

CONTRATOS DE RIESGO COMPARTIDO (CRCs) Y EJECUCIÓN DE LAUDOS CIADI

Por: Cayo Salinas*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

CAPITULO I. Conversión Obligatoria de Contratos de Riesgo Compartido

- I. Calificación Legal de los CRCs.
- II. Conversión Obligatoria de los CRCS.
- III. Efectos Legales de la Imposición de Conversión Obligatoria.
- IV. Vencimiento del Plazo de Conversión Obligatoria.

CAPITULO II. Ejecución de Laudos CIADI en Bolivia.

- I. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.
- II. Derecho Aplicable a la Ejecución de Laudos CIADI.
- III. Laudos CIADI y Supremacía Constitucional
- IV. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

La coyuntura actual referida a las relaciones existentes entre el gobierno y las empresas petroleras que operan en nuestro país, torna urgente la necesidad de plantear análisis objetivos respecto a las normas legales vigentes y aplicables a dicha coyuntura, así como su impacto social, político y económico en el ámbito interno y externo.

De esta manera, el lector encontrará en el primer capítulo una exposición referida a la factibilidad y consecuencias jurídicas que acarrea la conversión obligatoria de los CRCs impuesta por la nueva Ley de Hidrocarburos y respaldada por el Decreto de Nacionalización, todo ello desde el punto de vista del marco normativo interno vigente en nuestro país.

En la segunda parte, podrá identificarse el impacto de las recientes reformas a la política hidrocarburífera en la esfera de las responsabilidades del Estado frente a

las inversiones extranjeras, desde la óptica del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI establecido a través del Convenio de Washington el año 1965, con especial énfasis en la forma y efectividad de ejecución de los Laudos pronunciados en aquella jurisdicción arbitral internacional.

CAPITULO I

CONVERSIÓN OBLIGATORIA DE CONTRATOS DE RIESGO COMPARTIDO

1

2 I. CALIFICACION LEGAL DE LOS CRCs.

Hay contrato cuando dos o más personas acuerdan constituir, modificar o extinguir una relación jurídica. (Nótese la importancia del elemento del concierto de voluntades para dar validez a la formación de un contrato). Ahora bien, en el marco de la doble personalidad del Estado, sus actos se exteriorizan en el escenario público o privado. Los CRCs. fueron suscritos por el Estado Boliviano en uso de sus facultades como persona de derecho privado, aunque éstos contengan algunos matices que lo relacionan con su personalidad pública, en tanto existen elementos contractuales relacionados con el derecho administrativo y con el respeto a normas de orden público.

En ese contexto, calificaría a los CRCs. como contratos de “naturaleza ecléctica”, en tanto pueden enmarcarse en el ámbito del derecho administrativo o del comercial, no necesariamente expresado en disposiciones positivizadas, sino también en lo que respecta a la nueva “*lex mercatoria*” que actualmente ha desplazado en su aplicación práctica a los ordenamientos comerciales materiales de los Estados.

Prueba de este denominado eclecticismo en la naturaleza de los CRCs es el sometimiento del arreglo de las controversias de sus conflictos a normas de arbitraje según las reglas del CIADI, que como expresé en anterior artículo, prevén

una serie de innovaciones prácticas y procedimentales que no son comunes en otro tipo de reglamentos de arbitraje internacional.

1

2 II. CONVERSIÓN OBLIGATORIA DE CRCs.

El concierto de voluntades converge en el elemento primordial para la constitución de un contrato, de ello se infiere que este acuerdo también se aplica para la determinación de cualquier modificación o para la extinción del mismo, reservándose estas facultades a las partes que le dieron origen, no a terceros ni a normas legales de data posterior. Desde ese punto de vista, no existen componentes externos que modifiquen o extingan de manera particular un contrato ni tampoco se puede permitir que una de las partes unilateralmente se atribuya esa prerrogativa.

Los CRCs. suscritos bajo el imperio de la Ley 1689 fueron sometidos a un régimen de modificación mediante la promulgación de una ley que impuso unilateralmente la conversión de sus cláusulas y condiciones a las disposiciones de otra norma legal. Si bien la voluntad contractual debe estar siempre subordinada al cumplimiento y respeto de la ley, debo destacar dos elementos esenciales que ponen en tela de juicio la obligatoriedad de cumplimiento de la nueva Ley de Hidrocarburos respecto a los CRCs.. El primer elemento está relacionado con la contrariedad existente entre dicha ley con el Principio de Aplicación General que debe regir para toda norma legal. En este caso, se promulgó una ley de aplicación limitada a un caso en concreto, es decir, con alcances restringidos a dejar sin efecto un determinado tipo de contratos sin considerar el respeto a los derechos adquiridos de la parte afectada. Este aspecto vulnera los derechos y garantías fundamentales previstos en nuestro texto constitucional, primordialmente en lo concerniente a la seguridad e igualdad jurídica.

El segundo elemento, está referido al principio constitucional de irretroactividad de la norma previsto en el art. 33 de la CPE, cuya aplicación estricta importa que los

CRCs no puedan ser sometidos a una norma legal de promulgación posterior y menos cuando dicha norma resulta menos favorable a los intereses del afectado.

1

2 III. EFECTOS LEGALES DE LA IMPOSICIÓN DE CONVERSION OBLIGATORIA.

En principio corresponde precisar que el segundo párrafo del art. 5 de la Ley 3058 otorgó un doble efecto legal para los titulares de los CRCs respecto a la conversión obligatoria a la nueva ley. El primero, relacionado con la conversión obligatoria a las modalidades de contratos previstos en dicha ley (de producción compartida, operación y asociación) y, el segundo, relacionado a la obligación de sometimiento de sus actos a las nuevas disposiciones y condiciones insertas en la misma.

El efecto primario del cumplimiento de la migración pasa por la extinción de los CRCs por novación contractual, lo que conllevaría la desaparición de derechos y obligaciones anteladamente acordados. Esta consecuencia guarda relación con el primero de los efectos atribuidos al art. 5 de la mencionada ley.

Respecto al segundo, las disposiciones legales insertas en la nueva Ley de Hidrocarburos importan el establecimiento de un escenario completamente distinto al que fue expuesto a las empresas petroleras a tiempo de atraer y consolidar sus inversiones en nuestro país, hecho que puede considerarse, desde el punto de vista formal, como un acto de deslealtad contractual. Por otro lado, la aceptación de la migración de los contratos al nuevo régimen establecido por la Ley 3058 implicaría una tácita renuncia al procedimiento de conciliación y arbitraje previsto en las cláusulas compromisorias de los CRCs., que someten sus controversias a las normas del Convenio de Washington de 1965 por el cual se creó el CIADI, debido a que el art. 69 de la Ley 3058 impone restricciones obligatorias al ejercicio de la autonomía de la voluntad material de las partes en el arreglo de controversias, es decir, respecto a la posibilidad de que las partes pacten voluntariamente la norma sustantiva y procedimental que regirá cualquier

procedimiento de arbitraje o conciliación ante una eventual controversia que se pueda suscitar.

Conforme a lo anotado, resulta cuando menos lógico que no se acepte la migración al nuevo régimen en tanto y cuanto algunas empresas perderían la posibilidad de someter sus controversias a las reglas de la CIADI, conforme a los acuerdos bilaterales de protección recíproca de las inversiones que el Estado boliviano tiene suscrito con diversos países en el mundo.

1

2 IV. VENCIMIENTO DEL PLAZO DE CONVERSION OBLIGATORIA.

Variadas han sido las hipótesis emitidas respecto a los efectos del vencimiento del plazo para la conversión obligatoria de los CRCs a las modalidades y disposiciones insertas en la Ley 3058. Las más osadas fueron vertidas por algunos parlamentarios que aseguraron que “después del 15 de noviembre de 2005 los 71 contratos de Riesgo Compartido vigentes son "nulos" por incumplir los trámites establecidos en la Ley de Hidrocarburos”, o que “fenecido el plazo, las empresas petroleras tienen que dejar de operar y YPFB tiene que hacerse cargo inmediatamente de las actividades petroleras”. Sin embargo, queda claro que estas posturas carecen de asidero legal ya que se entiende que bajo ningún punto de vista puede atribuirse responsabilidad alguna a las empresas petroleras titulares de CRCs. respecto a la demora en el inicio de los procesos de conversión obligatoria, puesto que los CRCs. se hallan en vigencia debido a que no han sido declarados nulos conforme a ley, ni pesan acuerdos voluntarios de extinción o modificación pactados por las partes. Pretender bajo ese contexto, que YPFB se haga cargo de manera inmediata de las actividades petroleras, es pura demagogia.

A lo anotado, se suma el hecho que existen motivos formales por los que no se inició el procedimiento de “migración contractual” no consentido por una de las partes, debido a la inexistencia de reglamentos de la ley y la ausencia de designación de miembros del directorio de YPFB.

Conviene anotar, que independientemente del criterio del legislador para promulgar la Ley 3058, éstos no analizaron los efectos de la extinción unilateral de los CRCs y su posible declaración de nulidad, en todo lo concerniente a la restitución de prestaciones y al resarcimiento de daños y perjuicios como manda la norma civil, en tanto la parte afectada no fue la que ocasionó la ruptura unilateral ni los supuestos vicios de nulidad por falta de aprobación legislativa.

Estos aspectos, más otros tantos que emergen de los CRCs y que son difícilmente desarrollables en este espacio por su contenido técnico legal, pueden colocar al Estado Boliviano en una posición cuando menos desventajosa, con las consiguientes sanciones para los responsables.

CAPÍTULO II EJECUCIÓN DE LAUDOS CIADI EN BOLIVIA

I. EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

Con el surgimiento de la voluntad internacional de los Estados de establecer un proceso unificador de normas de derecho internacional privado, se suscribieron una serie de convenciones que incorporaron normas internacionales aplicables a conflictos de leyes surgidos en controversias social y jurídicamente internacionalizadas. La coyuntura actual nos obliga a traer a colación, entre la diversidad de convenios suscritos por el Estado Boliviano, el Convenio de Washington de 1965 por el cual se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, más conocido por su abreviación CIADI, donde se establecieron regulaciones y normas internacionales destinadas a proteger las inversiones extranjeras en los Estados signatarios.

El CIADI tiene por objeto *“facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre estados contratantes y nacionales de otros estados contratantes*

a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo a las disposiciones” del Convenio de Washington.

Bolivia ha suscrito, aprobado y ratificado el Convenio de Washington, así como otros tratados bilaterales referidos a la protección de inversiones extranjeras que remiten su voluntad arbitral a la jurisdicción del CIADI, por tanto, todas las estipulaciones insertas en estos tratados, tienen fuerza de ley en nuestro Estado en tanto y cuanto determinadas controversias estén sujetas a los tribunales arbitrales constituidos conforme a los reglamentos del CIADI.

Las normas del CIADI incorporaron una serie de privilegios y distinciones a los laudos arbitrales pronunciados en base a sus reglamentos con relación a los laudos internacionales contemplados en otro tipo de convenciones o centros de arbitraje internacional, como ser, CIAC UNCITRAL, CCI.

Las diferencias sustanciales incorporadas por el Convenio de Washington a los laudos arbitrales merecen un análisis cuidadoso, más aún si consideramos que como consecuencia de la vigencia de una nueva Ley de Hidrocarburos y del Decreto de Nacionalización, existen sobradas razones para creer que Bolivia será objeto de demandas en esta materia.

II. DERECHO APLICABLE A LA EJECUCION DE LAUDOS CIADI

El numeral 3) del art. 54 del Convenio de Washington establece que la ley aplicable para la ejecución de los laudos CIADI será la del Estado en que dicho laudo deba ejecutarse, aplicándose así el punto de conexión “*Lex Loci Ejecutionis*”, por tanto, ni el Convenio de Washington ni el Reglamento CIADI tienen validez respecto al proceso de ejecución de laudos, debido a que se aplica plenamente el procedimiento de ejecución regular de sentencias vigentes en el territorio en el que se pretende ejecutar el laudo.

Ahora bien, el num. 1) del mismo artículo, establece que: “*Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias*

impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado”.

Corresponde determinar, primero, cuál el mecanismo apropiado de incorporación, reconocimiento y orden de ejecución del laudo CIADI en la jurisdicción nacional y, segundo, la calidad de éste en lo que concierne a su origen.

En relación al primer aspecto, la “*lex fori*” boliviana y algunos tratados internacionales tales como la Convención de Nueva York de 1958 sobre “Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras” y el Convenio Interamericano sobre “Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Extranjeros” de Montevideo de 1979, determinaron que la incorporación, reconocimiento y autorización de ejecución de laudos arbitrales extranjeros, estará sometida al procedimiento denominado *Exequátur*.

El art. 81 de la Ley 1770 de Arbitraje y Conciliación, dispone el trámite de reconocimiento de laudos extranjeros, estableciendo como causales de improcedencia a la:

- 1 1) Existencia de cualquiera de las causales de anulación establecidas en el art. 63 de la ley.
- 2 2) Ausencia de obligatoriedad por falta de ejecutoria, anulación o suspensión del laudo por autoridad judicial competente del Estado donde se dictó, probada por la parte contra la cual se invoca el reconocimiento y ejecución del laudo.
- 3 3) Existencia de causales de anulación o improcedencia establecidas por acuerdo o convenios internacionales vigentes.

En ese sentido, se entiende que los laudos arbitrales extranjeros para su reconocimiento y ejecución necesariamente deben cumplir con ciertos requisitos exigidos en nuestro ordenamiento jurídico, relacionados con normas de orden público interno.

Este tipo de reservas son uniformemente aceptadas en la comunidad internacional por tratarse de una prerrogativa propia del ejercicio de la soberanía de las naciones. Sin embargo, debemos destacar previamente un aspecto trascendental

a los fines de ingresar al análisis de la ejecución de los laudos CIADI en particular, y es que el *Exequátur* se aplica única y exclusivamente a sentencias o laudos arbitrales extranjeros, vale decir, que hubiesen sido pronunciados por un tribunal radicado fuera de las fronteras de nuestro país y conforme a normas sustantivas y adjetivas extrañas a la legislación nacional.

En relación al segundo, entre las particularidades examinadas en el Convenio de Washington encontramos la calificación otorgada a los laudos arbitrales CIADI por el num. 1) del art. 54, en el que claramente se establece que dichos laudos deberán ser considerados como sentencias firmes pronunciadas por un tribunal boliviano, lo que importa una clara distinción con los laudos extranjeros, ya que en aplicación estricta y semántica de la norma, los laudos CIADI deben ser considerados como laudos pronunciados por un tribunal nacional, no sujetos al trámite de *Exequátur* establecido en el art. 83 de la Ley 1770 y, por tanto, eximidos del trámite de reconocimiento y orden de ejecución establecido ante la Suprema Corte de Justicia, lo que nos llevaría a suponer, que los mencionados laudos, para su ejecución, sólo deben ser puestos a conocimiento de un tribunal competente para conocer el auxilio judicial.

III. LAUDOS CIADI Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

En el último tiempo, debido a la crisis coyuntural generada con el sector petrolero, se han despertado interrogantes respecto a posibles demandas arbitrales que pudieran ser instauradas contra el Estado Boliviano. Es evidente que la promulgación de una nueva Ley de Hidrocarburos, el Decreto de Nacionalización y el contexto político creado por un referéndum sobre el gas mal planteado, así como la postura --en algunos casos-- beligerante de las partes en conflicto, ha ocasionado que este tema se controvierta más. El debate se ha circunscrito a establecer si se instaurarán demandas arbitrales sin considerarse la posibilidad de ejecución real de los laudos arbitrales que se pronuncien si acaso dichas

demandas fueran formuladas, y que en todo caso, puedan ser contrarias al Estado Boliviano.

Nuestro país ha asumido el compromiso internacional de acatar y cumplir las normas establecidas en el Convenio de Washington a tiempo de su ratificación y elevación a rango de ley por el Congreso de la República y, por tanto, respetar la ejecución de los laudos arbitrales CIADI sin necesidad de aplicar el *Exequátur*. El num. 3 del art. 54 del Convenio de Washington determina que la legislación aplicable para la ejecución del Laudo Arbitral es la del Estado en el que se pretende ejecutar. Desde ese punto de vista, todas las normas adjetivas y sustantivas para la ejecución de dichos laudos serán las relativas a la ejecución forzosa de las sentencias nacionales, con las limitaciones y permisibilidades que ello importa.

La calidad de sentencia firme (cosa juzgada sustancial) ha dejado de ser absoluta e inmutable desde la incorporación del Tribunal Constitucional como órgano encargado de la tutela al respeto de la supremacía de la Carta Fundamental y de los derechos fundamentales de las personas. Así, el Tribunal Constitucional ha pronunciado sentencias en las que ha dejado sin efecto sentencias nacionales pasadas a calidad de cosa juzgada sustancial, o lo que es lo mismo, las sentencias firmes a las que hace referencia el Convenio de Washington.

¿Cuál entonces el nivel de certeza en la obligatoriedad de los laudos pronunciados según las reglas CIADI, si consideramos que en nuestro país, en aplicación de las leyes bolivianas sobre ejecución de sentencias ordenadas por el propio tratado, dichos laudos pueden ser modificados o dejados sin efecto en el caso que fueran atentatorios a derechos fundamentales de una de las partes o si los alcances del propio laudo vulneraran el principio de supremacía de la constitución boliviana?. En la SC N° 504/01 de 29.05.01, el Tribunal Constitucional ha señalado que *“resulta imprescindible aclarar que cuando una resolución ilegal afecta al contenido esencial de un derecho fundamental no se puede sustentar su*

ilegalidad bajo una supuesta cosa juzgada, en cuyo caso se abre el ámbito de aplicación del Amparo Constitucional ...”.

Si bien la revisión constitucional es procedente, aquella no es absoluta, debido a que el Tribunal Constitucional ha adoptado un sistema restringido de revisión de resoluciones con calidad de cosa juzgada, en tanto y cuanto se *“incurra en un defecto sustantivo, fáctico, orgánico o procedimental, de tal magnitud que pueda afirmarse que el mismo se aparta, de manera ostensible, del ordenamiento jurídico. Entendiéndose que el defecto sustantivo se configura siempre que la decisión se encuentre fundada en una norma claramente inaplicable al caso concreto. A su turno, el llamado defecto fáctico se origina cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma, es completamente impertinente o insuficiente. El defecto orgánico, se refiere a aquellas situaciones en las cuales el funcionario judicial carece absolutamente de competencia para resolver el asunto de que se trate. Por último, el defecto procedimental, se presenta en aquellos casos en los cuales el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite al proceso respectivo.”* (SC 1138/2004-R).

Los tratados tienen la jerarquía de Leyes de la República desde el momento de su ratificación congresal. Sin embargo, así como las leyes, los tratados deben estar supeditados al contexto de las normas constitucionales. En el caso de los laudos CIADI, estos derivan de un tratado, aunque son equiparables a una sentencia firme boliviana. Bajo ese marco, podrían ser inaplicables en Bolivia si consideramos dos escenarios: el primero, relacionado con la determinación de inconstitucionalidad del tratado en base del cual éstos hubiesen sido pronunciados y, el segundo, directamente relacionado con las características intrínsecas del laudo y su conformidad con normas constitucionales bolivianas.

Existe la posibilidad cierta y práctica de someter dichos laudos a una revisión constitucional debido a la vigencia del precedente de revisión de la cosa juzgada bajo el imperio de la supremacía de la CPE, aún cuando se cumpla con la prerrogativa que exige a dichos laudos de someterse al *Exequátur*.

En ese contexto, ¿la revisión de laudos CIADI importaría la vulneración del art. 53 y 54 del Convenio de Washington, ocasionando responsabilidad internacional para el Estado Boliviano?. Creemos que no, debido a que el num. 3) del art. 54 lleva inserta la *“Lex Loci Executionis”* como punto de conexión, que determina la aplicación de la ley boliviana para la ejecución del laudo CIADI cual si éste fuese una sentencia boliviana. Vale decir, que la ejecución del laudo se somete al imperio de la *“lex fori”* boliviana por mandato del propio tratado, por tanto, si una sentencia nacional, aún ejecutoriada, puede revisarse constitucionalmente, de la misma manera el laudo CIADI (al tener igual calidad) puede someterse a dicha revisión.

Lo interesante del caso es que la posible revisión del laudo CIADI en Bolivia se da por mandato expreso de la propia Convención de Washington debido a que ésta señala imperativamente que *“el laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda”*..

Algunos doctrinarios internacionales entienden que el Convenio de Washington no sólo manda ejecutar los laudos como si estos fueran nacionales, sino que les otorga inmunidad para el sometimiento de los mismos ante autoridades nacionales de revisión jurisdiccional, sin embargo, dicha figura no se halla expresamente inserta o reflejada en el texto de la convención, sino que nace de interpretaciones que pueden ser rebatidas a lo largo de una controversia.

IV. CONCLUSIONES

La finalidad de observar los laudos pronunciados bajo las normas CIADI, radica en otorgar seguridad jurídica a las partes en un conflicto.

En el marco del Derecho Internacional Público, rige el principio del *pacta sunt servanda*, es decir, la obligación de los estados de ejecutar un tratado de buena fe y razonablemente. Es importante considerar que el país suscribió tratados

internacionales de protección a las inversiones y que las señales que el Estado Boliviano debe dar en función al objetivo, naturaleza y finalidad de los mismos, traen implícita la obligación de cumplimiento de dichos tratados sobre la base del respeto a la buena fe. Si bien al amparo de las previsiones del Derecho Internacional Público un Estado no puede invocar el derecho interno para no aplicar un tratado, es también cierto que la única variante que existiría para no acatar los laudos CIADI --que emergen de un tratado internacional--, tiene su origen en las posibles violaciones a normas constitucionales. La ausencia del Exequátur y la calidad de sentencias nacionales que gozan los laudos CIADI, abren esa posibilidad. Por lo tanto, estamos ante dos escenarios donde, por un lado, se impone la primacía de la fe del Estado Boliviano como sujeto de derecho público y, por otro, la vinculatoriedad y obligatoriedad de los fallos pronunciados dentro la jurisdicción constitucional.

Estos aspectos seguramente cobrarán notoriedad y merecerán mayor análisis e investigación, si acaso el gobierno y las empresas petroleras con inversiones en el país, no logran acuerdos que eviten someter las controversias a arbitramentos a través de las normas de Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

*Abogado y Arbitro Nacional e Internacional con especialización en Comercio Internacional.