

La letra pequeña de una nacionalización: Repsol YPF o el dilema de Evo Morales

Pablo Zapatero Miguel¹
*Profesor de Derecho Internacional
de la Universidad Carlos III de Madrid*

SUMARIO: I. UN NUEVO ESCENARIO.— II. EL CASO DE BOLIVIA.— III. LAS CONDICIONES LEGALES.— IV. TENSIONES Y REACCIONES.— V. CONTEXTO JURÍDICO INTERNACIONAL

I. UN NUEVO ESCENARIO

Los Estados compiten entre sí por la atracción de capital². La sociedad internacional se encuentra sumida en un complejo escenario de competencia inter-estatal orientada a atraer inversiones. En este sentido, el contexto global actual es algo diferente al que hemos glosado en la literatura jurídica hasta fechas recientes. Las cosas están cambiando y lo están haciendo más deprisa que nuestras categorías conceptuales. Aquí, las tradicionales concepciones de la coexistencia y la cooperación en el derecho internacional están viéndose desplazadas por nuevas concepciones, cuyas consecuencias son en parte desconocidas. Una de ellas trae origen en la internacionalización de los mercados. Hoy en día, la nueva voz que pugna por regir las relaciones entre los Estados es la

¹ Profesor de Derecho Internacional de la Universidad Carlos III de Madrid (pablo.zapatero@uc3m.es).

² Véase GUZMAN, A., SIMMONS, B et alia. «Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960-2000». *UC Berkeley Public Law Research Paper No. 578961*, 2004. Sobre los efectos de los tratados bilaterales de inversiones en la promoción de inversiones véase, en especial, NEUMAYER, E y SPEES, L., «Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?» 33 *World Development* (10), 2005, pp. 1567-1585.

concepción de «competencia»: Así, los Estados compiten entre sí, entre otras razones, en la atracción y preservación de inversiones. El fenómeno está transformando la evolución de la sociedad internacional y el derecho público tanto doméstico como internacional.

Sin embargo, el cambio de paradigma es cuestionado por los gobiernos de algunos Estados, que tratan de modular este nuevo *statu quo* reformando la legislación. Las recientes nacionalizaciones en el sector energético en América Latina son un botón de muestra de estas nuevas respuestas públicas. En una coyuntura global de aumento de demanda energética y precios, un grupo de gobiernos en América Latina está modificando el régimen legal doméstico de las inversiones, afectando los planes de negocio y las expectativas de beneficio de las empresas transnacionales de hidrocarburos. Así, Argentina, Nicaragua, Ecuador, Venezuela y Bolivia están modulando las políticas públicas sobre inversiones aplicadas en la región durante las últimas décadas. La adopción de estas medidas legales demuestra cómo los recursos naturales son una poderosa herramienta en manos de los países en desarrollo ante el agravamiento de las tensiones en el mundo árabe y sus efectos en la seguridad energética de los Estados. Sin duda, la subida en los precios mundiales de la energía contribuye a aumentar la percepción social de que estas empresas obtienen unos beneficios muy superiores a la inversión que realizan en el territorio nacional.

En definitiva, las reglas del juego de las inversiones en el sector energético están siendo cuestionadas e incluso impugnadas. Como resultado, hoy por hoy, las empresas energéticas se han convertido en un blanco político para financiar los programas sociales con que llegan al gobierno algunos partidos políticos en América Latina. Que estas nuevas políticas públicas produzcan un efecto de contagio en otros Estados es un riesgo real para la industria de hidrocarburos: En condiciones sociales similares, las medidas legales a menudo se replican, se transplantan. Las nuevas leyes aplicadas en América Latina siguen patrones y fórmulas diversas con un objetivo común. Así los cambios han sido diferentes en cada Estado; desde la renegociación forzada de los contratos (Argentina y Bolivia) a la revisión y aumento unilateral de regalías (Venezuela) o a la mera aplicación de la ley por incumplimiento de requisitos de desempeño (Ecuador), pasando por otras medidas intermedias de área gris.

Para algunos observadores, la nacionalización de los hidrocarburos es una reacción contra el modelo neoliberal/privatizador de la industria en la década de los años 90. El reposicionamiento del derecho público de varios Estados latinoamericanos en materia de inversiones deja descolocados y perplejos a los altos directivos de las empresas energéticas que, desde esa década, eran recibidos con los brazos abiertos por los poderes públicos, obteniendo incentivos regulatorios a la carta por parte de un conjunto de Estados en competencia por atraer su capital. Ahora, las industrias energéticas que han invertido importantes cantidades en el desarrollo de las infraestructuras de producción y distribución de gas natural y petróleo buscan compromisos que mitiguen el cambio de

las reglas del juego. Para ello, suelen negociar con el apoyo y presión directa de sus gobiernos de origen y, por lo general, a la sombra de un eventual arbitraje internacional³.

Hace ya más de una década, la comparación sobre el desempeño relativo de las empresas públicas y privadas había terminado concluyendo que la prestación estatal de servicios de infraestructuras en los países en desarrollo es, con frecuencia, inefectiva. Como resultado, muchos gobiernos optaron por desarrollar nuevos esquemas de relación empresa-Estado. En este punto, se han diseñado muy diversas fórmulas de participación del sector privado en la prestación de servicios de infraestructuras. En teoría, este tipo de participación trae origen en la falta de capacidad técnica de las administraciones públicas en algunas de estas áreas así como en la necesidad de realizar importantes inversiones que, de no llevarse a cabo con capital privado, exigirían hacerlo con capital público (asignación de recursos a otros fines). Por ello, muchos países en desarrollo han optado por transferir la prestación de servicios de infraestructuras al sector privado a cambio de fórmulas legales variables de retribución y/o participación⁴. En estas condiciones, la regulación de las inversiones se convierte, por tanto, en un área especialmente dinámica del derecho público.

El escenario de la globalización, y la compleja red de tratados e instituciones facilitadoras de la internacionalización de la economía, parecían sugerir que las políticas de nacionalización estaban ya en el baúl de la historia. Desde la descolonización de la década de los años 60 hasta la caída del muro de Berlín, se habían desencadenado procesos recurrentes, casi cíclicos, de nacionalizaciones y privatizaciones. Sin embargo, con posterioridad, algunos observadores llegaron a asumir que la omnipresente y nueva cultura de la libre empresa, el libre comercio y la libre competencia internacional habían expulsado de los modelos convencionales de políticas públicas los procesos de nacionalización. Actualmente, sin embargo, la actividad estatal en materia de inversión extranjera muestra una práctica más sofisticada que en el pasado; una práctica que cambia las reglas del juego del derecho público de forma menos rudimentaria y por medios diferentes a la tradicional expropiación directa. No hay duda de que estos cambios legales pueden llegar a ser, en ocasiones, comprensibles. No obstante, es evidente que aumentan el *riesgo político* de hacer negocios en el extranjero. Inevitablemente, por tanto, desincentivan la inversión extranjera directa en un escenario en que la redistribución inter-estatal es decreciente y en el que la inversión puede derivarse con facilidad al territorio de otros Estados o a los mercados financieros.

³ No es coincidencia que la mitad de las casi 100 reclamaciones que se han presentado ante el CIADI (foro arbitral referenciado en la práctica totalidad de los tratados bilaterales de inversiones) se hayan presentado en estos últimos años. Véase PARRA, A. «The Role of ICSID in the Settlement of Investment Disputes», 16 *News from ICSID* (1), 1999, pp. 5-8.

⁴ GUASCH, J.L., LAFONT, J.J y STRAUB, S. «Renegotiation of Concession Contracts in Latin America», *World Bank Policy Research Working Paper Series 3011*, 2003, p. 2.

II. EL CASO DE BOLIVIA

El Decreto de nacionalización de hidrocarburos de Bolivia de mayo de 2006 (Decreto 28701) se incardina en este contexto. El instrumento, que desarrolla la Ley de Hidrocarburos 3058, es el resultado directo de las promesas electorales del presidente Evo Morales asociadas a la lucha contra la pobreza, la reducción de las desigualdades y la redistribución de la riqueza. Para ello, una de las primeras medidas ideadas por el equipo del «primer presidente indígena del mundo» fue modificar las reglas del juego en materia de inversiones. Con ello, se aspiraba a atajar lo que Evo Morales percibe como el «saqueo de los recursos naturales bolivianos». El Programa de nacionalizaciones del partido de Morales, el MAS (Movimiento hacia el Socialismo), comienza su andadura con este Decreto. El instrumento es, por tanto, una pieza clave de las estrategias del gobierno boliviano para aliviar las penurias de la población a través de las reservas energéticas del país. Este programa se impulsa, como es sabido, en un escenario político interno de especial inestabilidad, marcado por una refundación constitucional y fuertes tensiones a favor de la autonomía regional en las áreas del país más desarrolladas.

El contexto social en el que se inicia este complejo y controvertido proceso de nacionalización es tenso y afecta de lleno, como es sabido, a los intereses de Repsol YPF. Vale la pena repasar brevemente algunos de sus hitos más relevantes. Así, el 1 de abril del año 2005, el diputado del MAS Jorge Alvarado anuncia una investigación sobre las petroleras por un presunto delito de contrabando. En 2006, el 25 de enero, Evo Morales nombra presidente de la empresa estatal Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB) al propio Jorge Alvarado. Un mes después, el 17 de febrero de 2006, el servicio de aduanas anuncia una demanda contra Repsol YPF por presunto delito de contrabando de petróleo. El 20 de febrero de 2006, la demanda contra Andina, filial de Repsol YPF queda formalizada ante el Ministerio Público. Posteriormente, la situación empieza a complicarse para los propios directivos de la empresa hispano-argentina. De hecho, en 26 de febrero de 2006, un fiscal decreta una orden de busca y captura contra el presidente de Repsol YPF en Bolivia, Julio Gavito. Un día después, el Fiscal General revoca la orden tras conversaciones del embajador de España y el propio presidente boliviano.

Con posterioridad, el 9 de marzo de 2006, la Fiscalía entra en las oficinas de Andina para requisar documentación y detener a Julio Gavito y al gerente Pedro Sánchez. El 10 de marzo de 2006, la defensa legal de los directivos presenta un recurso de *habeas corpus*. Con la desaparición de los dos directivos, el 13 de marzo de 2006, la Fiscalía de la Aduana de Santa Cruz llama a declarar a Miguel Cirbian, el portavoz de Andina. Un día después, el 14 de marzo de 2006, Gavito y Sánchez se presentan voluntariamente en la Fiscalía, prestan declaración y son detenidos; si bien, al día siguiente, un juez decreta su libertad bajo fianza con una prohibición de abandonar el país. En este punto, como es lógico, la tensión entre la empresa multinacional y el gobierno es particularmente alta. Así, el 18 de marzo de 2006, el actual Ministro de Hidrocarburos

Carlos Villegas, por entonces Ministro de Desarrollo Sostenible, llega a afirmar que queda probado que Repsol YPF realizó actos de contrabando de petróleo. El 22 de marzo de 2006, dimite el presidente de Repsol YPF en Bolivia y el 28 de Abril de 2006, la Fiscalía incauta equipos de un campo operado por la empresa hispano-argentina por supuesto delito de contrabando.

Por consiguiente, el proceso de nacionalización se produce en un contexto político y social caldeado en el que la ciudadanía percibe de forma crítica las condiciones legales previamente acordadas con las empresas extranjeras. Como es lógico, Repsol YPF ha valorado públicamente en varias ocasiones la posibilidad de acudir a la litigación internacional con el objeto de contener las tensiones y el clima de confrontación. Así, los comunicados de prensa de la empresa hispano-argentina informaron, por ejemplo, de que la empresa se reservaba los derechos y acciones incluyendo aquellos abarcados por el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de Bolivia⁵. Del mismo modo, hizo público que estaba considerando «ejercitar acciones legales *ante todos los foros de justicia independiente, nacionales e internacionales*» con motivo de las detenciones y problemas judiciales de sus directivos⁶. Al tiempo el propio Presidente de Repsol YPF, Antonio Brufau, llegó a declarar que «Bolivia no debe estar *al margen del sistema político internacional*»⁷.

Es probable que las empresas energéticas afectadas pudieran haber rebajado estas reacciones de confrontación desarrollando mejores y más innovadoras políticas de responsabilidad social en el extranjero. En este punto, es evidente que las empresas de hidrocarburos han perdido la batalla de las percepciones sociales. En cualquier caso, el comportamiento social de las empresas no explica de forma completa la decisión de nacionalizar los hidrocarburos bolivianos. En esencia, esta nacionalización hunde sus raíces en la profunda pobreza del país y está inevitablemente marcada, por tanto, por un intenso emotivismo. Prueba de ello es que la sociedad boliviana ha forzado la renuncia de dos presidentes consecutivos, hasta la fecha, como resultado directo de las políticas públicas sobre reservas energéticas. En este contexto, el presidente Evo Morales escenifica el cambio de rumbo dirigiéndose a miles de bolivianos congregados en La Paz el mismo día que firma el Decreto de nacionalización. El día elegido para iniciar el proceso (1 de mayo de 2006) esta asimismo marcado de simbolismo político: El día del trabajador.

Bolivia es uno de los países más pobres de América Latina, con un producto interior bruto per capita inferior a los 1000 dólares anuales. En una sociedad marcada por la pobreza y la desigualdad, de forma inevitable, una parte impor-

⁵ Repsol YPF, «Repsol YPF dispuesta a seguir en Bolivia sin renunciar a sus derechos», *Nota informativa*, Dirección General de Comunicación, Madrid (4 de mayo de 2006).

⁶ Repsol YPF, «Repsol YPF ejercerá acciones legales en defensa de sus derechos si continua la injustificada y reiterada persecución judicial en Bolivia», *Nota informativa*, Dirección General de Comunicación, Madrid (27 de agosto de 2006).

⁷ Repsol YPF, *Nota informativa*, Dirección General de Comunicación, Madrid (2 de mayo de 2006).

tante de la actividad parlamentaria boliviana ha girando desde hace décadas en torno a la administración de los recursos energéticos. Las reservas de gas descubiertas en los años 80 son, de hecho, las segundas en volumen del continente americano. En este sentido, el Decreto de nacionalización no es un producto legislativo de generación espontánea. Las condiciones sociales han venido fraguando este desenlace. El cambio que imprime el Decreto supone, en cualquier caso, la tercera nacionalización de los hidrocarburos, tras las nacionalizaciones de los respectivos gobiernos de David Toro y Alfredo Ovando. El hecho es puesto de manifiesto enfáticamente en el propio instrumento normativo: «Bolivia ha sido el primer país del continente en nacionalizar sus hidrocarburos, en el año 1937 a la Standard Oil Co., medida heroica, que se tomó nuevamente en el año 1969 afectando a la Gulf Oil, correspondiendo a la generación presente llevar adelante la tercera y definitiva nacionalización de su gas y su petróleo».

El país andino ha afrontado ahora la tercera nacionalización. La historia moderna de Bolivia se encuentra, por tanto, sometida a los cambiantes vientos de la nacionalización y la privatización. La última de las privatizaciones, con el primer gobierno de Sánchez de Lozada (1993–1997), abre los hidrocarburos a la inversión extranjera a través del *programa de capitalización* (privatización). La caída de Sánchez de Lozada en 2003, a resultas de sus planes de exportación del gas natural a través de Chile (disputa sobre acceso al mar), dio paso a la presidencia de Carlos Mesa, quién impulsó una controvertida legislación de hidrocarburos, aprobada por el Congreso en mayo de 2005, y que cristalizó el descontento de una parte importante de la sociedad boliviana. Así, el 6 de junio de 2005, tras varias semanas de manifestaciones, se produce la caída del gobierno de Mesa, dando vía libre a la llegada democrática al poder de Evo Morales, un líder cocalero aymara que se había erigido lentamente en un referente político de una parte importante de la población.

Las nuevas reglas nos adentran inevitablemente en un escenario en el que surgen gran número de cuestiones de derecho público que inciden en los derechos de propiedad, la revisión y nulidad de los contratos, la fiscalidad y las compensaciones. Como punto de partida que distingue esta nacionalización destaca que el gobierno de Evo Morales la concibe de forma original como una «nacionalización sin expropiación». Así, el presidente boliviano sostiene desde un principio que este nuevo proceso de nacionalización no acarrea expropiaciones. La pregunta es evidente: ¿cabe realmente nacionalizar sin expropiar? En la práctica, la medida legislativa adoptada por el gobierno boliviano tiene un especial interés para el derecho público tanto doméstico como internacional. Se ha diseñado en el *área gris* del derecho internacional de las inversiones; es decir, en el área de las denominadas «expropiaciones indirectas» o, en terminología anglosajona, «expropiaciones regulatorias».

Este tipo de expropiación puede adoptar miles de formas sin necesidad de incurrir en una confiscación directa de bienes o instalaciones (reducción o denegación de beneficios, exigencia de mayor participación estatal en empresas, nuevas cargas o impuestos, etc): En esencia, la expropiación indirecta constitu-

ye una compleja y nueva categoría jurídica internacional⁸. Hoy en día, la gran mayoría de los problemas a los que se enfrentan los inversores extranjeros en sus relaciones con los Estados son estas nuevas modalidades de expropiación. En este contexto, miles de medidas legislativas, administrativas e incluso judiciales pueden ser consideradas por los inversores extranjeros como una expropiación indirecta y, por tanto, ser objeto de una reclamación.

El paradigmático caso *Metalclad Corp v United Mexican States* (2001) es muy clarificador a este respecto. La definición de las conductas estatales que constituyen una expropiación conforme a este conocido laudo arbitral es amplia: «No sólo expropiaciones abiertas, deliberadas y reconocidas... pero también interferencias encubiertas o incidentales en el uso de la propiedad que tienen como efecto privar al propietario, por completo o en una parte significativa, del uso o las expectativas razonables de beneficio económico de una propiedad incluso si no producen necesariamente un beneficio obvio al Estado de recepción»⁹. En definitiva, por tanto, las medidas estatales que hipotéticamente pueden llegar a calificarse como expropiación, conforme a dicho esquema conceptual, son muchas y muy variadas. Estos desarrollos doctrinales y arbitrales, como es lógico, inquietan a los Estados en un escenario en el que los conceptos jurídicos de expropiación se adentran de forma controvertida en nuevas áreas de la actividad legislativa, administrativa y judicial. De hecho, las demandas por expropiaciones indirectas en el marco del capítulo XI del NAF-TA (inversiones) han motivado, por ejemplo, que una administración como la estadounidense rediseñe sus nuevas hornadas de tratados bilaterales de inversiones¹⁰. Al tiempo, otro aspecto crítico de este escenario es que los arbitrajes internacionales empresa-Estado en materia de inversiones no siempre ofrecen las suficientes garantías legales a los Estados (conflictos de intereses, puertas giratorias, etc)¹¹.

⁸ KUNOY, B. «Developments in Indirect Expropriation Case Law in ICSID Transnational Arbitration», *Journal of World Investment and Trade* 6, 2005, pp.467-491; NEWCOMBE, A.P. «The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law», 20 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* (1), 2005; FORTIER, L.Y y DRYMER, S.L. «Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I know It When I See It, or Caveat Investor», 19 *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* (2), 2004, pp.293-327; OECD. «Indirect Expropriation» and the «Right to Regulate» in International Investment Law», *Working Papers in International Investment Number 2004/4* y BEEN, V. y BEAUVAIS, J.C. «The Global Fifth Amendment? NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International «Regulatory Takings» Doctrine». *New York University Law Review* (78), 2003, pp. 30-143.

⁹ Traducción propia del texto original del laudo: «not only open, deliberate and acknowledged takings of property... but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State...». Véase «Metalclad Corp. v. United Mexican States», Award (ICSID. Additional Facility), Case No. ARB (AF)/97/1, Aug. 30, 2000, 16 *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal*, 2001, p. 168 (párrafo 103).

¹⁰ Véase GAGNE, G y MORIN, J.F. «The Evolving American Policy on Investment Protection: Evidence from Recent FTAs and the 2004 Model BIT», *Journal of International Economic Law* 9, 2006, pp. 357-382.

¹¹ Para una opinión cualificada en este sentido véase BUERGENTHAL, T. «The proliferation of disputes, dispute settlement procedures and respect for the rule of law» 22 *Arbitration International* (4), 2006, pp. 495-499.

III. LAS CONDICIONES LEGALES

El Decreto de nacionalización boliviano recompra acciones e impone una renegociación de contratos en la práctica. Fuerza a las empresas a negociar la transferencia de acciones y renegociar sus contratos ante la posibilidad de perder la autorización para operar en el territorio boliviano. El Decreto, por tanto, funciona como una 'palanca' de derecho público a para rediseñar conjuntamente un nuevo *statu quo* en las relaciones entre la administración boliviana y las empresas transnacionales de hidrocarburos. A estos efectos, la empresa YPFB es concebida como la herramienta organizativa central de este proceso. El gobierno de Evo Morales trata de revitalizar esta empresa estatal creada en 1936, con el objeto de convertirla en un motor de industrialización y un instrumento de recaudación para desarrollar programas sociales. En este punto, el tono del preámbulo marca la pauta del contenido del articulado con meridiana claridad. Indica así que el denominado proceso de «capitalización» ha significado «no sólo un grave daño económico al Estado, sino además un acto de traición a la patria al entregar a manos extranjeras el control y la dirección de un sector estratégico, vulnerando la soberanía y la dignidad nacionales». El preámbulo del Decreto afirma expresamente el derecho a que los hidrocarburos «vuelva[n] a manos de la nación y sea[n] utilizada en beneficio del país». Así, subraya que los bolivianos respondieron taxativamente a la pregunta 2 del referéndum de 18 de julio de 2004, decidiendo en favor de la recuperación de la propiedad estatal de los hidrocarburos.

Al tiempo, el Decreto cuestiona de modo frontal la propia constitucionalidad de los contratos. El argumento para fundamentar su nulidad (en palabras del propio presidente) y la propiedad pública «inviolable» de los hidrocarburos se sitúa en la propia Constitución dado que los artículos 136, 137 y 139 de la ley fundamental califican los hidrocarburos como bienes de dominio originario, directo, inalienable e imprescriptible del Estado. A esto se añade que, conforme al artículo 59.5 de la Constitución, los contratos de explotación de riquezas nacionales deben ser autorizados y aprobados por el Congreso de la República; hecho que a todas luces no se produjo (preámbulo y artículo 3.III). Al tiempo, el Decreto se apoya asimismo en los Pactos de Nueva York para afirmar el derecho del Estado a disponer con libertad de las riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que se derivan de «la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco» así como del derecho internacional. Por último, en una clara alusión a las funciones redistributivas de esta nueva política pública, el decreto determina que «[e]n ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia».

Así, el artículo 1 del Decreto nacionaliza los «recursos naturales hidrocarbúricos del país». En los propios términos del Decreto, «el Estado recupera la propiedad, la posesión y el control total y absoluto de estos recursos». De hecho, el artículo 2.I contempla la obligación de «entregar en propiedad a Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos YPFB, toda la producción de hidrocar-

buros» a partir del 1 de mayo del 2006. En este contexto, YPFB es un engranaje capital. De conformidad con el artículo 5.I, el Estado toma «el control y la dirección de la producción, transporte, refinación, almacenaje, distribución, comercialización e industrialización de hidrocarburos en el país». El propio artículo 8 establece que, «dentro del proceso de refundación de YPFB», se procederá a su «reestructuración integral», convirtiéndola en «una empresa corporativa, transparente, eficiente y con control social». La función asignada a esta empresa estatal para el «ejercicio pleno de la propiedad de todos los hidrocarburos producidos» es amplia (artículo 2.II): comercialización y definición de condiciones, volúmenes y precios tanto para el mercado interno como para la exportación.

El Decreto incentiva la renegociación por medio de la retirada de la autorización para operar: «Al término de este plazo, las compañías que no hayan firmado contratos no podrán seguir operando en el país» (artículo 3.I). Expirado el plazo para la renegociación de contratos, sólo las empresas que cumplan las nuevas condiciones estarán habilitadas para operar en el territorio boliviano. Al final, el esquema transfiere la propiedad y control de las reservas a YPFB y transforma a las empresas extranjeras en proveedores de servicios para la empresa estatal. Así, el artículo 4.I establece un periodo de renegociación de 180 días para la suscripción obligatoria de nuevos contratos con YPFB. Durante este «periodo de transición», el Decreto determina que las regalías y participaciones para los campos de San Antonio y San Alberto (operados conjuntamente por Repsol YPF y Petrobras) ascienden al 82%; es decir, una cantidad que refleja la cifra inversa más uno prescrita en 1996 (18%). No hay que olvidar que la mayoría de las acciones de las grandes empresas de hidrocarburos están en manos de inversores extranjeros. En este sentido, son sus consejos de administración, controlados por inversores no bolivianos, los que definen los contratos con otras empresas. Por ello, el artículo 7.II contempla la «nacionalización» de las acciones de Chaco SA, Andina SA, Transredes SA, Petrobras Bolivia Refinación SA y Compañía Logística de Hidrocarburos de Bolivia SA para recuperar el control de estas empresas (50%+1).

El 26 de junio de 2007 se ha resuelto la primera de estas negociaciones. Petrobras tenía intención de conservar parte de las acciones de las refinerías «Guillermo Elder Bell» y «Gualberto Villarroel»; adquiridas al Estado boliviano en 1999 por 104 millones de dólares. Pero la empresa brasileña cambió de posición tras verse afectada por una medida gubernamental sobre exportaciones. Así, optó por vender el 100% de las acciones, en lugar del mínimo del 51% contemplado por el Decreto de Nacionalización. La decisión de Petrobras es considerada una oportunidad por el gobierno, que recupera la plena propiedad tras unas difíciles negociaciones en las que se pacta el pago de un precio de 112 millones. De esta forma, Bolivia asume el control y administración de las plantas tras el endoso de 364.800 acciones en una sorprendente adquisición de acciones casi al contado (dos pagos a 60 días!). A efectos de gestionar estas dos grandes refinerías se crea YPFB Refinación S.A, una nueva empresa que dependerá de la empresa estatal. Hasta la fecha, las

dos refinerías procesan el 100% de la gasolina y el 70% del diesel consumido en el mercado interno. Con esta medida, el gobierno aspira a asegurar el abastecimiento interno de derivados del petróleo llevando a cabo una política industrial de desarrollo de estas refinerías.

En paralelo a la renegociación de contratos, el gobierno ha llevado a cabo auditorías para determinar las nuevas condiciones y el coste de la recompra de las acciones de control. El planteamiento político originario es que sólo se compensaría a aquellas empresas que no hubieran recuperado las inversiones iniciales. Así, conforme al artículo 4.III, las auditorías del Ministerio de Hidrocarburos determinarían, caso por caso, las inversiones realizadas por las compañías, así como sus amortizaciones, costos de operación y rentabilidad obtenida en cada campo de explotación. Las cifras y cálculos resultantes, según establece el artículo 4 serían la base para que YPFB determinara «la retribución o participación definitiva correspondiente a las compañías en los contratos». Estas auditorías de empresas especializadas han sido realizadas, en paralelo a la negociación contractual, con el objeto de fijar la retribución/participación definitiva que corresponde a las empresas de hidrocarburos extranjeras en los nuevos contratos. Así, precisan las inversiones reales e identifican volúmenes de recursos comercializados y beneficios obtenidos por dicha comercialización¹².

Las empresas de hidrocarburos extranjeras aceptaron las nuevas reglas del juego y optaron por concentrarse en la renegociación de los contratos. Paralelo, renegociaron mientras colocaban al gobierno de Morales bajo la presión de los países desarrollados, la comunidad financiera internacional y la eventual activación de arbitrajes internacionales. Cada contrato empresa-Estado es distinto. Las diferencias en las condiciones varían según las empresas y los campos de explotación. Sobra decir que el proceso de renegociación ha estado trufado de denuncias de errores e irregularidades. En esencia, el proceso en general ha sido muy controvertido. Sin duda alguna, superó la capacidad negociadora del equipo boliviano y dejó patentes las carencias institucionales del Estado.

Todos los contratos determinan en su cláusula 4.3 la propiedad del Estado sobre los hidrocarburos. Así, se diseñan como contratos de operación (prestación de servicios). Paradójicamente, sin embargo, el anexo «F» parece transformar estos contratos en contratos de producción compartida al reconocer «participaciones». Así, los contratos reparten a partes iguales los beneficios de la explotación. Esta es una fórmula característica de los contratos de producción compartida. Los contratos establecen, de modo general, las siguientes condiciones para determinar el monto de la participación: Por una parte, el 50% del valor de los hidrocarburos producidos se destina a pagos al Estado de las regalías y el impuesto directo sobre los hidrocarburos¹³. El 50% restante,

¹² Para promover la colaboración empresarial y evitar la obstaculización del proceso se establecieron presunciones de prueba en la valoración final de inversiones y amortizaciones (Decreto 28771). Véase «Coordinador General: Las empresas petroleras demoraron la información», Boletín *Dignidad*, Ministerio de Hidrocarburos y Energía, vol.1, n.4, p. 4 (octubre 2006).

¹³ La participación es incluso superior al 50% en algunos contratos.

por la otra parte, se destina al pago de los costos recuperables (gastos en la exploración y producción de los campos) a las empresas y al pago de las utilidades (beneficios de la actividad petrolera) a dichas empresas e YPFB. La distribución entre estas últimas se lleva a cabo conforme a una fórmula matemática, contenida en el anexo F, que permite calcular el monto de las utilidades obtenidas y la amortización de inversiones en relación con las inversiones realizadas. Como era de esperar, quedaron pendientes cuestiones sobre los resultados de auditoría por falta de acuerdo con las empresas. Al tiempo, en respuesta, el Ministerio asume que quedan por esclarecer asimismo cuestiones medioambientales y tributarias¹⁴.

Este esquema de participación es relevante en lo que respecta a los derechos de propiedad. El asunto es importante, en términos prácticos, porque las anotaciones del valor de las reservas afectan a su cotización bursátil y a la obtención de financiación en los mercados de capitales. Así, con la firma de los contratos, las empresas consideran que recuperan el derecho a registrar en sus balances el valor de las reservas asociadas a la producción de los campos en los que operan. La anotación tiene especial importancia para las cotizaciones en los mercados bursátiles. Asimismo, afecta a la posibilidad de que Bolivia ofrezca estas reservas, por ejemplo, como garantía para obtener préstamos para proyectos de desarrollo.

En este punto, los contratos son suficientemente ambiguos como para posibilitar la inscripción del valor de las reservas de gas y petróleo en las bolsas de valores. Repsol YPF considera, por ejemplo, que cabe contabilizar en sus estados financieros las reservas en la parte proporcional a su participación (derechos de participación sobre la producción) aunque haya cedido la propiedad. Esta posición ya la mantuvo públicamente Petrobras asimismo dos días después de la firma de los contratos. El Anexo «F» hace referencia al derecho a participaciones; no sólo a retribuciones. Así, estas empresas consideran que este porcentaje de producción les otorga un derecho de propiedad sobre parte de los hidrocarburos bolivianos que, por tanto, cabe anotar en sus balances y en las bolsas de valores. Aunque los responsables políticos del Ministerio de Hidrocarburos sostengan que esto no es así, es evidente que las empresas disponen del anexo «F» para defender este extremo.

En este contexto, las iniciativas para aclarar este punto en sede parlamentaria han caído en saco roto tras el acuerdo final de todos los partidos para «protocolizar» los contratos. Por tanto, hay cuestiones relativas a los derechos de propiedad que quedan desdibujadas. Por su parte, el anexo «D» define los «costos recuperables» en cumplimiento de la legislación en vigor. YPFB reembolsará los gastos definidos como «costos recuperables» en este anexo de los contratos. Dichos costos abarcan todos los gastos realizados para explorar, desarrollar y explotar cada campo, además de impuestos como el IVA e incluso la aportación de pericia y conocimiento técnico por parte de las empresas. Esta es

¹⁴ Boletín *Dignidad*, Ministerio de Hidrocarburos y Energía, vol. 1, n.º 7, p. 3 (diciembre 2006).

una cuestión capital para poder concluir si realmente se han cambiando de forma sustancial las reglas del juego y, en su caso, cuanto.

La base para determinar las participaciones y retribuciones definitivas de las empresas titulares depende, como se ha apuntado, de las auditorías de inversiones reguladas en el Decreto de Nacionalización. Estas auditorías a los campos están bajo la supervisión de YPFB. En este punto, la adecuada fiscalización de los costos recuperables por parte de la empresa estatal es una de las cuestiones clave del proceso. Por último, los resultados de las auditorías de las inversiones realizadas hasta el 1 de mayo de 2006 se consignan en el Anexo G. Así, este anexo reconoce «montos provisionales de inversión» para todos los campos en proceso: Aunque el cálculo de estos montos sea provisional, pendiente de concluir las auditorías, los contratos no incluyen las depreciaciones o las bajas utilidades y/o utilidades no declaradas en los últimos años. Los contratos ignoran, por ejemplo, los defectos en las inversiones comprometidas y declaradas en la época de la capitalización. Al tiempo, si el régimen legal de los hidrocarburos era inconstitucional y por tanto nulo es evidente que una parte de los beneficios de aquellas utilidades podría haberse recuperado¹⁵. Sin embargo, estas cuestiones han sido mantenidas fuera de las negociaciones de los anexos. En definitiva, se ha optado por renegociar un nuevo *statu quo* sin echar la vista atrás en detalle.

El proceso de negociación de los contratos ha tenido muchos vaivenes y altibajos políticos. Por su parte, la negociación sobre las condiciones para la exploración y producción de hidrocarburos entre Repsol YPF y el joven equipo negociador de Carlos Villegas (los denominados «rugrats») fue especialmente compleja. De hecho, la empresa hispano-argentina ha sido la última empresa petrolera en cerrar el acuerdo con el gobierno boliviano. La renegociación de las condiciones contractuales se resolvió contrarreloj: El acuerdo se obtuvo diez minutos antes de que expirara el plazo de 180 días para suscribir nuevos contratos (24.00 horas del domingo). Así, es el 28 de octubre 2006, Repsol YPF y su filial Andina firmaron con YPFB los nuevos contratos de operación.

Como es lógico, es en las condiciones contractuales y en su administración donde se podrá definir si las empresas han perdido mucho, poco o nada con las nuevas reglas del juego. Por un lado, los contratos están sometidos a un posible proceso de peritaje vinculante (cláusula 22.3). Sin embargo, la cuestión no está plenamente cerrada con esta medida. En este punto, es evidente que la gestión de la negociación contractual ha sido muy controvertida y, de hecho, ha estado acompañada desde un principio de dimisiones en cadena en todas y cada una de las instituciones públicas involucradas. De hecho, se han identificado una serie de irregularidades formales y sustantivas en la tramitación de los contratos. A estos efectos se creó una Comisión Mixta del Senado, controlado

¹⁵ El responsable de la Delegación Presidencial para la Revisión y Mejora de la Capitalización, Juan Carlos VIRREINA, elaboró 4 informes sobre esta cuestión (*La capitalización en cifras*): El segundo de ellos se centraba en la evasión fiscal y el tercero en la ejecución de las inversiones.

por la oposición Podemos (Poder Democrático y Social), para investigar anomalías en la tramitación de los contratos firmados el 28 y 29 de octubre. Esta comisión se constituyó para analizar errores y supuestos delitos en la tramitación y las compensaciones a las petroleras a través de los costos recuperables del anexo «D»: En esencia, la redacción de varias condiciones de los contratos cambió en algún momento del envío de los contratos a la Notaría de Gobierno y el Congreso. Así, por ejemplo, se identificaron 25 diferencias en el Anexo «D» del contrato firmado por Petrobras.

Tras una serie de complejas vicisitudes, un acuerdo entre los partidos MAS y Podemos hizo posible la aprobación de los contratos el 30 marzo 2007. Estos fueron aprobados por medio de 44 leyes cortas (una por contrato) que dividen los artículos de la Ley de Modificaciones 567/2007. No obstante, la situación no quedó plenamente resuelta. De hecho, ese mismo mes se presentó una denuncia a la Fiscalía General para que investigue a los participantes en las negociaciones, incluidos el Presidente YPFB, Manuel Morales y el propio Ministro de Hidrocarburos, Carlos Villegas. La denuncia se centraba en cambios introducidos a los contratos de YPFB con Petrobras, Repsol YPF y TotalFinaElf para los dos grandes campos del país: San Alberto y San Antonio. En este punto, los errores ya han costado de momento el cargo al principal ejecutivo de YPFB y la petición pública de disculpas por parte del Ministro. Sin duda, la sombra de la responsabilidad legal planea sobre el proceso de tramitación contractual.

IV. TENSIONES Y REACCIONES

El problema de Bolivia con la legislación de los hidrocarburos es estructural y viene de antiguo. Bolivia es un país con una gran riqueza en recursos naturales que, sin embargo, sufre una situación social de pobreza extrema y profundas desigualdades en un contexto marcado por la anemia institucional y la economía informal. Esto no impide constatar que la decisión de nacionalizar es un acto de Estado ciertamente arriesgado. Para empezar, transmite un mensaje de inseguridad jurídica a las empresas. Al tiempo, promueve que los dos grandes importadores de gas natural boliviano, Brasil y Argentina se esfuercen por buscar fuentes de suministro alternativas para reducir pronto su dependencia energética respecto a un país con tan escasa seguridad jurídica. Por fortuna para Bolivia, el Presidente Kirchner terminó firmando el 19 de octubre de 2006 un nuevo acuerdo energético, que mejora las condiciones para explotar y exportar gas boliviano y que proyecta un gran gasoducto para satisfacer la demanda energética argentina. No hay que olvidar que la opción de un gasoducto con acceso al océano pacífico requiere negociar con Chile; y esto no es fácil dado que el Referéndum de julio de 2004 (pregunta 4) excluye esta posibilidad (guerra del pacífico: 1879-1883) mientras Bolivia no recupere el acceso al océano. De hecho, ya fracasó un proyecto de estas características impulsado por Pacific LNG; un consorcio formado por Repsol YPF, Panamerican Energy y BG.

En este sentido, las oportunidades de desarrollo económico de Bolivia por la vía de la inversión extranjera directa bien pueden verse afectadas a medio y largo plazo. En cualquier caso, la nacionalización es una decisión adoptada por un gobierno elegido democráticamente, cuyos electores apoyan mayoritariamente la medida. Bolivia es uno de los países más pobres de América Latina y tiene por delante la imperante necesidad de implantar y desarrollar programas sociales en numerosas áreas. El dilema de Morales es que para cumplir con sus promesas sobre política social necesita obtener mayores recursos del negocio de los hidrocarburos. En este punto, los altos precios de los mercados internacionales son la clave que explica el proyecto de transferencia de renta de las empresas a la sociedad iniciado con el Decreto de nacionalización. A mayores beneficios: renegociación.

El ingreso adicional que recibe el Estado para sus programas sociales con los nuevos contratos, según estimaciones del propio gobierno de Evo Morales, supera los 300 millones de dólares y los ingresos por regalías e impuesto directo sobre los hidrocarburos los 1500 millones anuales¹⁶. En respuesta a esta transferencia, los gobiernos de Argentina, España y Brasil han presionado con intensidad para preservar los intereses de las empresas. En este sentido, la nacionalización en Bolivia es un ejemplo claro de cómo el aparato gubernamental de los Estados desarrollados representa en ocasiones los intereses de las empresas en el extranjero. En el caso particular de la negociación de Repsol YPF, la presión del gobierno español desde un principio y durante el proceso de negociaciones ha sido intensa y constante. De hecho, intervinieron importantes representantes del gobierno español, incluido el propio Presidente, dos Vicepresidentes del gobierno, un Ministro y un Secretario de Estado.

Así por ejemplo, el 4 de mayo de 2006, el Vicepresidente Solbes afirmó que España debía «defender *sus derechos*» en Bolivia. Por su parte, el Secretario de Estado de Asuntos Exteriores español, Bernardino León, intervino en el proceso de forma determinante. De hecho, su implicación fue capital en el cierre de la negociación. Es más, arribó a La Paz cinco horas antes de que se cerrara el plazo de 180 días. El Secretario de Estado describió su labor durante estas negociaciones como la de «facilitador» llegando incluso a identificar al propio Estado español con los planes de la empresa: «*Vamos a invertir en los próximos años una cantidad similar (1000 millones de dólares)*». En palabras del Secretario de Estado: «El gobierno español está satisfecho en la medida en que la empresa está satisfecha. Conseguimos lo que nos habíamos propuesto». Así, añade que España espera que el presidente boliviano cumpla su promesa de una nacionalización sin expropiación, que los nuevos contratos fueran resultado del diálogo y que condujeran a dar mayor seguridad jurídica. Por último, la Vicepresidenta también recaló en Santa Cruz, donde se reunió con el Presidente de Repsol YPF para transmitirle la determinación de Morales de llegar a un acuerdo. El propio Brufau explica cómo Fernández de la Vega man-

¹⁶ Boletín *Dignidad*, Ministerio de Hidrocarburos y Energía, vol. 1, n.º 7, p. 2 (diciembre 2006).

tuvo una conversación telefónica con el presidente boliviano para dar apoyo a la negociación minutos antes de que se cerrara el plazo de negociación.

Probablemente, detrás del celo de los representantes políticos nacionales y extranjeros ante este proceso de nacionalización no sólo están los intereses de las empresas. También están las susceptibilidades de la Unión Europea y EEUU frente a las estrategias regionales de Chávez, que al fin y al cabo presenta una alternativa política a sus tratados de libre comercio con América Latina. No se ha pasado por alto que el anuncio de nacionalización de los hidrocarburos bolivianos se produce después de que Evo Morales pasara el último fin de semana de abril de 2006 con Fidel Castro y Hugo Chávez en la Habana. La realidad, sin embargo, es que el gobierno de Morales está aplicando una política económica convencional. En este punto, las medidas del programa de reformas no son revolucionarias como algunos afirman. En esencia, no hay cambios sustanciales en el sistema económico, la propiedad privada o el sistema de producción. Es más, las medidas no son de modo alguno rupturistas si las ponemos en perspectiva; en particular si las comparamos, por ejemplo, con el cambio de reglas del juego en la producción del petróleo impuestas por los países productores en los años 70. Al tiempo, el modelo contractual de gestión basado en partenariados público-privados no es algo precisamente revolucionario. De hecho, esto es lo que promueven hoy en día muchas grandes empresas para abrir mercado en la gestión de los servicios públicos en Europa¹⁷.

No deja de ser paradójico, por cierto, que la comunidad empresarial defienda estos esquemas contractuales para la construcción y gestión de los servicios públicos en Europa pero no para la explotación de los recursos naturales de países en desarrollo. En cualquier caso, en lo que respecta a Bolivia, es evidente que el gobierno de esta república aspira a compartir de forma más equitativa los beneficios de la explotación de hidrocarburos, aportando los recursos energéticos de titularidad estatal a cambio del desarrollo y gestión privada de las infraestructuras para producción y distribución de hidrocarburos. Como es evidente, la letra pequeña de esta «nacionalización sin expropiación» tiene delante una fuerte retórica demagógica y populista destinada al consumo político interno.

Sin duda, el «primer presidente indígena» del mundo se encuentra atado a sus bases sociales. Esto le empuja a la teatralidad, la retórica identitaria del indigenismo, el simbolismo cultural tradicional y, por supuesto, un discurso antiimperialista. Sin embargo, analizando la composición de su gobierno se comprueba que, aunque este se escora con frecuencia hacia la demagogia populista, sus medidas políticas son escasamente revolucionarias. Morales entien-

¹⁷ PPP/Public-Private Partnerships. Sobre estas nuevas fórmulas véase, en la Europa comunitaria, *Guidelines for Successful Public-Private Partnerships*, European Commission, Directorate-General Regional Policy (March 2003) así como *Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions*. COM(2004) 327 final (30 de abril de 2004). Desde el sector privado véase *Developing Public Private Partnerships in New Europe*, PriceWaterhouseCoopers, 2004. Para una perspectiva desde el FMI véase *Public-Private Partnerships*, Fiscal Affairs Department, IMF (12 de marzo de 2004).

de claramente que su retórica y la realidad no siempre pueden ir de la mano; máxime en un contexto de deuda y déficit crónico del Estado boliviano, con una alta dependencia de las empresas transnacionales, de la ayuda europea y estadounidense, y bajo la atenta mirada de un importante número de Estados, el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo. En la práctica, por ello, no hay cambios legislativos estructurales en materias capitales como la distribución de la renta, la distribución de la tierra o la lucha contra las desigualdades.

El objetivo expreso de Morales y su Vicepresidente Linera es, en sus propias palabras, la *normalización del capitalismo* en Bolivia. En este sentido, la política económica del gobierno boliviano es relativamente convencional (equilibrio presupuestario, estabilidad macro-económica, austeridad fiscal, acumulación de reservas de divisas, etc). En definitiva, el actual cambio de reglas del juego en materia de hidrocarburos no forma parte de ningún proyecto revolucionario que trate de emular el modelo cubano o las fórmulas de Chávez. Prueba palmaria de que no hay cambio estructural alguno es que las directrices ideadas por Linera para las relaciones entre empresas y Estado se basan en la estabilización de los contratos a cambio de desarrollar esquemas de gestión conjunta y compartir equitativamente los beneficios. Por tanto, el resultado final del proceso (incluida la letra pequeña de los anexos) es la muestra evidente de que el presidente de un país como Bolivia tiene poco margen de manobra más allá de cumplir sus compromisos, sea estos moralmente criticables o no. Bajo la retórica populista de la nacionalización, las cuestiones en discusión son, en la práctica, la renegociación de contratos, la participación en la gestión y el aumento de regalías e impuestos en un entorno, por otro lado, de compensación de las inversiones y recompra de acciones; *business as usual*.

V. CONTEXTO JURÍDICO INTERNACIONAL

La inversión extranjera directa abre una ventana al crecimiento económico de los países en desarrollo¹⁸. Por ello, es importante que los Estados en desarrollo la manejen con cautela. En teoría, los Estados optan por generar confianza y credibilidad en los inversores atándose al mástil de la seguridad jurídica por medio de tratados bilaterales de inversiones. En la práctica, estos instrumentos operan también como herramientas para inhibir el oportunismo y el populismo. Dentro de este esquema, los Estados limitan su soberanía a cambio de inyecciones de capital y/o transferencias de tecnología. Esta limitación se realiza a través de tratados que contemplan procedimientos de solución de diferencias obligatorios. La inversión extranjera directa es, por tanto, una fórmula de desarrollo por defecto ante la falta de redistribución global de la

¹⁸ GUZMAN, A.T. «Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Treaties», 4 *Virginia Journal of International Law* (38), 1998, pp. 639-688.

riqueza desde los Estados desarrollados. En definitiva, la inversión extranjera directa es la fuente básica para la financiación de los países en desarrollo ante el continuo retroceso del volumen de los fondos, cada vez más condicionados, de la ayuda al desarrollo. Este tipo de inversión supera hoy en día con creces los beneficios que para los países en desarrollo generan los créditos de entidades financieras públicas o privadas o la propia inversión de portfolio en sus escasas empresas cotizadas.

En este contexto, la exigencia básica que plantean las empresas transnacionales a la nacionalización boliviana es el cumplimiento del derecho internacional. Hoy en día, el esquema legal imperante ha erosionado las condiciones generales de la Resolución 1803 (XVII) de 1962 (*Soberanía permanente sobre los recursos naturales*)¹⁹ y la Resolución 3281 (XXIX) de 1974 (*Carta de Derechos y Deberes económicos de los Estados*)²⁰. El actual esquema legal ha sido conformado por los países desarrollados a través de la práctica del derecho de los tratados, desarrollando modernos tratados bilaterales de inversiones cada vez más precisos y elaborados y que se alejan del contenido de aquellos instrumentos²¹. Como resultado, nos encontramos ante un nuevo escenario de transacciones jurídicas globales caracterizado por una tendencia a ‘internacionalizar los contratos’ y una marcada interacción entre contratos y tratados²².

La formulación de políticas públicas en Bolivia se enfrenta a numerosas limitaciones de derecho internacional. El país andino no se escapa de la red global de tratados bilaterales de inversión que los Estados desarrollados, actuando como intermediarios de las empresas, vienen tejiendo desde los años 50 y, muy en especial, a partir de la década de los años 90²³. A estos efectos, la

¹⁹ Punto I.4: «En [...] casos [de nacionalización, expropiación o confiscación] se pagará al dueño la indemnización correspondiente, con arreglo a las normas en vigor en el Estado que adopte estas medidas en ejercicio de su soberanía y en conformidad con el derecho internacional. En cualquier caso en que la cuestión de la indemnización dé origen a un litigio, debe agotarse la jurisdicción nacional del Estado que adopte esas medidas».

²⁰ Artículo 2.2. c: «El Estado que adopte [las] medidas [de nacionalización, expropiación o transferencia de la propiedad de bienes extranjeros] deberá pagar una compensación apropiada, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el estado considere pertinentes. En cualquier caso en que la cuestión de la compensación sea motivo de controversia, ésta será resuelta conforme a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales, a menos que todos los Estados, y de acuerdo con el principio de libre elección de los medios».

²¹ Véase, en especial, BERMEJO, R., *Vers un nouvel ordre économique international. Etude centrée sur les aspects juridiques*, Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1982.

²² Véase ORREGO VICUÑA, F. «Of Contracts and Treaties in the Global Market», 8 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* (1), 2004, pp. 341-357. Sobre las teorías de la internacionalización de los contratos véase SCHWEBEL, S. «On whether the breach by a State of a contract with an alien is a breach of international law», *Essays in Honour of Roberto Ago*, Giuffrè, Vol. III, 1987, pp. 401-414, LEBEN, Ch. *La Théorie du Contrat d'Etat et l'Evolution du Droit International des Investissements*, Martinus Nijhoff Publishers, 2004 o SORNARAJAH, M. *International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2004.

²³ El número de tratados bilaterales de inversiones en vigor ha pasado de 500 a 2500 (aprox) entre 1990 y 2004 conforme a las estimaciones de la UNCTAD. Véase UNCTAD. *World Investment Report*. New York/Geneva: United Nations, 2005, p.46. Sobre este tipo de tratados véase GARCÍA RODRIGUEZ, I. *La protección de las inversiones exteriores: Los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones celebra-*

seguridad jurídica de los inversores extranjeros requiere la elaboración de instrumentos normativos que complementen la escasa precisión y determinación de la costumbre internacional a la hora de administrar las nuevas diferencias en esta materia²⁴. Así, se ha ido desarrollando un amplio conjunto de instrumentos que aumentan los derechos de los inversores extranjeros *vis a vis* los Estados. Estos instrumentos les han concedido *ius standi* ante foros internacionales, en contraposición con sus propios inversores nacionales (discriminación entre propietarios nacionales y extranjeros)²⁵.

Los tratados bilaterales de inversiones incorporan por referencia las normas consuetudinarias en materia de protección de inversiones e impulsan el desarrollo progresivo del derecho internacional abordando, por ejemplo, medidas de área gris como las expropiaciones indirectas. En este sentido, las expropiaciones indirectas son un área regulada, con mayor o menor precisión, en algunos de estos modernos tratados bilaterales de inversiones (p.e: «medidas equivalentes a» la expropiación). Los procedimientos, como es sabido, operan al margen de los tribunales internos, excepto en lo que se refiere a la ejecución de laudos, y tienen una gran potencialidad para modificar comportamientos estatales a la sombra de una eventual decisión arbitral desfavorable. A estos efectos, las empresas disponen de una creciente pluralidad de foros para el arbitraje internacional de inversiones. La mayoría de los modernos tratados de inversiones ofrecen la posibilidad de elección de foro: Por lo general, el CIADI del Banco Mundial²⁶, los arbitrajes de la Cámara de Comercio Internacional (Corte Internacional de Arbitraje) y otros procedimientos arbitrales *ad hoc* en el marco de cámaras de comercio como, por ejemplo, Viena o Estocolmo²⁷.

En este punto, vale la pena subrayar que Bolivia se ha retirado de la jurisdicción del CIADI muy recientemente, a efectos de blindarse frente a una eventual demanda. Así, el 1 de mayo de 2007, el gobierno de Evo Morales envía al Presidente del Banco Mundial una carta para retirarse. Es la primera vez que sucede. El artículo 71 de la Convención del CIADI preceptúa lo si-

dos por España, Tirant lo Blanch, 2005 y DOLZER, R y STEVENS, M. *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

²⁴ En favor y en contra de las funciones de los tratados bilaterales en la formación de normas consuetudinarias véase HINDELANG, S. «Bilateral Investment Treaties, Custom and a Healthy Investment Climate-The Question of Whether BITs Influence Customary International Law Revisited», *Journal of World Investment and Trade* (5), 2004, pp.789-809 y AL FARUQUE, A. «Creating Customary International Law through Bilateral Investment Treaties: A Critical Appraisal», *44 Indian Journal of International Law* (2), 2004, pp. 292-318, respectivamente.

²⁵ Para una clara y breve evolución histórica de la protección internacional de la propiedad extranjera véase LOWENFELD, A.F. *International Economic Law*, Oxford University, 2002, pp. 391-414.

²⁶ VIVES CHILLIDA, J.A., *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones*, McGraw-Hill, 1998 y REED, L., PAULSSON, J y BLACKABY, N. *Guide to ICSID Arbitration*, Kluwer, 2004.

²⁷ Para un trabajo que sostiene que los tratados y los arbitrajes de inversiones son una muestra de «derecho administrativo internacional» véase VAN HARTEN, G. y LOUGHLIN, M. «Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law», *European Journal of International Law* (17), 2006, pp. 121-150.

guiente: «Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. La denuncia producirá efectos seis meses después del recibo de dicha notificación». Por tanto, el CIADI cierra sus puertas para futuras demandas, si se interpreta que el consentimiento al que se refiere el artículo 72 («consentimiento a la jurisdicción del Centro») no es la existencia de una cláusula arbitral o una disposición legal doméstica sino una aceptación de su jurisdicción por ambas partes. La vía del CIADI quedaría pues cerrada. Actualmente, por tanto, sólo queda activo para Bolivia el procedimiento arbitral iniciado en 2006 por la chilena Química e Industrial del Borax Limitada (Quiborax)²⁸, ya que el caso *Aguas del Tunari* fue resuelto por acuerdo ese mismo año.

Asimismo, Bolivia aspira a revisar sus 24 tratados bilaterales de inversiones en materia de definición de «inversión», requisitos de desempeño y solución de diferencias. De hecho, ha notificado a varios Estados su intención de renegociar estos tratados. Muchos de ellos, ofrecen opciones arbitrales que no dependen del CIADI²⁹. No obstante, la medida carece de un impacto directo sobre las inversiones actuales dado que la mayoría de los tratados bolivianos contienen una cláusula de supervivencia que mantiene la protección entre 10 y 20 años con posterioridad a la terminación de los tratados. En cualquier caso, el gobierno boliviano envía con ello una señal crítica sobre las presiones a las que las empresas le han sometido, a la sombra de estos tratados, durante la renegociación de los contratos.

Una lectura realista y pragmática del Decreto y su ‘letra pequeña’ es que esta «nacionalización sin expropiación» ha servido a Morales como ‘palanca’ para obtener condiciones de explotación más favorables que las obtenidas por anteriores gobiernos bolivianos. En este punto, el juego de la renegociación pivota sobre (a) el evidente interés empresarial de no incurrir en una pérdida completa de la inversión por negarse a aceptar una pérdida parcial por cambios políticos sobrevenidos, por un lado, y (b) el interés del gobierno en no tensar en exceso la cuerda con los inversores, los Estados de origen de las empresas y las instituciones financieras internacionales. En este contexto, nos adentramos en una renegociación en torno a las grandes palabras del derecho público (p.e: propiedad privada vs soberanía permanente sobre los recursos naturales). Aquí, el asunto está en el resultado de la renegociación de los contratos (primera cuestión) y cómo se gestiona su cumplimiento por parte de las empresas y la administración boliviana (segunda cuestión).

Las diferencias entre empresas transnacionales y Estados no tienen siempre las mismas pautas de resolución. En estos contextos, se producen juegos de poder entre actores públicos y privados, a muy diversas bandas y niveles, que

²⁸ *Química e Industrial del Borax Ltda. and others v. Republic of Bolivia* (Caso N.º ARB/06/02).

²⁹ Para una crítica de la falta de transparencia y consistencia de los procedimientos arbitrales internacionales véase TIENHAARA, K. «What You Don't Know Can Hurt You: Investor-State Disputes and the Protection of the Environment in Developing Countries» 6 *Global Environmental Politics* (4), 2006, The MIT Press, pp. 73-100

terminan influyendo en la negociación a la sombra de un eventual arbitraje o, en ocasiones, incluso durante el propio procedimiento arbitral. Así, los inversores extranjeros suelen tener una creciente capacidad de presión sobre los gobiernos. Al tiempo, los Estados tratarán de no emitir señales que generen desconfianza o incertidumbre en los potenciales inversores. No obstante, los consejos de administración de estas empresas saben que no las tienen todas consigo cuando negocian con los representantes políticos de Estados soberanos; incluso disponiendo de cláusulas de estabilidad, contratos internacionalizados y/o posibilidades de activación de un arbitraje internacional. Las variables que inciden en estos procesos son muy amplias. Por ello, siempre son preferibles para ambas partes las soluciones de compromiso.

Repsol YPF es la segunda empresa de hidrocarburos en Bolivia por detrás de la brasileña Petrobras. La empresa hispano-argentina es uno de los mayores contribuyentes del país y tiene importantes derechos de explotación (25 bloques con una superficie neta de 2174 km²) y exploración (7 bloques de una superficie neta de 9264 km²) en el territorio boliviano³⁰. Las inversiones en el país andino estimadas por esta empresa giran en torno a la cifra de los 1080 millones de dólares³¹. Por su parte, Petrobras estima que ha realizado inversiones por valor de 1.600 millones. Al margen de que las cifras sean discutibles es evidente que Bolivia no puede perder las operaciones de empresas como Petrobras y Repsol YPF³². Una razón de peso es que estas empresas garantizan el funcionamiento y desarrollo de las infraestructuras de la exploración, explotación y exportación de hidrocarburos. Es dudoso, sin embargo, que la empresa estatal YPFB pueda gestionar de modo efectivo todas estas actividades, al menos a fecha de hoy. El propio Antonio Brufau lo explicaba con dura y llana crudeza, ante la prensa internacional, durante los peores momentos del proceso de nacionalización: «Bolivia no es esencial para el futuro de Repsol»³³. Del mismo modo, José Sergio Gabrielli, Presidente de Petrobras, anunciaba como primera medida la congelación de las inversiones para el gaseoducto Bolivia-Brasil.

Sin duda, ambas empresas han tenido una importante capacidad de presión en la renegociación de las condiciones de sus nuevos contratos. Hay un

³⁰ Repsol YPF, *Nota informativa*, Dirección General de Comunicación, Madrid (29 de octubre de 2006).

³¹ Repsol YPF, «El Presidente Evo Morales recibe al Presidente de Repsol YPF Antonio Brufau», *Nota informativa*, Dirección General de Comunicación, La Paz (3 de marzo de 2006). La estimación de las inversiones que fija la empresa asciende a los 1167 millones de dólares entre octubre de 1997 y marzo de 2006. Véase Repsol YPF, *Nota informativa*, Dirección General de Comunicación, Madrid (29 de octubre de 2006).

³² Estas cifras son, como es evidente, discutidas. El propio Presidente boliviano denunciaba con cierta sorna en un acto público en julio de 2006 que algunas empresas habían incluso consignado como inversión productiva la compra de ropa para equipos deportivos o el patrocinio de un concurso de belleza en Santa Cruz. Boletín *Dignidad*, Ministerio de Hidrocarburos y Energía, vol. 1, n.º 2, p. 3 (julio 2006).

³³ KERR, J. «Repsol YPF Considers Possibility of Exiting Bolivia,» *Global Insight, World Markets Research Ltd* (19 de junio de 2006); «Bolivia to Sign Nationalization Deals with Foreign Oil Companies,» *Associated Press* (28 de octubre de 2006).

manto de presiones muy diversas que ha incidido en cómo se acomoda finalmente la aventura de la nacionalización. Y aquí, las amenazas de reclamación internacional han tenido algún efecto inhibitorio. Tanto, Petrobras como British Gas, Vintage Oil, ExxonMobil o el propio Repsol YPF, entre otras empresas, han amagado con activar arbitrajes internacionales contra Bolivia por cantidades millonarias durante el procedimiento de renegociación. Petrobras fue la que mantuvo la posición más firme en este sentido cuando anunció formalmente que cualquier aumento de precio contraviniendo la relación contractual en vigor desembocaría de forma automática en un arbitraje internacional. Al tiempo, ha incidido el hecho de que la estabilidad financiera de Bolivia es precaria y su deuda, en particular, no se encuentra saneada. En este sentido, Bolivia mostró cierta autocontención en la negociación teniendo en cuenta que puede requerir del acceso a crédito que ofrecen las instituciones financieras internacionales. Al tiempo, Bolivia tiene una de las más altas dependencias del hemisferio respecto a fondos públicos de ayuda al desarrollo (donaciones a fondo perdido y créditos blandos); y estos pueden verse afectados por estas nuevas políticas.

En este sentido, hay algunos interrogantes abiertos sobre la aventura boliviana y la letra pequeña de la nacionalización. El resultado de la renegociación de los contratos no ha reformado de forma radical el *statu quo*. En la práctica, Bolivia tiene escasa posibilidad de cambiar las pautas globales de relación Estado-inversor. El proceso de «nacionalización» se queda pues en un punto intermedio. En este sentido, en cualquier caso, es difícil determinar cómo evolucionará la inversión extranjera directa en Bolivia en los próximos años. Si es razonable pensar, sin embargo, que el país andino puede verse forzado en el futuro a compensar el riesgo político aumentando las garantías internacionales o, en su defecto, aumentando los beneficios (retribuciones y participaciones) concedidos a las empresas. A efectos de atraer inversión extranjera directa, la inseguridad jurídica pasa factura a los Estados. En este sentido, la «nacionalización sin expropiación» tendrá costes para Bolivia. Al fin y al cabo, la credibilidad de un Estado depende de su reputación a la hora de cumplir los compromisos legales³⁴.

Por ello, sin duda, los potenciales inversores analizarán con mayor detalle si cabe las garantías y beneficios ofrecidos a la hora de afrontar nuevas operaciones en Bolivia. Al tiempo, los costes de operar en este país se elevarán, aconsejando la contratación de seguros de riesgo político que cubran el riesgo de expropiaciones directas o indirectas. A estos efectos, la Corporación para la Inversión Privada en el Extranjero y la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones del Banco Mundial deberían cumplir en la práctica una importante función. En definitiva, es evidente que aquellas empresas que decidan invertir en Bolivia en el futuro tendrán fuertes incentivos para realizar una efectiva

³⁴ Sobre reputación y cumplimiento del derecho internacional véase GUZMAN, A.T. «A Compliance-Based Theory of International Law», 90 *California Law Review* (6), 2002., pp.1823-1887.

planificación legal. En suma, las acciones del gobierno de Evo Morales para cumplir sus compromisos electorales aumentarán los costes de atraer inversión extranjera directa. Inevitablemente, esto implicará que los inversores extranjeros exigirán un *premium* adicional bajo la forma de mayores garantías o beneficios (o menores costes de operación) para cubrir estos riesgos. La controvertida adjudicación de la mina de Mutún a la empresa india Jindal Steel & Power es un ejemplo en este sentido.

Por supuesto, en contextos de inseguridad jurídica/incertidumbre política como el boliviano es claro que la redacción de la adaptación, estabilización y renegociación de los contratos será cada vez será más importante. En este punto, es importante que existan cláusulas contractuales que permitan modular la presión política ofreciendo válvulas de escape. A estos efectos, hay diversas técnicas disponibles a la hora de asegurar la estabilidad de los regímenes contractuales negociados³⁵. Las cláusulas de renegociación y adaptación de los contratos de inversiones tienen especial utilidad a este respecto³⁶. Sin una adecuada gestión de este tipo de disposiciones, los cambios de presión política y social pueden terminar transformándose en auténticas cargas de profundidad para las relaciones empresa-Estado (p.e: alegaciones de inconstitucionalidad de los contratos). Esto sólo puede precipitar escenarios en los que pierden tanto las empresas como el Estado.

El caso del Decreto de nacionalización boliviana parece mostrar este desenlace con claridad. Bolivia necesita inversiones y una gestión eficiente de las infraestructuras de explotación y exploración de sus reservas energéticas. Al tiempo, las empresas de hidrocarburos han realizado fuertes inversiones en el territorio estatal y sus operaciones en el territorio boliviano son una parte importante de sus planes y estrategia de negocio. Por tanto, en principio parece preferible evitar que la relación empresa-Estado se modifique tomando como punto de partida una acción legislativa. Quizás, no obstante, Morales tenía escaso margen de maniobra a la hora de optar por un Decreto de nacionalización; en particular, dados los claros compromisos políticos asumidos con sus bases a este respecto, por un lado, y lo extremadamente difícil que hubiera sido obtener nuevas condiciones contractuales sin reformar antes el *statu quo* con nuevas reglas de derecho público.

³⁵ Véase p.e EL-KOSHERI, A.S, «The Particularity of the Conflict Avoidance Methods Pertaining to Petroleum Agreements», 11 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* (1-2), 1996, pp.274-75.

³⁶ Véase BERBER, K.P. «Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators», 36 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (4) 2003, pp.1347-1380, BERNARDINI, P. «The Renegotiation of Investment Contracts», 13 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* (1998), pp.411-425. Véase WAELDE, Th. y NDI, G. «Stabilizing International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation», 31 *Texas International Law Journal*, 1996, pp. 215-267. En este punto, por ejemplo, una efectiva avenida es dejar en manos de un tercero la adaptación del contrato en caso de imposibilidad de acuerdo por negociación. Véase p.e SALACUSE, J.W. «Renegotiating International Project Agreements», 24 *Fordham International Law Journal*, 2001, pp. 1319-1370.

DOCUMENTOS