DISERTACIÓN EN LA ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS JURÍDICAS DE BOLIVIA A CARGO DE LA ACADÉMICA DE NÚMERO PhD. Karen Longaric : "*REFLEXIONES SOBRE LOS TRATADOS BILATERALES PARA LA PROTECCIÓN DE INVERSIONES"*

Al iniciar mi exposición debo manifestarles que son diversos los motivos que me han llevado a profundizar el análisis de este tema, entre ellos la aprobación de los artículos 320 y 366 en la Constitución Política boliviana, el proceso de nacionalización de las inversiones extranjeras emprendido por el gobierno, las demandas de arbitraje internacional incoadas por las empresas inversoras contra el estado boliviano, la vigencia de los tratados bilaterales para la protección de las inversiones extranjeras que vinculan a Bolivia con diferentes países y los efectos respecto al CIADI.

Sin duda alguna el tema tiene significación y vigencia práctica y académica por la proliferación de los Tratados Bilaterales sobre Inversiones (TBI) o Acuerdos Para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRIS) y por los procesos de nacionalización que han emprendido algunos Estados, en el intento de recuperar el control de las empresas nacionales, particularmente aquellas que están dedicadas a actividades vinculadas a la cadena productiva hidrocarburífera y a la prestación de servicios públicos.

Los tratados bilaterales sobre inversiones extranjeras son instrumentos jurídicos internacionales suscritos entre dos estados, con el propósito de promover y proteger las inversiones de nacionales de un estado contratante en el territorio del otro estado contratante.

El tema de las Inversiones Extranjeras esta tutelado y protegido por el Derecho Internacional Público, en el área del Derecho Económico Internacional y específicamente por el Derecho Internacional de las Inversiones Extranjeras. Las formalidades aplicables a la elaboración, aprobación y denuncia de los TBI, están reguladas por el derecho internacional de los tratados y por el derecho interno de los Estados, en el caso de Bolivia se aplica el artículo 260 de la constitución política del estado. Es importante destacar que los artículos 26, 27,42 y 46 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados hacen referencia al cumplimiento de los tratados y las disposiciones de la norma interna de los estados.

De acuerdo a informes de la UNCTAD, los TBI suman más de 2.200 firmados por países de todas las tendencias políticas y modelos económicos diversos; entre ellos, Rusia y Cuba.

Bolivia firmó y ratificó 22 TBI con diferentes países; 17 están vigentes, cito entre ellos: con Argentina, Reino de España, Países Bajos, Reino Unido, EEUU, Alemania, Austria, Bélgica, Chile, Corea, China, Cuba, Dinamarca, Ecuador, Italia, Perú, Paraguay, Rumania, Luxemburgo, Suecia y Suiza.

Se puede intentar hacer una clasificación de estos tratados en función del grado de protección que brindan a la inversión extranjera, se tendrán tratados bilaterales de alta protección a la inversión extranjera, de mediana protección y de baja protección; sin embargo hoy en día existe una tendencia generalizada a proteger sólidamente al inversionista que invierte fuera del país de su nacionalidad o del país de su domicilio.

Como temas centrales en el presente análisis, se deben destacar: la definición que los TBI dan acerca de inversión extranjera, la caracterización que se hace del inversionista extranjero, las cláusulas de solución de controversias y otros temas que son de relevante importancia.

Rasgos que identifican a los TBI

Los TBI se desarrollaron en la década de los años 90, producto del Consenso de Washington y de la globalización. La mayoría de ellos designa al CIADI como centro de solución de conflictos.

Todos reconocen la facultad de los Estados para dictar medidas de expropiación, bajo requisitos determinados: interés público, no discriminación, compensación justa y oportuna, revisable en proceso judicial o arbitral, garantizando al inversionista el debido proceso. Como se dijo anteriormente estos requisitos también están reconocidos en la Carta de Derechos y Deberes económicos de los estados, de la ONU.

Definición de inversión.

Hay un criterio base para definir que es inversión, éste abarca a todo tipo de activos, todo aquello que tenga valor económico; este criterio ha sido adoptado

por algunos organismos como la UNCTAD y también instrumentos jurídicos regionales como la Decisión 291 de la CAN.

La mayoría de los TBI en su texto incorporan una definición sobre lo que constituye inversión, cito el Tratado Bilateral sobre Promoción y Recíproca Protección de Inversiones suscrito entre la República de Bolivia y el Reino de los Países Bajos, de fecha 10 de marzo de 1992: "*Artículo I, Para los fines del presente Acuerdo: (a) el término inversiones comprenderá todo tipo de bien y en particular, aunque no exclusivamente: (i) propiedad mueble o inmueble, así como cualquier otro derecho in rem con relación a todo tipo de bien; (ii) derechos derivados de acciones, obligaciones y otras clases de participaciones en compañías y empresas conjuntas; (iii) títulos de crédito, derechos a fondos de comercio y otros bienes, y cualquier actividad que tenga un valor económico; (iv) derechos en el campo de la propiedad intelectual, procesos y conocimientos técnicos; (v) derechos concedidos en virtud del derecho público, incluyendo derechos a prospección, exploración, extracción y explotación de recursos naturales".*

Los acuerdos de alta protección a la inversión extranjera dan un amplio alcance al concepto mismo de inversión e incluyen cláusulas notablemente favorables al inversor, cito algunas de ellas: la cláusula del trato justo y equitativo, la cláusula del trato al nacional, cláusula de la nación más favorecida, cláusula sobre compensación por pérdidas, sobre libre transferencia de pagos, la cláusula paraguas y la cláusula de subrogación, privilegian la jurisdicción arbitral internacional, entre otras.

Se mencionan como tratados bilaterales de alta protección, los tratados suscritos con Estados Unidos, con el Reino Unido, Italia, España y Países Bajos, entre otros.

Definición de inversionista.

En los TBI se define a los inversionistas extranjeros como aquellas personas naturales que tienen la nacionalidad de una de las partes contratantes, o las personas jurídicas constituidas en conformidad con la ley de uno de los estados partes contratantes, o las personas jurídicas controladas directa o

indirectamente por nacionales de una de las partes contratantes, pero constituidas de conformidad con la ley de esa parte contratante.

En ese sentido, se puede afirmar que constituyen puntos de conexión que determinan el carácter de inversionista: la nacionalidad, el domicilio y el lugar de constitución.

Voy a referirme a las cláusulas centrales de protección al inversor, entre ellas:

- La cláusula del trato justo y equitativo que otorga al inversor un trato mínimo requerido por el Derecho Internacional, esto es no discriminación y buena fe.
- La cláusula del trato al nacional, que concede al inversor un trato no menos favorable que el otorgado a los inversionistas nacionales, en lo referente a impuestos, derechos, cargas y deducciones fiscales y exenciones. Quedan excluidas las ventajas otorgadas por los Estados en el marco de una unión aduanera u organismo de similar característica.
- La cláusula de la nación más favorecida, por la que se asigna a las inversiones el trato más favorable que se hubiese dado a inversionistas de terceros países.
- La cláusula para la compensación por pérdidas, esto implica la indemnización o compensación derivada de estados de guerra, revoluciones, insurrección, disturbios.
- La cláusula para la protección ante medidas de nacionalización**,** establece que las medidas de nacionalización deben ser dictadas en función del interés público, bajo debida observación de un procedimiento legal; que no sean discriminatorias, que estén acompañadas por las previsiones para el pago de una justa y oportuna compensación que represente el valor genuino de las inversiones afectadas y que sea transferible al país designado por los inversionistas, en moneda libremente convertible; esta es la denominada cláusula Cordel Hull.
- La cláusula paraguas también esta incorporada en los TBI, dispone la aplicación preferencial del derecho nacional del estado receptor de la inversión, cuando éste sea más favorable que el TBI para el inversor.

- La cláusula de subrogación, que viabiliza el pago en virtud de un contrato de seguro o garantía contra riesgos no-comerciales a favor del organismo mundial para las garantías sobre inversiones.

Finalmente debo mencionar que los TBI incorporan dos cláusulas para la solución de controversias: una de ellas se orienta a regular el mecanismo de solución de controversias Estado-Estado, en virtud de la aplicación o interpretación del TBI y la cláusula para la solución de controversias Estado-Inversor, que plantea el uso gradual de diferentes mecanismos, primero se debe intentar la negociación, luego se puede recurrir a los tribunales competentes del Estado receptor de la inversión o en su defecto se podrá optar por el arbitraje *adhoc* aplicando el reglamento de la Comisión de Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional o recurrir a un centro internacional de arbitraje.

Realizada esta breve descripción de los TBI puedo abordar la segunda parte de la disertación referida al arbitraje internacional derivado de las controversias sobre inversiones. Para ello parto de la siguiente pregunta:

Que es una controversia emergente de un contrato de inversión?

Una controversia emergente de un contrato de inversión es un conflicto entre un inversionista y un estado receptor de la inversión, derivada de la interpretación o ejecución de un contrato de inversión.

Otra pregunta:

Que se somete a arbitraje?

Se somete a arbitraje determinadas controversias como aquellas derivadas de criterios contradictorios sobre lo que es inversión, controversias derivadas de de medidas arbitrarias o discriminatorias, nacionalización, expropiación, o de medidas equivalentes y otras.

Cual es el marco jurídico internacional y nacional que regula el arbitraje en materia de inversiones?

Esta es una pregunta importante porque en el ámbito de las relaciones económicas y comerciales internacionales se debe tener presente dos ordenamientos jurídicos: la norma internacional y la norma interna, ambas deben interactuar armónicamente, sin colisionar y sin que existan contradicciones entre una y otra.

En ese sentido cito las normas internacionales que regulan las inversiones extranjeras en Bolivia: En primer lugar están los TBI, otros tratados como los mencionados en el artículo 72 de la Ley 1770 como la Convención de Panamá de 1975 sobre arbitraje comercial, la convención de Montevideo de 1979 sobre Eficacia extraterritorial de sentencias y laudos extranjeros y la convención de Nueva York de 1985 sobre reconocimiento de sentencias y laudos extranjeros, además de los principios del Derecho Internacional y las normas sobre tratados internacionales.

Respecto al ordenamiento jurídico interno que regula el tema de inversiones cito en primer lugar a la Constitución Política, artículos 320 y 366 y la Ley 1770.

Así también son vinculantes a ésta materia las disposiciones establecidas en la Carta de Derechos y Deberes económicos de los Estados, aprobada en el marco de las Naciones Unidas que expresamente señala "*que los Estados tienen plena soberanía para dictar medidas de nacionalización o de expropiación, siempre que paguen una compensación apropiada, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias inherentes a esa medida"*; la resolución de la ONU sobre soberanía permanente de los recursos naturales de los estados y otros instrumentos jurídicos aprobados en el ámbito subregional que vinculan a Bolivia, entre ellos la Decisión 291 de la CAN y el acuerdo sobre arbitraje comercial internacional suscrito entre MERCOSUR, Bolivia y Chile.

Inaplicabilidad de la prohibición constitucional contenida en el artículo 366

El artículo 366 de la constitución Política prohíbe el arbitraje internacional en materia de hidrocarburos, al respecto señala: *"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".

Esta prohibición constitucional viola diversos acuerdos suscritos por Bolivia, entre ellos los TBI que reconocen el procedimiento arbitral para dirimir controversias emergentes de los contratos de inversión en general, viola las convenciones descritas en el artículo 72 de la Ley 1770, viola principios del Derechos Internacional de relevante importancia como el principio de buena fe y también el principio expresado en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho interno y la observancia de los tratados que señala: *"una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado."*

Respecto a la cláusula novena de la constitución política que dice: *"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".*

Funcionarios del gobierno han manifestado que respaldados en la cláusula precedente el estado boliviano denunciará o renegociará los TBI pues reconocen el arbitraje internacional como procedimiento para la solución de controversias emergentes de los contratos de inversión extranjera y además porque muchos de ellos privilegian al CIADI como centro de solución de controversias, no obstante que Bolivia ha denunciado el convenio de 1965.

Personalmente considero que un estado no puede denunciar un tratado bilateral en virtud de una decisión unilateral, sin previa decisión jurisdiccional o de una decisión concertada por ambas partes o por mandato del propio tratado. Por otra parte el estado boliviano estaría violando la norma internacional que señala que *los estados no pueden ampararse en su derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado,* los TBI constituyen una norma internacional vinculante para Bolivia.

Finalmente considero un error haber incorporado la cláusula novena en la constitución boliviana; esta norma se inserta en constituciones fundacionales cuando se ha producido una sucesión de estados, tal el caso de la ex-URSS y la ex-Yugoslavia cuando a raíz de su desintegración surgieron nuevos estados independientes y en ese proceso de sucesión de estados, también se dio una sucesión de tratados internacionales, que implicaba analizar si los nuevos estados continuaban vinculados a los tratados que había suscrito la ex república .

Con relación a la cláusula de solución de controversias Estado-Inversor, incorporada en los TBI, lamentablemente en la práctica no se aplican las alternativas establecidas en forma gradual en estos tratados: primero negociación, luego jurisdicción local y finalmente arbitraje. En la práctica generalmente luego de un proceso de consultas y negociaciones infructuosas, el inversor recurre directamente al arbitraje internacional, mecanismo que le es más conveniente a sus intereses, así ocurrió con las demandas arbitrales impulsadas por las empresas inversoras Aguas del Tunari, y Telecom contra el Estado boliviano, ambas incoadas ante el Centro de Arbitraje del Banco Mundial, CIADI, no obstante que también el artículo 26 del convenio del CIADI, establece que un Estado contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este convenio.
Al ser el arbitraje un mecanismo de excesiva reserva, se desconoce si en las demandas referidas, la defensa del Estado boliviano planteó oportunamente la excepción de falta de jurisdicción amparada en el artículo mencionado.

Elementos para determinar la naturaleza internacional del arbitraje

Un arbitraje será de carácter internacional cuando se den cualquiera de los siguientes supuestos: que el contrato sea de naturaleza internacional, que la solución de la controversia este gobernada por dos o más sistemas jurídicos, sin que exista regla de preferencia, que la sede del tribunal se encuentre fuera del Estado en que las partes tienen su domicilio o cuando el pacto vincule los intereses de mas de un estado.

Como se pacta el arbitraje en los TBI

Se pacta a través de cláusulas de doble paso, previendo primero negociaciones directas entre las partes, luego mecanismos que podrían adoptar una modalidad cuasi jurisdiccional y finalmente mecanismos jurisdiccionales.

La cláusula arbitral

Puede ir inserta en un tratado internacional, como las cláusulas incorporadas en los TBI o en un contrato internacional, como los contratos suscritos entre un estado y las empresas inversoras, en ambos casos la cláusula arbitral goza del principio de separabilidad y de suficiencia, es decir su valides va más allá de la valides del documento en el que va insertada.

Características del compromiso

Quienes niegan suficiencia a la cláusula arbitral señalan que la cláusula arbitral no es suficiente para dar inicio al arbitraje, tanto en lo administrativo como en el proceso mismo, sino que luego de surgida la controversia se requiere de la suscripción de un documento denominado compromiso en el que se concierten todos los aspectos inherentes al arbitraje tanto en lo administrativo como en lo procesal.

Principios que vinculan a las relaciones comerciales y de inversión

El principio de buena fe es el pilar sobre el que se erigen las relaciones del comercio internacional y las relaciones de inversión extranjera. Este principio es la piedra angular en el derecho de los tratados.

Inmunidad de los Estados

Debo referirme brevemente a este tema porque cobra mucha importancia en la etapa de ejecución de laudos. Hay corrientes que señalan que los estados gozan de inmunidad absoluta por tanto sus bienes están protegidos de cualquier medida cautelar y ejecutoria, esa inmunidad alcanza a los bienes utilizados en actividades gubernamentales, vinculadas al uso público.

La corriente mas aceptada señala que la inmunidad de los estados respecto a una posible ejecución de sus bienes es restringida porque hay bienes y activos

que son embargables y susceptibles de ejecutar, éstos son aquellos que están vinculados a las actividades comerciales al "*iure gestiones"* del estado.

Características del arbitraje internacional en materia de inversiones

En el arbitraje internacional prima el principio de autonomía de la voluntad de las partes, es decir las partes podrán elegir libremente la ley con la cual el tribunal arbitral va a sustanciar el proceso y va a decidir la controversia, asimismo pueden pactar el procedimiento que va a regular todos los actos procesales, pueden pactar el idioma, la forma de designación de árbitros, en general todas las formalidades vinculadas al procedimiento arbitral, antes que éste se inicie.

Distingue al arbitraje la facultad que tienen las partes de elegir las leyes sustantivas y adjetivas que más les convenga, esta cualidad se deriva de que el arbitraje internacional no está sujeto a ninguna ley de ningún estado.

Los laudos que se dictan en estos procesos incluyen la compensación por daños y perjuicios y a veces por lucro cesante.

Cuales son los criterios para determinar cuando un arbitraje es de carácter internacional?

Dos son los criterios que se deben presentar de manera simultánea para convertir en internacional un arbitraje: el pacto de las partes, que es un criterio formal y el elemento extranjero, que es un criterio material, de orden territorial.

Cual es la ley aplicable a un arbitraje internacional?

Como dije precedentemente en un arbitraje internacional es necesario distinguir la ley material o sustancial de la ley procesal. La primera regula las relaciones entre las partes, regula el contrato, el convenio arbitral y otros aspectos sustanciales. Por su parte, la ley procesal regula los aspectos procesales, las fases procesales.

La Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, en su artículo 5º establece que las partes son libres de elegir la ley que regulará todo lo relacionado con el arbitraje y en ausencia de acuerdo entre partes de manera supletoria se aplicará la ley del foro arbitral. Es posible elegir una ley para la materia de la controversia y otra

diferente para el procedimiento. En el arbitraje comercial se aplica de todos modos la lex mercatoria para sustanciar el fondo de la controversia.

Centros facultados a administrar arbitrajes en materia de inversión

Termino mencionando a los centros de arbitraje internacional más importantes:

- Corte de la Cámara de Comercio de París
- Centro Interamericano de Arbitraje Comercial de la OEA
- American Arbitration Asociation (A.A.A.) de Nueva York
- Tribunal de Arbitraje de Estocolmo
- Tribunal de Arbitraje de Londres
- Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya
- El CIADI
- Tribunales *ad hoc* aplicando las reglas de UNCITRAL/CNUDMI

Gracias.