan a disputarse posiciones de poder a las que quedar sujetos, lo que dificulta aún más la resolución de la situación.

Nace un movimiento

Se está produciendo un cambio de poder generalizado por el cual los ciudadanos son cada vez más conscientes de cómo un proyecto impacta en su entorno inmediato y desean más control sobre esos posibles impactos, con aliados gubernamentales o corporativos, o sin ellos. Sin embargo, el lado corporativo y gubernamental continúa funcionando en un estado de negación en cuanto a cómo y por qué las personas se movilizan y adoptan medidas acerca de lo que ellas creen que constituyen prácticas desleales respecto de las tierras. Hemos introducido el concepto de "democracia geográfica" en la edición de septiembre/octubre de la revista Right of Way y tenemos la intención de continuar manteniendo esta importante cuestión en vanguardia.

Es importante tener en cuenta que muchas de las tribus tienen problemas no resueltos por relaciones pasadas con el gobierno y diversas compañías. Así que este movimiento se ha estado construyendo en realidad durante años.

Cuando el proyecto DAPL decidió utilizar tácticas de confrontación, esta acción se convirtió en el impulso para que 300 tribus se unieran en un solo lugar para ventilar sus frustraciones históricas. Cuando esto sucedió, nació un movimiento.

La Pan Indian Alliance, que promueve la unidad entre los diferentes grupos de indígenas norteamericanos, independientemente de las afiliaciones tribales o locales se ha difundido. Comenzando en un nivel comunitario informal y emergiendo en un movimiento no violento, las tribus se están movilizandose para ayudarse entre sí con problemas generados a partir de proyectos de desarrollo de recursos naturales y corredores.

Un enfoque alternativo

Uno solo puede imaginar lo que podría haber ocurrido si se hubiera utilizado un enfoque diferente. Si se hubiera llevado a cabo en forma adecuada una EIS tradicional, las consultas tribales se habrían realizado conforme a la Ley Nacional de Conservación Histórica y la Ley Nacional de Política Ambiental, que reconocen el carácter soberano de la nación sioux de Standing Rock. Probablemente, hubiera habido debates sobre sitios sagrados, propiedades culturales tradicionales, tierras ancestrales y apego cultural fuera de los límites de la reserva.



Los líderes sioux de Standing Rock sostienen que la tubería supondrá una amenaza para el río Missouri, principal fuente de agua potable y de riego de la tribu, y destruirá para siempre cementerios y lugares sagrados.



La Pan Indian Alliance, que promueve la unidad entre los diferentes grupos de indígenas norteamericanos, independientemente de las afiliaciones tribales o locales se ha difundido. Un nuevo pueblo en tierras ancestrales ha crecido a más de 4,000 habitantes.

Es posible que estos debates también hayan brindado a las tribus una oportunidad para superar cualquier problema pasado, incluidos sus problemas no resueltos con proyectos anteriores. Y si bien esos debates podrían no haber dado lugar a un acuerdo sobre un curso de acción, al menos, hubieran brindado la oportunidad de desarrollar un acuerdo de voluntades, y la situación jurídica de los permisos del Cuerpo estaría menos sujeta a debate.

Tomarse el tiempo para una EIS habría concientizado sobre lo sucedido en otras situaciones similares a la que se enfrenta el proyecto DAPL. Precisamente este año, las autoridades federales cancelaron una concesión de petróleo y gas en el noroeste de Montana, porque las tribus de pies negros de Canadá afirmaron que el proyecto perturbaría un área que consideran sagrada, a pesar de que estaba fuera de los límites de la reserva. En otro caso, el Cuerpo rechazó una propuesta de terminal de exportación de carbón de \$700 millones propuestos para el estado de Washington, porque los reguladores decidieron que el proyecto violaría el tratado de la tribu Lummi que protege los derechos de pesca. Si el proyecto DAPL hubiera consultado con las tribus de antemano, la compañía habría encontrado una solución o hubiera sabido desde el principio que el corredor de tubería debía ser trasladado.

Si bien aún se desconoce el alcance y el impacto completos de la situación de los sioux de Standing Rock, todo parece indicar que ha cambiado las relaciones entre las compañías, los gobiernos y las tribus respecto de la forma en que los proyectos se llevarán a cabo en el futuro. La intervención del gobierno sirve en esencia como una notificación formal de que se efectuará en adelante una reforma a nivel nacional en consideración de la participación tribal en proyectos de infraestructura. La comprensión del apego cultural y su significado será una gran parte de esta reforma.

Un nuevo indicador del éxito

A su manera, la situación de los sioux de Standing Rock puede llegar a ser tan importante como las acciones de Martin Luther King cuando pronunció su discurso "Tengo un sueño" a más de 250,000 seguidores desde el monumento a Lincoln en Washington, D. C., durante el movimiento de derechos civiles de 1963.

El instinto natural de las compañías es utilizar lo que les ha funcionado antes, como la organización dentro del sistema político formal para atraer influencia a sus posiciones. Pero ese enfoque ya no funciona. Utilizar el poder para confrontar, como las fuerzas de seguridad que utilizan perros de vigilancia y el gobernador de Dakota del Norte que ordena la intervención de la Guardia Nacional, es una proposición de derrota.

La gente hoy ya no tolerará tales actos agresivos radicales, sobre todo con las manifestaciones que se planifican a conciencia como pacíficas.

En el pasado, el éxito de una compañía podía medirse por su capacidad para lograr que un proyecto se aprobara y completara. En la actualidad, hay un cambio de paradigma en marcha hacia la democracia geográfica, donde los ciudadanos están asumiendo el control de lo que ocurre en su espacio físico. En consecuencia, el nuevo indicador del éxito de una compañía se mide por el valor llave que construye y mantiene dentro de las comunidades a las que impacta. ☘



Jim Kent ha estado desarrollando colaboraciones de empoderamiento entre las corporaciones, las comunidades y los gobiernos durante más de 30 años. Es presidente de JKA Group y codesarrollador del Curso 225 de IRWA, Ecología Social: Escuchar a la Comunidad. Visite www.jkagroup.com.



Kevin Preister es Director Ejecutivo del Centro para la Ecología Social y la Política Pública. Con más de 25 años de experiencia como antropólogo e instructor, ha codesarrollado el Curso 225 de IRWA, Ecología Social: Escuchar a la Comunidad. Visite www.csepp.org o envíe un correo electrónico a kpreister@jkagroup.com.

EVITAR

RECLAMOS POR RESPONSABILIDAD PROFESIONAL

Consejos esenciales para los tasadores que se desempeñen como peritos

POR PETER T. CHRISTENSEN



Imagínese lo siguiente: Es contratado por el estado como perito tasador para tasar Benson's Wild Animal Farm. El estado necesita la propiedad para un proyecto de carretera propuesto. Usted tasa el terreno para que se adquiera por aproximadamente \$1 millón. El propietario del bien inmueble rechaza la oferta previa al litigio de acuerdo con dicha tasación, y el estado comienza un proceso de expropiación por causa de utilidad pública. En el juicio, usted testifica el mismo valor, mientras que el tasador del propietario del bien inmueble testifica un valor de \$7 millones. El jurado simplemente toma un valor medio, y la adjudicación al propietario del bien inmueble es de aproximadamente \$4 millones. Sin embargo, el propietario del bien inmueble todavía no está satisfecho, y aún no se termina. El propietario del bien inmueble ahora lo demanda a usted, sosteniendo que su tasación era baja erróneamente y alegando varios reclamos por negligencia. El propietario sostiene que la adjudicación por expropiación habría sido mayor si no fuera por el bajo valor que usted dio y le demanda una indemnización por la diferencia.



Este fue un caso verdadero para los tasadores demandados en un caso que juzgó definitivamente la Corte Suprema de Nuevo Hampshire (Provencher, 142 N.H. 848 (1998)). ¿Cuál fue el resultado para los peritos tasadores contratados por el estado? El tribunal de primera instancia desestimó los reclamos del propietario del bien inmueble contra ellos, y la corte suprema de Nuevo Hampshire confirmó dicha desestimación. El fundamento de la defensa exitosa del tasador fue algo denominado "inmunidad de peritos", también denominada "privilegio de litigación" en otros estados.

Inmunidad contra demandas

La inmunidad de peritos generalmente protege a los peritos de reclamos de partes no satisfechas en un litigio. Los inmuniza de demandas civiles sobre su testimonio, sin importar si su testimonio es correcto o incorrecto. Conforme al dictamen de la Corte Suprema de Nuevo Hampshire: "El objetivo de este privilegio es incentivar a los peritos a testificar y garantizar que su testimonio no se vea alterado o distorsionado por el miedo a posibles responsabilidades". En la mayoría de los estados, la doctrina protege a un perito de reclamos no solo basados en el testimonio real brindado en el estrado o en declaraciones judiciales sino también en comunicaciones o declaraciones que se relacionen razonablemente con el litigio o potencial litigio. El recurso apropiado para un litigante que atribuye un resultado negativo a lo que consideran un testimonio inadecuado por parte de un perito es la apelación, no la demanda al perito.

Con los mismos hechos, los tribunales en casi todos los estados llegarían al mismo resultado que la Corte Suprema de Nuevo Hampshire. Muchos tribunales encontrarían un motivo adicional para rechazar dichos reclamos de un parte contraria; por ejemplo, que el perito contratado por una de las partes en un caso no tiene una obligación de deber profesional hacia la parte contraria. Sin la existencia de dicho deber, no se puede llevar adelante un reclamo por negligencia profesional.

¿Esto significa que los tasadores que se desempeñan como peritos en casos de expropiación no tienen que preocuparse de reclamos por responsabilidad profesional? Desafortunadamente, no. De acuerdo con nuestros registros de reclamos por responsabilidad profesional, por tarea asignada, el trabajo de tasación pericial es en verdad más riesgoso que el trabajo de préstamo. Aún así las partes contrarias siguen presentando reclamos con escaso sustento legal. Más allá de eso, en la mayoría de los estados, aunque un perito está bastante bien protegido contra reclamos de la parte contraria, la potencial responsabilidad del perito hacia su propio cliente es un asunto distinto.

Un cliente insatisfecho

La responsabilidad de un perito tasador hacia su cliente fue un tema central en la decisión del Tribunal de Apelación de California en *Lambert, 158 Cal.App.4th 1120 (2008)*. En este caso, los propietarios de una vivienda involucrados en arbitraje con su compañía de seguro contra incendios contrataron a un tasador como perito. Su propiedad había sido destruida por un incendio, y se encontraban arbitrando el monto de la pérdida. Los propietarios no estuvieron satisfechos con el resultado de dicho arbitraje y demandaron al perito tasador por negligencia por no haber supuestamente brindado asistencia persuasiva. También demandaron a otro tasador que se desempeñaba como árbitro.

El tribunal de apelación de California determinó que el "privilegio de litigación" no se aplica para evitar que una parte demande a su propio perito, incluso si dicha demanda se basa en el testimonio del perito". Por lo tanto, el tribunal de apelación sostuvo que el caso de los propietarios podía proseguir contra su perito tasador, pero no podía proseguir contra el árbitro tasador de acuerdo con otra doctrina similar denominada inmunidad de árbitros. Los tribunales en muchos otros estados han llegado a conclusiones similares. Como proveedor de seguro a los tasadores, no es poco común ver a clientes no satisfechos presentar reclamos más allá de las peticiones para desestimar porque consideran que su perito tasador les provocó daño en un caso de expropiación.

Evitar los tribunales

Como saben los tasadores experimentados, la mejor forma de evitar un reclamo es brindar tasaciones fundamentadas con cuidado, revisadas y verificadas para que no presenten errores. Esto es doblemente cierto en el contexto del trabajo pericial, en donde posiciones no fundamentadas o errores están expuestos generalmente por el proceso contencioso. Sin embargo, incluso cuando la tasación está bien fundamentada y justificada, hemos visto casos en los que un cliente no satisfecho demandó al tasador.

¿Cómo puede evitar ser demandado por el trabajo pericial? En otras palabras, ¿cómo puede evitar los tribunales a menos que se le pague para estar allí? De acuerdo con reclamos reales que manejó nuestro programa, hemos establecido algunos consejos importantes que pueden ayudar a los tasadores a evitar esta situación.



No es inusual que un cliente insatisfecho inicie acciones judiciales contra su tasador cuando creen que han sido dañados en un caso de expropiación.

Confíe en sus instintos sobre clientes y trabajos asignados. Al considerar un cliente en un caso de expropiación, confíe en sus instintos sobre su inclinación a ser difícil. Si el cliente es el propietario del bien y esperan una tasación o resultado de la litigación poco realista, es probable que ese sea un trabajo del cual es mejor alejarse. Usted ya sabe que el cliente probablemente no quede satisfecho con el resultado. Si el posible cliente ha usado a otros tasadores o una serie de abogados y habla mal de ellos, esas son claras señales de que el cliente puede ser imposible de satisfacer. Además de complicar el trabajo, este tipo de clientes presenta un riesgo mayor de demandarlo. Al informar reclamos sobre trabajos en litigios, muchos tasadores comienzan la llamada diciéndonos algo como: "Sabía que esta persona iba a ser un problema. Desearía no haber aceptado el trabajo". No sea uno de esos tasadores que sufre ese arrepentimiento.

Revele toda información relevante al ser contratado. Un escenario común en el que un cliente demanda a su propio perito es cuando el tasador no le revela alguna cuestión relevante a la decisión del cliente de contratarlos. Tal vez, el tasador no reveló una investigación disciplinaria en curso y su existencia surgió perjudicialmente durante el testimonio del tasador, lo que resultó en que el cliente conciliara el caso por una cantidad mucho menor a la prevista. Habría sido mejor que el tasador planteara esa cuestión y la explicara previamente.

Supongamos que el litigio trata de un parque para residencias móviles pero el tasador no le informa al cliente que nunca ha tasado dicho tipo de propiedad y luego es desacreditado en el estrado debido a ello. Una revelación total de toda la información relevante a una contratación de perito es clave para evitar responsabilidad. No quiere que el cliente o el abogado del cliente que lo contrata reciban una sorpresa por algo que no mencionó.

Desarrolle un buen acuerdo de contratación de trabajo pericial y fírmelo. Un acuerdo de contratación bien diseñado es una herramienta efectiva para prevenir y minimizar los reclamos legales de los clientes. A los efectos de prevenir responsabilidades, estos son los puntos claves a definir en un buen acuerdo de servicios periciales en expropiación:

- Aclare que sus opiniones y testimonio se basan en su criterio profesional independiente y no están predeterminados de ninguna manera.
- Indique en el acuerdo que el cliente y su abogado (en oposición al tasador) son responsables de determinar y brindar la fecha (o fechas) correspondiente de tasación. El motivo de esto es que la fecha de valor suele ser una cuestión puramente legal.

Puede variar según el estado o los hechos de un caso, y el tasador no debería hacerse responsable de tomar la determinación legal. Hemos visto casos verdaderos en los que los tasadores son demandados porque las fechas de valor utilizadas en sus tasaciones fueron incorrectas.

- Indique claramente las fechas y términos de pago. Lo ideal sería que el abogado que lo contrata, así como también la parte que representa, estén obligados a pagarle a usted (pero los abogados se resisten a esto).
- Indique que tiene derecho a retirarse del trabajo pericial asignado inmediatamente por la falta de pago y también en caso de un problema o desacuerdo por los estándares éticos y profesionales.
- Considere incluir limitaciones a su posible responsabilidad, un tema que se trató en la edición de marzo/abril de 2016 de la Revista Right of Way.

Tenga cuidado al identificar a su cliente y a usuarios previstos en sus informes. Al trabajar para el gobierno en un caso de expropiación, existe el riesgo de que el propietario del bien o el tribunal que juzga un reclamo de negligencia presentado contra usted interpreten su trabajo de tasación como en nombre del propietario y para su uso y dependencia. Esto abre la puerta para que el tribunal determine que tenía hacia el propietario del bien un deber legal a los efectos de un reclamo por negligencia profesional. En comparación con otros tipos de trabajo, como el trabajo de tasación realizado para prestamistas, el límite de responsabilidad es algo más difuso en casos de expropiación por causa de utilidad pública porque las ofertas de adquisición se basan en las tasaciones y suelen ir acompañadas de ellas. En los informes para entidades gubernamentales, los tasadores pueden disminuir este riesgo al especificar exactamente quién es el cliente, así como también quién es el usuario previsto. Estará más seguro contra un reclamo de responsabilidad profesional por parte de un propietario del bien insatisfecho si puede identificar que el organismo gubernamental era el único usuario previsto de su informe.

“El recurso apropiado... a lo que consideran un testimonio inadecuado por parte de un perito es la apelación, no la demanda al perito”.

Cuando se identifica al propietario del bien como usuario previsto, es más fácil abrir la puerta para su potencial reclamo.

Sea prudente al cobrar sus honorarios. Usted se merece que se le pague por su tiempo y por su servicio como perito sin importar el resultado del caso. Después de todo, su remuneración no puede basarse ética o legalmente en el resultado. El problema es que cuando un caso no resulta como el cliente esperaba, pueden estar menos predispuestos a pagar. Debido a esta tendencia, es importante facturarles a los clientes de litigios durante todo el caso, en lugar de permitir que se acumulen grandes montos a cobrar al final. Esto es importante no solo a los efectos de la administración financiera, sino también porque cuando los tasadores se ven obligados a amenazar con presentar un acción de cobro o demandar al cliente para cobrar un honorario, dicho cliente es más propenso a demandar o presentar una contrademanda en la que sostenga que el motivo de la falta de pago es la supuesta negligencia del tasador. Hemos visto que esto sucede con frecuencia. En un caso, los tasadores demandaron para cobrar honorarios considerables al final de un caso largo y complejo que no terminó de la forma que el cliente quería, y los tasadores luego fueron contrademandados por varios millones de dólares por supuestos daños.

La decisión definitiva

Cuando las circunstancias lo hayan puesto en una posición en la que comience a pensar en demandar a un cliente, hay algunos factores importantes a considerar antes de recurrir al tribunal.

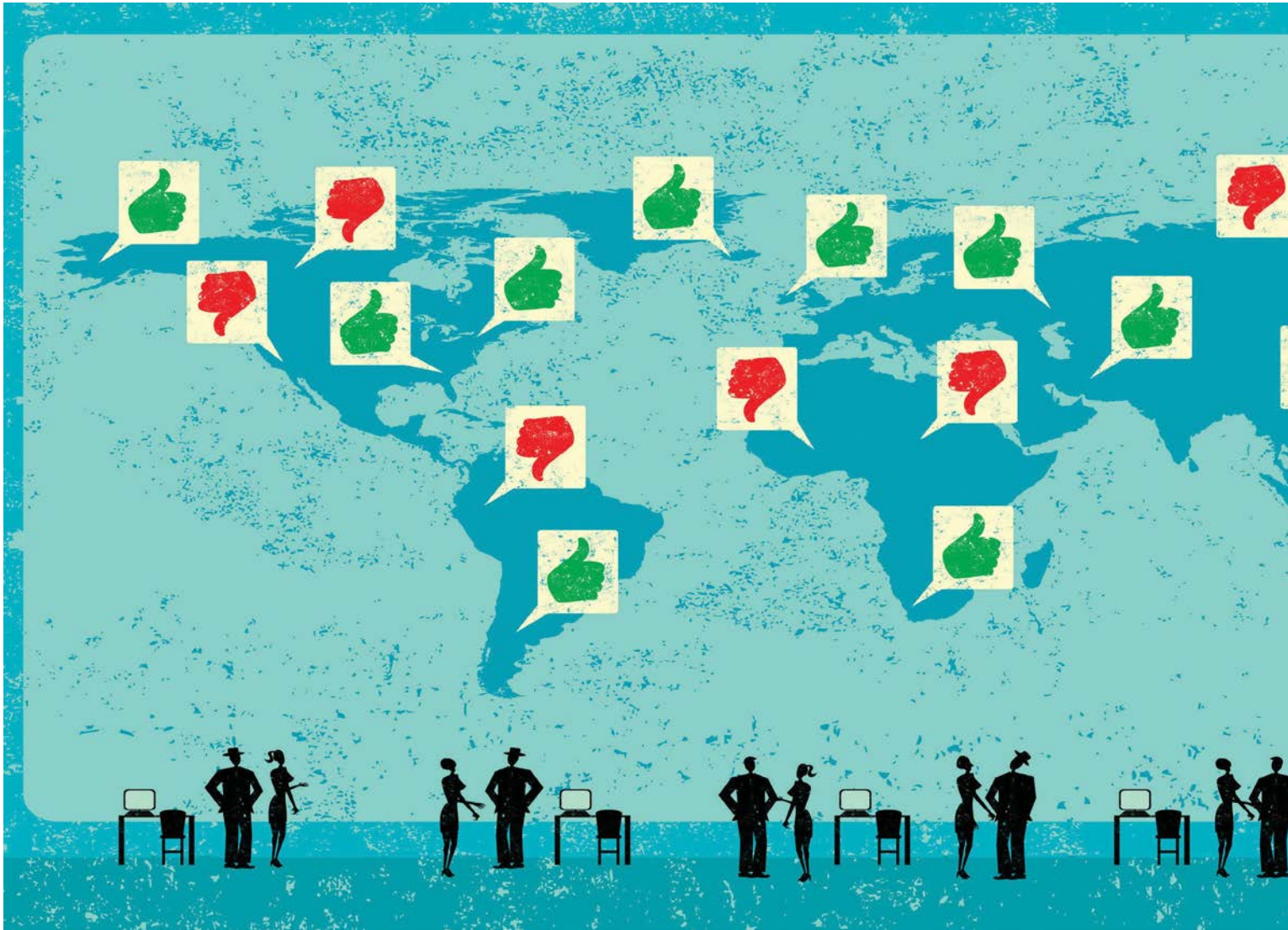
Recomendamos que evalúe realísticamente lo siguiente:

- P:** ¿La indemnización vale la pena el tiempo, esfuerzo y costo de demandar?
- P:** ¿Hubo problemas genuinos con su trabajo en el caso que el cliente puede tener en su contra?
- P:** ¿Algún juez rechazó su trabajo de tasación como no admisible e hizo comentarios negativos sobre su calidad?
- P:** ¿Los honorarios impagos valen la pena el riesgo de que el cliente lo contrademande por negligencia profesional?

La desafortunada realidad es que en el mundo de hoy, se presentan reclamos con escaso sustento contra los tasadores que se desempeñaron como peritos. Y aunque pueden estar protegidos contra reclamos de una parte contraria, la potencial responsabilidad del tasador por negligencia hacia su propio cliente puede ser una cuestión diferente. Tomar algunas medidas preventivas será sumamente útil para evitar dichos reclamos relacionados con peritos. ☘



Peter Christensen es el Abogado General en LIA Administrators & Insurance Services y es abogado desde 1993. LIA ofrece seguros de errores y omisiones a los profesionales de la tasación desde 1977.



CUANTIFICAR LA LICENCIA SOCIAL

En búsqueda de la aprobación de los proyectos de desarrollo energético por parte de la sociedad

POR ROWLAND HARRISON

El concepto de licencia social para operar ha sido acogido en la escena de la regulación energética con rapidez y efectos generalizados. En la actualidad, la obtención de dicha licencia para grandes proyectos de desarrollo energético es ampliamente considerada tan necesaria como cualquier autorización legal requerida, y, tal vez, incluso más.

En el caso del proyecto Enbridge's Northern Gateway en Canadá, los certificados para construir y operar el proyecto se emitieron tras un proceso integral de revisión reguladora y, a pesar de ello, el proyecto está suspendido, en parte, a la espera de una licencia social. El concepto se ha extendido incluso para impugnar el proceso regulador en sí y para requerir que los reguladores obtengan una licencia social. A menudo, se asume que el no obtener dicha licencia es un obstáculo al proceso.



¿Qué es esta idea que emplea el lenguaje de la ley, al mismo tiempo que rechaza la legitimidad de la autoridad y los procesos legales tradicionales? El significado y los requisitos para obtener dicha licencia son, al menos, poco claros. La adopción generalizada de la licencia social se ha ampliado de alguna manera para implicar un derecho a vetar un proyecto aprobado, un resultado que podría socavar el estado de derecho.

GRAN ACEPTACIÓN EN TODOS LOS ÁMBITOS

Con proyectos de desarrollo de recursos, la licencia social ha sido ampliamente adoptada por los opositores a los proyectos, los gobiernos, los políticos e incluso los que propusieron los proyectos. No es de extrañar que los opositores a los proyectos perpetúen la licencia social como algo que debe obtenerse además de las aprobaciones formales emitidas a través de los procesos reguladores convencionales, y, con ello, establecen otro medio para impedir potencialmente el progreso

de los proyectos. Sin embargo, es algo sorprendente que algunos gobiernos también la hayan adoptado como necesaria para el proceso general de desarrollo.

Un ejemplo aparece en la página web de Alberta Energy, donde se define el papel de su regulador recientemente establecido de la siguiente manera: "El único regulador es una parte del compromiso de la provincia por mejorar la integración de su sistema de recursos. Esta integración establece y logra resultados ambientales, económicos y sociales que los habitantes de Alberta esperan del desarrollo de recursos, **mientras se mantiene la licencia social para el desarrollo de los recursos**". La declaración reconoce y respalda implícitamente la necesidad de mantener la licencia social como valor fundamental que es compatible con el proceso regulador formal, pero que existe independientemente de él.

Es interesante observar cómo incluso aquellos que apoyan el desarrollo de recursos apoyan la licencia social como requisito que podría impedirlo. Además de los organismos gubernamentales, hay muchas compañías que reconocen que la ausencia de una licencia social supone un obstáculo para el desarrollo, a pesar de haberse obtenido las aprobaciones reguladoras formales. De acuerdo con el Presidente y Director Ejecutivo de Enbridge, "es la necesidad de lograr lo que algunos denominan 'licencia social' lo que está demostrando ser nuestra mayor prueba". El Presidente y Director Ejecutivo de TransCanada parece estar de acuerdo y afirmó: "**Si no recuperamos la confianza del público, no podremos mantener nuestra licencia social para continuar operando**".

En un muestreo aleatorio de sitios web que proponen proyectos energéticos, el uso de la licencia social en sus políticas y sus publicaciones corporativas está muy extendido. El concepto está avalado en el Informe sobre Sostenibilidad de Suncor de 2013, en el sitio web de TransCanada y en el Informe sobre Sostenibilidad de Encana de 2013. Además, se da una aceptación colectiva del concepto en las dos principales asociaciones de la industria energética.

La Asociación Canadiense de Productores de Petróleo informó en su mensaje del presidente de 2013 que se centra en la entrega de resultados para sus miembros respecto de dos grandes temas: "competitividad y licencia social". El sitio web de la Asociación Canadiense de Tuberías Energéticas contiene un extenso debate en cuanto a si las compañías de tuberías necesitan una licencia social y sostiene: "**Las compañías se han dado cuenta de que, para construir una nueva infraestructura de tuberías, deben obtener una licencia social** de las comunidades en las que operan".

Hay una creencia implícita de que la licencia social es necesaria, y que, ante su ausencia, los proyectos no pueden proceder legítimamente, incluso cuando se han emitido autorizaciones reguladoras formales. Un gerente de Anadarko Petroleum comentó sobre el desafío de conseguir la aceptación de la comunidad para los programas de perforación propuestos en el norte de Colorado y afirmó: "Esos minerales quedan sin desarrollar, no por falta de la licencia legal, sino por no obtener y mantener esa licencia social".

La cuestión no es si se necesita un cierto nivel de apoyo del público y de la comunidad antes de que los grandes proyectos de infraestructura puedan proceder. Más bien, la preocupación es determinar la base para medir un nivel aceptable de apoyo. La obtención de una licencia social sigue siendo un proceso definido que existe independientemente de los procesos de revisión reguladora establecidos y sin la sanción de una ley debidamente promulgada.

ACTUAR EN NOMBRE DE LA SOCIEDAD

¿Qué es exactamente una licencia social? No existe una definición aceptada. Más bien, hay descripciones vagas de lo que se trata, como la confianza en la compañía para hacer lo correcto y para mantener la seguridad pública. Se considera en general que existe cuando las percepciones, las opiniones y las creencias de una comunidad local con respecto a un desarrollo permiten la aprobación continua por parte del público de la actividad relacionada.

Se debe enfatizar que no hay una respuesta correcta o incorrecta en cuanto a si desarrollar o no un recurso natural. De hecho, la decisión de si proceder o no siempre ha sido tomada por la sociedad en general sobre la base del interés público, lo que implica un equilibrio general de los diversos intereses en competencia.

Entonces, ¿cómo podemos avanzar? La primera tarea es identificar quién debe realizar la determinación de la licencia social en nombre de la sociedad, y la segunda es establecer un proceso para hacerlo. Hay varios modelos, pero por lo general incluyen un proceso estructurado de revisión reguladora, como el que se encuentra en la *Ley de la Junta Nacional de Energía*. Con respecto a las tuberías propuestas, el papel de la Junta Nacional de Energía (NEB) en virtud de esa ley es recomendar al gobierno federal si se debe emitir un certificado de conveniencia y necesidad pública en un caso en particular. En la formación de su recomendación, se requiere que la Junta considere "todo interés público que pueda resultar afectado por la emisión del certificado o la desestimación de la solicitud".

La Ley requiere que los solicitantes presenten información sobre las consultas públicas que el solicitante ha realizado. La

solicitud debe demostrar que los potencialmente afectados han sido consultados de manera adecuada y que las preocupaciones planteadas son consideradas y abordadas según corresponda. Luego, la Junta considera esta información para decidir si un proyecto propuesto es o no de interés público. De este modo, la Junta debe considerar y ponderar *todos* los intereses pertinentes.

PRECEDENTE

En 2004, se tomó una decisión sobre una solicitud para una línea eléctrica internacional que se proponía pasar a través de la ciudad de Abbotsford en Columbia Británica. La solicitud fue presentada originalmente en 1999 y atrajo la mayor respuesta del público que cualquier solicitud a la NEB presentada alguna vez. Más de 400 partes se registraron como interventores, y se recibieron más de 22,000 cartas o comentarios. Un miembro local del Parlamento, que fue registrado como interventor en el proceso, presentó una petición para que la Junta desestime la solicitud a causa de que "es la opinión unánime de todos los canadienses involucrados en el proceso que [la solicitud] no sea aprobada...".



A pesar de una orden judicial otorgada por el Tribunal Superior de Columbia Británica, los manifestantes se reunieron en Burnaby Mountain en Vancouver para una interminable batalla.

Como era de esperarse, se rechazó la petición. La Junta hizo hincapié en que se comprometía a garantizar que las partes interesadas estuvieran involucradas de manera efectiva en sus procesos públicos, y en que uno de los aspectos de ese compromiso era "tener una participación pública efectiva en las audiencias orales ante la Junta". Sin embargo, la Junta también señaló que debía centrarse en el interés público nacional en general. Se llegó a la conclusión de que las decisiones de los tribunales reguladores como la NEB no se toman simplemente mediante la realización de una encuesta o sobre la base de una manifestación de la oposición o el apoyo públicos. En su lugar, este tipo de decisiones se toman dentro de un marco legal promulgado por el legislador y aplicado por los tribunales. Esto es, por supuesto, la esencia del estado de derecho.

Una vez sopesados todos los factores pertinentes, en última instancia, la Junta llegó a la conclusión de que el proyecto no era de interés público y desestimó la solicitud, decisión que fue confirmada por el Tribunal Federal de Apelaciones.

EXPECTATIVAS EN EXPANSIÓN DE LA SOCIEDAD

Es poco probable que un proyecto importante de desarrollo de recursos sea alguna vez aceptado y apoyado universalmente. A diferencia de las minas que son localizadas, las tuberías se extienden por cientos o, incluso, miles de millas y, por lo tanto, afectan numerosos y diversos intereses locales y comunitarios. Los intereses en competencia deben ser equilibrarse.

El punto es que la sociedad ha elegido, a través de sus representantes debidamente elegidos, que se tomen las decisiones sobre el desarrollo de recursos en su nombre. Al hacer este tipo de decisiones, ¿no otorga el proceso regulador general la licencia social? Tal como un comentarista preguntó, "¿no es la licencia social aquella otorgada por los funcionarios elegidos en una democracia?".

El concepto rechaza la legitimidad del proceso formal de revisión reguladora, mediante la adición de un requisito que debe obtenerse en forma independiente a través de un proceso no identificado que existe fuera del sistema legal establecido. Sin embargo, dado que la frase es aplicada extensamente tanto por las personas que se oponen a los proyectos como por las personas que los proponen por igual, no sería realista sugerir que sea directamente rechazado.

La licencia social abarca las crecientes expectativas de la sociedad en general, habilitadas por Internet y las redes sociales, de participar de manera directa en los procesos de toma de decisiones. Sirve como un recordatorio de que la integridad de los procesos de revisión de proyectos dependerá en gran medida de que esos procesos incluyan una consideración de todos los intereses afectados, incluidos los intereses locales y de la comunidad.

Como se señaló anteriormente, no existe una comprensión clara de lo que es con exactitud la licencia social. ¿Quién determina si se ha obtenido? ¿Cuáles son los criterios? Si se reconoce que es casi imposible obtener el apoyo unánime a cualquier proyecto importante, ¿qué nivel de apoyo sería suficiente? Un marco regulador estructurado abordaría explícitamente quién debe decidir en nombre de la sociedad y especificaría los criterios y los procedimientos que deben aplicarse.

LA FUNCIÓN DE LOS TRIBUNALES

Cuando se utiliza como justificación para rechazar las aprobaciones reguladoras formales, la licencia social para operar es fundamentalmente la antítesis del estado de derecho. Y, a pesar de que no está regida por la ley formal, a menudo, es invocada por las personas que proponen los proyectos como si lo estuviera.

Las pruebas empíricas muestran una creciente voluntad por parte de los opositores a los proyectos de rechazar los procesos reguladores y sus resultados e incluso negarse a cumplir las órdenes judiciales. En Canadá, fuimos testigos de un esfuerzo por eliminar físicamente de la montaña de Burnaby a los manifestantes contra el proyecto de TMX de Trans Mountain.

Los manifestantes estaban desafiando una orden judicial otorgada por el Tribunal Superior de Columbia Británica, que le permitiría a la compañía llevar a cabo trabajos de investigación en apoyo a su solicitud para el proyecto TMX, según las indicaciones de la NEB. En otro incidente, un grupo identificado como "cuidadores de la montaña de Burnaby" se cerró en la entrada del Tribunal Superior en Vancouver para concientizar sobre la función de los tribunales en la ocupación colonial continua de territorios indígenas en la montaña de Burnaby y en todo el país.

judicial que disponía la eliminación del bloqueo de una línea de Canadian National Railways entre Toronto y Montreal, que frenaba el tránsito pasajeros y carga. El juez D. M. Brown no escatimó palabras para abordar el asunto, al afirmar: "Parece que estamos a la deriva hacia aguas peligrosas en la vida de los asuntos públicos de esta provincia cuando los tribunales no pueden predecir, con ningún grado práctico de certeza, si los organismos de policía ayudarán a exigir el cumplimiento de las órdenes judiciales contra los manifestantes que no cesen voluntariamente las actividades ilegales, como las ejercidas por los manifestantes en este caso".



... la preocupación es determinar la base para medir un nivel aceptable de apoyo".

Es interesante observar que el Tribunal de Columbia Británica, al otorgar la orden judicial a favor de Trans Mountain, era sensible a los efectos potenciales sobre el derecho a la libertad de expresión. Los tribunales deben tener cuidado de no actuar de una manera que disuada a los ciudadanos interesados y comprometidos de expresar su oposición a las actividades que ven como destructivas para el bien social o político. Sin embargo, el Tribunal llegó a la conclusión de que "si bien se debe proteger cuidadosamente el derecho a la disidencia pública; lo que se discute en el presente caso va más allá e implica un fuerte caso *prima facie* de responsabilidad por la conducta ilícita".

El Tribunal Superior de Ontario abordó la amenaza para el estado de derecho mediante la emisión de una orden

En 2012, el juez Brown había emitido una orden que requería que los manifestantes de First Nation que bloqueaban un ramal de CN en Sarnia retiraran sus obstrucciones. Para su sorpresa, la policía local no pudo asistir en la aplicación de esa orden durante casi dos semanas y entonces solo bajo la presión de otro juez. El juez Brown respondió diciendo: "Como juez, emito una orden con la expectativa de que sea obedecida o cumplida. Si no se cumplirá, ¿por qué debería emitir la orden? Una orden no cumplida es simplemente un pedazo de papel con palabras sin sentido escritas en ella, y realizar una orden sin sentido solo socava la autoridad y la legitimidad concomitante de los tribunales". La amenaza para el estado de derecho es perturbadoramente obvia.

CAMBIO EN EL PENSAMIENTO DE LA INDUSTRIA

Mirando hacia el futuro, ¿qué se puede decir de la licencia social para operar? Dado que el concepto ha sido ampliamente aceptado como algo que puede funcionar en forma independiente del sistema legal para frustrar las aprobaciones reguladoras formales, tengo dos observaciones.

La primera es con respecto a la utilización de la palabra "licencia", que implica autoridad para hacer algo que, de otro modo, sería ilegal o no estaría permitido. El uso del término "licencia social" alimenta la idea de que, ante la ausencia de dicha licencia, un proyecto no está autorizado para proceder. Algunos términos más adecuados podrían ser "aceptación" o "apoyo". Ambos abarcan la expectativa legítima de que todos los intereses afectados sean tenidos en cuenta, sin implicar ninguna consecuencia sustantiva ante la ausencia de dicha aceptación o apoyo. También sugiero que la determinación del interés público se realice mediante un proceso regulador estructurado que tenga en cuenta el grado y la naturaleza de la aceptación de un proyecto o el apoyo a un proyecto. La mayoría de los procesos de revisión reguladora lo hacen.

Otra observación es que su aceptación por parte de la industria y los gobiernos ha tendido a validar la opinión de que la ausencia de dicha licencia pueda servir como un obstáculo para continuar con un desarrollo que de otro modo hubiera sido aprobado legalmente. Si bien se reconocen las expectativas legítimas de una amplia gama de intereses que deben considerarse en el proceso de toma de decisiones, ambos deben rechazar el concepto de licencia social como un umbral independiente para proceder con los desarrollos de recursos. Es poco probable que los opositores abandonen el concepto, pero la industria y los gobiernos pueden tener la esperanza de cambiar la dinámica del debate sobre el desarrollo cambiando el enfoque de "licencia" a los conceptos de "aceptación" y "apoyo", los cuales no tienen la misma connotación de permiso o autorización.

Quizá se esté iniciando un cambio en el pensamiento de la industria. Tal como se ha señalado, el informe de TransCanada sobre Responsabilidad Social Corporativa habla de "obtener la licencia social para operar...".

Los comentarios realizados por el Director Ejecutivo de la compañía sugieren cierta reserva. "¿Cuál es el criterio para obtener la aprobación? Y siguen utilizando términos como licencia social, pero no podemos ingresar en un proceso por el cual no tengamos una manera definida de determinar a qué se parece esa licencia social", afirmó.

Los gobiernos, en particular, deben reconocer las consecuencias nefastas del popular concepto de licencia social para operar y mostrar liderazgo en el apoyo a la legitimidad y la aplicabilidad de los resultados de los procesos reguladores estructurados. Los gobiernos deben resistirse a utilizar la licencia social como justificación para rechazar las autorizaciones legales. Hay algunos indicios de que esto podría estar sucediendo. El Ministro de Finanzas, Joe Oliver, fue citado declarando que la licencia social "es muy a menudo utilizada por una pequeña minoría de activistas para bloquear proyectos que han sido aprobados por los organismos reguladores, aprobados por los gobiernos elegidos y respaldados por la mayoría de los canadienses". Sin embargo, la primera ministra de Columbia Británica Christy Clark continuó diciendo "las personas que proponen proyectos sí necesitan licencia social".

OTORGAMIENTO DE LA LICENCIA PARA OPERAR

No hay duda de que se argumentará que el proceso de regulación de grandes proyectos de desarrollo no ha considerado en forma adecuada las preocupaciones de la sociedad, y esta falla se ha convertido en un propulsor detrás del uso generalizado de la licencia social. El argumento tiene fundamento. Los procesos reguladores no le han seguido el ritmo a las expectativas del público en un mundo donde las decisiones que deben tomarse son consideradas por muchos como fundamentales para el futuro de la sociedad. Yo diría que la respuesta debe encontrarse al tratar la fuente del problema mediante la ampliación del proceso regulador para abordar las preocupaciones legítimas de la sociedad. Eso, sin duda, es una tarea difícil.

Al considerar el concepto de licencia social para operar, no tengo ninguna objeción a reconocer y considerar la función de la comunidad y el apoyo público —o la oposición pública— a un proyecto.

Más bien, mi objeción es utilizarla como justificación para no autorizar proyectos al rechazar rotundamente los resultados de los procesos reguladores formales y socavar con ello el estado de derecho.

Creo que este resultado nefasto ha sido fomentado por la terminología "licencia" y el hecho de que ni el gobierno ni la industria insistieran en que el campo de la regulación sea utilizado para determinar el interés público y entregar resultados que puedan ser comprendidos como el otorgamiento de la licencia social para operar. ☹

Referencias

- Evento de Mesa Redonda del C.D. Howe Institute, Calgary, 4 de junio de 2014.
- CEPA, "Do pipeline companies need social license?" [¿Necesitan las compañías de tuberías una licencia social?]
- Encana Sustainability Report 2013 [Informe sobre Sostenibilidad de Encana de 2013], CAPP 2013 Year in Review [Año en Revisión de CAPP de 2013]
- Revista Energy, 5 de noviembre de 2014
- Financial Post, 22 de abril de 2014
- <http://worldjusticeproject.org/what-rule-law-NEB-Filing-Manual> [Manual de Presentaciones de la NEB], Capítulo 3
- Pembina Institute, "The costs of losing social license" [Los costos de perder la licencia social], 6 de junio de 2014
- R.S.C., 1985, c. N-7.
- Sumas Energy 2, Inc. v. Canada (Junta Nacional de Energía), [2006] 1 F.C.R. 456.
- Suncor Report on Sustainability 2013 [Informe sobre Sostenibilidad de Suncor de 2013]
- The Globe and Mail, 22 de octubre de 2014 y 21 de noviembre de 2014
- Informe de TransCanada sobre "Responsible Stakeholder Relations" [Relaciones responsables con las partes interesadas]
- Trans Mountain Pipeline ULC v. Gold et al, 14 de noviembre de 2014
- Radio pública de Wyoming, 8 de diciembre de 2014 www.calgaryherald.com/business/pipeline
- www.energy.alberta.ca/initiatives/3591.asp
- www.vancouverobserver.com



Rowland Harrison es abogado y funcionario gubernamental con más de 40 años de experiencia en materia de regulación energética canadiense. Se desempeñó en la Junta Nacional de Energía en Calgary de

1997 a 2011 y es coeditor administrador del foro Energy Regulation Quarterly.



IMPULSAR EL ÉXITO DE SU PRESTADOR DE SERVICIOS

Cuando se trata de la supervisión de proyectos, seguir algunas pautas básicas y las mejores prácticas pueden hacer toda la diferencia

POR KERRY MALONE

Para garantizar la implementación exitosa de un proyecto, seguir algunas pautas básicas y las mejores prácticas puede ayudar a garantizar una relación positiva y efectiva entre el cliente y el prestador de servicios de derecho de vía.

La primera parte de un artículo de dos partes, “Elegir el prestador de servicios correcto”, se emitió en la edición de julio/agosto de 2016 de la Revista Right of Way y sirvió como una guía práctica para reducir costos y minimizar los riesgos del proyecto. En esta segunda parte, trataremos el tipo de supervisión de proyectos (antes de comenzar el trabajo y durante todo el proyecto) que puede facilitar el éxito.



QUÉ HACER ANTES DE COMENZAR EL TRABAJO

Una vez que ha seleccionado el prestador de servicios adecuado para su proyecto, hay varios pasos preliminares que pueden facilitar una implementación exitosa. Aunque cada proyecto y cliente puede presentar desafíos únicos, identificar las expectativas y definir los procesos desde un principio tendrá un rol significativo en el logro del éxito del proyecto. Las siguientes son algunas áreas importantes a considerar antes de que comience el trabajo.

Identificar las expectativas

Aunque el cliente tiene todo el derecho de esperar un determinado nivel de desempeño, el prestador de servicios solo puede tener éxito si sabe exactamente qué se espera. Se recomienda un documento formalizado para que el prestador de servicios pueda revisarlo y brindar su acuerdo por anticipado. Obviamente, las expectativas están sujetas a cambios durante el transcurso del proyecto, pero asegurarse de que ambas partes las tengan en claro es el primer paso clave para una implementación exitosa del proyecto. Todos deben moverse en la misma dirección para que la relación entre el prestador y el cliente funcione.

Definir la cadena de mando

Para atenuar la confusión durante todo el ciclo de vida del proyecto, el prestador de servicios necesita entender claramente la cadena de mando. Si la administración del proyecto es parte del contrato, ¿bajo las órdenes de quién trabajará el administrador del proyecto? ¿Y cuáles son los roles de los demás miembros del equipo del proyecto? Se sugiere que haya un solo enlace con el cliente autorizado a brindar indicaciones al prestador. Puede haber confusión cuando se espera que el prestador de servicios siga las indicaciones o rinda cuentas a diferentes representantes del cliente. Instrucciones o decisiones contradictorias probablemente llevarán a demoras, duplicación de esfuerzos y sobrecostos.

Asegurarse de contar con profesionales del derecho de vía en el equipo del proyecto

El nivel particular de experiencia proporcionado por los profesionales del derecho de vía siempre beneficiará al proyecto, pero solamente si dicha experiencia puede ser escuchada y considerada antes de tomar decisiones definitivas. En muchos casos, el derecho de vía se pone en discusión demasiado tarde en el proceso, cuando ya se hayan tomado decisiones en cuestiones que impactan directamente el trabajo de derecho de vía. Se deben realizar reuniones semanales de equipo con el personal clave para tratar el progreso del proyecto, presupuestos y cualquier problema que pueda surgir. Es esencial que haya respeto mutuo y comunicaciones abiertas.

Definir la relación con los abogados

Ya sea que el representante legal del proyecto sea interno o externo, las decisiones sobre el derecho de vía suelen requerir una respuesta muy oportuna. Los abogados pueden ser necesarios para evaluar solicitudes de propietarios de tierras, desarrollar documentos y redacciones alternativas y actuar como enlace con el abogado del propietario de tierras.

Según los protocolos de la compañía del cliente, pueden no ser aceptables las comunicaciones directas entre el grupo de derecho de vía y los abogados. Sin embargo, una conducta receptiva es esencial para garantizar que los problemas legales se revisen a tiempo. Esto tiene una importancia especial cuando la expropiación por causa de utilidad pública es una posible opción. El proceso debe definirse bien al principio del proyecto para garantizar comunicaciones constantes.

Establecer un proceso de orden de cambio

Asegurarse de que se siga el proceso de orden de cambio del cliente es crucial para el éxito del proyecto. Si el cliente no cuenta con un sistema implementado, se debe pedir al prestador sus protocolos de orden de cambio, y considerar utilizarlos. En ninguna circunstancia debe permitir que las indicaciones verbales reemplacen a un proceso formal. Con todos los cambios que suelen surgir durante el transcurso del proyecto, el proceso utilizado para transmitir instrucciones específicas no debe dejarse al azar. Esto solo provocaría confusión, especialmente si el cliente espera determinados cambios que no se tratan.

Elaborar temprano los documentos del proyecto

Cualquier demora en brindarle a la compañía de servicios los documentos aplicables del proyecto resultará inevitablemente en interrupciones del proyecto. Por ejemplo, los formularios de recopilación de datos y permiso de agrimensura necesitan estar listos por anticipado para que puedan incorporarse en los procedimientos del proyecto apenas el cronograma requiera el inicio de los permisos de agrimensura. Incluso más importante es la adopción temprana de documentos de adquisición y cualquier cláusula alternativa preaprobada. Los cronogramas dependen de la finalización a tiempo de la adquisición. Por lo tanto, si el equipo espera los documentos en las etapas iniciales, habrá en última instancia impugnaciones del cronograma durante todo el proyecto.

Describir los procedimientos de escritura de cheques

La capacidad de los agentes de escribir cheques en el campo mientras se reúnen con los propietarios de tierras puede ser muy útil para evitar demoras causadas por el proceso de solicitud de cheques. Antes de que comience el proyecto, es importante identificar quién administrará la cuenta de adquisición. ¿El cliente utilizará un sistema interno establecido o el prestador manejará esa función? ¿Los agentes escribirán y emitirán los cheques de pago en el campo o será necesario un proceso de solicitud de cheques? ¿Qué procedimientos de informe se necesitan? En lugar de esperar hasta que sea la hora de comenzar a emitir cheques de pago, formalice y comunique el proceso desde un comienzo.

Definir las expectativas de informes

El prestador de servicios necesita saber exactamente qué informes son necesarios y cuándo. ¿Qué requiere el cliente para satisfacer las necesidades de datos de la administración? ¿Se requieren los informes en tiempo real mediante un sistema en línea o mediante distribución de copias físicas? ¿Quiénes deben incluirse en la distribución de informes? Considere los sistemas de propiedad del prestador, ya que en ocasiones son más eficientes que los que posee el cliente. Casi todos los sistemas son compatibles con Excel. Vea lo que el equipo del proyecto está acostumbrado a utilizar antes de finalizar el formato, contenido y frecuencia de los informes.

Estandarizar procedimientos

Si hay procesos o procedimientos estandarizados utilizados por el cliente, póngalos a disposición del prestador de servicios para que puedan ser incorporados en el manual de procedimientos para el proyecto. Estos pueden encontrarse en formato electrónico o en copias físicas, según lo que se acuerde previamente. En ocasiones, se desarrollan procedimientos completos durante el transcurso del proyecto ya que no todos los detalles están disponibles al comienzo. Por ejemplo, los detalles sobre el proceso de adquisición pueden no conocerse al principio, pero pueden aclararse antes de comenzar la adquisición. Si hay un código de conducta implementado por el cliente, debe estar disponible y agregarse al manual de procedimientos.

Describir el alcance de la participación en la difusión al público

Desde correos masivos a reuniones de puertas abiertas, la difusión al público es un aspecto sumamente importante de cada proyecto. La mayoría de los prestadores de servicios tienen experiencia en estas áreas y el cliente debería determinar de forma temprana en qué rol, si hubiera, se involucrará el equipo de derecho de vía. Dado que los agentes de derecho de vía tratan más directamente con los propietarios de tierras, se recomienda que participen en reuniones de puertas abiertas y asambleas de la comunidad. Puede ser beneficioso que el personal de GIS del prestador de servicios esté presente para explicar las rutas en mapas o monitores de computadora.

PRÁCTICAS ADMINISTRATIVAS DURANTE TODO EL PROYECTO

Como se mencionó anteriormente, es fundamental que todos tengan en claro las expectativas del cliente y que comprendan los niveles de rendición de cuentas requeridos. La supervisión del prestador de servicios durante el transcurso del proyecto debería involucrar varias consideraciones, incluidas las siguientes:

No permitir que continúe el desempeño por debajo del estándar. El administrador del proyecto del cliente debe resolver rápidamente cualquier problema de desempeño observado. Cuanto antes se identifique y se trate el problema con el prestador de servicios, antes se podrán implementar medidas correctivas. Aunque este es un principio simple, suele ser ignorado, lo que permite que problemas pequeños adquieran mayor dimensión.

Brindar asesoramiento sin microgestión. Cuando el prestador de servicios se desempeña en un rol de administración o supervisión, es importante respetar las líneas de comunicación establecidas. La interacción directa entre un representante del cliente y el personal de derecho de vía puede dañar las relaciones y provocar graves conflictos de comunicación. Si surge un problema, es mejor informar a la administración de la compañía de servicios y dejar que ellos se comuniquen directamente con sus empleados.

Solicitar y considerar opiniones del personal de liderazgo. En muchos casos, la administración de la compañía de servicios ha tratado problemas inusuales o complejos que pueden surgir en proyectos y puede ofrecer consejos valiosos. Obviamente, las decisiones y la responsabilidad en última instancia corresponden al cliente; sin embargo, usar los mejores recursos disponibles es lo mejor para los intereses de todos.

Seguir protocolos y procedimientos. Asegúrese de que el equipo de derecho de vía cumpla con el manual de procedimientos para el proyecto. Monitoree la función de informes y mantenga una relación cercana y cooperativa con la administración del prestador de servicios.





...el prestador de servicios solo puede tener éxito si sabe exactamente qué se espera”.

Documentar todas las instrucciones.

Cuando se trata de brindar instrucciones al equipo de derecho de vía, nunca dependa de instrucciones verbales. Esta no es una situación de "cubrirse las espaldas"; es simplemente una buena práctica comercial.

Reconocer desempeño superior. Al administrar al personal del derecho de vía, la apreciación por un trabajo bien hecho es muy útil para fomentar futuros logros.

Celebrar reuniones periódicas.

Además de las reuniones del equipo del proyecto, se recomienda que se celebren reuniones periódicas con el liderazgo del prestador de servicios. Programar conferencias telefónicas, reuniones por la web o discusiones semanales cara a cara ayudará a reducir las sorpresas y prevenir que se difunda información inesperada entre otras disciplinas.

¡Estar disponible para dar respuestas! Cuando el prestador de servicios solicita instrucciones u opiniones, es fundamental que el representante del cliente responda oportunamente. Por circunstancias imprevistas que suelen surgir y por la necesidad de tomar decisiones rápidas, un cliente que no responde probablemente cause confusión y demoras en el proyecto.

Estar al tanto de cambios en el personal. La dotación de personal por lo general evoluciona a medida que avanza el proyecto. Dado que esto afecta la funcionalidad del equipo así como también el presupuesto, manténgase actualizado con respecto a quién está trabajando actualmente en su proyecto.

Controlar el estado del presupuesto.

Los clientes deberían requerirle al prestador de servicios que brinde actualizaciones de presupuesto, devengos y provisiones conforme a un cronograma establecido, como por ejemplo mensual o bimensual. Los gastos del presupuesto siempre deben conocerse y toda desviación debe explicarse y, si es necesario, tratada mediante una orden de cambio o plan de acción correctiva. Tanto el cronograma como el presupuesto deben considerarse al determinar la salud de un proyecto. Por ejemplo, si un proyecto está adelantado al cronograma durante la fase de adquisición, el gasto real suele ser mayor que el plan de presupuesto debido a un incremento en el costo de adquisición en comparación con el plan. La rendición de cuentas del presupuesto se aplica al presupuesto de los servicios de derecho de vía, el presupuesto de adquisición e incluso desembolsos de efectivo para gastos menores.

Llevar a cabo auditorías en el sitio.

Evalúe el cumplimiento con las expectativas documentadas al inicio del proyecto. Esto lleva a la evaluación de desempeño un paso adelante. Documente los hallazgos e indíquelo al prestador que tome cualquier medida necesaria para cumplir con dichas expectativas.

Establecer requisitos de cierre de proyecto en las etapas iniciales del proyecto. Determine cómo se entregarán los registros electrónicos y sus copias físicas al cliente. Si es aplicable, identifique cómo se manejarán las locaciones de equipos de oficina.

¿Se requerirán servicios adicionales como el soporte operativo luego de la conciliación por daños y construcción? Plantear esta información por anticipado ayudará al equipo del proyecto a lograr las expectativas deseadas.

BENEFICIOS PARA AMBAS PARTES

La información proporcionada es principalmente diseñada para asistir a las compañías en la administración de los consultores de derecho de vía y compañías de servicios. Sin embargo, muchas de las ideas y protocolos sugeridos pueden beneficiar también al prestador de servicios. Después de todo, cuanto mejor comprenda la compañía de servicios las necesidades de su cliente, más equipada podrá estar para satisfacer esas necesidades.

El prestador de servicios de derecho de vía que ofrece capacidades de presentación de informes, experiencia en documentación, capacitación y un enfoque establecido para desarrollar procedimientos de proyecto está en una mejor posición no solo para que se le adjudique el trabajo, sino también para cumplir con éxito las expectativas del cliente. 🌟



Kerry Malone es Vicepresidente Sénior de Proyectos y Operaciones en Contract Land Staff. Ha trabajado la mitad de sus 41 años en la industria para una compañía de operaciones y la otra mitad para un prestador de servicios. Es miembro fundador del Right of Way Consultants Council y ahora se desempeña como Vicepresidente del Directorio.



Licencias versus locaciones

¿Los vendedores de un mercado de pulgas son elegibles para los beneficios de reubicación?

POR MICHAEL F. YOSHIBA, ABOGADO.

Los dueños exitosos de propiedades comerciales siempre están buscando nuevas formas de maximizar el rendimiento de su inversión. Estos dueños de propiedades suelen dar en locación sus propiedades a inquilinos por un plazo acordado o mes a mes. Las reglamentaciones sobre asistencia para la reubicación contemplan estas situaciones al determinar la elegibilidad para los inquilinos legítimos que ocupan una propiedad.

Hace algunos años, el dueño de un estacionamiento comercial cerca del distrito comercial del centro de Los Ángeles buscó generar ingresos adicionales durante los fines de semana cuando el estacionamiento no se utilizaba. Por una tarifa, comenzó a permitirles a las personas que utilicen el estacionamiento durante este período para realizar ventas de garaje. Este concepto de uso se volvió tan exitoso que el estacionamiento se llegó a ocupar totalmente cada fin de semana y días feriados. Sin embargo, en lugar de ser

utilizado por personas particulares para realizar ventas de garaje, todo el estacionamiento era utilizado por negocios pequeños como un lugar de compraventa satélite para sus tiendas de venta minorista. Cuando el distrito escolar local ("Entidad") se presentó y solicitó adquirir el estacionamiento para un nuevo proyecto de escuela, surgió la siguiente pregunta legal: ¿Los vendedores del mercado de pulgas de fin de semana tienen derecho a beneficios de asistencia para reubicación por parte de la Entidad?

Posesión de la propiedad

La documentación de las relaciones entre el propietario del bien y los vendedores fue la clave para responder esa pregunta. Los vendedores del mercado de pulgas en la propiedad pueden o no ser elegibles legalmente para los beneficios de asistencia para reubicación como "personas desplazadas" conforme al Código de Reglamentaciones de

California. La elegibilidad dependía de si la presencia del vendedor en la propiedad era legítima por un derecho de posesión, por un permiso o licencia o mediante alguno otro acuerdo con el propietario del bien inmueble.

A los efectos del Programa de Asistencia para la Reubicación de la Entidad, "personas desplazadas" se define como cualquier persona, incluso un negocio, que estuviera presente en el bien inmueble al momento del inicio de negociaciones y que se retira del bien inmueble (o retira sus pertenencias del bien inmueble) como resultado de una notificación escrita sobre la intención de adquirir dicho bien inmueble. Una relación causal entre la adquisición de la propiedad y el desplazamiento no garantiza necesariamente beneficios de reubicación.

Los negocios que demostraron tener la posesión legítima de la propiedad — mediante un acuerdo escrito, una locación o, en algunos casos, pruebas de un acuerdo informal— tuvieron derecho a recibir beneficios de reubicación. En esta instancia, la posesión legítima de la propiedad puede establecerse mediante un acuerdo escrito entre el locador y el locatario. La relación entre locador y locatario no se inicia hasta que el locatario no tiene el derecho actual de posesión, que depende de la intención de las partes a través de los términos del contrato.

El derecho de posesión de la propiedad se considera transferido entre el locador y el locatario si el acuerdo especifica que el locatario asumirá una relación física con el bien inmueble específico y cuando tengan la facultad para excluir a otras personas del bien inmueble identificado. Si el locatario puede probar la existencia de un derecho de propiedad, el locador debe entonces utilizar el proceso por apropiación ilícita para solicitar el desalojo del locatario de la propiedad.

Si los vendedores del mercado de pulgas pueden presentar un instrumento escrito que establezca la relación de locador y locatario, son elegibles para recibir beneficios de asistencia para reubicación. En algunos casos, las relaciones entre locador y locatario pueden demostrarse sin un instrumento escrito formal. Sin embargo, debe haber pruebas que respalden el derecho de posesión. Como mínimo, el locatario debe presentar documentos tales como recibos y correspondencia con el propietario del bien inmueble.

Alternativamente, los vendedores en la propiedad pueden tener una relación con el propietario del bien inmueble que sea menor que una relación de locador y locatario. Los vendedores pueden estar usando la propiedad como huéspedes, licenciatarios, invitados o titulares de un permiso del propietario. Si el acuerdo entre el vendedor y el propietario no otorga derechos de propiedad en las instalaciones al vendedor, entonces el uso del bien inmueble específico por parte del vendedor es menor a un uso exclusivo y puede ser cancelado por el propietario en cualquier momento.

Una licencia o permiso es mucho más diferente que una locación porque no requiere que el propietario del bien inmueble utilice el proceso por apropiación ilícita para desalojar a las personas de la propiedad. Los huéspedes, licenciatarios, invitados y titulares de un permiso no cuentan con las protecciones legales del proceso por apropiación ilícita porque no hay un derecho de posesión de la propiedad. Sin el derecho de posesión y ocupación de la propiedad por parte de los vendedores, no son personas desplazadas.

En este caso, la Entidad descubrió que los acuerdos escritos a mano entre los vendedores y el propietario del bien inmueble no contenían texto o términos que pudieran considerarse equivalentes a un acuerdo de locación o alquiler. Los vendedores eran licenciatarios y no personas desplazadas elegibles para los beneficios de asistencia para reubicación.

El mismo análisis legal debería aplicarse hoy en día siempre que una entidad busca adquirir un bien que está ocupado por otros ocupantes temporarios o de corto plazo como por ejemplo un mercado de agricultores, restaurantes temporarios o camiones de comida. 🌟

Referencias:

- 42 U.S.C. 4601 et seq., "Uniform Relocation Assistance and Real Property Acquisition Policies Act of 1970, as amended." [Artículo 4601 y siguientes del título 42 del Código de Leyes Federales (USC), "Ley Uniforme de Políticas de Adquisición Inmobiliaria y Asistencia para la Reubicación de 1970, y sus enmiendas"]
- California Code of Regulations [Código de Reglamentaciones de California], Título 25, Capítulo 6, Subcapítulo 1, Sección 1, Artículos 6003, 6008 y 6034.
- Kong v. City of Hawaiian Gardens Redevelopment Agency (2002) 101 Cal. App. 4th 1317.



Michael Yoshida es accionista en los departamentos de Expropiación por Causa de Utilidad Pública y Litigación del estudio jurídico de Los Ángeles, Richards, Watson & Gershon.