

EL ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL AL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN MATERIA DE HIDROCARBUROS EN BOLIVIA

INTRODUCCIÓN

El Estado Plurinacional de Bolivia se constituye en un Estado muy peculiar y característico. Sus vastas riquezas naturales se han convertido paradójicamente en una suerte de traba, pues han sido objeto de proselitismo político en varias oportunidades. Por otra parte, el progresivo proceso de incorporación de Bolivia en el contexto mundial -incuestionablemente globalizado- se va logrando a través de cambios estructurales a todo nivel. Parte de estos cambios suponen la construcción de un andamiaje jurídico por medio de tratados y convenios bilaterales y multilaterales.

Por otra parte, un cambio drástico en el modelo político actual ha generado también cambios al interior del ordenamiento jurídico boliviano, marcados por la redacción y puesta en vigencia -a partir de febrero de 2007- de una nueva Constitución Política del Estado.

En este sentido y en estricto apego desde la perspectiva técnica legal, el presente documento analizará la problemática detectada respecto de la incorporación -a nivel constitucional- de la prohibición para las empresas extranjeras de recurrir a arbitrajes internacionales en materia de hidrocarburos.

El autor habrá cumplido su objetivo, si luego de estudiado este documento, el lector cuenta con los insumos suficientes para obtener sus propias conclusiones respecto de la nueva realidad normativa boliviana en lo concerniente al arbitraje internacional y que a la postre, forma parte del acervo jurídico latinoamericano.

1. BOLIVIA EN EL CONTEXTO DEL DERECHO DE INVERSIÓN

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y ECONÓMICOS

El Estado Plurinacional de Bolivia logra su independencia de la Corona Española en 1825, luego de siglos de sometimiento durante los cuales sus riquezas minerales fueron explotadas y enviadas a Europa en ingentes cantidades.

Probablemente la prueba más fehaciente y emblemática de la situación histórica antes descrita, es el adagio español "*Vales un Potosí*" expresado precisamente en alusión a la incalculable y valiosa cantidad de minerales (principalmente plata) extraída de los cerros del departamento boliviano de Potosí, durante la época del colonialismo español.

Considerado aun como un país "del tercer mundo" o "en vías de desarrollo", Bolivia cuenta con una economía centrada básicamente en industrias extractivas, así como en la exportación de materias primas sin un significativo valor agregado. El Producto Interno Bruto (PIB) por habitante es uno de los más bajos en el continente americano, contando con un salario mínimo nacional - al 2014 - de poco más de doscientos dólares americanos.

Sus principales actividades económicas están relacionadas con la minería y recientemente con los hidrocarburos, especialmente desde que se descubrió que Bolivia detenta vastas reservas de gas natural. En la actualidad la exportación de gas natural es su principal fuente de ingresos, por medio de dos contratos de exportación suscritos

1. Abogado graduado con Máximos Honores de la Universidad Privada de Santa Cruz (UPSA), cuenta con una especialización en Derecho Corporativo por la Universidad Católica Boliviana y el Instituto HARVARD para el Desarrollo (HIID). Asimismo, obtuvo el grado de Máster en Derecho Internacional Privado con Mención de Honor por la Universidad Complutense de Madrid y la Escuela Europea de Negocios. Es docente de postgrado (Maestría) desde el año 2005 en prestigiosas Escuelas de Negocios y Derecho establecidas en varias ciudades de Bolivia.

con las empresas Petrobras S.A. (Brasil) y ENARSA (Argentina). Asimismo cabe mencionar que durante el último lustro se han realizado importantes descubrimientos gasíferos, principalmente en los departamentos de Tarija y Chuquisaca y que la administración de gobierno actual ha realizado cuantiosas inversiones en plausibles proyectos de industrialización del gas natural.

Con relación a la exportación de minerales, Bolivia es el cuarto productor mundial de estaño y el onceavo de plata. Actualmente el proyecto "San Cristóbal" se constituye en la mina de plata a cielo abierto más grande del mundo. De igual manera, son considerados proyectos de gran envergadura la explotación de hierro en la zona del Mutún y la explotación de litio, mineral del cual Bolivia se precia en contar con una de las reservas más grandes del mundo.

Otra actividad que se ha venido desarrollando con bastante éxito, es la relacionada con el agro, especialmente en la parte oriental del país (en los departamentos de Santa Cruz, Pando y Beni). La soya hoy en día se constituye también en uno de los principales productos agrícolas de exportación.

Un hecho interesante de destacar es que Bolivia ha sido pionera a nivel mundial en microfinanzas. Esto se debe principalmente a que la mayor parte de la economía boliviana está basada en el comercio informal. De esta manera, tenemos el caso del *Banco FIE* y el *Banco Los Andes Pro Credit*, que han cobrado relevancia internacional por dar crédito a micro y pequeños empresarios, con tasas de mora extremadamente bajas.

La crisis financiera global que comenzó el año 2007 prácticamente no ha sido perceptible en la economía boliviana. Analistas explican que esto se debe a que Bolivia no ha generado aún lazos importantes dentro del contexto de la globalización, por lo que esta independencia y "aislamiento" son los factores que la han mantenido inmune a los devastadores efectos de la debacle financiera mundial. Por su parte, el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Economía y Finanzas manifiesta al respecto, que en realidad un adecuado manejo de los índices macroeconómicos es lo que ha generado este favorable desenlace para la economía boliviana.

1.2 NORMATIVA VIGENTE EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE INVERSIÓN

Hasta antes de la fecha de promulgación de la

nueva Constitución Política del Estado (CPE), esto es, el 7 de febrero de 2009, regía en Bolivia un modelo de tratamiento a la inversión extranjera igualitario con relación a la inversión nacional. De esta manera teníamos que el artículo 2 de la ley No. 1182 de fecha 17 de septiembre de 1990 (conocida como la "Ley de Inversiones", hoy abrogada) y que se constituía en el marco normativo y regulatorio en materia de inversiones, inequívocamente establecía:

"Se reconoce al inversionista extranjero y a la empresa o sociedad en que éste participe, los mismos derechos, deberes y garantías que las Leyes y Reglamentos otorgan a los inversionistas nacionales, sin otra limitación que las establecidas por Ley"

El drástico cambio se produce a través del artículo constitucional 320 de la actual CPE, el cual establece en su párrafo I que:

"La inversión boliviana se priorizará frente a la inversión extranjera".

Si bien la disposición constitucional antes señalada es poco clara respecto del alcance de la priorización de la inversión nacional en relación a la extranjera, la Ley de Promoción de Inversiones de fecha 04 de abril de 2014 pretendió disipar cualquier duda al respecto.

Al referirnos a inversión extranjera necesariamente debemos detenernos a analizar el marco normativo protector de la inversión foránea contenido en la esfera del Derecho Internacional Público y su relación con Bolivia. Sobre este particular cabe señalar que el andamiaje jurídico del Derecho de la Inversión en Bolivia está constituido principalmente por los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) o BIT por sus siglas en inglés.

Los APPRI, considerados como tratados bilaterales que tienen por fundamento la voluntad soberana de los Estados de establecer un marco jurídico garantista y de protección para los inversionistas de sus países, cuando éstos deseen invertir en el otro Estado signatario, se han convertido en un instrumento jurídico indispensable en el ámbito del referido Derecho de la Inversión.

Este tipo de documentos, suscritos dentro de la esfera del Derecho Internacional Público, generan un entorno de confianza y seguridad jurídica, pues

contienen provisiones referentes a la garantía de transferencia de recursos al Estado del cual es nacional el inversor, inclusive en lo concerniente a ganancias, indemnizaciones y compensaciones o resarcimientos.

Probablemente uno de los aspectos más relevantes contenidos en los APPRI son los mecanismos de solución de las controversias que pudieran surgir entre el Estado signatario y los inversionistas nacionales del otro Estado. Sobre este punto, cabe señalar que los APPRI contemplan la posibilidad de acudir ante un arbitraje comercial internacional ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), como una de las opciones para resolver cualquier controversia que pudiera suscitarse.

Al respecto, el modelo de APPRI contiene disposiciones que establecen que *"Las inversiones de los nacionales de una de las Partes Contratantes gozarán de plena protección y seguridad jurídica en el territorio de la otra Parte Contratante"*. Asimismo señala que *"Las inversiones efectuadas... por los nacionales de una de las Partes Contratantes no podrán, en el territorio de la otra Parte Contratante, ser expropiadas, nacionalizadas o sometidas a otras medidas que sus efectos equivalgan a expropiación o nacionalización, salvo por causas de necesidad y utilidad pública o de interés social"*.

Asimismo, con relación al trato que se debe procurar a los inversionistas, los APPRI establecen como común denominador lo siguiente:

"Cada Parte Contratante deberá garantizar un tratamiento justo y equitativo dentro de su territorio a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante y asegurará que el ejercicio de los derechos reconocidos en el presente Acuerdo no será obstaculizado..."

Frente a lo anterior podemos notar que existe una evidente contraposición entre lo establecido en el artículo constitucional 320 -mencionado precedentemente- y lo dispuesto por los APPRI. Queda claro que la CPE prioriza la inversión nacional sobre la extranjera y el precepto consignado en los APPRI establece por el contrario un trato igualitario de parte de cada Estado signatario a los inversores provenientes del otro

Estado.

En este sentido y respecto a los arbitrajes comerciales internacionales que versan sobre casos relacionados al principio del "tratamiento justo y equitativo" propugnado en los APPRI, los tribunales arbitrales a cargo *"se han mostrado renuentes a ofrecer una definición específica del contenido de esta disposición y han optado por decidir objetivamente, caso por caso, conforme a un enfoque de "significado corriente"; si el Estado receptor había concedido a una inversión particular un trato "justo y equitativo". Aunque estos conceptos puedan resultar vagos, se desprende claramente del objeto y de la finalidad de los tratados que el estándar de "trato justo y equitativo" tiene por fin otorgar a los inversores extranjeros amplias protecciones objetivas, incluido un marco estable y predecible para sus inversiones, con el propósito, precisamente, de promover tales inversiones"*².

En un Estado donde el marco de trato igualitario a la inversión nacional y a la extranjera esté garantizado por los tratados internacionales, es previsible encontrarse con laudos como en el caso CME, en el cual el tribunal ad-hoc estableció que el Gobierno Checo *"violó su obligación de conceder un trato justo y equitativo al desvirtuar los acuerdos en virtud de los cuales se indujo al inversor extranjero a realizar su inversión"*³.

El escenario se torna más suspicaz aún para los inversores extranjeros en Bolivia, toda vez que el Estado Boliviano podría incurrir en un trato inequitativo, amparado precisamente en el artículo constitucional 320. El asunto resultaría más complejo aún si consideramos que acorde a la prelación normativa del ordenamiento jurídico boliviano, los tratados internacionales (como es el caso de los APPRI) tienen rango de ley y se encuentran jerárquicamente por debajo de la CPE.

Previendo situaciones como la arriba descrita, la CPE a través de su novena Disposición Transitoria, establece lo siguiente:

"Los tratados internacionales anteriores a la Constitución y que no la contradigan se mantendrán en el ordenamiento jurídico interno, con rango de ley. En el plazo de cuatro años desde la elección del nuevo Órgano Ejecutivo, éste denunciará y,

2. A. Redfern et al en "Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional" (La Ley, 2007). Pág. 663.

3. CME Czech Republic BV c/ República Checa. Laudo Parcial, 13 de septiembre de 2001. www.cetv-net.com/arbitration.asp

en su caso, renegociará los tratados internacionales que sean contrarios a la Constitución".

Es así que obedeciendo al mandato constitucional, a la fecha, Bolivia se encuentra sumida en un proceso de re-negociación de los APPRIS, cuyo contenido aún no ha sido dado a conocer de forma pública.

2. INFLUENCIA DE LA TENDENCIA POLÍTICO-IDEOLÓGICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BOLIVIANO ACTUAL

2.1 ANTECEDENTES DE LA POLÍTICA CONTEMPORÁNEA EN BOLIVIA

La historia política boliviana ha sido probablemente una de las más agitadas del continente. Con un récord en "golpes de Estado", Bolivia se ha caracterizado por haber tenido numerosos gobiernos dictatoriales durante las décadas de los 70s y 80s. No fue sino hasta 1982 que se restituyó la democracia durante el gobierno de Hernán Siles Suazo, recordado por haber ocasionado una hiperinflación del orden del 27.000% (veintisiete mil por ciento), una de las mayores en la historia de la economía global contemporánea. Los gobiernos siguientes marcarían una tendencia de derecha moderada, tratando de mantener a flote los índices macroeconómicos del país.

En las elecciones generales de diciembre de 2005, el partido político "Movimiento al Socialismo – MAS" obtuvo el 53.7% de los votos, siendo su candidato Evo Morales Ayma elegido como Presidente de Bolivia. Posteriormente, en diciembre de 2009, igualmente en las elecciones generales llevadas a cabo en ese año, el MAS, nuevamente postulando a Evo Morales Ayma como candidato presidencial, obtuvo la victoria con un histórico 64.2% de la totalidad de votos.

Desde su llegada a la Presidencia el año 2005, Morales Ayma ha enfocado su programa de gobierno en la recuperación de los recursos naturales dados en concesión –hasta ese entonces– a empresas extranjeras que habían llegado a Bolivia desde el año 1994 durante el proceso de Capitalización, instaurado por el entonces presidente Gonzalo Sánchez de Lozada.

El proceso de Capitalización procuró marcar una diferencia conceptual frente a un proceso clásico de privatización, en sentido que en el primero, si bien se invitaban a empresas extranjeras a participar en

la explotación de recursos estratégicos, el 51% de las acciones debió haber quedado en propiedad del Estado de Bolivia, a través de Administradoras de Fondos de Pensión las cuales administrarían los recursos en calidad de fideicomiso. En la práctica, este porcentaje nunca superó el 49%.

Si bien durante este proceso ingresó tecnología y se implementaron buenas prácticas de la industria, como por ejemplo en el caso de las empresas dedicadas al rubro de hidrocarburos, el proceso quedó empañado – a decir de la prensa– por manejos poco transparentes, los cuales generaron demandas judiciales en contra de los inversionistas extranjeros.

Los principales rubros que formaron parte del proceso de capitalización, fueron el de hidrocarburos, transporte, telecomunicaciones y agua.

2.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN MATERIA DE HIDROCARBUROS EN BOLIVIA

Los hidrocarburos han cobrado una inusitada relevancia en la economía boliviana, no obstante Bolivia –como vimos anteriormente– ha sido un país eminentemente minero.

La historia de los hidrocarburos en Bolivia, al igual que su historia política contemporánea ha venido acompañada de medidas radicales. Es así que durante su vida republicana, este sector ha atravesado por tres procesos de nacionalización.

Se tienen datos que las primeras concesiones petroleras en Bolivia se dieron en la década de 1860, sin embargo no fue sino hasta 1913 cuando se perforó un pozo petrolero positivo, de parte de iniciativa empresarial privada boliviana, la cual para recapitalizarse negoció parte de su participación accionaria con la empresa *Richmond Levering Company*, con sede en los Estados Unidos de Norteamérica, la cual a su vez vendería su participación en la década de 1920 a la renombrada *Standard Oil Company*, la cual hizo descubrimientos importantes.

El paso de la *Standard Oil Company* por Bolivia no fue positivo. Acusada de realizar exportaciones clandestinas a países vecinos e inclusive de negarse a suministrar petróleo al Gobierno de Bolivia, el cual se encontraba en guerra con Paraguay, ocasionaron que en 1935 el entonces presidente José Tejada les iniciara una acción judicial en la que se probarían las denuncias en

contra de la referida empresa, lo cual finalmente en 1937 y durante la presidencia de David Toro ocasionaría la expropiación y confiscación de sus activos acusándola de haber cometido "traición a la patria".

Durante la disputa judicial con la *Standard Oil Company*, el Gobierno de Bolivia decidió que era de imperiosa necesidad contar con una empresa estatal a cargo de los hidrocarburos. Es de esta manera que el año 1936 se funda Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos - YPF, la cual tendría como tarea primigenia hacerse cargo de los campos y activos que la *Standard Oil Company* había dejado.

Para 1938 YPF perforó su primer pozo petrolero, con lo que se daría inicio a la primera relación comercial en materia de exportación de gas natural con la vecina república de Brasil. Conocida como una excelente época por la que YPF atravesó, se aprobó el Código del Petróleo o "Código Davenport", instrumento jurídico en virtud del cual las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos tomaron gran celeridad.

A partir de 1962 se inició una fase de licitaciones de áreas consideradas como estratégicas para el Estado; de esta manera empresas extranjeras tomaron interés en el asunto, lo que logró la culminación de este proceso con la firma de contratos de exploración y explotación de hidrocarburos. La más notable de estas empresas fue sin lugar a dudas la *Bolivian Gulf Oil Company*, la cual rápidamente realizaría importantes hallazgos en cuando a pozos petroleros y gasíferos se refiere y lograría la suscripción de un contrato de compra venta de gas con la república de Argentina. Este acontecimiento ocasionaría la modificación del Código del Petróleo, a efectos de incluir la actividad gasífera en la legislación entonces vigente.

Posteriormente y durante la presidencia de Alfredo Ovando fue que se tomó la decisión de nacionalizar la *Bolivian Gulf Oil Company*, la cual se constituiría en la segunda nacionalización de hidrocarburos en Bolivia.

Para 1972 se promulgaría una nueva Ley General de Hidrocarburos, cuya principal característica sería que el estado quedaba como titular y único propietario de los hidrocarburos producidos. En la década de 1990 nuevamente habría un cambio en el marco normativo en materia de hidrocarburos, toda vez que se promulgaría la

Ley de Hidrocarburos No. 1689, juntamente con el inicio del proceso de Capitalización, explicado anteriormente.

Si bien, tal como lo señalamos, la Capitalización se constituyó en un modelo atrayente de la inversión extranjera directa, no gozó de la popularidad esperada y progresivamente el clima social en Bolivia se fue deteriorando irreversiblemente. Frente a este nuevo escenario, el entonces presidente de la república, Gonzalo Sánchez de Lozada -principal ideólogo del proceso de Capitalización- el año 2003 se vio obligado a renunciar a su investidura presidencial y a auto exiliarse en el extranjero, donde reside hasta el día de hoy.

Casi un par de años después, el 17 de mayo de 2005 se promulgó la Ley de Hidrocarburos No. 3058 (Ley 3058) vigente hasta la fecha -con una clara tendencia nacionalista- cuyo artículo 5 establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 5º (Propiedad de los Hidrocarburos). Por mandato soberano del pueblo boliviano, expresado en la respuesta a la pregunta número 2 del Referéndum Vinculante de 18 de julio de 2004, y en aplicación del Artículo 139º de la Constitución Política del Estado, se recupera la propiedad de todos los hidrocarburos en Boca de Pozo para el Estado Boliviano. El Estado ejercerá, a través de Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB), su derecho propietario sobre la totalidad de los hidrocarburos"

Por su parte el artículo 16 de la misma ley establece:

"ARTÍCULO 16º (Propiedad de los Hidrocarburos). Los yacimientos de hidrocarburos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren o la forma en que se presenten, son de dominio directo, inalienable e imprescriptible del Estado. Ningún contrato puede conferir la propiedad de los yacimientos de hidrocarburos ni de los hidrocarburos en Boca de Pozo ni hasta el punto de fiscalización."

El Titular de un Contrato de Producción Compartida, Operación o Asociación está obligado a entregar al Estado, la totalidad de los Hidrocarburos producidos

en los términos contractuales que sean establecidos por éste”

Sin lugar a dudas, el cambio más significativo entre la anterior Ley de Hidrocarburos No. 1689 y la actual Ley 3058, es que con esta última, la propiedad de los hidrocarburos se mantiene a favor del Estado Boliviano aún después de pasar por el punto denominado “Boca del Pozo”, a diferencia de la anterior, que confería la propiedad en dicho punto a favor del titular privado del contrato de concesión correspondiente.

Otro aspecto crucial, igualmente con un alto contenido social, es la denominada “Consulta Pública” que se realiza en forma obligatoria a todos los pueblos originarios que podrían verse afectados por la realización de una actividad hidrocarburífera. En caso que dichos pueblos no estén satisfechos con la indemnización que la empresa privada ofrece, la actividad podría no llevarse a cabo.

2.3 LA NACIONALIZACIÓN DE LOS HIDROCARBUROS DE 2006

Dando continuidad a su política nacionalista, el Presidente Evo Morales Ayma, el 1 de mayo de 2006 emite el Decreto Supremo No. 28701 “*Héroes del Chaco*” de nacionalización de los hidrocarburos (DS 28701)⁴. En el artículo 1 de dicho decreto se establece lo siguiente:

“En ejercicio de la soberanía nacional, obedeciendo el mandato del pueblo boliviano expresado en el Referéndum vinculante del 18 de julio del 2004 y en aplicación estricta de los preceptos constitucionales, se nacionalizan los recursos naturales hidrocarburíferos del país”

Acotando además que:

“El Estado recupera la propiedad, la posesión y el control total y absoluto de estos recursos”.

Una nota característica de este decreto de nacionalización, es que el Estado reasume todas las actividades de la cadena de los hidrocarburos. En este sentido, el artículo 5 del citado decreto

supremo establece claramente que:

“El Estado toma el control y la dirección de la producción, transporte, refinación, almacenaje, distribución, comercialización e industrialización de hidrocarburos en el país”.

Finalmente, mencionar que el decreto supremo bajo análisis previó un plazo para que todas aquellas empresas que habían suscrito contratos con el Estado Boliviano bajo el marco legal anterior adecúen inexcusablemente su situación contractual. En este sentido, el artículo 3 del DS 28701 conminaba a que:

“Sólo podrán seguir operando en el país las compañías que acaten inmediatamente las disposiciones del presente Decreto Supremo, hasta que en un plazo no mayor a 180 días desde su promulgación, se regularice su actividad, mediante contratos, que cumplan las condiciones y requisitos legales y constitucionales. Al término de este plazo, las compañías que no hayan firmado contratos no podrán seguir operando en el país”.

Luego de un arduo proceso de negociación, el 27 y 28 de octubre de 2006 el Estado Boliviano, a través de la empresa pública de hidrocarburos YPFB, suscribió 44 Contratos de Operación con empresas extranjeras dedicadas a la exploración y explotación de hidrocarburos⁵.

2.3.1 Nuevo Marco Contractual. La Ley de Hidrocarburos 3058 así como los Contratos de Operación, establecen condiciones diferentes en cuanto a la disponibilidad de los hidrocarburos que las empresas dedicadas a las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos tenían bajo el marco legal anterior. Adicionalmente los Contratos de Operación otorgan la calidad de “prestadores de servicios” a dichas empresas y no así Titulares de Concesión, como sucedía en el marco contractual precedente.

Un hecho importante de mencionar para nuestro análisis, es que todos los Contratos de Operación incluyen la siguiente cláusula compromisoria:

4. Ver Anexo 1

5. Entre las principales empresas que suscribieron los Contratos de Operación están Repsol YPF (España), Total (Francia), British Gas – BG (Reino Unido) y Petrobras (Brasil).

“Dentro del marco del Artículo 69 de la Ley de Hidrocarburos, cualquier controversia respecto a o en relación con este Contrato que no pueda ser solucionada conforme al procedimiento establecido en la Cláusula 22.2, será resuelta mediante arbitraje, de conformidad con lo establecido en la Ley de Arbitraje y Conciliación No. 1770 de 10 de marzo de 1997. El número de árbitros será tres (3), uno nombrado por YPFB, uno nombrado conjuntamente por la Empresa Participante o las Empresas Participantes parte en la controversia, y el tercero por los dos árbitros nombrados anteriormente, con el consentimiento de las partes en la controversia. Si el tercer árbitro no es nombrado dentro de un periodo de sesenta (60) Días contados a partir del nombramiento del segundo árbitro, o si alguna de las partes no nombra un árbitro, entonces dicho árbitro será nombrado de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento abajo mencionado. La sede del arbitraje será la ciudad de La Paz, Bolivia. Las leyes aplicables serán las leyes de la República de Bolivia. El arbitraje se llevará a cabo de conformidad con el procedimiento y el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). El arbitraje se conducirá en español!”

Como podemos apreciar, la cláusula compromisoria arriba transcrita si bien contiene elementos locales, como ser la sede y la ley de fondo aplicable, establece que el reglamento rector del arbitraje será el de la Cámara de Comercio Internacional – CCI, lo cual para efectos de nuestro análisis, adquirirá trascendental relevancia.

3. EL ARBITRAJE EN BOLIVIA

3.1 EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN BOLIVIA

3.1.1 La internacionalidad de un arbitraje. Si recurrimos al diccionario, encontramos que la palabra “internacional” significa “Perteneiente o relativo a dos o más naciones”⁶. En materia de arbitraje comercial, esta definición incluye la misma acepción, no obstante han surgido variados criterios para delimitarlo.

En términos generales, para que un arbitraje comercial pueda ser considerado como internacional bastaría –por definición– que contenga un elemento de extranjería; dicho elemento podría ser la sede del arbitraje, la nacionalidad o domicilio de las partes, la ley de fondo aplicable, el idioma en el que se conduzca el arbitraje o inclusive –si vamos por *stricto sensu*– la nacionalidad de los árbitros.

Si bien lo vertido en el párrafo anterior parecería ser una simple deducción, veremos más adelante que podría cobrar verdadera relevancia y trascendencia para nuestro tema de estudio.

Por otra parte, en el contexto del arbitraje comercial internacional se han definido tres criterios para determinar el carácter internacional de un arbitraje.

El primero de ellos requiere analizar el carácter de la controversia. La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) emplea este criterio y establece que *“el carácter internacional del arbitraje no significa que las partes deban necesariamente tener nacionalidades distintas. En virtud de su objeto, el contrato puede, no obstante, extenderse más allá de las fronteras nacionales, por ejemplo, si se trata de un acuerdo celebrado entre dos nacionales de un mismo Estado cuyo cumplimiento habrá de tener lugar en otro país, o cuando se trata de un negocio celebrado entre un Estado y la subsidiaria de una sociedad extranjera que opera en dicho Estado”*⁷.

El segundo criterio se centra en la nacionalidad de las partes, lo cual implica analizar la nacionalidad, el lugar de residencia o la sede comercial de las partes que someterán su controversia a arbitraje. Este criterio fue adoptado por el Convenio Europeo de 1961, el cual establece que se aplicará *“A aquellos acuerdos o compromisos de arbitraje que, para resolver controversias o contiendas surgidas o por surgir de operaciones de comercio internacional, hubieren sido concertados entre personas físicas o jurídicas que tengan, en el momento de estipular un acuerdo o compromiso de este tipo, su residencia habitual o su domicilio o sede social en Estados contratantes diferentes”*⁸.

6. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Ed. 2010.

7. The International Solution to International Business Disputes – ICC Arbitration. ICC Publication No. 301 (1997). Pag. 19

8. Artículo I del Convenio Europeo (1961).

Finalmente, el tercer criterio obedece a una suerte de combinación de los dos primeros.

Alan Redfern acertadamente señala que *"La inexistencia de una definición mundialmente aceptada del término "internacional" en el contexto del arbitraje comercial internacional puede generar problemas (dado que) Cada Estado aplica su propio criterio para determinar si cierto laudo arbitral es nacional o extranjero"*⁹.

Precisamente la Ley Modelo CNUDMI recoge estas preocupaciones y a través de su artículo 1(3) establece los casos en los que un arbitraje comercial es considerado internacional, capturando la esencia tanto del criterio de la controversia, como el de la nacionalidad de las partes.

3.1.2 El Arbitraje Comercial Internacional bajo la Ley 1770. El Título II de la Ley 1770 norma al Arbitraje Comercial Internacional. A través de su artículo 71 se establece cuáles son los parámetros para que un arbitraje sea considerado internacional.

Dicho artículo establece lo siguiente:

"ARTICULO 71.- (Caracterización)

I. A los efectos de la presente ley, un arbitraje será de carácter internacional, en los casos siguientes:

- 1. Cuando al momento de celebrar el convenio arbitral, las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes.*
- 2. Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto de la controversia tenga una relación más estrecha se encuentre fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos.*
- 3. Cuando las partes hubieren convenido expresamente que la materia arbitrable está relacionada con más de un Estado.*

II. A los efectos de determinar el carácter internacional de un arbitraje, cuando una de las partes tenga más de un establecimiento para el ejercicio de sus actividades principales, se considerará aquel que guarde relación con

el convenio arbitral. Cuando una parte no tenga ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual. (ART. I Nueva York 1958)"

3.2 DENUNCIA DEL CONVENIO CIADI.

Asimismo resulta relevante mencionar que en fecha 2 de mayo de 2007, el Banco Mundial recibió de parte del Gobierno de Bolivia una notificación en la cual se le comunicaba su decisión de denunciar el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio CIADI)¹⁰. Tal como lo establece el instrumento legal pertinente, la mencionada denuncia surtiría efectos seis meses después de recibida la referida notificación, vale decir a partir del 3 de noviembre de 2007.

Como corresponde en estos casos, el Banco Mundial en su capacidad de depositario del Convenio antes mencionado, notificó formalmente a todos los Estados signatarios de dicho Convenio, de la decisión asumida de manera soberana, por el Estado Plurinacional de Bolivia.

4. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO Y EL ARBITRAJE

4.1 LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BOLIVIANO – PRELACIÓN NORMATIVA

Bolivia sigue el sistema de derecho continental o civilista. Su ordenamiento jurídico está basado en la prelación normativa Kelseniana, en sentido que la Constitución Política del Estado se constituye en la norma fundamental, en base a la cual decantan las demás normas de inferior jerarquía.

Contrario a la doctrina del "Reloj de Arena" que proclama la apertura normativa hacia un régimen supraconstitucional, el ordenamiento jurídico boliviano sigue el modelo de la "Pirámide de Kelsen", en el cual aún los tratados internacionales se encuentran ubicados en un nivel jerárquico inferior a la Constitución Política del Estado, alcanzando el rango de ley.

Sobre este particular, el artículo constitucional 410 establece lo siguiente:

9. A. Redfern et al en "Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional" (La Ley, 2007). Pág. 77.
10. Ver Anexo 2

"Artículo 410. I. Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución.

II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales:

- 1. Constitución Política del Estado.*
- 2. Los tratados internacionales*
- 3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena*
- 4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes".*

Adicionalmente y tal como establecíamos anteriormente, el artículo 257 de la CPE en alusión al rango que tienen los tratados, señala lo siguiente:

"Artículo 257. I. Los tratados internacionales ratificados forman parte del ordenamiento jurídico interno con rango de ley".

4.2 EL ARBITRAJE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

La CPE promulgada el 7 de febrero de 2009 representa un hito en la historia política boliviana. No únicamente porque es evidente un cambio ideológico de índole nacionalista en el sistema político hasta entonces de tendencia neo-liberal, sino principalmente porque contiene disposiciones que materializan de forma pragmática dicho cambio y que, como analizaremos en el presente capítulo, afecta de manera directa al arbitraje comercial internacional.

La CPE no reconoce a diferencia de otros países, de forma expresa al arbitraje, como es el caso de Colombia el cual goza de *"un sistema en el que se ha entendido, por mandato constitucional, los árbitros ejercen la función pública de administración de justicia y son, por lo tanto, jueces. Adicionalmente, el arbitraje quedó inmerso en un sistema constitucional en el que el concepto de derecho constitucional fundamental tiene la posibilidad de moldear las instituciones jurídicas en forma muy significativa..."*¹¹.

Sin embargo y tal como analizaremos en los parágrafos siguientes, la CPE al incluir una prohibición expresa a cierto tipo de arbitrajes, reconoce la validez del arbitraje de forma tácita e implícita.

En este sentido, el artículo 366 de la mencionada CPE se constituye en el primer referente constitucional restrictivo hacia el arbitraje comercial en materia de hidrocarburos.

Dicho artículo establece lo siguiente:

"Todas las empresas extranjeras que realicen actividades en la cadena productiva hidrocarburífera en nombre y representación del Estado estarán sometidas a la soberanía del Estado, a la dependencia de las leyes y de las autoridades del Estado. No se reconocerá en ningún caso tribunal ni jurisdicción extranjera y no podrán invocar situación excepcional alguna de arbitraje internacional, ni recurrir a reclamaciones diplomáticas".

A efectos de realizar un análisis pormenorizado del referido artículo 366, procederemos a fragmentarlo en 4 partes:

(i) *"Todas las empresas extranjeras que realicen actividades en la cadena productiva hidrocarburífera..."*

Queda claro que la disposición constitucional bajo análisis tiene por objeto regular la calidad de un sujeto determinado con una actividad determinada. En este caso, el sujeto -objeto del artículo bajo análisis- corresponde a (i) personas jurídicas, (ii) extranjeras y (iii) dedicadas a actividades de la cadena productiva hidrocarburífera.

11. A. Zuleta Londoño en "La Protección constitucional del arbitraje" (Arbitraje Internacional: Tensiones Actuales) Legis, 2007. Pag. 97

Respecto a la primera calidad de "personas jurídicas", la razonabilidad en materia corporativa nos indica que difícilmente una persona natural podría dedicarse a actividades relacionadas con la producción de hidrocarburos, motivo por el cual éstas no han sido incluidas o alcanzadas por la disposición constitucional.

Sin embargo, a momento de analizar el alcance de la categoría de "extranjera", nos topamos con un primer aspecto de análisis, toda vez que dicha calidad puede ser interpretada en sentido estricto (*stricto sensu*) o amplio (*lato sensu*).

Si entendemos por extranjero a aquel "*Natural de una nación con respecto a los naturales de cualquier otra*"¹² o "*Persona que se encuentra transitoria o permanentemente en país cuya nacionalidad no posee*"¹³ y partimos del principio imperante en países regidos por el sistema de derecho civilista, que la nacionalidad de las personas jurídicas se adquiere a momento de su constitución (y lógicamente una vez cumplidos los requisitos legales correspondientes), llegamos a la conclusión que una empresa aún cuando sus socios o accionistas fueran personas extranjeras (como es el caso de la mayoría de la empresas dedicadas a la exploración y explotación de hidrocarburos), la empresa a momento de constituirse en Bolivia, tendrá nacionalidad boliviana, por ende no tendrá la calidad de extranjera y en consecuencia no estará alcanzada por el artículo constitucional 366.

Es importante aclarar sin embargo, que el caso descrito en el párrafo precedente no aplicaría para el caso de las sucursales, cuya dependencia directa de la casa matriz (en este caso, extranjera) es incuestionable.

El sentido amplio de interpretación de la condición de empresa extranjera se daría en contraposición al anterior, en sentido que no únicamente se refiere a la nacionalidad de la empresa que ha sido constituida en Bolivia, sino principalmente a la nacionalidad de sus accionistas o socios, los cuales sí detentan la calidad de extranjeros.

Si bien entendemos por los antecedentes ideológico-políticos señalados en el presente trabajo, que la intención del legislador quedaría enmarcada dentro de la interpretación amplia,

consideramos que una eventual argumentación legal por parte de una empresa de nacionalidad boliviana cuyos accionistas fueran extranjeros, tendría asidero legal suficiente y prosperaría en caso que pretenda encuadrarse dentro del alcance del mentado artículo constitucional.

Respecto al tercer sub-elemento en cuestión, esto es la actividad específica a la cual debe dedicarse la empresa extranjera, corresponde mencionar que tal como sucede con los otros elementos analizados precedentemente, una mayor claridad hubiera resultado útil, toda vez que si bien técnicamente no resulta difícil determinar cuáles actividades corresponden a "*la cadena productiva hidrocarburífera*", por la relevancia de la prohibición contenida en este artículo y que será analizada en detalle más adelante, consideramos que hubiera sido apropiado una referencia más clara y sobre todo pormenorizada de dichas actividades.

A efectos de completar el presente comentario resulta apropiado mencionar que el proceso de producción *per se* de hidrocarburos contiene dos actividades principales: exploración y explotación (conocidas en la jerga anglófona como "*upstream*"). Posteriormente y una vez que el hidrocarburo ha salido de la boca del pozo (*wellhead*) las actividades relacionadas con su almacenamiento, transporte, refinación o industrialización (e inclusive comercialización según nuevas tendencias) corresponden a la actividad conocida como "*downstream*". La explicación técnica precedente obedece a que la "*cadena productiva hidrocarburífera*" tal como se encuentra redactada en la CPE, parecería que afecta únicamente a aquellas empresas extranjeras dedicadas a la exploración y explotación (*upstream*) esto es producción de hidrocarburos – propiamente dicha– y no así a aquellas dedicadas a las actividades del "*downstream*" antes mencionadas. Nuevamente, consideramos que la intención del legislador fue la de copar en la redacción del artículo bajo análisis a la totalidad de las actividades del proceso hidrocarburífero y por ende afectar a las empresas dedicadas tanto al "*upstream*" como al "*downstream*". Sin embargo, una vez más, la deficiente redacción no permite distinguir claramente esta diferenciación.

12. Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Ed. 2010.

13. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. M. Ossorio. Ed. 1999

(ii) *"...en nombre y representación del Estado estarán sometidas a la soberanía del Estado, a la dependencia de las leyes y de las autoridades del Estado..."*

Del contenido del DS 28701 (considerado como el hito normativo que trazaría la direccionalidad de la política de hidrocarburos en la CPE) queda claro a través de su artículo 5 que *"El Estado toma el control y la dirección de la producción, transporte, refinación, almacenaje, distribución, comercialización e industrialización de hidrocarburos en el país"*.

Adicionalmente, la misma CPE en su artículo 361 establece claramente que

"Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB)...como brazo operativo del Estado, es la única facultada para realizar las actividades de la cadena productiva de hidrocarburos y su comercialización"

Por su parte, el artículo 362 constitucional autoriza a YPFB a

"...suscribir contratos, bajo el régimen de prestación de servicios, con empresas públicas, mixtas o privadas, bolivianas o extranjeras, para que dichas empresas, a su nombre y en su representación, realicen determinadas actividades de la cadena productiva a cambio de una retribución o pago por sus servicios"

De los artículos arriba transcritos, queda explícito que únicamente personas ajenas al Estado podrán dedicarse a las actividades *"en la cadena productiva hidrocarburiífera"* previa suscripción de un contrato con YPFB, en virtud del cual actúen imprescindiblemente *"a su nombre y en su representación"*.

Con relación al sometimiento a la soberanía del Estado, la dependencia de las leyes y de sus autoridades, dicha disposición no hace más que reiterar lo dispuesto en el párrafo II del artículo 320 de la CPE, el cual establece que

"Toda inversión extranjera estará sometida a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas, y nadie podrá invocar situación de excepción, ni apelar a reclamaciones diplomáticas para obtener un tratamiento más favorable".

Por su parte, el artículo constitucional 14 en sus párrafos V y VI establece lo siguiente:

"V. Las leyes bolivianas se aplican a todas las personas, naturales o jurídicas, bolivianas o extranjeras, en el territorio boliviano."

VI. Las extranjeras y los extranjeros en el territorio boliviano tienen los derechos y deben cumplir los deberes establecidos en la Constitución, salvo las restricciones que ésta contenga".

(iii) *"No se reconocerá en ningún caso tribunal ni jurisdicción extranjera y no podrán invocar situación excepcional alguna de arbitraje internacional, ni recurrir a reclamaciones diplomáticas"*

La disposición final del artículo 366 definitivamente es la que mayor relevancia tiene para nuestro tema de estudio, pues aquí radica la prohibición al arbitraje internacional en materia de hidrocarburos, objeto del presente trabajo.

El primer comentario que merece el dispositivo bajo análisis, es que –fuera o no la intención del legislador– la prohibición respecto a la competencia y jurisdicción se hace extensiva no únicamente al ámbito arbitral sino además al de la jurisdicción ordinaria. En este sentido, si interpretamos que la mención que se hace, abarca además los tribunales y jurisdicción ordinarios, quedaría prohibido implícitamente además el reconocimiento de sentencias judiciales dictadas en el extranjero en materia de hidrocarburos y por ende ya no serían procedentes los trámites de exequátur.

Otro elemento de análisis al respecto, esta vez desde la perspectiva de los procesos arbitrales, es que de acuerdo a la disposición constitucional bajo análisis, estarían prohibidos (i) los tribunales arbitrales conformados por personas que carezcan de nacionalidad boliviana, si partimos de la premisa que se entiende por tribunal extranjero (en *stricto sensu*) aquel conformado por árbitros de nacionalidades distintas a la boliviana; y (ii) los arbitrajes cuya sede no sea Bolivia, en virtud a la prohibición expresa referente a la jurisdicción extranjera.

Continuando con el análisis en cuestión, encontramos que las empresas extranjeras alcanzadas por este precepto constitucional *"no podrán invocar situación excepcional alguna de"*

arbitraje internacional". De lo anterior -y al margen de la imprecisión sintáctica- se infiere que no obstante las referidas empresas hubieran suscrito válidamente contratos con el Estado Boliviano (se entiende a través de YPFB) y que dichos contratos contengan cláusulas compromisorias, en caso que se determine la internacionalidad del arbitraje, dichas cláusulas serían inefectivas e inaplicables toda vez que todo arbitraje que se celebre en contravención a este precepto constitucional sería nulo de pleno derecho.

Por otra parte, un aspecto que es de suma relevancia, es el referente al carácter internacional del arbitraje en la esfera del ordenamiento jurídico boliviano. Sobre el particular caben dos posibles interpretaciones. La primera de ellas -más conservadora- establecería que la internacionalidad o no de un arbitraje queda definida por los parámetros citados en el artículo 71 de la Ley 1770 y que analizamos en el capítulo 3 del presente trabajo.

No obstante y tomando en consideración (i) que la CPE fue promulgada en forma posterior a la Ley 1770 (doce años después aproximadamente) y (ii) sobre todo bajo un escenario ideológico y político totalmente distinto (tal como hemos estudiado en los acápite precedentes), cabe la posibilidad que el *animus* con el cual fue redactada la prohibición a los arbitrajes comerciales internacionales en materia de hidrocarburos, no esté limitada a aquellos preceptos contenidos en el antes mencionado artículo 71 de la Ley 1770, sino a todo elemento de extranjería presente en un arbitraje comercial, en materia de hidrocarburos.

Si la segunda interpretación fuera la correcta, debemos asumir que únicamente serían válidos los arbitrajes comerciales en materia de hidrocarburos, cuando estos tuvieran 1. Un tribunal arbitral conformado por árbitros bolivianos, 2. Se realice en un centro de arbitraje sito en Bolivia, 3. Se aplique como ley de fondo, la boliviana.

Finalmente, la prohibición de recurrir a reclamaciones diplomáticas encuentra respaldo en el párrafo I del artículo constitucional 320 el cual señala respecto a los inversionistas que *"nadie podrá invocar situación de excepción, ni apelar a reclamaciones diplomáticas para obtener un tratamiento más favorable"*.

4.2.1 Problemática y eventuales escenarios de conflicto. Un primer escenario que pudiera presentarse ante la vaguedad en la redacción

del artículo constitucional 366, es el caso en el que una empresa privada internacional contrate con el Estado Boliviano para que a nombre y en representación de éste último realice trabajos de exploración y explotación de hidrocarburos. Asumiendo que surgiera una controversia entre las partes antes señaladas y siguiendo la redacción de la cláusula tipo de los Contratos de Operación, tenemos que la sede del arbitraje sería Bolivia y la ley de fondo aplicable, la boliviana.

Sin embargo si el tribunal arbitral está conformado por árbitros de distintas nacionalidades a la boliviana e interpretamos que el alcance del artículo 366 a la prohibición de arbitrajes internacionales incluye que dichos arbitrajes carezcan de elementos de extranjería (como por ejemplo la nacionalidad de los árbitros), en caso que el Estado resulte perdidoso, éste fácilmente podría impugnar la nulidad del arbitraje (o más propiamente, del laudo) debido a que el mismo se habría llevado a cabo en contra de un precepto constitucional del país sede.

5. ALGUNAS CUESTIONES PENDIENTES

5.1 ULTRA ACTIVIDAD

Como consecuencia de la problemática planteada en el presente trabajo y de los distintos escenarios posibles desarrollados, queda pendiente de resolver la interrogante de cuáles negocios jurídicos quedan regidos por el nuevo marco constitucional referente a (i) la priorización de la inversión nacional respecto de la extranjera y (ii) la prohibición de recurrir a un arbitraje comercial internacional en materia de hidrocarburos.

A mayor abundamiento, aquellas empresas extranjeras que suscribieron contratos con el Estado Boliviano en materia de hidrocarburos con anterioridad al 7 de febrero de 2009 y que se encuentran amparadas por un APPRI suscrito a su vez entre el Estado de Bolivia y el Estado del cual es nacional, quedan amparados por el régimen constitucional vigente a momento de la suscripción del contrato en cuestión? Vale decir la Constitución Política del Estado (i) que pregonaba igualdad entre la inversión extranjera y la local, en sintonía con el "trato justo y equitativo" pactado en los APPRI y (ii) que facultaba al Estado Boliviano a recurrir a procesos arbitrales en materia de hidrocarburos que a los efectos de la Ley 1770 y la Ley Modelo CNUDMI son considerados arbitrajes comerciales internacionales?

O por el contrario, debemos considerar que el nuevo régimen constitucional afecta a todas las controversias emergentes de las relaciones contractuales anteriores a la fecha de promulgación de la actual CPE?

Indistintamente las respuestas que podamos esgrimir a los cuestionamientos aquí planteados, queda claro que el caso boliviano se constituye en un interesante tema de análisis para los apasionados de la institución arbitral, en el cual se evidencia una decisión estatal, que por más soberana que sea, pone de manifiesto la vigencia incuestionable del arbitraje como un medio eficaz de resolver controversias entre un Estado y particulares. Las particularidades normativas que regulen esta relación, no hacen sino ampliar el espectro de posibilidades –infinitas– propias de la ciencia del Derecho en general y de su rama arbitral, en particular.