



Nahid
CUOMO

RESUMEN: Este artículo versa sobre los efectos de los cambios constitucionales en los sectores de inversión extranjera e hidrocarburos. El uso de cláusulas arbitrales es moneda común en ambas áreas, pero la nueva regulación constitucional parece prohibirlo. El artículo analiza esta situación comparando la regulación constitucional actual con la abrogada.

PALABRAS CLAVE: Inversiones extranjeras, industria petrolera, arbitraje, Constitución boliviana.

ABSTRACT: This article is about the effects of the constitutional changes regarding foreign investments and hydrocarbons. The use of arbitration agreements is common in both areas, but the new constitutional regulation seems to forbid an agreement of this kind. The article analyzes this situation by comparing the current constitutional regulation with the one abrogated.

KEYWORDS: Foreign Investments, Hydrocarbons industry, arbitration, Bolivian Constitution.

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- EL CAMBIO CONSTITUCIONAL. II.1 El panorama anterior a la nueva constitucion. II.1.1 Los Contratos de Riesgo Compartido. II.1.2. Los tratados aprobados por bolivia relevantes en materia de inversiones extranjeras. II.1.3. la constitucion derogada. II.1.4 La Ley de arbitraje y conciliacion. II.1.5. Conclusión sobre el panorama anterior a la nueva constitucion. II.2 El panorama actual luego de la nueva constitucion III.- La arbitrabilidad del litigio a los fines de la validez del acuerdo arbitral IV.- Consideraciones finales.

I.- INTRODUCCIÓN

Bolivia es un pequeño país con gran cantidad de recursos naturales. Entre ellos, tienen enorme peso en la economía nacional los hidrocarburos y la minería.¹

En la década de los años '90, Bolivia no se vio exenta de la corriente privatizadora imperante en los países latinoamericanos, y recibió cuantiosas inversiones extranjeras dirigidas principalmente a desarrollar las diversas actividades de la cadena hidrocarburífera y la explotación minera.²

El 7 de febrero de 2009 Bolivia promulgó una nueva Constitución Política del Estado. Ello fue un jalón más dentro de varios cambios en relación al tratamiento de la inversión extranjera que se estuvieron dando durante la década de los años 2000. Tales cambios se configuraron gradualmente, siendo los principales la promulgación de la nueva Ley de Hidrocarburos N° 3058 en mayo 2005; la llegada a la presidencia de Evo Morales en diciembre 2005; la nacionalización de los hidrocarburos que comenzó en 2006; la denuncia del Convenio CIADI en 2007; la instalación de la Asamblea Constituyente en julio de 2006 y la promulgación de la nueva Constitución en 2009.

En el presente Capítulo examinaremos la situación del arbitraje en materia de inversiones extranjeras e hidrocarburos luego de la promulgación de la reforma constitucional de 2009 que para algunos representa un cambio esencial en el orden jurídico nacional al punto de afirmarse que estamos ante una "revolución".³

¹ El sector de los hidrocarburos es la principal fuente de ingresos económicos del país, ya que cuenta con las segundas mayores reservas de gas natural de América del Sur, con 48 trillones de pies cúbicos, y petróleo en menor cantidad con una producción de 16.194.089 de barriles anuales. La minería es la segunda industria de extracción de Bolivia, por detrás de los hidrocarburos.

² La inversión extranjera directa entre 1995 y 1999 representó el 13% del PBI y entre 2000 y 2002 superaba en promedio el 9%. En contraste, en 2008 apenas llegó al 3% y se preveía que para 2009 bajaría a un 2%: "Inversión Extranjera en Bolivia – Análisis 2009" en Coyuntura Económica, CAINCO, N° 2 junio 2009, en www.cainco.org.bo/publicaciones

³ Valdivia García, Gerardo "Bolivia Estado Plurinacional y Comunitario", bo.globedia.com/bolivia-plurinacional-comunitario: La nueva Constitución refleja una profunda diferencia de conceptualización del Estado. Lo plurinacional como elemento que habla de muchas naciones, y lo comunitario que alcanza a señalar un modo de

• Nahid Cuomo

Doctora de la Universidad de Buenos Aires, Asesora Legal en YPFB Transporte S.A., árbitro del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Industria, Comercio, Servicios y Turismo (CAINCO) de Santa Cruz de la Sierra, Bolivia-mail: nahid.cuomo@hotmail.com

En especial, nos interesa focalizar la validez del acuerdo arbitral celebrado por el Estado boliviano o alguna de sus emanaciones, con anterioridad a la nueva Constitución Política del Estado y si la promulgación de ésta podría implicar una afectación de los derechos de los inversores extranjeros.

II.- EL CAMBIO CONSTITUCIONAL

II.I. El panorama anterior a la nueva Constitución

Pasaremos a explicar cómo era la situación para los inversores extranjeros antes del cambio.

II.I.1 Los Contratos de Riesgo Compartido

En los años '90, para la exploración, explotación y comercialización de los hidrocarburos, el Estado boliviano, a través de su empresa Yacimientos Petrolíferos Fiscales Boliviano, firmó 76 Contratos de Riesgo Compartido por 40 años, con empresas extranjeras (empresas constituidas en el extranjero con "filial" o "sucursal" boliviana), seleccionadas por licitación pública internacional, bajo el marco de la Ley de Hidrocarburos vigente en ese entonces, la Ley N° 1689 de 1996.

La Cláusula modelo para los Contratos de Riesgo Compartido⁴ establecía en materia de solución de controversias la posibilidad de recurrir en una primera instancia a un Experto o Comité de Conciliación cuya resolución sería inapelable y obligatoria; o a Arbitraje según alguna de estas tres opciones: CIADI conforme al Convenio de Washington; CCI; o *ad hoc* conforme Reglas de Arbitraje UNCITRAL. La sede del arbitraje sería la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, el procedimiento, conforme las reglas de la institución especificada en el contrato y se aclaraba que la ejecución de los laudos sería "ante los tribunales de Bolivia o ante cualquier tribunal con jurisdicción competente".

En cuanto al derecho aplicable, los Contratos de Riesgo Compartido traían una cláusula de elección del derecho de Bolivia. Sin embargo, esa elección se veía ampliada por el Anexo B de los mismos titulado "Términos y Condiciones Generales" donde se fijaba el siguiente Orden de Prelación:

3. contrato
4. ley de hidrocarburos y sus Reglamentos

vivir y de entender y compartir la vida. Para observar el cambio de paradigma basta con observar el Artículo 1° de la Nueva Constitución Política del Estado, que afirma: "Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país."

⁴ Decreto Supremo N° 24806 de 4/08/1997 el que fuera declarado constitucional por el Tribunal Constitucional en su Sentencia I 14/2003, ver www.tribunalconstitucional.gob.bo.

5. otras leyes bolivianas
6. en defecto, los Principios Jurídicos Generales reconocidos internacionalmente;
y
7. las prácticas, costumbres y normas técnicas de aplicación usual en la industria internacional de hidrocarburos

Asimismo, los Contratos de Riesgo Compartido presentaban otras cláusulas relevantes:

- 1) Autonomía del acuerdo arbitral: "El derecho de las Partes a recurrir al arbitraje, permanecerá vigente no obstante la terminación del contrato."
- 2) Cláusula de estabilización: "...De acuerdo al Artículo 52 de la Ley de Hidrocarburos, el régimen de patentes y regalías aplicables al presente Contrato se mantendrá estable durante su vigencia."
- 3) Renuncias: "Las Partes se obligan a no invocar excepción, limitación o inmunidad alguna que pueda afectar el sometimiento a la decisión de un experto o al arbitraje o a la ejecución de cualquier Laudo Arbitral que expida cualquiera de los mismos. El Titular renuncia expresamente a formular cualquier reclamo por vía diplomática."

Promediando los años 2000, se originó un amplio debate en los medios de comunicación y políticos acerca de la constitucionalidad de estos Contratos, por diversas falencias, entre ellas, que no habían sido aprobados por el Congreso luego de su firma, caso por caso, tal como –según la interpretación de algunos - lo exigía la Constitución en el artículo 59, inciso 5a.

El debate concluyó cuando los Contratos de Riesgo Compartido fueron "migrados" obligatoriamente luego de la derogación de la Ley de Hidrocarburos N° 1689 y la promulgación de la nueva ley N° 3058 en el año 2005. La nueva ley cambió radical y sustancialmente las condiciones de los Contratos ya que incrementó las regalías del 18 al 50% y recuperó la propiedad de los hidrocarburos en boca de pozo para el Estado. Asimismo, dio plazo a los operadores para que aceptaran alguna de las nuevas formas de contratación que la nueva ley prevé. Los 44 contratos de operación petrolera firmados en 2006 entre el Estado boliviano (a través de Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos - YPFB) y 12 empresas privadas, prevén como método de solución de controversias, arbitrajes CCI con sede en La Paz.

Asimismo, en la misma línea, respecto a una inversión extranjera canalizada en el contrato del Mutún, firmado en 2007 con la empresa india **Jindal Steel & Power Limited** para explotar uno de los mayores reservorios de hierro del mundo, se previó un arbitraje CCI para resolver eventuales controversias.⁵

5 La firma india Jindal comprometió una inversión global de \$us 2.100 millones en el proceso de explotación del

II.1.2 Los tratados aprobados por Bolivia relevantes en materia de inversiones extranjeras

El marco legal internacional de las inversiones extranjeras en Bolivia estaba conformado en esta etapa por la red de tratados aprobados y ratificados por el país, contribuyendo a la sensación de seguridad jurídica al inversor extranjero.

Esos tratados eran los dirigidos específicamente a inversiones extranjeras y al arbitraje internacional, al ser el arbitraje el método preferido para solucionar las controversias en materia de inversiones.

Ellos fueron:

- a) El Convenio CIADI de Washington de 1965, al que Bolivia se adhirió en 1991 y que fue ratificado por Ley N° 1593 de 12 de agosto de 1994. Fue denunciado el 2 de mayo de 2007.
- b) Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (TBIs): Bolivia ha firmado 23 de estos tratados y ha ratificado 19 de ellos. Algunas de las muchas inversiones extranjeras realizadas en la pasada década, sobre todo en el sector de hidrocarburos, provienen de inversores cubiertos por alguno de los TBIs ratificados por Bolivia.⁶
- c) El Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) de 1985, al igual que otros 174 países.⁷ Bolivia suscribió el Convenio Constitutivo del MIGA el 5 de Mayo de 1986 y fue ratificado mediante Ley N° 1126 del 19 de Enero de 1990.
- d) Los convenios marco del arbitraje internacional: Bolivia ha ratificado los principales tratados en materia de Arbitraje Comercial Internacional. Es Parte de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá de 1975, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Extranjeros de Montevideo de 1979, y la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras
- e) Respecto a esquemas de integración, Bolivia y Chile están asociados al MERCOSUR por sendos Acuerdos de Complementación Económica (en el marco de ALADI) N° 36 y N° 35 respectivamente. En el 2004 Bolivia ratificó el Acuerdo de Arbitraje Comercial entre el MERCOSUR, Bolivia y Chile de 1998, aunque cabe recordar que se aplica a arbitrajes entre

hierro en Mutún, situado en el municipio de Puerto Suárez. El Estado boliviano proyecta percibir un ingreso neto anual de unos \$us 200 millones: www.eldeber.com.bo/2006/20061124/economia_10.html

⁶ Bolivia ha ratificado los BITs con Alemania, Argentina, Austria, Bélgica-Luxemburgo, Corea, Chile, Dinamarca, Ecuador, España (dos consecutivos), Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Italia, Países Bajos, Paraguay, Perú, Suecia y Suiza.

⁷ Según datos de junio de 2009: http://www.miga.org/about/index_sv.cfm?stid=1695

personas de derecho privado.⁸ Asimismo, el Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre MERCOSUR, Bolivia y Chile de Buenos Aires 2002.⁹ También es parte de la Comunidad Andina de Naciones¹⁰ y cuenta con un Tratado de Libre Comercio firmado el 10 de septiembre de 1994 y ratificado con México, que trae disposiciones similares a los BITs en materia de protección a las inversiones extranjeras.¹¹

II.1.3 La Constitución derogada

La Constitución vigente hasta el 7 de febrero de 2009, contaba con artículos que reflejaban la “Doctrina Calvo”.¹² Sin embargo, ello no impidió que se realizaran todas las reformas legislativas necesarias para instalar una política económica liberal en el país.

En efecto, la “Doctrina Calvo” se reflejaba en el artículo 24 que establecía:

“Las empresas y súbitos extranjeros están sometidos a las leyes bolivianas, sin que en ningún caso puedan invocar situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas.”

Y el artículo 135: “Todas las empresas establecidas para explotación, aprovechamiento o negocios en el país se considerarán nacionales y estarán sometidas a la soberanía, a las leyes y a las autoridades de la República.”

En materia de hidrocarburos, el artículo 139 establecía que la propiedad de los yacimientos de hidrocarburos, era del Estado, correspondiéndole a éste la exploración, explotación, comercialización y transporte de los hidrocarburos y sus derivados. Este derecho lo podía ejercer mediante entidades autárquicas o a través

⁸ Decisión 4/98 CMC. No se encuentra vigente aún, aunque ya ha sido ratificado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

⁹ Decisión 8/02 CMC. Similar al Protocolo de Las Leñas, se encuentra vigente desde el 8 de febrero de 2009 entre Argentina, Brasil, Paraguay y Chile.

¹⁰ Sus antecedentes se remontan a 1969 cuando se firmó el Acuerdo de Cartagena, también conocido como Pacto Andino. La CAN inició sus funciones en agosto de 1997.

¹¹ Firmado el 10 de septiembre de 1994, se encuentra vigente a partir del 1° de enero de 1995, mediante Decreto Supremo N° 23933 del 23 de diciembre de 1994. Su Capítulo XV se refiere a las Inversiones, con disposiciones similares a las de los TBIs.

¹² Recordemos que la Doctrina Calvo, sobre la base del principio de igualdad de los Estados, niega que los extranjeros tuvieran derechos o privilegios especiales, determinando que las controversias en las que participaran debían ser sometidas a los tribunales estatales y resueltas conforme a las leyes nacionales, sin que los Estados de su nacionalidad pudieran intervenir en las mismas. Sin embargo, Calvo no adoptó una posición adversa a la sujeción al arbitraje internacional de las controversias originadas en reclamaciones por parte de extranjeros, concentrándose su doctrina en el rechazo de la fuerza armada como mecanismo de atender reclamaciones privadas: fernandez rozas, José Carlos, “América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿matrimonio de amor o matrimonio de conveniencia?”, Revista de la Corte Española de Arbitraje, Vol. XXIV, 2009, p. 15 con cita de Grigera Naón, Horacio, “Arbitration and Latin America: Progress and Seatbacks”, Arbitration International, Vol. 21, N° 2, 2005, p. 134-135.

de concesiones y contratos por tiempo limitado, a sociedades mixtas de operación conjunta o a personas privadas, conforme a ley.

El Tribunal Constitucional debió referirse respecto a la constitucionalidad del Convenio Ciadi y los BITs, en la Sentencia Constitucional 31/2006 de 10 de mayo de 2006,¹³ cuando un Diputado Nacional interpuso un recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad contra las leyes ratificatorias del Convenio Ciadi y los BITs suscritos con Argentina, Países Bajos, Francia, Reino Unido de Gran Bretaña, España, Estados Unidos, por ser contrarios al artículo 135 recién mencionado y al artículo 228 de la Constitución (era el que establecía que la Constitución era la ley suprema del Ordenamiento Jurídico nacional).

Al respecto, el Tribunal Constitucional rehusó revisar el fondo del planteo, es decir si esos tratados eran o no constitucionales, argumentando que si bien la Constitución no establecía el momento en que se podía hacer tal revisión, ello solo era posible antes de la ratificación de los tratados porque de lo contrario, podía generarse la responsabilidad internacional del Estado boliviano, quien según el derecho internacional, no podía alegar su derecho interno para dejar de cumplir una norma internacional.

II.1.4 La ley de Arbitraje y Conciliación

En cuanto a la normativa referida al arbitraje, la norma básica era la Ley de Arbitraje y Conciliación N° 1770 sancionada en 1997 y vigente en la actualidad.

El Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de afirmar la constitucionalidad del arbitraje dentro del principio de Unidad de Jurisdicción por la letra del Artículo I 6, inciso I de la CPE, el que establece claramente la posibilidad que el ejercicio de la justicia se efectúe a través del arbitraje cuando afirma que “El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Tribunal Constitucional, las Cortes Superiores del Distrito, los Tribunales y jueces de instancia y *demás tribunales y juzgados que establece la ley.*”

Lo hizo afirmando en su Sentencia 17/2001, así como en otras Sentencias Constitucionales:

“Los tribunales arbitrales o de conciliación no constituyen tribunales o juzgados de excepción, al contrario, responden a la voluntad de las partes expresada en contratos escritos y tienen por objeto llegar a un acuerdo sin necesidad de llegar a los estrados judiciales constituyéndose en un medio alternativo que contribuye a la administración de justicia.”

¹³ www.tribunalconstitucional.gob.bo

La Ley de Arbitraje y Conciliación establece el principio a favor de la validez del acuerdo arbitral, en los artículos 74 y 75 así como la validez del acuerdo arbitral por el Estado boliviano y personas de Derecho Público, en los artículos. 4 y 76:

Éstos últimos establecen:

“Artículo 4º.- (Capacidad estatal). I. Podrán someterse a arbitraje, las controversias en las que el Estado y las personas jurídicas de Derecho Público son partes interesadas, siempre que versen sobre derechos disponibles y deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual. II. Conforme a lo establecido en el párrafo anterior, el Estado y las personas jurídicas de Derecho Público tienen plena capacidad para someter sus controversias a arbitraje nacional o internacional, dentro o fuera del territorio nacional, sin necesidad de autorización previa.”

“Artículo 76º.- (Validez del convenio arbitral). Cuando el Estado Boliviano o cualquier otra persona jurídica nacional de Derecho Público haya celebrado válida y legalmente un convenio arbitral, la arbitrabilidad de la controversia no podrá ser cuestionada ni objetada, en supuesto amparo del ordenamiento jurídico interno o de falta de capacidad para ser parte del convenio arbitral.”¹⁴

II.1.5 Conclusión sobre el panorama anterior a la nueva Constitución

La conclusión que surge luego de revisar el panorama legal frente a la inversión extranjera en general y en materia de hidrocarburos en especial, antes de la nueva Constitución Política del Estado es que en los años '90 las inversiones extranjeras tuvieron un marco jurídico que le proveía en gran medida, seguridad jurídica. Ello duró hasta mediado de la década de los años 2000, donde comenzaron algunos cambios en la política nacional que variaron el marco de las mismas.

Hasta ese momento, los inversores extranjeros contaban con la posibilidad de recurrir al arbitraje. Los que habían invertido en hidrocarburos, a arbitraje pactado en los Contratos de Riesgo Compartido para plantear reclamos en caso de controversias derivadas de ellos. Además, estos inversores extranjeros, y los que habían invertido fuera del área hidrocarburos, podían recurrir al arbitraje CIADI u otro tipo de arbitraje previsto en los BITs, para plantear reclamos derivados del eventual incumplimiento a las normas de estos tratados, si es que los inversores

¹⁴ Se hace notar que existe en la actualidad un Proyecto de Reforma del Código de Comercio, por el cual esta Ley de Arbitraje y Conciliación se vería derogada, pero se sigue reconociendo el arbitraje como vía de solución de controversias, también para el Estado y sus emanaciones. En relación al Estado se establece: “Artículo 1386 (Capacidad estatal) I. Podrán someterse a arbitraje las controversias en las que el Estado y las personas jurídicas de Derecho Público son partes interesadas, siempre que versen sobre derechos disponibles y deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual. II. Conforme a lo establecido en el párrafo anterior, el Estado y las personas jurídicas de derecho público tienen capacidad para someter sus controversias a arbitraje en sujeción a lo establecido en la Constitución Política del Estado y la ley especial.”

estaban bajo el ámbito de aplicación de alguno de estos BITs, pues el consentimiento al arbitraje estaba dado por el Estado boliviano al ratificar los mismos.¹⁵ Igualmente para los inversores amparados por el Tratado de Libre Comercio con México y los acuerdos de arbitraje comercial ratificados.

Asimismo, y en todo caso, los inversores extranjeros de cualquier área, inclusive hidrocarburos, contaban a nivel interno con una ley de arbitraje que garantizaba la validez del acuerdo arbitral celebrado por el Estado boliviano o sus entidades públicas, cortando toda posibilidad que el día de mañana se pretendiera detener el reconocimiento de un laudo extranjero sobre la base que el acuerdo arbitral había sido inválido o alegando la causal de inarbitrabilidad del litigio porque una de las partes en la controversia era el Estado o una de sus entidades. Asimismo, si el arbitraje había tenido como sede Bolivia, o se regulara por el derecho arbitral de Bolivia, o si el acuerdo arbitral mismo se determinaba que se regía por el derecho boliviano, ese derecho garantizaba la validez del acuerdo arbitral celebrado por el Estado y sus emanaciones, a través de los artículos 4 y 74 a 76 reseñados más arriba.

En cuanto a la arbitrabilidad por la materia, se entendía que no existía óbice para que controversias derivadas de inversiones extranjeras e hidrocarburos fueran sometidas a arbitraje, pese a la Doctrina Calvo recogida en la Constitución.

2.2 El panorama actual luego de la nueva Constitución

La Constitución Política del Estado promulgada el 7 de febrero de 2009 abrogó la anterior de 1967 y sus reformas posteriores.

Observamos que mantiene la Doctrina Calvo que ya estaba antes pero particularizando su aplicación expresamente a las inversiones extranjeras y los hidrocarburos, con una redacción más exigente aún que la anterior Constitución.¹⁶

En primer lugar, en materia de inversiones extranjeras indica:

“Artículo 320.I. La inversión boliviana se priorizará frente a la inversión extranjera.

¹⁵ Se dio el debate cuando Bolivia denunció el CIADI y en el periodo de 6 meses para hacer efectiva tal denuncia –conforme artículo 71 de la Convención de Washington, la empresa Eurotelecom International NV planteó un arbitraje ante el CIADI. En este caso Bolivia alegó que si bien el consentimiento a la jurisdicción del CIADI había sido dada por Bolivia cuando ratificó el BIT con los Países Bajos, el consentimiento del inversor se manifestó con la demanda, la que fue planteada luego del acto de denuncia de Bolivia, es decir, luego que Bolivia anulara su consentimiento previo. Por el Artículo 72 del CIADI la denuncia no afectará derecho y obligaciones de un Estado o de sus nacionales, nacidos del consentimiento a la jurisdicción del CIADI y dados con anterioridad al recibo de dicha modificación por el depositario. Por consiguiente, para Bolivia, no existe jurisdicción del CIADI: ver “Bolivia se margina del CIADI” en Puentes, Volumen 9, Nº 1, marzo de 2008, <http://ictsd.org/i/news/10649/>

¹⁶ Ver más arriba, punto 2.1.3 redacción de la Doctrina Calvo en la anterior Constitución.

II. 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.

III. Las relaciones económicas con estados o empresas extranjeras se realizarán en condiciones de independencia, respeto mutuo y equidad. No se podrá otorgar a Estados o empresas extranjeras condiciones más beneficiosas que las establecidas para los bolivianos."

En segundo lugar, refiriéndose a los hidrocarburos, establece que Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB) es la única empresa facultada para realizar las actividades de la cadena productiva de hidrocarburos y su comercialización (artículo 361). Se autoriza a YPFB 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 (artículo 362). Alternativamente, YPFB podrá conformar Joint ventures o sociedades de economía mixta para la ejecución de las actividades de la cadena productiva debiendo contar obligatoriamente con una participación accionaria no menor al 51% por ciento del total del capital social. (Artículo 362,II)

En tercer lugar, en cuanto al arbitraje, se dispone:

"Artículo 366. 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."

Lo que se observa es que en materia de inversiones extranjeras se mantiene la obligación de someterse a las autoridades bolivianas, lo que si bien ya estaba en la anterior Constitución sin que implicara una imposibilidad de pactar el arbitraje, siempre existe el riesgo que se interprete ahora como una prohibición de hacerlo.

En materia de inversiones en el campo de los hidrocarburos, vemos una limitante para recurrir al arbitraje y a formular reclamaciones diplomáticas para empresas extranjeras que operan en hidrocarburos "en nombre y representación del Estado". Si hacemos una interpretación estricta, se estaría refiriendo solamente al caso de las empresas que han suscrito contratos de prestación de servicios con YPFB de acuerdo al artículo 362, pero no se estaría refiriendo al caso de las empresas extranjeras que han celebrado Joint ventures o conformado sociedades de economía mixta con YPFB.

Por último, el panorama se completa con la Disposición transitoria Novena que establece:

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

Podemos observar entonces que respecto a arbitraje, en materia de inversiones extranjeras, las somete a la exclusiva jurisdicción y a las autoridades bolivianas. En materia de hidrocarburos, existe una prohibición expresa de pactarlo o de recurrir a él, con seguridad para las empresas extranjeras que han celebrado contratos de prestación de servicios con YPFB. Finalmente, es posible que antes de la finalización de la vigencia de algunos o todos los BITs, Bolivia los denuncie, hecho que de todas maneras no podrá impedir la remanencia de los mismos según sus disposiciones que establecen que para inversiones efectuadas con anterioridad a la fecha en que la notificación de terminación del Convenio se haga efectiva, las disposiciones del mismo continuarán en vigencia por un período de varios años (entre 10 y 15 dependiendo de cada BIT) a partir de esa fecha.

III. La arbitrabilidad del litigio a los fines de la validez del acuerdo arbitral

Ante el cambio del marco jurídico de las inversiones extranjeras en Bolivia que acabamos de reseñar, cabe preguntarse cómo influye ese cambio en los derechos de un inversor extranjero, adquiridos antes de esos cambios.

¿Es posible para el Estado Plurinacional de Bolivia rehusar participar en un arbitraje alegando que los pactos anteriores (pactos que derivan ya sea de la ratificación de los BITs combinado o no con el CIADI, o cláusulas de arbitraje en los Contratos de Riesgo Compartido celebrados bajo la anterior ley de hidrocarburos o Contratos de Operación petroleros, celebrados bajo la actual ley de hidrocarburos pero antes de la reforma constitucional de 2009, ya no son válidos al haber cambiado la arbitrabilidad del litigio por la materia?

¿Podría el Estado boliviano alegar hoy que acuerdos arbitrales anteriores a la constitución vigente no son válidos porque las cuestiones a debatir ya no son más arbitrables?. ¿Podrían los jueces bolivianos rechazar el reconocimiento de un laudo extranjero obtenido a su favor por un inversor extranjero por el mismo motivo?

Recordemos que la alegación de no arbitrabilidad podría aparecer al momento del inicio del arbitraje, durante el mismo, o una vez emitido el laudo, para detener su reconocimiento y/o ejecución.

La respuesta depende del marco normativo en que nos ubicamos, en especial, si la tiene que dar un árbitro o un juez.

Desde el punto de vista de un juez, el razonamiento seguramente pasará por un análisis de derecho internacional privado, inclusive las disposiciones previstas para el arbitraje internacional en los tratados ratificados y en la ley nacional de arbitraje. Como punto de partida, la ley aplicable a los distintos aspectos que hacen a la validez del acuerdo arbitral debe regirse por su respectiva norma, teniendo en cuenta la jerarquía de normas imperante en el país al que pertenece el derecho aplicable. Es decir, es diferente alegar la invalidez del acuerdo arbitral por un tema de capacidad de las partes, de forma, o de fondo. A cada cuestión habrá que buscarle la norma que indica el derecho que debe resolverla.

En materia de arbitrabilidad del litigio por un debate de fondo como es la materia, el juez, si es boliviano y tiene que evaluar la ejecución de un acuerdo arbitral celebrado con un inversor extranjero y/o en materia de hidrocarburos, o la ejecución de un laudo extranjero en las mismas materias, tendrá en cuenta el Orden Público Internacional boliviano, el que se habrá visto modificado por las disposiciones de la nueva Constitución (sobre todo, si la Constitución "formal" llega a adquirir estatus de Constitución "material"). Al mismo tiempo, deberá tener en cuenta la norma sobre derecho transitorio en la misma, que afirma en el artículo 123 el principio de irretroactividad de la ley,¹⁷ así como el concepto de derechos adquiridos sin descuidar la perspectiva del derecho internacional, si no desea meter en aprietos al país y hacerlo incurrir en un caso de responsabilidad internacional.

Ahora bien, desde el punto de vista de un árbitro, tendrá gran relevancia el derecho internacional y la *lex mercatoria*. A este respecto, es bien conocido que un principio perteneciente a este orden establece que en materia de contratos entre Estados y particulares extranjeros, el Estado y sus emanaciones no pueden invocar la propia inmunidad, soberanía o imposibilidad de recurrir al arbitraje pactado, en base a su derecho interno.¹⁸ No pueden invocar la propia ley nacional para invalidar

¹⁷ El Artículo 123 de la Constitución establece: "La ley solo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución."

¹⁸ MARRELLA, Fabrizio, "La nuova lex mercatoria, Principi Unidroit ed usi di contratti des comercio internazionale, CEDAM, Tratto di diritto commerciale e di diritto publico dell'economia, Volume 30, Padova, 2003, en www.Trans-Lex.org/126350, p. 714. Este principio encontró consagración en los laudos *Revere Copper & Brass, Inc. v. OPIIC*, p. 1332; *Topco, International Legal Materials 1978*, p. 19, *Liamco, International Legal Materials 1981*, p. 54, *Aminoil, International Legal Materials 1982*, p. 1006, *Framatome v. The Atomic Energy Organization of Iran, Yearbook, 1983*, p. 94, 101. En doctrina, MAYER, Pierre, *Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international*, in *Etudes Pierre Lalive*, p. 552, PAULSSON, *La Lex mercatoria dans l'arbitrage CCI, Revue de l'arbitrage, 1990*, p. 81, LOWENFELD, *Lex Mercatoria: An arbitrator's View*, en *Arbitrage International, 1990*, p. 148, MUSTILL, *The New lex mercatoria; The first twenty-five years*, *Arbitration International 4(2) 1987* p86-119, p. 112, y la *Compilación de Principios Generales en Harvard Law Review, 1988*, p. 1816, en p. 1826, en Artículo 1 de la Convención de Ginebra de 1961 y el Artículo 177 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza.

el acuerdo arbitral. Esta es una aplicación del principio de buena fe en el arbitraje, ampliamente conocido.¹⁹

En cuanto al derecho internacional público, un principio análogo está receptado en el Artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la que refleja normas del derecho internacional consuetudinario.

Recordemos lo sucedido en el caso *Framatome*.²⁰ Una de las objeciones a la jurisdicción arbitral presentada en el caso *Framatome* por la parte iraní, fue la invalidez de la cláusula arbitral. El organismo iraní se basó para ello no sólo en el código de procedimiento civil iraní y en una ley de 1968 relativa a los compromisos del Gobierno o de una empresa del Estado, que exigían ciertas aprobaciones que no se habían efectuado al momento de pactar el acuerdo arbitral, sino también en el Artículo 139 de la nueva Constitución de la República Islámica de Irán de 1979, que había sido aprobada dos años después que las partes acordaran que el derecho iraní gobernaría el contrato, y que imponía la aprobación por el Congreso de las prórrogas en árbitros tratándose de contratos del Estado con extranjeros o de contratos de gran importancia doméstica. La parte iraní sostenía que tal elección del derecho se refería al "derecho vivo" en su evolución, incluyendo por tanto, la nueva Constitución de 1979, y que no se trataba de una aplicación retroactiva de la misma, sino más bien, la aplicación inmediata de una ley imperativa al contrato que, hasta no ser declarado terminado por el tribunal arbitral, seguía existiendo.

La parte privada por su lado, sostenía que el contrato había terminado el día anterior a que el gobierno iraní había tomado la decisión de no continuar con la explotación de sus recursos naturales, y por tanto, tomar en consideración la nueva Constitución significaría una aplicación retroactiva de la misma.

La cuestión entonces consistía en determinar si la Constitución islámica se aplicaba o no a una cláusula arbitral contenida en un contrato celebrado antes de su sanción, es decir, el problema de la retroactividad de las leyes.

El laudo se colocó en el plano del derecho internacional y afirmó:

"En ausencia de una disposición expresa que disponga la retroactividad, parece imposible adjudicarle esta característica a un texto constitucional...y de acuerdo a los principios ampliamente aceptados del derecho internacional público que gobiernan las relaciones entre Estados, no es posible, en ausencia de una indicación explícita en el artículo de la Constitución relativo a su aplicación *pro temporis*, presumir cualquier intención del Estado iraní de cuestionar la validez de compromisos de arbitrar

¹⁹ BOWDEN, Paul, "L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui (estoppel) as a Substantive Transnational Rule in International Commercial Arbitration, in: GAILLARD (ed.); *Transnational Rules in Commercial Arbitration*, ICC Publ. N° 480,4, Paris, 1999, p. 125 y ss. En www.Trans-lex.org/110600

²⁰ *Framatome v. The Atomic Energy Organization of Iran*, *Yearbook of Commercial Arbitration*, VIII, 1983, p. 94

celebrados previamente, y presumiblemente válidos, por una organización pública iraní a un nivel internacional.²¹

Asimismo, el tribunal consideró que la parte iraní que se apoyaba en la aplicación de la constitución, no había demostrado, o al menos intentado demostrar, alguna intención conjunta de las partes de someter la efectividad de una "cláusula contractual tan fundamental como es la cláusula arbitral... a una especie de condición totalmente dentro del poder de una parte, cuya ocurrencia dependería solamente en la voluntad del Estado del cual el organismo público parte del conflicto era un instrumento.²² Tal interpretación no podría ser aceptada a falta de prueba inequívoca, porque iría contra el principio de efectividad que otorga a los términos usados en un tratado (o contrato) un significado positivo y no un significado que los prive de valor práctico.

Los árbitros agregaron *obiter dictum* que "un principio general, universalmente reconocido en las relaciones interestatales y en las relaciones privadas internacionales (ya sea que este principio se considere de orden público internacional, o como perteneciente a los usos comerciales internacionales o a los principios reconocidos del derecho internacional público y el derecho del arbitraje internacional o la *lex mercatoria*) impediría de todas maneras al Estado iraní el repudiar el compromiso de arbitrar que él mismo celebró o que una organización pública como la AEOL hubiera celebrado previamente." Asimismo, señalaron que el derecho internacional positivo impedía a un Estado liberarse de un acuerdo arbitral mediante un acto de su propia voluntad, tal como un cambio en su legislación interna o una terminación unilateral del contrato.²³

IV. Consideraciones finales

Existe una variación importante en el marco jurídico de las inversiones extranjeras en Bolivia, focalizada en especial en materia de hidrocarburos. La reforma se va a ir haciendo más evidente aún con la promulgación de las leyes necesarias para implementar las directivas de la nueva Constitución de Bolivia.

Esos cambios implican un retorno a la Doctrina Calvo, en tanto se afirma que existe jurisdicción exclusiva de los jueces bolivianos para resolver controversias derivadas de inversiones extranjeras o actividades de la cadena de hidrocarburos.

Ante los mismos consideramos sin embargo que el inversor extranjero que contaba con el derecho de recurrir al arbitraje, adquirido antes de la promulgación de la nueva Constitución, seguramente tendrá éxito en un arbitraje internacional

²¹ Yearbook of Commercial Arbitration, VIII, 1983, p. 107.

²² Oppetit, Bruno, "Arbitrage et contrats d'Etat. L'arbitrage Framatome et autres c/ Atomic Energy Organization of Iran", Journal du Droit International, Clunet, N° 111, p. 40 y ss.

²³ Yearbook of Commercial Arbitration, VIII, 1983, p. 108-109.

en mantener la vigencia de ese derecho más allá que el Estado pudiera pretender la invalidez de tal acuerdo por inarbitrabilidad de la materia. Ello aún en caso de denunciarse los BITs.

La validez del acuerdo arbitral celebrado con anterioridad a los cambios normativos no podrá ser rehusada con éxito por el Estado boliviano, con efectividad fuera del país. Tampoco dentro del país, pues la norma constitucional no establece expresamente la retroactividad de la prohibición al arbitraje que ella misma establece en materia de inversiones extranjeras e hidrocarburos, caso en que según el texto del artículo 123 de la nueva Constitución, sí hubiera podido alegarse con probabilidades de acatamiento.

BIBLIOGRAFIA

ARENAS ESTRADA, MARIO (Editor responsable y Coordinador General), Introducción a la industria de los hidrocarburos, Cámara Boliviana de Hidrocarburos, Plural Editores, 2008.

"Bolivia se margina del CIADI" en Puentes, Volumen 9, N° 1, marzo de 2008, <http://ictsd.org/i/news/10649/>

BOWDEN, Paul, "L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui (estoppel) as a Substantive Transnational Rule in International Commercial Arbitration, in: GAILLARD (ed.); Transnational Rules in Commercial Arbitration, ICC Publ. N° 480,4, París, 1999, p. 125 y ss. En www.Trans-lex.org/110600

CUOMO, MARÍA DE LOS ÁNGELES NAHID, El arbitraje internacional en conflictos entre Estados y particulares derivados de contratos de desarrollo económico, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 1998.

CUOMO, MARÍA DE LOS ÁNGELES NAHID, "El marco legal internacional de las inversiones extranjeras en Bolivia", Revista Investigación Jurídica, Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra, año VI, N° 6, septiembre 2006, p. 73-120.

CUOMO, MARÍA DE LOS ÁNGELES NAHID, "La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional boliviano en materia de arbitraje", Revista Investigación Jurídica, Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra, Año V, N° 5, mayo 2005, p. 113-144.

FERNANDEZ ROZAS, José Carlos, "América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿matrimonio de amor o matrimonio de conveniencia?", Revista de la Corte Española de Arbitraje, Vol. XXIV, 2009, p. 13-37.

GALDO ASBUN, Daniel, "Política energética e inversión extranjera", Revista Ensayos Jurídicos, Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra, año 2, mayo 2005, p. 51-60.

HERRERA AÑEZ, William, "La Constitución económica boliviana", Revista Boliviana de Derecho, N° 1, 2006, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, p. 61-83.

HUNTER, Martin y CONDE E SILVA, Guido, "Transnational Public Policy and its Application in Investment Arbitrations", The Journal of World Investment, Geneva, June 2003, Vol. 4 N° 3, p. 367-378.

"Inversión Extranjera en Bolivia – Análisis 2009" en Coyuntura Económica, CAINCO, N° 2 junio 2009, en www.cainco.org.bo/publicaciones

MARRELLA, Fabrizio, "La nuova *lex mercatoria*, Principi Unidroit ed usi di contratti des comercio internazionale, CEDAM, Trattato di diritto commerciale e di diritto publico dell'economia, Volume 30, Padova, 2003, en www.Trans-Lex.org/126350

OPPETIT, BRUNO, "Arbitrage et contrats d'Etat. L'arbitrage Framatome et autres c/ Atomic Energy Organization of Iran", Journal du Droit International, Clunet, N° 111

PALLADINO FERNANDEZ, VALERIA, Migración obligatoria de los contratos de riesgo compartido del sector hidrocarburos impuesta por la Ley de Hidrocarburos N° 3058, Trabajo Final de Grado, Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra, 2007.

PODESTA COSTA, LUIS A. Y RUDA, JOSÉ M., Derecho Internacional Público, T° II, Tea, Buenos Aires, 1985.

VALDIVIA GARCÍA, Gerardo "Bolivia Estado Plurinacional y Comunitario", bo.globedia.com/bolivia-plurinacional-comunitario