

EL ARBITRAJE EN LA NUEVA CARTA MAGNA DE BOLIVIA

Brian Haderspock (*)

ABSTRACT

The current government administration has shown, since the beginning, a firm attitude towards the re-foundation of Bolivia. The desire to reenact a new Constitution was successful, thus on January 25th 2009 approximately 62% of the Bolivian voters approved the new Political Constitution. The new *Magna Carta* contemplates a specific treatment towards arbitration in foreign investment disputes over oil and gas activities. It also determines what jurisdiction and law will apply towards other foreign investment disputes in general, hence, denoting a sense of «come back» for the Calvo doctrine.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL ARBITRAJE Y LAS INVERSIONES EXTRANJERAS
- III. SOBRE LOS TRATADOS INTERNACIONALES
- IV. LA DOCTRINA CALVO
- V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El nuevo proyecto de Constitución Política del Estado boliviano fue elaborada por la Asamblea Constituyente Nacional en cumplimiento del mandato soberano, del pueblo boliviano, a consecuencia de un proceso de consulta popular, la misma que, con la aprobación de los asambleístas, fue sometida a referéndum de fecha 25 de enero de 2009 por el cual recibió su aprobación con casi el 62%, consecuentemente dando nacimiento a la nueva Carta Magna de los bolivianos, la cual entró en vigencia el 7 de febrero de 2009 tras su publicación en la Gaceta Oficial.

El nuevo Texto Constitucional constituye el décimo séptimo de la historia y el primero aprobado por voto popular.

(*) Licenciado en Derecho por la Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra, Bolivia. Máster en Derecho Internacional Privado y Derecho de los Negocios Internacionales por la Escuela Europea de Negocios. Diplomado en Negociación, Conciliación y Arbitraje por la Universidad Virtual. Especialidad (Certificación Profesional) en Arbitraje Internacional por la Sociedad de Altos Estudios Jurídico Empresariales Euro-americanos. Abogado del Estudio Jurídico MORENO-BALDIVIESO Abogados.

El tratamiento del arbitraje e inversión extranjera en la nueva Carta Política ha sufrido cambios drásticos. El gobierno desde el inicio de su mandato ha demostrado una actitud antagonista sobre la política económica del país. Prueba de ello fueron las nacionalizaciones y posteriormente la salida del Convenio de Washington, demostrando una abierta hostilidad hacia el arbitraje de inversión.

Después de haber analizado las disposiciones constitucionales sobre la temática del arbitraje e inversiones extranjeras, pudimos notar una posición determinante en cuanto a la aceptación de los arbitrajes internacionales como método alternativo de solución de conflictos en materia de inversiones extranjeras.

El presente artículo tratará de desarrollar el lineamiento que sigue la nueva Constitución boliviana sobre las inversiones extranjeras, el arbitraje internacional, los tratados internacionales y la reaparición de la Doctrina Calvo.

II. EL ARBITRAJE Y LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

La inversión extranjera viene proliferándose de manera asombrosa desde la década de los años 90, años en que los Estados vieron la importancia y necesidad de promover la inversión extranjera de activos en pro del desarrollo económico efectivo en el país.

A raíz del interés estatal de lograr una cooperación económica con otros Estados, y, en el marco del Derecho internacional de las inversiones extranjeras (DI de las I.I.EE.), se crearon los tratados bilaterales de inversión (*bilateral investment treaties*) o Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI), con el fin de establecer un marco convencional que otorgare una protección y seguridad jurídica al inversor extranjero.

Bolivia tiene suscrito, a la fecha, 24 APPRI's, de las cuales 17 se encuentran en vigor (1).

Por principio general, las normas consuetudinarias del Derecho internacional de las inversiones extranjeras constituyen el marco regulatorio de las relaciones jurídicas entre los inversores extranjeros, naturales o jurídicas, y el Estado receptor de la inversión, sin embargo, la creación de los APPRI y su protagonismo creciente coloca el DI de las I.I.EE. en un segundo plano, siendo por tanto supletoria la aplicación de sus normas consuetudinarias.

Para garantizar una seguridad jurídica aun mayor, los Estados vieron la necesidad de añadir, a la norma convencional, un método o una técnica extrajudicial efectiva de resolución de controversias, por lo tanto se determinó utilizar el sistema de arbitraje internacional establecido por el Convenio de Washington

(1) APPRI's en vigor: Bolivia-Alemania (1990); Bolivia-Argentina (1995); Bolivia-Chile (1999); Bolivia-China (1992); Bolivia-Corea (1997); Bolivia-Dinamarca (1997); Bolivia-Ecuador (1997); Bolivia-España (2002); Bolivia-Estados Unidos (2001); Bolivia-Francia (1996); Bolivia-Italia (1992); Bolivia-Países Bajos (1994); Bolivia-Perú (1995); Bolivia-Reino Unido (1990); Bolivia-Rumanía (1997); Bolivia-Suecia (1992); Bolivia-Suiza (1991).

El arbitraje en la nueva Carta Magna de Bolivia

sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otro Estados de 1965, conocido como el Convenio CIADI (ICSID por sus siglas en inglés).

Bolivia suscribió y ratificó el Convenio de Washington en el año 1995 constituyéndose en Estado Contratante. Desafortunadamente el 2 de mayo de 2007 el gobierno boliviano procedió con la denuncia, enviando una carta al Secretario General del CIADI solicitando su salida del organismo, quedando nuestro país fuera del Convenio de Washington, siendo el único país que se atrevió a denunciarlo.

A. Las inversiones extranjeras y la solución de controversias en la nueva Constitución Nacional

El art. 320 inc.-II establece una jurisdicción exclusiva para las inversiones extranjeras, quedando las mismas sometidas a las leyes y autoridades bolivianas, no pudiendo invocar situación de excepción, ni apelar a reclamaciones diplomáticas para obtener un tratamiento más favorable.

Art. 320-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».

Esta disposición deja claramente establecida la jurisdicción y leyes aplicables así como las autoridades competentes para conocer de los conflictos que puedan surgir en el marco de las inversiones extranjeras en Bolivia. Por tanto, el arbitraje no es una opción, y cualquier convenio arbitral será considerado nulo. Por otro lado, el artículo menciona uno de los principios rectores de la generalidad de los APPRI's o BIT's: tratamiento más favorable, conocido como «Trato Nacional y Cláusula de la Nación más favorable»; que significa de manera resumida el deber que tiene el Estado receptor de otorgar un tratamiento igualitario al Inversor extranjero con respecto a los nacionales del Estado o con respecto a terceros inversores extranjeros. Entonces, con esta determinación constitucional, el inversor queda prohibido de realizar reclamaciones en exigencia de un trato igualitario, quedando a su vez desamparado por la vía diplomática.

Por lo antes descrito, podríamos afirmar que el art. 320-II de la nueva Norma Fundamental ha sido redactado de una manera bastante hostil hacia las inversiones extranjeras en el país, llegando inclusive a retomar las directrices de la doctrina Calvo.

B. Sobre los recursos naturales

Con la nacionalización de los hidrocarburos, el Estado boliviano ha determinado eliminar todo tipo de inversión extranjera que implique un control y propiedad sobre la explotación de nuestros recursos hidrocarburíferos limitando la intervención privada a la prestación de servicios o a constituir las denominadas sociedades anónimas de economía mixta (SAM) (art. 362 NCPE). Esto último se

ve reflejado en el art. 351 de la nueva Carta Fundamental al referirse al control y dirección sobre la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de los recursos naturales en general.

El tratamiento de los recursos naturales ha sufrido una modificación con la era nacionalista del actual gobierno, en particular, la inversión extranjera en materia de hidrocarburos ha recibido inclusive un tratamiento específico en cuanto a la solución de las desavenencias que pudiera traer dicha relación jurídica entre el Inversor Extranjero y el Estado Receptor (Bolivia); el art. 366 de la nueva Constitución excluye de manera expresa y terminante la vía del arbitraje internacional para la resolución de disputas sobre todo negocio jurídico que tenga como objeto los hidrocarburos. Es más, el artículo referido tampoco reconoce otra jurisdicción o tribunal extranjero, imponiendo de manera determinante la jurisdicción y la competencia de las autoridades bolivianas quienes resolverán toda discrepancia en aplicación estricta de las leyes bolivianas.

Con lo dicho anteriormente, cabe resaltar que el art. 366 se aplicará únicamente a las inversiones extranjeras realizadas en territorio boliviano, siempre y cuando el objetivo de la inversión caiga sobre los recursos hidrocarburíferos; en otras palabras, estamos ante una exclusión expresa del arbitraje internacional mixto en materia de hidrocarburos. No obstante, la presente disposición no alcanza a las empresas públicas o privadas bolivianas que realicen actividades en torno a los hidrocarburos: éstos sí podrán acudir al arbitraje contra el Estado boliviano dado que no existe disposición alguna que les prohíba. Por otra parte también, los inversores extranjeros que deseen invertir en Bolivia, sobre los demás recursos naturales, tendrán que someterse a la jurisdicción, leyes y autoridades bolivianas, sin excepción alguna.

Art. 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».

III. SOBRE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

La antigua Carta Fundamental de 1967 no establecía una prelación jerárquica de los tratados internacionales con relación al ordenamiento jurídico boliviano. Recién con la entrada en vigencia de la Nueva CPE, tenemos certeza del rango jerárquico de los tratados y convenios internacionales. Así el art. 410 de la referida Carta establece expresamente la siguiente jerarquía:

1. Constitución Política del Estado.
2. Los Tratados Internacionales.
3. Las Leyes Nacionales, los Estatuto Autonómicos, las Cartas Orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena.

El arbitraje en la nueva Carta Magna de Bolivia

4. Los Decretos, Reglamentos y demás Resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes.

En el contexto convencional, Bolivia tiene 17 Tratados Bilaterales de Inversión en vigencia, y todos disponen de un convenio arbitral. En ese sentido, cabe remitirnos a la Disposición Transitoria Novena de la nueva Constitución boliviana que expresa el tratamiento de los Tratados ratificados anteriormente, y señala que todo Tratado Internacional se mantendrá en vigencia en el ordenamiento jurídico positivo siempre y cuando no contravenga la actual Constitución Política del Estado.

Por consiguiente, debe entenderse que todo APPRI (BIT's) que contenga la cláusula arbitral será considerado inconstitucional cuando se trate de inversores extranjeros, particularmente del sector hidrocarburífero, en cuanto a los demás sectores en general, si bien no existe una prohibición expresa de utilizar la vía arbitral: el art. 320-II establece una prohibición determinante sobre la intervención de otro tribunal que no sea nacional, o sea que toda controversia que pueda surgir entre un inversor extranjero en territorio boliviano queda sujeta a las leyes bolivianas, debiendo someterse a la resolución de las autoridades competentes de Bolivia.

No obstante, la revisión de los Acuerdos Internacionales de Inversión (APPRI/BIT's, Convenios Multilaterales, etcétera) es crucial para evitar futuras interpretaciones erróneas y asegurar una normativa convencional correcta, de manera que otorgue seguridad jurídica a las partes. Si el gobierno boliviano desea revisar y modificar algún tratado, deberá consultar al Estado-parte de acuerdo a lo establecido en el tratado vigente para las modificaciones, enmiendas o denuncias, o supletoriamente someterse a las disposiciones establecidas en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

IV. LA DOCTRINA CALVO

A finales del siglo XIX y principios del siglo XX, el inversionista extranjero no tenía una protección convencional, puesto que el Estado no iba a permitir la vulneración de su soberanía nacional; por otra parte, en tales épocas existía una politización extrema, por lo tanto el inversor quedaba sometido imperativamente a la jurisdicción y leyes del Estado receptor.

Toda reclamación por parte del inversionista extranjero tenía que enmarcarse en las leyes nacionales del estado receptor, es decir, el inversor quedaba sometido al Derecho interno, no existiendo otra alternativa mas que la protección diplomática. Pero antes de solicitar esa protección, el inversor debía agotar todas las vías de recurso que le ofrecía el Derecho interno. Una vez haya recurrido a todas las instancias nacionales, recién podía acudir a su propio Estado para solicitar la protección diplomática. Sin embargo, aquella protección no estaba garantizada ya que el Estado del nacional primero analizaría la conveniencia y pertinencia de prestar dicha protección, pudiendo o no otorgársela. De cualquier forma, la

intervención del Estado en auxilio de su Nacional a veces concluía en extremas y severas acciones como fueron las intervenciones armadas.

A consecuencia de ello surgió una doctrina proveniente de la iniciativa del ilustrado Diplomático argentino Carlos Calvo. La Doctrina Calvo consistía en la obligación de los inversores a rehusarse de utilizar la protección diplomática.

En virtud de la Doctrina Calvo, todo contrato suscrito entre un inversionista extranjero y el Estado receptor debiera obligatoriamente contar con la Cláusula Calvo, donde el inversor manifestara su promesa de renunciar al recurso de protección diplomática, quedando por tanto sometido a la jurisdicción, autoridades competentes y leyes nacionales del Estado receptor de la inversión. Evitar toda intervención estatal mediante la vía diplomática constituía el principio fundamental de la Doctrina Calvo, principio que fue incorporado en el anterior texto constitucional de Bolivia y que mantiene su vigencia en el texto actual.

Con la promulgación de la nueva Constitución Política sería lógico pensar que la política económica estaría acorde a la realidad global, a pesar de haber dado un paso hacia atrás con la salida de Bolivia del Convenio de Washington, no obstante quedar otras vías de solución de conflictos, pero la realidad demuestra lo contrario. Es decir, mientras la globalización sigue su marcha creando un comercio mundial cada vez más abierto, beneficiando a las economías mundiales involucradas en el proceso mismo, Bolivia y su administración actual parece estar en otro capítulo de la historia, o sea, pareciera que nuestros gobernantes no se han dado cuenta del dinamismo que caracteriza la mundialización del comercio global, sino que han preferido retroceder en el tiempo para aplicar las políticas económicas de nuestros ancestros.

En efecto, la capitalización trajo consigo una nueva forma de desarrollar y explotar los recursos naturales. Como todos sabemos, los países subdesarrollados se encuentran en esta situación debido a la escasa explotación de los recursos naturales, esto en razón a la falta de grandes flujos de capitales que exigen estos tipos de inversiones. En ese sentido, se abrió la posibilidad de recibir inversiones extranjeras por empresas multinacionales especialistas, para invertir en la explotación de los recursos naturales con que cuenta cada país. Este clima de inversión extranjera requeriría una seguridad jurídica para los inversores privados, seguridad que debiera otorgar el Estado receptor (de la inversión).

Sin embargo, por lo descrito anteriormente podemos denotar un retroceso a principios del siglo xx cuando reinaba la Doctrina Calvo en materia de inversiones. Volviendo al art. 320-II y 366 (nueva CPE), podemos apreciar claramente el rechazo de toda jurisdicción extranjera y arbitral en la esfera de los hidrocarburos en particular y un desconocimiento de fueros y tribunales extranjeros para las demás inversiones extranjeras en general. Aquello crea un ambiente de hostilidad, dado que las empresas extranjeras que se dedican a la actividad hidrocarburiífera (u otro tipo de inversión extranjera) no tendrán la seguridad jurídica que les otorga el poder acudir a un tribunal internacional neutro, sea judicial o arbitral. La última parte de los mencionados artículos son determinantes al no

permitir al inversor recurrir a reclamaciones diplomáticas, denotando por tanto el espíritu de la Doctrina Calvo.

V. CONCLUSIONES

Es evidente el rol que pretende llevar el gobierno boliviano con relación a las inversiones extranjeras. Las disposiciones constitucionales son muy claras y firmes en cuanto a la exclusión explícita de todo fuero y tribunal extranjero en materia de inversiones provenientes del exterior. Cabe reiterar que las empresas públicas o privadas nacionales que deseen invertir en su propio país tienen la opción de llevar cualquier disputa con el Estado ante los tribunales arbitrales con sede en Bolivia, es decir, sería un arbitraje nacional.

Mencionado esto último cabe aseverar que la institución del arbitraje en el ámbito nacional sigue con plena vigencia, afortunadamente nuestra Ley núm. 1770 no ha sufrido ningún cambio. El arbitraje comercial internacional a su vez también sigue válido, nuestra ley de arbitraje y conciliación se inspiró en la Ley Modelo UNCITRAL, por tanto es una norma arbitral muy moderna y eficiente en el arbitraje nacional e internacional. Por lo tanto, mientras la Constitución y las leyes no manden lo contrario, la utilización del arbitraje en Bolivia queda firme sobre las demás materias que se encuentren dentro de la esfera de la libre disposición.

El tema de las inversiones extranjeras en particular es alarmante, porque demuestra una tendencia que determina el estancamiento de nuestra economía y a su vez resalta un lineamiento en contra del desarrollo económico del país, ya que, como explicamos anteriormente, con las disposiciones que obliga al inversor privado internacional a renunciar al arbitraje internacional y someterse a las leyes y autoridades bolivianas, está por lo tanto realizando acciones que verdaderamente ahuyentan la inversión en todos los rubros y por ende comprometiendo la economía nacional.