

**Diferencias culturales y
renegociación de Acuerdos Internacionales sobre Inversión
*Caso Bolivia***

I) A manera de Introducción: Bolivia en el espejo económico.

No cabe duda que hasta el año 2006 la política de inversiones para Bolivia ha seguido más o menos el trazo marcado por la tendencia mundial desde los años 90, esta década estuvo sellada por una directriz Estatal hacia el neoliberalismo y un incremento excepcional en la suscripción de los Tratados Bilaterales de Inversión¹ (TBI y/o BIT) que son acuerdos que se propagaron por el fracaso multilateral, y se introdujeron a título de mecanismos idóneos para modernizar las economías mediante el establecimiento de reglas para la atracción de Inversión Extranjera Directa (IED), los resultados fueron dramáticamente ambiguos para los países, porque por un lado no existe una relación directa entre la suscripción de acuerdos y el flujo de inversión directa, es decir, las expectativas fueron más altas que los resultados del examen y por otro, debido a los adversos estándares involucrados en la solución de controversias que implica tanto cuestiones de procedimiento como sustantivas y apalancaron cuantiosas demandas de las pocas inversiones hechas en contra de Estados cuyo PIB era incluso menor que los ingresos brutos de muchas de ellas. Para el Estado Boliviano en particular como para otros países de la región en general las circunstancias que llevaron a la ratificación de los TBI hasta principios de la década del 2000 han cambiado; por ello, a la agenda del derecho de la inversión internacional, se ha sumado una tendencia por la renegociación cuando no la denuncia de los TBI que padecen manifiestas contradicciones insuperables que comprometen su aplicabilidad, revelando un proceso de renegociaciones pendiente en el paquete de acuerdos sobre inversión, reclamado bajo la necesidad de convenir o reconvenir en su caso, nuevos mecanismos, que concilien la compatibilidad de la soberanía nacional y los

¹ Otros tratados sobre doble tributación, comercio preferencial y de integración, se sumaron al andamiaje sobre inversión.

intereses de los “socios” transnacionales, 20 años después de la suscripción del primer TBI en Bolivia².

Para abordar esta abstracción dialéctica entre “inversión” y “acuerdos de inversión” es impostergable señalar, que la inédita victoria de Evo Morales Ayma frente a los opositores tradicionales en los comicios electorales del año 2005, legitimó el modelo económico propuesto por el líder del MAS – IPSP,³ durante las jornadas preelectorales, proyecto que denunciaba la exigua ganancia estatal respecto a la inversión y exigía entre sus componentes más importantes la recuperación de los recursos vitales a través de la nacionalización, regresando al Estado y el pueblo boliviano de manos de las Corporaciones Transnacionales (CT), las empresas y concesiones, cedidas por los gobiernos de corte neo liberal, a extranjeros aventajados por una serie de Acuerdos de Protección Recíproca de Inversiones o Bilateral Investment Treaties (APRIs y/o BITs), que habían sido pactados bajo la tendencia universal, de extender al colectivo empresarial extranjero,⁴ graciosas dispensas que aseguraban grandes privilegios para los “inversionistas”, tales como: el libre flujo de capitales sin requisitos de desempeño para asegurar la reinversión o la transferencia tecnológica, el régimen de estabilización gratuito y la inmunidad jurisdiccional nacional, ofreciendo la posibilidad de demandar el cumplimiento de los más audaces ensayos de obligación ante estrados internacionales, sin necesidad de comprobar previamente su calidad de tal, es decir de “inversión”, usualmente amparados por el Banco Mundial, que no hace mucho presentó, el poco celebre Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión (CIADI) instrumento distinguido del colectivo CT para eludir las exigencias de ventilar sus causas dentro de tribunales nacionales.

El presente trabajo, aborda la actualidad, pasado y futuro de los acuerdos denominados BIT, desde un punto de vista del agotamiento del modelo económico

² Tratado entre la República Federal de Alemania la República de Bolivia sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones de Capital, Ley 1120 de 1ero de Noviembre de 1989.

³ Movimiento al Socialismo – Instrumento para las Soberanía de los Pueblos (MAS – IPSP y/o MAS),

⁴ Véase los casos: ETI Eurotelecom NV. c/ Bolivia; Quiborax c/ Bolivia; Aguas del Tunari c/ Bolivia.

que apoyaba su proliferación, hacia un nuevo pacto nacional en Bolivia que demanda su transformación, aproximando las causales profundas de esta evolución, plasmando un acercamiento a las directrices de los supuestos que por lo menos desde el nuevo orden constitucional vigente, se tendrán proyectar a la matriz económica de inversión futura.

II) Pasado de los Acuerdos Bilaterales de Inversión: Privatización de las empresas

Aunque la aparición de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI's o BIT's por sus siglas en ingles) se remontan hacia finales de los años 50⁵ no fue sino hasta los 90 mientras Fukuyama otorgaba una infundada victoria a la economía neoliberal como única alternativa posible⁶, que por los altos flujos de inversión, la supuesta renovación económica, las transferencias tecnológicas, inyección de capital y generación de empleo, aparentemente asociadas a la IED, que naciones usualmente recelosas de la Inversión Extranjera Directa (IED), debido a la atracción de Corporaciones Transnacionales (CT)⁷, trataron de superar su propia desconfianza⁸, fomentando en la ingeniería del derecho internacional de las inversiones acuerdos Bilaterales entre Estados, para proteger (imponer) a las empresas extranjeras dentro de un país anfitrión, de manera tal, que con la emergencia del razonable fracaso del Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI); patrocinado por sendas organizaciones internacionales, se incrementó en países

⁵ 1959 fue el año de suscripción del primer TBI entre la República Federal de Alemania y la República Islámica de Pakistán,

⁶ El fin de la Historia y el último hombre, The End of History and the Last Man, 1989 y 1992

⁷ Casos como el de Ferrovías de Guatemala, una subsidiaria de Railroad Development Corporation (RDC), de Pittsburgh, Estados Unidos; United Fruit Company en Colombia (Masacre de las Bananeras); Gulf Oil Company en Bolivia; entre otros, arrojaron un sombrío velo de desconfianza sobre el aporte real de las Multinacionales para países Latinoamericanos.

⁸ "La implosión de fondos frescos originada a partir de la suba en el precio del petróleo en los años setenta y ochenta, conjuntamente con la desregulación de los mercados de capitales, generó una "carrera" entre los países en desarrollo para atraer fondos del exterior. Por otra parte, la revolución tecnológica que se observa en dichos años, sumada a la capacidad de las empresas transnacionales en dirigir el proceso de innovación, hacen que los países en desarrollo modifiquen sus posturas en materia de IED. En términos de política económica, la presión de los países desarrollados exportadores de capital hacia una liberalización creciente en materia de inversiones se vuelve importante. Dada dicha situación y ante la ausencia de estabilidad política y económica que mostraban estos países, muchos Estados se vieron en la necesidad de señalarse como "amigables" para así poder atraer mayores flujos de IED. Es en este contexto que, a partir de los años ochenta, una porción importante de países en desarrollo comienza a adoptar medidas de liberalización en materia de inversión extranjera como también a introducir nuevos instrumentos jurídicos. Junto a la transformación generada a partir de la introducción de estos acuerdos en materia de territorialidad de la disputa, gran parte de los países en desarrollo introducen modificaciones sustantivas en el marco jurídico nacional." Leonardo E. Stanley en Acuerdos bilaterales de inversión y demandas ante Tribunales Internacionales: la experiencia argentina reciente, Santiago de Chile, octubre de 2004.

como Bolivia, la práctica de la suscripción de acuerdos bilaterales sobre inversión, bajo la falsa premisa de que pudieran ofrecer reglas seductoras para atraer flujos IED y competir con otros países cuya perspectivas eran semejantes, sin embargo, tal como concluye García Linera Vicepresidente Boliviano: “Se crearon demasiadas expectativas respecto a la modernización de la economía vía inversión extranjera”⁹ ergo Tratados Bilaterales de Inversión.

Después de la II Guerra Mundial, las políticas nacionales de sustitución de importaciones (ISI o Modelo ISI) de manufactura nacional por artículos importados, basado en el pensamiento económico del Desarrollismo y la Teoría de Dependencia reorganizaron el aparato productivo, en consecuencia crearon protecciones arancelarias, subsidios, y políticas cambiarias para fomentar la industria nacional, además de controles de capital a la repatriación de ganancias bajo el objetivo de certificar que la inversión le reportará beneficios proporcionados al país receptor, medidas contrariantes para el Colectivo CT que dio cada vez mayor batalla. Por su fácil llegada a casi cualquier foro, en las Naciones Unidas, las CT a través de los Gobiernos de los países desarrollados (alineados) y los de los países en desarrollo se enfrentaban con dureza sobre la cuestión de determinar si los Gobiernos podían nacionalizar las inversiones extranjeras en el sector de los recursos naturales sin pagar una indemnización completa a los inversores extranjeros¹⁰ el debate empezó a delinear nuevas estrategias para proteger sus ganancias. En el decenio de 1980, se alternaron los criterios en materia de inversión aplicados en el período de posguerra (que a menudo hacían hincapié en las restricciones, los controles y las condiciones de entrada y establecimiento de la IED) principalmente a causa de la crisis de la deuda (que hizo que la IED fuera una opción más conveniente que los créditos bancarios) y de la evolución de las percepciones del papel que la IED podía desempeñar en el

⁹ Continúa diciendo que “se ofreció 500 mil empleos y la industrialización del país,. Supuestamente la capitalización iba a generar progreso y desarrollo del capitalismo en Bolivia. Existieron demasiadas expectativas con una realidad económica modesta o depauperante en satisfacción de necesidades. Y es en esta frustración relativa de la sociedad que las estructuras colectivas de movilización local se articulan en redes de acción regionales o nacionales de tipo reivindicativo y político, dando lugar a los ciclos de protesta social” Conferencia del Vicepresidente c. Álvaro Marcelo García Linera; “Del Estado Neo Liberal al Estado Plurinacional autonómico y productivo” en la Universidad Domingo Savio, Santa Cruz – Bolivia 11 de diciembre de 2008, Editado por la Vicepresidencia, Presidencia del Congreso Nacional, D.L. 4-3-89-07 P.O. Impreso en Bolivia.

¹⁰ M. Sornarajah: *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2004, pp. 22-23.

crecimiento y el desarrollo. Por consiguiente, las leyes y políticas de muchos países en desarrollo comenzaron a cambiar espectacularmente, orientándose hacia la liberalización, la protección y la promoción de la IED.¹¹ Bolivia, como otros países de América Latina, atravesó un intenso proceso de reformas producido en las décadas de los 80 y 90, patrocinado por grandes agencias internacionales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional desde mediados de los 80 producto de ello la participación estatal fue recortada, la economía fue liberalizada y muchas empresas estatales cerraron, luego durante los 90, una segunda fase de cambios estructurales fue promovida para privatizar más compañías públicas, entre 1995 y 1997 varias compañías locales fueron vendidas a transnacionales, los ferrocarriles fueron adquiridos con capital chileno y estadounidense, las compañías de electricidad por corporaciones españolas, francesas, inglesas y norteamericanas, las aerolíneas compradas con capital brasilero, las telecomunicaciones con capital aparentemente italiano, y las compañías estratégicas de gas y petróleo por capital francés, español, brasilero y norteamericano, de esta manera, el impulso económico del país, propósito de los acuerdos y el suministro de servicios esenciales fueron puestos a disposición de empresas fundamentalistas del mercado y por tanto los intereses bolivianos se deliberaban fuera de sus fronteras, amedrentados por las consecuencias que contraería reclamar respecto a la privilegiada posición de las empresas multinacionales, amparados por los Tratados Bilaterales de Inversión que pocas obligaciones exigían al conglomerado de CT.

Las minúsculas ganancias que reportaban las “inversiones” extranjeras para el erario boliviano, asociadas a las insurrecciones sociales que se suscitaron desde el año 2000 en adelante, provocaron la emergencia de un nuevo pacto económico, el Presidente Morales Ayma a un año de su gobierno claramente lo expuso “Algunas transnacionales se adueñan de los recursos naturales y privatizan los servicios básicos. Algunas de ellas violan las normas bolivianas, no respetan los

¹¹ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo; Naciones Unidas, INFORME DE 1996 SOBRE LAS INVERSIONES EN EL MUNDO Acuerdos en materia de inversión, comercio y política internacional, Panorama General, Nueva York y Ginebra, 1996; Pag. 38.

contratos y en algunos casos ni siquiera pagan impuestos. Cuando el gobierno boliviano intenta recuperar sus recursos mediante negociaciones concertadas, estas compañías, que no tienen argumentos para defenderse, acuden diligentes al CIADI para plantear arbitrajes internacionales”¹² durante su discurso en la cumbre del ALBA – TCP, de manera que se dio por sentada la necesidad de reformular el andamiaje BIT. La nueva conducción de la estrategia de inversión extranjera en Bolivia, permitió en primera instancia ofrecer a las operadoras de servicios de telecomunicaciones, electricidad y agencias hidrocarburíferas entre otros, avenirse a la política social apoyando la estrategia productiva nacional, paradójicamente al contrario de aceptar la invitación, muchas de las empresas a través de los canales que se ponían a su alcance amenazaron con sendas demandas que versaban sobre un trato injusto e inequitativo respecto a acciones discriminatorias ejercidas deliberadamente en contra de sus “inversiones”, tales intimidaciones aceleraron el análisis Estatal respecto de la conveniencia de los acuerdos de inversión y a los centros internacionales de resolución de conflictos relativos a inversiones como era el desacreditado International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) o CIADI por sus siglas en español, consecuentemente, el 1ero de mayo de 2007, se anunció el retiro irrevocable de Bolivia ante el CIADI, lo que puso fin a una especie de espada en péndulo que colgaba sobre la política económica boliviana¹³ y el plan de recuperación de los sectores estratégicos, aquella decisión no presentó efectos adversos inmediatos,¹⁴ como debiera esperarse al ser simplemente una expresión del mandato que el gobierno había asumido al ganar las elecciones del 2005, los efectos se hicieron esperar hasta octubre cuando ETI Eurotelecom International N.V. presento su solicitud de arbitraje ante el CIADI.

¹² Discurso sobre el CIADI en la Cumbre de la Alternativa Bolivariana para los Pueblos América y el Caribe (ALBA-TCP), Venezuela, 29 de abril de 2007, en CARTA INFORMATIVA DE LA FUNDACIÓN SOLON: TUNUPA; abril de 2007; pag. 11.

¹³ Esta decisión fue acompañada de la notificación para la renegociación de varios APRIs y la denuncia del BIT con Holanda.

¹⁴ Y no fue sino hasta el 31 de octubre de 2007, cuando se registra la demanda en contra del Estado boliviano, de la hasta entonces “italiana” ETI Euro Telecom Internacional N.V. bajo el No. Arb/07/28, que pone de manifiesto las sospechas del Estado boliviano sobre el CIADI respecto a su inclinación por los inversionistas, toda vez que el CIADI debió rechazar tal demanda por encontrarse manifiestamente fuera de su jurisdicción.

III) Bolivia y los BITs: creación de expectativas

En Bolivia la protección bilateral de inversión, como particularidad jurídica internacional, está construida casi en su totalidad a través de un andamiaje de Acuerdos de Protección Recíproca sobre Inversiones (APRI, BIT o TBI). Desde finales de los años 80 y principios de los 90 se ha registrado un total de 25 instrumentos bilaterales negociados, aunque solo 22 fueron ratificados incluyendo el ACE con México¹⁵, el propósito de éstos era impulsar la economía vía flujos de capital externo, sin embargo, en la práctica únicamente constituyeron el marco estratégico del proceso de enajenación y descuartizamiento de las empresas nacionales, a través de la capitalización y privatización de las mismas, convenientemente acompañado de estándares que favorecían la ausencia de registros y requisitos de desempeño, así como la repatriación gratuita de capitales.

Los tratados de inversiones, con el solo menester de ser un nacional o inversión extranjera, otorgan convenientes prerrogativas a las compañías transnacionales, éstos instrumentos habitualmente contienen disposiciones que consagran prohibiciones a la promulgación de controles y regulaciones estatales, así también, la posibilidad de recurrir directamente a tribunales internacionales para que se ventile en esta instancia las demandas por violación de cualquiera de los derechos que aparentemente se desprenden de un BIT, existe una variedad colosal de escenarios para la resolución de conflictos sobre inversión, sin embargo, el CIADI es al que se recurre con mayor frecuencia, hay tantos foros como reglas de uso para la solución de conflictos, por ejemplo la Comisión de las Naciones para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en Bolivia de la revisión de los 22 acuerdos internacionales más el holandés sobre inversión, se puede verificar que existen 8 tipos de procedimientos consignados en diferentes modalidades, pero no casualmente, la coincidencia general es que todos tienen el procedimiento CIADI exceptuando el caso de China, Cuba y Suecia que es un arbitraje ad – hoc bajo reglas CNUDMI, asimismo, es remarcable que la lógica garantista de todos ellos

¹⁵ El BIT con Costa Rica no fue ratificado, con Uruguay y Venezuela solo se negoció el texto pero no se suscribió, asimismo cabe aclarar que en diciembre de 2006 la República Federal de México fue notificada para revisar el tratado.

en términos de redacción es más o menos regular, con una definición clásica sobre la “inversión” basada en los activos y bienes, y otras cláusulas sustantivas como la prohibición para la expropiación directa o indirecta, el de Nación Más Favorecida (NMF) y Mecanismos de Solución de Disputas Inversionista – Estado y Estado – Estado; Trato Justo y Equitativo (TJE), Trato Nacional (TN), junto a otros estándares relativos a Transferencia de Fondos relacionados con la inversión, Subrogación, Renovación y Vigencia del acuerdo, que son un resguardo eficaz y casi paralegal para suprimir incluso el radio constitucional interno de los Estados, Argentina y Bolivia han presentado las respectivas demandas ante sus Tribunales Constitucionales¹⁶.

De todos los estándares que contienen los tratados suscritos por Bolivia, los que mayores repercusiones han tenido son: el de Solución de Controversias Inversionista – Estado, Trato Justo y Equitativo (TJE), Nación Más Favorecida, y el de Expropiación directa o indirecta, los casos que se tienen presentados en contra de Bolivia fueron exhortación del estándar de TJE, dicho principio está plasmado en los 22 acuerdos, él mismo está forjado a partir de un complejo heterogéneo de aparición que va desde TJE puro y simple, pasando por un estándar bajo los principios del derecho internacional, hasta el que va acompañado de trato nacional o nación más favorecida¹⁷, esta mezcla en partes obedece a una descoordinación y una manipulación jurídica que se fue dando para ofrecer a los “inversores” mayores herramientas para vulnerar la legislación nacional al momento de acceder a una reclamación internacional, lo que incluso deriva en los famosos treaty shopping, fórum shopping o cherry picking, que permiten a la parte que se sienta agredida escoger el foro, el tratado o cláusula que más le convenga sin importar su nacionalidad u otra consideración

¹⁶ Argentina intentó hacer declarar la Inconstitucionalidad de la Ley 24.353 de 28 de julio de 1994, por la que se adopta el Convenio de Washington de 1965. El 10 de mayo de 2006 el Tribunal Constitucional Boliviano declaró constitucionales las leyes que ratificaban los Tratados Bilaterales de Inversión. La razón alegada para la interposición de este recurso de inconstitucionalidad es la desproporcionalidad que nace de conceder al inversor extranjero y no al nacional la posibilidad de someterse a un Centro Internacional de Solución de Disputas con exclusión de los Tribunales nacionales bolivianos, que aparentemente contraría los artículos 135, 116 y 228 de la Constitución Boliviana de 1967 y sus modificaciones.

¹⁷ De acuerdo a la práctica de derecho internacional el TJE es un estándar absoluto mientras que el trato de nación más favorecida y trato nacional son relativos al trato que se le ofrece a los inversores nacionales o inversores extranjeros,

sustancial¹⁸; el Estado boliviano, ha desarrollado una propuesta económica de inversión ambiciosa que consiste en la recuperación de los sectores estratégicos nacionales, a través del dialogo con los empresarios y el justo pago para la reversión, lo que aparentemente pretendía ser aprovechado para exaccionar las arcas estatales, un caso sintomático que explica aquello es que ETI Euro Telecom N.V. no presentó una solicitud de arbitraje contra Bolivia por la nacionalización de sus acciones sino porque argüía que el precio de sus acciones estaban siendo deliberadamente afectadas y por tanto era una expropiación indirecta, es decir aparentemente pretendía encontrar mejores réditos acudiendo a un procedimiento internacional, antes que sentarse en la mesa de diálogo. La nacionalización y/o la expropiación son derechos de un Estado cuyo límite sólo se vincula a la compensación por la inversión a veces mal entendido como un Seguro para inversionistas, esta política boliviana no fue repentina muy al contrario emerge de un anuncio constante y repetido desde la etapa electoral previa a la asunción del nuevo gobierno de Evo Morales Ayma, de manera tal, que mal se podrían alarmar las nacionalizadas producto del mandato otorgado en las elecciones de 2005 al presidente boliviano.

IV) Presente de los Tratados Bilaterales de Inversión: Renegociación.

Mandato de Renegociación

La política actual de inversión boliviana, es producto de un nuevo pacto económico nacional que restituye al Estado y el pueblo boliviano como actor de su impulso y no como mero objeto del “mercado”, ésta ha sido plasmada en su texto constitucional, y desde la promulgación de la Nueva Constitución Política del Estado (CPE) que abroga la de 1967, el mandato forjado bajo la disposición transitoria final novena de la CPE señala que: “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” en

¹⁸ Véase: caso Mafezzini registrado en el CIADI bajo el código ARB/97/7, caso Aguas del Tunari registrado en el CIADI bajo el código ARB/02/3, y otros.

consecuencia al haberse posesionado el nuevo Ejecutivo el 22 de enero de 2010, la previsión señalada, cobró fuerza y todos aquellos tratados que sustancialmente se encuentren fuera del radio de constitucionalidad deben ser por lo menos renegociados cuando no denunciados. En esta agenda automáticamente están inscritos absolutamente todos los Tratados Bilaterales de Inversión por su contradicción con el Art 320 de la CPE, que señala 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”. Es decir en plazo de cuatro años se deberán renegociar todos los acuerdos que sometan las diferencias Inversionista – Estado a estrados internacionales. El presidente ha anunciado en repetidos foros, que quiere “socios y no patrones”¹⁹ en clara referencia a la relación con las CT que operan en el país, es decir Bolivia desea tener inversión extranjera para desarrollar en las diferentes aéreas, por tanto apuesta a que la asociación con los diversos agentes económicos internacionales es de interés para el Estado, sin embargo, ha presentado ciertas condiciones soberanas para este cometido bajo un nuevo marco de entendimiento basados en remedios distintos del arbitraje internacional, priorizando los foros nacionales de solución de controversias, privilegiando una aplicación extensiva del trato nacional, requisitos de rendimiento y registro de la inversión consecuentemente se ha formalizado en el marco constitucional. Bolivia en la actualidad está en el proceso de negociación y renegociación de los acuerdos internacionales sobre inversión, bajo un marco constitucional que ofrece un escenario jurídico sostenible para el inversor extranjero y ventajoso para ambas partes, pero sometido a la soberanía y las leyes nacionales, con standares de trato nacional extensos, que garantice a todos los niveles la independencia de la política económica estatal, debido a que “si bien no hay pruebas claras de que las protecciones extremas para el inversionista atraigan más inversión extranjera, sí resulta evidente que éstas debilitan la

¹⁹ El 22 de enero de 2010 en ocasión de la Posesión por la reelección como Presidente del Estado Plurinacional, S.E. Evo Morales Ayma, señaló “Una de las debilidades que hemos tenido, ha sido justamente la gran industrialización del sector productivo, tenemos ya programas y financiamiento garantizado para el sector de gas y petróleo, hemos empezado con la plata piloto de litio, queremos mejorar, ahí si necesitamos socios, no patrones de estos recursos naturales”, <http://www.embajada-boliviana-venezuela.com/DISCURSOS%20DE%20EVO%20Y%20ALVARO.pdf>;

capacidad de los gobiernos para garantizar que las inversiones que eventualmente atraen contribuyan al cumplimiento de objetivos nacionales”²⁰, en ese contexto fueron notificados para su revisión los BIT suscritos con Corea, Rumania, Suiza y Cuba, así como el ACE con México, por su parte el BIT con Holanda fue denunciado para su terminación, sin embargo, esta tarea va requerir de un ejercicio arduo de los negociadores bolivianos, toda vez que los BIT celebrados por Bolivia difieren sustancialmente en sus disposiciones sobre la duración del acuerdo, las variaciones son importantes en términos de la rescisión y renovación tácita del tratado debido a las diferentes fechas de entrada en vigor y de la duración, de acuerdo dichas particularidades se podrían dividir en por lo menos 2 grupos: 1) por la duración del Tratado y 2) por la duración de la protección; por la Duración del Tratado, hasta el 2010 estarían en vigencia los suscritos con: Argentina, Chile, China, Francia, Alemania, Corea, Holanda, Reino Unido, del 2011-2015 los suscritos con: Belgica, Italia, Perú, España, Suecia, Suiza, Estados Unidos, del 2016 al 2020 son Cuba y Ecuador; por la Duración del la protección, la protección del tratado sería efectiva entre el 2016 al 2020 los suscritos con: Bélgica, China, Cuba, Ecuador, Italia, Corea, España, Suiza del 2021 al 2025 los suscritos con: Argentina, Chile, Holanda, Estados Unidos, del 2026 al 2030 son: Francia, Perú, Suecia, Reino Unido, Alemania, es decir si la denuncia fuera el 2010 la protección sería de 5 (solo Italia), 10, 15 y 20 años, sin embargo, a la luz del mandato Constitucional para la renegociación de los BIT esto estará librado a la voluntad de los Estados suscriptores a efectos de evitar anomalías jurídicas futuras, tales como el fórum shopping o treaty shopping a través de los que se puedan importar ingeniosos artificios jurídicos para obtener desnaturalizados regímenes convenientemente más favorables escogiendo a discreción los acuerdos y los foros de los tratados que se prefieran, justificado a título Nación Más Favorecida o Trato Nacional.

²⁰ Boletín Tunupa No 36, Carta informativa de la Fundación Solón, Septiembre de 2007, Pág. 13.

V) Futuro de los Tratados Bilaterales de Inversión: Marco Jurídico y protección de la Inversión Extranjera

Para aproximarse a una respuesta sobre el particular sería preciso primero preguntarnos ¿el Estado boliviano aun desea seguir teniendo inversores extranjeros en el país?, de hecho la respuesta sería afirmativa, el Presidente boliviano, ha reflejado esta política con el rotulo de “socios y no patronos”, lo que para la arquitectura de la Inversión Boliviana se traduce en varios componentes: 1) Renegociación o Denuncia de los Acuerdos Bilaterales de Inversión, 2) Solución de Controversias Internacionales bajo foro Nacional, 3) Trato Nacional extenso 4) Nación Más Favorecida bajo limites expresos 5) Clausula de Rendimiento o Requisitos de Desempeño.

En Bolivia, existe un denso marco jurídico²¹ sobre inversión extranjera, vigente a la fecha, edificado bajo una visión de política fiscal y monetaria restrictiva, liberalización para la inversión, privatización del aparato industrial público (capitalizaciones) y desregulación del mercado, impulsado por sendas organizaciones internacionales como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional, que se ha hecho contradictoria a la nueva política estadual, y por su naturaleza es inaplicable hoy por hoy, así por ejemplo, la paradigmática Ley de Inversiones²² que concede a las CT, (entre otras), oportunidades para asentarse en el país sin necesidad de registro²³ por la experiencia nacional e internacional acerca de la procedencia de las inversiones respecto del tratado (luego los derechos) que dada la inversión debieran aplicarse, se hace inaplicable y apremia la impostergable necesidad del Estado de crear una nueva Ley que en cuyos componentes se exhiba la necesidad de registrar a los inversores radicados en su territorio, no solo para efectos contables y la extensión de derechos, sino

²¹ Ley de Inversiones; Ley de Privatización; Ley del Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE); Ley Corazón; Ley del Mercado de Valores; Ley de Propiedad y Crédito Popular (PCP); Ley de Electricidad; Ley de Telecomunicaciones; Ley de Hidrocarburos; Ley del Medio Ambiente; Ley de Arbitraje y Conciliación; Ley de Promoción y Desarrollo de la Actividad Turística en Bolivia; Ley SAFCO; Ley de Procedimiento Administrativo; Código de Comercio; Código de Minería; Decisión 291 del Acuerdo de Cartagena; Decisión 292 del Acuerdo de Cartagena.

²² Ley 1182 de 17 de Septiembre de 1990, promulgada durante el Gobierno de Jaime Paz Zamora.

²³ Véase artículo 10 del Decreto 2080 del 2000 colombiano, que concedía al registro de inversión extranjera ante el Banco de la República determinados derechos.

principalmente para limitar la Clausula de Nación Más Favorecida (CNMF) o Trato de Nación Más Favorecida (TNMF) a los rangos justos que eviten frivolidades procedimentales y sustantivas, un claro ejemplo se desprende del caso Maffezini de 1991, que inicia al amparo del BIT ratificado entre España y Argentina²⁴, y a la postre abre la posibilidad para que la Corporación Maffezini escudada en el clausula NMF contrate lo que se denomina un “Treaty Shopping” por extensión un “Forum Shopping” para rescatar del TBI entre Chile y España el derecho a eludir la exigencia de ventilar la causa previamente ante las Cortes Locales españolas y presentarse directamente en un Tribunal CIADI, practica aceptada y arbitraria de interpretación, que atribuye sagaces derechos “sui generis”, concedidos por un tercero totalmente ajeno a la suscripción de los acuerdos entre dos Estados soberanos, y paradójicamente inversa a la arenga de seguridad jurídica frecuentemente reclamada. En consecuencia un pendiente para la redacción de la nueva “Ley de Inversión” es limitar la aplicación de clausulas NMF a los marcos racionales que concedan a un tipo inversión llámese por el gentilicio que fuera los derechos estrictamente concedidos en tal virtud.

Del mismo modo, mucha de la normativa que formaba parte del armazón jurídico sobre inversión padece de contradicciones insuperables con la Constitución Política del Estado ergo es inaplicable y susceptible de abrogación, sin embargo, la alternativa planteada bajo la misma Carta Magna hace de ésta, el principal protector de la inversión en cuyos preceptos un “socio” encontrara por ejemplo, el Inc I del Art 320 que dice: “toda inversión estará sometida a la jurisdicción, a las leyes y autoridades bolivianas” expresando el compromiso inédito de que toda inversión detentara desde el inicio de su operación un tratamiento idéntico, es decir, no habrá la necesidad de convocar insólitos pactos entre un Estado del cual no es originaria dicha inversión porque las reglas a conciliarse estarán previstas en un marco legal constitucional, interpretadas oportunamente tanto en el nivel infra – constitucional o legal como por los administradores de justicia (en su caso

²⁴ El tratado entre Argentina y España exige que cualquier demanda de arbitraje en contra del Reino de España de un nacional de la otra parte, debe ser ventilado previamente ante las cortes locales, y solo en el caso de que después de 18 meses continúe pendiente el pronunciamiento sobre el fondo pasa al arbitraje.

tribunales de inversión extranjera nacionales) mas versados en regímenes económicos constitucionales que en arbitrajes comerciales como es el caso de los foros internacionales de inversión. Asimismo, el inc III del mismo Artículo de la CPE señala que “No se podrá otorgar a Estados o empresas extranjeras condiciones más beneficiosas que las establecidas para los bolivianos”, es decir que la misma constitución está ofreciendo a las CT que se apersonen al territorio en condiciones de igualdad con sus nacionales y por extensión podría gozar de los privilegios privativos de los mismo en materia tributaria, de competencia o regulación, por otra parte, El Inc. II del Artículo 351 de la CPE establece que “El Estado podrá suscribir contratos de asociación con personas jurídicas, bolivianas o extranjeras, para el aprovechamiento de los recursos naturales. Debiendo asegurarse la reinversión de las utilidades económicas en el país” es decir que así como garantiza para las CT privilegios incluso a la par de sus empresarios nacionales, al mismo tiempo se asegura un porcentaje para el desarrollo nacional vía reinversión de los réditos, estas políticas están destinadas a formar parte de la nueva arquitectura jurídica nacional sobre inversión y por tanto del nuevo modelo BIT boliviano.

Los BITs como fenómeno jurídico no son un compuesto inmutable, por lo general, el contenido de éstos obedece al formato recomendado en 1962 por el Consejo de Ministros de la OECD, adaptados a los requerimientos del Colectivo CT, coherentes al proceso de globalización y amenazados por el 5to ciclo de Kondratieff interpretado por Immanuel Wallerstein²⁵, hoy la información es distinta a la información que se tenía a mediados de los 90, el arbitraje inversionista-Estado y los procedimientos que han tenido lugar contribuyeron de manera importante a ello. Los Estados Parte están más atentos a los riesgos que conlleva una redacción abierta, subjetiva y confusa, así como a la relevancia de establecer una regulación apropiada de los procedimientos arbitrales. Un ejemplo es el cuidado que se ha dado a la definición de “inversión” excluyendo materias que no se pretende cubrir bajo un tratado de inversión, “América Latina y el Caribe

²⁵ CRISIS ESTRUCTURAL DEL CAPITALISMO: Wallerstein, Immanuel, Mexico 2005; ISBN: 9588093872

experimentan por cuarto año consecutivo una disminución considerable de los flujos netos de IED a un ritmo superior al mundial, lo que plantea la necesidad de no sólo examinar las políticas aplicadas hasta ahora sino también diseñar nuevas políticas de atracción de IED que preserven sus intereses de desarrollo”.²⁶ “El universo de los AII (Acuerdos Internacionales de Inversión) incluye algunos TBI renegociados. De hecho, a finales de 2004, más de 85 tratados bilaterales de inversión fueron el producto de la renegociación. La tendencia hacia la renegociación de los tratados bilaterales de inversión se espera que aumente dado que muchos TBI firmados en la década de 1990”²⁷ son contradictorios a la normativa internacional posterior, o a los fueros internos respecto a inversiones internacionales como es el caso boliviano.

²⁶ Negociaciones Internacionales sobre Inversión Extranjera Directa: perspectivas en América Latina y el Caribe; Noviembre de 2004.

²⁷ En muchos casos, la renegociación es el resultado del cambio de circunstancias, especialmente la celebración de otros acuerdos internacionales cuyos términos deben armonizarse con los TBI. Por ejemplo, los TBI firmados por diez países de Europa Central antes de su adhesión a la Unión Europea (UE) en 2004 han sido afectados por los países miembros de estos en la UE, en consecuencia, a finales de 2003 y principios de 2004, los Estados Unidos y ocho países acordaron un paquete de enmiendas e interpretaciones en el interés de evitar incompatibilidades entre los requisitos de adhesión a la UE y las obligaciones emergentes del BIT con Estados Unidos, Canadá inició una tarea similar. El 2003, China renegó sus BIT de 1983 con Alemania. *International Investment Agreements: Trends and Emerging Issues*; United Nations, New York and Geneva, 2006 Pag. 17.